

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO
SISTEMA DE JUSTIÇA
MESTRADO ACADÊMICO

FERNANDA CARVALHO FERRAZ

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS DO
CONGRESSO NACIONAL: limites e possibilidades ao estabelecimento de uma
racionalidade decisória em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão**

São Luís

2023

FERNANDA CARVALHO FERRAZ

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS DO
CONGRESSO NACIONAL: limites e possibilidades ao estabelecimento de uma
racionalidade decisória em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão para obtenção do grau de mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Orientadora: Profa. Dra. Márcia Haydée Porto de Carvalho

Linha de Pesquisa: Dinâmica e efetividade das instituições do sistema de justiça.

São Luís

2023

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

FERRAZ, Fernanda Carvalho

O Supremo Tribunal Federal e as omissões inconstitucionais do Congresso Nacional: limites e possibilidades ao estabelecimento de uma racionalidade decisória em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão / Fernanda Carvalho Ferraz. - 2023.

136 f.: il.

Orientadora: Márcia Haydée Porto de Carvalho

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça /PPGDIR, Universidade Federal do Maranhão, São Luís/MA, 2023.

1. Controle de constitucionalidade. 2. Ativismo judicial. 4. Supremo Tribunal Federal. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 6. Análise de Jurisprudência. I. Carvalho, Márcia Haydée Porto de. II. Título.

FERNANDA CARVALHO FERRAZ

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS DO
CONGRESSO NACIONAL: limites e possibilidades ao estabelecimento de uma
racionalidade decisória em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão para obtenção do grau de mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Aprovada em: 05/05/2023.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Márcia Haydée Porto de Carvalho (Orientadora)
Doutora em Direito
Universidade Federal do Maranhão

Prof. José Cláudio Pavão Santana (Examinador Interno)
Pós-Doutor em Direito
Universidade Federal do Maranhão

Profa. Dra. Jaqueline Prazeres de Sena (Examinador Externo)
Doutora em Filosofia
Universidade Ceuma

Ao meu Senhor e Salvador, Cristo Jesus.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus que morreu em meu lugar e que por sua infinita bondade e misericórdia tem me perdoado dos meus pecados e males ao longo da minha vida, e por ter permitido que eu estivesse nesse programa de mestrado ao qual tanto quis e por ser meu sustento em todos os momentos difíceis.

Ao meu esposo, Raavy Ferraz, que entendeu minha escolha, me apoiou e fez todo o possível para que essa caminhada fosse mais leve. Por entender as inúmeras ausências e torcer sempre por mim.

A minha filha, Ayla Ferraz, que nasceu durante o mestrado, resignificou minha vida e me deu ainda mais forças para ir até o fim.

Aos meus pais, Petrônio e Hilda, por todo amor e dedicação, e por sempre terem sido meus maiores incentivadores e nunca medirem esforços para me dar o melhor possível nos estudos. Vocês foram minha base e exemplo para que eu não desistisse nunca.

Ao meu irmão Rafael, que apesar de mais novo, é meu maior exemplo de empenho, dedicação e perseverança. Foi o seu trilhar acadêmico que me abriu os olhos para ver que era possível.

À minha querida amiga e companheira de mestrado Juliane Santos, pelas inúmeras vezes em que compartilhamos medos, alegrias, tristezas e desafios. Obrigada por tantas vezes que me ouviu e me ajudou. Você foi fundamental nessa caminhada e tornou o processo mais leve e divertido.

À minha amiga Sara Barros por ter me ajudado a estudar para o processo seletivo e ao longo dos dois anos de caminhada. Do início ao fim essa conquista não seria possível sem você. Serei grata todos os dias da minha vida.

À minha orientadora, Profa. Dra. Márcia Haydée Porto de Carvalho, que aceitou o desafio de me orientar, e me ajudou nos desafios ao longo desses dois anos.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDIR/UFMA), por tanto conhecimento que compartilham conosco nas aulas ministradas.

À Universidade Federal do Maranhão (UFMA) e a todos os servidores do PPGDIR/UFMA.

À CAPES pela concessão da bolsa de estudos que me auxiliou com recursos para a conclusão do presente curso.

Pois dele, por ele e para ele são todas as coisas.
A Ele seja a glória para sempre! Amém.

Romanos 11:36 (Tradução Almeida Corrigida e
Revisada da Escrituras Sagradas).

RESUMO

Com a crescente atuação do Poder Judiciário nos últimos anos e a Constituição da República como centro do ordenamento jurídico e sistema normativo brasileiro, é necessário falar sobre questões como divisão de Poderes, Ativismo Judicial, Judicialização da Política e principalmente sobre Controle de Constitucionalidade. Desta forma, esta pesquisa objetivou perspassar por tais conceitos e analisar as decisões das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADOs) no período pós-Constituição de 1988, para examinar em que medida o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) tem se alterado trazendo uma racionalidade e lógicas mais ativistas, no sentido de suprir omissões inconstitucionais e proteger direitos fundamentais. Tudo, sob a ótica dos referenciais teóricos Jeremy Waldron, Andrei Marmor e Robert Alexy, que têm em comum a formulação de teorias discutindo-se a importância da interpretação por parte dos julgadores, sobre a revisão judicial e a legitimidade do Judiciário para fazê-la. Para tal, adotou-se uma metodologia indutiva, de viés qualitativo, e utilizando-se como procedimento metodológico a análise de jurisprudência, de modo a ser possível compreender a influência de tais decisões para a concretização das normas constitucionais pelo Congresso Nacional e se estão em conformidade ao art. 103, §2º da Constituição da República de 1988.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; ativismo judicial; Supremo Tribunal Federal; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; Análise de Jurisprudência.

ABSTRACT

With the growing role of the Judiciary in recent years and the Constitution of the Republic as the center of the Brazilian legal system and normative system, it is necessary to talk about issues such as division of Powers, Judicial Activism, Judicialization of Politics and mainly about Constitutionality Control. In this way, this research aimed to permeate these concepts and analyze the decisions of Direct Actions of Unconstitutionality by Omission in the post-1988 Constitution period, to examine to what extent the understanding of the Federal Court of Justice (STF) has changed, bringing a more activist rationality and logic, in the sense of supplying unconstitutional omissions and protecting fundamental rights. Everything, from the perspective of theoretical references such as Jeremy Waldron, Andrei Marmor and Robert Alexy, who have in common the formulation of theories discussing the importance of interpretation by judges, on judicial review and the legitimacy of the Judiciary to do so. To this end, an inductive methodology was adopted, with a qualitative bias, and using jurisprudence analysis as a methodological procedure, in order to be able to understand the influence of such decisions for the implementation of constitutional norms by the National Congress and whether they are in compliance with art. 103, §2 of the Constitution of the Republic of 1988.

Keywords: constitutional control; judicial activism; Federal Court of Justice; Direct Action of Unconstitutionality by Omission; Jurisprudence analysis.

LISTA DE SIGLAS

ADCs	Ações Declaratórias de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIs	Ações Diretas de Inconstitucionalidade
ADOs	Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CF/88	Constituição Federal de 1988
CONFAZ	Conselho Nacional de Política Fazendária
CPC	Código de Processo Civil
GL	Gay Lussac
HC	Habeas Corpus
ITCMD	Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação
MI	Mandado de Injunção
PPS	Partido Popular Socialista
SciELO	<i>Scientific Electronic Library Online</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
TJSE	Tribunal de Justiça de Sergipe

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES	15
2.1	Em seu modelo tradicional	16
2.2	Sua adoção, evolução e manifestação recente no Brasil	21
2.3	Ativismo Judicial	29
2.4	Judicialização da política	37
3	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	45
3.1	Definições e tipologia	45
3.2	Histórico	51
3.3	Controle Difuso X Concentrado e Controle abstrato X concreto de Constitucionalidade	56
3.4	Ações do controle judicial abstrato no Brasil, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	61
4	ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DAS DECISÕES EM SEDE DE AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – ADOs: no período pós Constituição da República de 1988	72
4.1	Procedimento metodológico da análise de jurisprudência	78
4.1.1	Metodologia: instrumentos de pesquisa utilizados	82
4.1.2	Formação do banco de dados: composição da amostra	83
4.1.3	Instrumentos de pesquisa “análise da amostra”	85
4.2	Interpretações entre os resultados e influências de tais decisões para a concretização das normas constitucionais pelo Congresso Nacional	97
4.2.1	Considerações e Críticas às doze decisões que tiveram seu mérito analisado pelo Plenário do STF	98
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	106
	REFERÊNCIAS	111
	APÊNDICE A – EMENTAS E DADOS DOS JULGADOS ANALISADOS	122

1 INTRODUÇÃO

A temática da ampliação da atuação do Poder Judiciário é intrigante e cheia de vertentes a serem analisadas. Apesar de não ser inédito, uma vez que se verificam muitos estudos e pesquisas sobre o tema, ainda há uma infinidade de análises para serem feitas diante do inusitado panorama sócio-político do Brasil e do mundo.

Todavia, sob a ótica da promulgação da Constituição Cidadã (de 1988), contando com uma grande quantidade de direitos fundamentais enumerados sob a subespécie de direitos sociais em seu corpo, e em um país em que cada vez mais os cidadãos se tornam conscientes de sua condição de usufruidores de tais direitos, não é raro vê-los sendo desrespeitados, ou pior, não observados, existindo muitas situações de omissões inconstitucionais assim como de inconstitucionalidades de leis.

Isso porque com o neoconstitucionalismo, com a valorização dos direitos humanos e a sedimentação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, as normas constitucionais não se limitam a normatizar unicamente a organização do Estado e as relações entre os cidadãos e o Estado, mas também a regular as relações sociais, o que implica dizer que tanto normas programáticas como os princípios gerais do Direito devem ser não só observadas como seguidas e respeitadas pelo Judiciário.

É sabido que classicamente o Poder do Estado é dividido em três atribuições, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e sempre foram enxergados como autônomos, independentes e harmônicos, que se fiscalizam mutuamente para que não se ultrapasse o limite de atuação de cada um. No entanto, no início do século XX com os pós-guerras, as constituições mundo afora passaram a ser permeadas de princípios e garantias fundamentais, o que acabou fazendo com que as atribuições dos três Poderes se misturassem tanto, que o Poder Judiciário, em muitos momentos, se viu impelido a desempenhar mais que apenas o seu papel típico de aplicar as leis formuladas pelo Parlamento.

Porém, como forma de garantir-se o regime republicano representativo com seus necessários componentes de responsabilidade e igualdade diante do poder do Estado, a tripartição de Poderes ainda é defendida por muitos estudiosos da matéria, o que causa um cisma entre defensores do modelo tradicional de Tripartição de Poderes, e aqueles que defendem um novo panorama de diálogo institucional, com as funções dos Poderes mais intercambiáveis e de ajuda mútua.

Essa percepção despertou o interesse para que se pesquisasse em um âmbito ainda relativamente pouco explorado no Direito brasileiro, qual seja, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADOs). É notório que temas bastante controversos e polêmicos têm sido levados ao Supremo Tribunal Federal e que com isso, se percebeu no Direito Constitucional contemporâneo o juiz como agente bem menos passivo. Não mais um pronunciador do querer legislativo apenas, mas agora um órgão que por vezes, tem legislado e inovado em suas decisões, uma vez que tem se observado que a prestação jurisdicional tem provocado transformações econômicas, sociais e políticas.

Como cada vez mais há a necessidade premente de proteção dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais, a nova dinâmica constitucional, o cotidiano dos tribunais, a grande quantidade de processos que necessitam de uma (célere) resposta, e tantos outros motivos, acabam por pressionar e muitas vezes impor ao juiz que exerça uma atuação mais ativa a visar à solução de casos difíceis em que os métodos tradicionais já não se mostraram tão eficientes como eram. Outras vezes, no entanto, estes mesmos argumentos servem como “desculpas” ou “licenças” para discursos ativistas disfarçados de “zelosos juízes preocupados com as resoluções das lides”.

Mas e quando o Poder Legislativo deixa de legislar? Se omite ou procrastina em sua obrigação de suprir lacunas? Deve o Poder Judiciário intervir? Deve o órgão máximo, de cúpula do Judiciário brasileiro sair da posição de declarador de inconstitucionalidade por omissão e passar a dar prazos ao Legislativo ou até mesmo formular novos tipos legais, fazer tipificações jurisprudenciais e solucionar a qualquer custo as lides colocadas em seus cuidados?

Tão logo a Constituição da República de 1988 foi promulgada, os legitimados para propor as ADOs podiam obter uma decisão favorável do Supremo Tribunal Federal, com a qual o conteúdo da decisão determinava ao Congresso Nacional que tomasse as medidas cabíveis para efetivar as normas constitucionais. No entanto, muitas vezes, o Parlamento se mantinha inerte. Diante desse posicionamento recorrente por parte do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a construir deliberações no sentido de efetivamente suprir essa inércia e as omissões legislativas.

Nesse sentido, a presente pesquisa tem como hipótese a seguinte ideia: em decisões de ADOs, no período pós-Constituição de 1988, o entendimento do STF tem se alterado trazendo uma racionalidade e lógicas mais ativistas, no sentido de suprir omissões inconstitucionais e proteger direitos fundamentais, mas que, todavia, é uma postura em desconformidade com a interpretação literal do art. 103, §2º, da CF/88, sendo importante verificar os fundamentos dessas deliberações.

Para se verificar se de fato isto tem acontecido, analisou-se o conteúdo das decisões, tanto das ementas como do relatório e votos das decisões proferidas pelo plenário do STF em sede de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão desde a promulgação da Constituição da República de 1988 até o ano de 2022, tendo como intuito responder ao seguinte questionamento: é possível se verificar uma racionalidade por trás dessas decisões de ADOs frente às omissões inconstitucionais do Congresso Nacional no sentido da proteção de direitos fundamentais?

Para que se responda tal problemática, foi utilizada a análise de jurisprudência como procedimento metodológico. Assim, partindo-se dos ensinamentos e etapas dos professores Palma, Feferbaum e Pinheiro, (2019) e tendo por objeto da análise os julgados do Plenário do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, mais precisamente, por meio das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão que se emoldam nos critérios acima descritos, buscou-se a compreensão dos temas e princípios ponderados em cada decisão, para responder se há ou não uma racionalidade por trás dessas decisões.

A presente pesquisa objetivou, por conseguinte, analisar o tema; os elementos da decisão; e a *ratio decidendi* em que se enfoca a argumentação utilizada pelo STF para a tomada de decisão. Além disso, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos, que representam, respectivamente, cada um os capítulos desta pesquisa: a) Investigar a Tripartição dos Poderes em seu modelo tradicional, examinando o momento em que esse princípio passou a ser adotado no Brasil, sua evolução e sua manifestação recente, em que se verifica a judicialização da política e do ativismo judicial; b) Analisar o instituto do controle de constitucionalidade no Brasil, e do atual estágio do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, inclusive com análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; c) Avaliar o conteúdo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão julgadas pelo plenário do STF, fazendo um paralelo com as teorias e ideias de Jeremy Waldron, Andrei Marmor e Robert Alexy, discutindo-se a importância da interpretação por parte dos julgadores, a revisão judicial e a legitimidade do Judiciário para fazê-la, discorrendo sobre os temas das ADOs, da decisão tomada e das normas constitucionais ponderadas, avaliando a influência de tais decisões para a concretização das normas constitucionais pelo Congresso Nacional e se estão em conformidade ao art. 103, §2º da Constituição da República de 1988.

Referente às técnicas de pesquisa utilizadas, a coleta de dados primários deu-se apenas com a pesquisa e o alcance das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão dentro do lapso temporal pós

Constituição de 1988, ou seja, de 1988 a 2022, e não foram utilizados formulários, coletas de entrevistas, observação, uma vez que não condizia com o tipo de pesquisa em questão.

Foi utilizada também a técnica da revisão de literatura por meio da qual se pôde apresentar as principais discussões e conceitos de diversos fenômenos e institutos como judicialização da política, ativismo judicial, controle de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, dentre outros.

Para a consecução dos artigos científicos e de trabalhos relacionados ao tema foram utilizadas as bases de dados da *Scientific Electronic Library Online* (SciELO), da vLex e do Portal de Periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), assim como foram selecionadas para a presente pesquisa, algumas revistas científicas *Qualis A e B* na área do Direito Constitucional.

Quanto à estruturação do trabalho, ele encontra-se dividido em quatro partes. No primeiro capítulo, apresentou-se a conceituação de tripartição dos Poderes, fazendo-se uma narrativa do seu modelo tradicional e sua adoção, evolução e manifestação recente no Brasil, assim como analisou-se os conceitos de ativismo judicial e de judicialização da política.

No segundo capítulo, analisou-se as definições, tipologia e o histórico do controle de constitucionalidade. Diferenciou-se ainda, controle difuso de concentrado e controle abstrato de concreto, como examinou-se o conceito e as peculiaridades das ações do controle judicial abstrato no Brasil, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, fazendo um paralelo com o Mandado de Injunção.

No terceiro e último capítulo, realizou-se a análise de jurisprudência das decisões em sede de ADOs no período pós Constituição da República de 1988, seguindo as regras metodológicas de Palma, Feferbaum e Pinheiro (2019), sob a ótica dos referenciais teóricos Jeremy Waldron, Andrei Marmor e Robert Alexy, que têm em comum a formulação de teorias discutindo-se a importância da interpretação por parte dos julgadores, sobre a revisão judicial e a legitimidade do Judiciário para fazê-la. Neste mesmo capítulo fez-se também as interpretações entre os resultados e influências de tais decisões para a concretização das normas constitucionais pelo Congresso Nacional.

Por fim, nas considerações finais, foram apresentados os resultados alcançados ao longo da pesquisa, com enfoque especial para as conclusões provenientes da aplicação do procedimento metodológico aqui aventado, qual seja, a análise de jurisprudência, e como podem amparar na verificação da possibilidade de uma racionalidade por trás das decisões de ADOs analisadas, frente às omissões inconstitucionais do Congresso Nacional no sentido da proteção de direitos fundamentais.

E é dentro desse contexto e diante de tantos importantes questionamentos que se analisará o papel do Judiciário no Brasil, em que se tinha até muito pouco tempo um aparente consenso sobre a função do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República, e que atualmente, porém, frente aos acontecimentos mais recentes, uma nova mentalidade tem se formado no sentido de uma premente necessidade de revisão da Teoria da Separação dos Poderes e da criação de novos arranjos institucionais que venham principalmente suprir as demandas político-sociais do país.

2 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Pode-se indagar, por que começar esta pesquisa pelo princípio da separação de Poderes. Há alguns princípios constitucionais que tradicionalmente e progressivamente foram postos pelos legisladores constituintes como fundamentais e basilares a todo o sistema e, por consequência, em posição de supremacia sobre os demais. No caso brasileiro, destacam-se os princípios da federação e da república (ATALIBA, 2011). A Constituição da República de 1988 trouxe de forma explícita e clara as matérias substanciais que dão o contexto necessário ao princípio republicano, no art. 60, § 4º. São eles:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, [2020], não paginado, grifo nosso).

Desse modo, a Carta Magna preleciona que o regime republicano modernamente caracteriza-se pela tripartição do exercício do Poder e pela periodicidade dos mandatos políticos, com a responsabilização dos mandatários como consequência. Então, os sistemas de controle, fiscalização, responsabilização e representatividade, mecanismos de equilíbrio, harmonia e demais procedimentos no relacionamento entre poderes, asseguram e viabilizam o princípio republicano, sendo alicerce de toda a estrutura constitucional. No entanto, não é isso que se tem observado no panorama do Direito Constitucional brasileiro contemporâneo (ATALIBA, 2011).

Por isso mesmo, ao observar os acontecimentos dos últimos anos no Direito brasileiro, em especial o Direito Constitucional do Brasil, muitos estudiosos desse ramo do Direito ou mesmo interessados mais especificamente em organização do Estado e dos Poderes no Estado se perguntam se o tradicional princípio da separação dos Poderes, aos moldes de Montesquieu, estaria em decadência ou desuso. Nada mais justo então, do que começar o desenvolvimento do presente trabalho por esta tão cara temática. E para isso, para refletir sobre essa questão e respondê-la, é necessário fazer um regresso a esse modelo para entender como foi proposto nos seus primórdios, como tem sido aplicado ao longo dos séculos, para então chegar ao estágio que se encontra hoje.

2.1 Em seu modelo tradicional

Antes de mais nada, é importante salientar que se utiliza o termo “separação de poderes”, mas o poder do Estado é uno e indivisível. Esse poder é exercido por vários órgãos, que detêm funções distintas. Feita essa ressalva, esclarece-se que as primeiras bases teóricas da tripartição de poderes foram na Antiguidade grega, em Aristóteles, publicadas em sua obra “Política”, em que se tinha na verdade uma ideia de atribuição de poderes, ou ainda uma distribuição de atribuições.

Para Aristóteles (1991, p. 93) “o governo é o exercício do poder supremo do Estado”. No Livro III, Capítulo X, da obra “A Política”, ele estabelece quais são os Poderes, a sua estrutura e as suas funções, sendo incumbência do legislador cauteloso acomodá-los, da forma mais oportuna, sendo que somente quando essas três partes estiverem acomodadas é que o governo será bem exitoso.

Desta forma, para ele, existiam três funções diferentes que eram exercidas pelo soberano. Essas funções eram a de editar normas gerais que seriam observadas por todos, a de aplicar tais normas aos casos concretos e julgar e resolver os conflitos que advinham da aplicação das normas nos casos reais. No entanto, é necessário esclarecer que na época em que formulou tal teoria, Aristóteles a idealizou com a prática das três funções concentradas em uma única pessoa, no caso o soberano, que era quem detinha todo o poder (ARISTÓTELES, 1991).

Desse modo, Aristóteles em muito contribuiu para identificar as três distintas funções estatais, mesmo que à época tenha defendido que fossem exercidas por um único titular.

Após a teoria desse grande filósofo, apesar de haver uma vasta associação do termo “divisão de Poderes” e “tripartição de Poderes” com o filósofo e político iluminista francês do século XVIII, “Charles-Louis de Secondat, mais conhecido por Barão de Montesquieu”, a ideia de atribuições do Poder idealizada por Aristóteles, se aprimorou no pensamento de John Locke, que denominou os três Poderes de Legislativo, Executivo e Federativo (PEIXINHO, 2008).

John Locke, um dos mais importantes filósofos do empirismo, rompeu com as ideias absolutistas que anteriormente eram defendidas por Thomas Hobbes (expoente filósofo do pensamento contratualista) e construiu as bases de uma teoria liberal-burguesa-individualista, segundo a qual os homens pactuam consensualmente com a criação de um governo civil como mecanismo indispensável para a preservação de direitos como liberdade, segurança, paz, propriedade, que no estado de natureza, defendido anteriormente, não possuíam proteção.

Para ele, no momento em que se celebrava o contrato social, as pessoas não renunciavam à titularidade da soberania, nem aos direitos naturais a que tem direito, mas ao anuir com o governo civil apenas transferiam o exercício de sua soberania, mas não abrindo mão de sua titularidade sobre ela. Isso porque para ele, ocorria um pacto de governo e não um pacto de submissão como seu antecessor Hobbes defendia (VERBICARO, 2019).

Diferente do que atualmente se utiliza, Locke denominou o terceiro Poder de “Federativo” que era o responsável pelas transações externas, promover alianças e de firmar ligas, compreendendo assim o Poder de guerra e paz. E apesar de para ele o Poder Federativo andar sempre muito próximo ao Poder Legislativo, este último é o Poder supremo ao qual os demais se subordinam, pois segundo ele, para que se possa legislar, é necessário que se esteja em um patamar superior dos demais (LOCKE, 2001).

Em sua teoria, Locke traz o Poder Executivo como executor das leis municipais da sociedade sobre todos que fazem parte dela, o Legislativo como o responsável por estabelecer leis permanentes para o bem público e ao terceiro Poder, o Federativo, “cabe a administração da segurança e do interesse do povo e de todos aqueles que podem trazer benefícios ou prejuízos a sociedade” (LOCKE, 2001, p. 20). Este último cuida também do relacionamento do Estado com outros governos. Ademais, uma curiosidade importante, é que este filósofo não lista o Judiciário entre os Poderes, mas o visualiza como uma instituição interpretadora das leis.

É interessante que já naquela época, Locke defendia que em comunidades civis bem organizadas, em primeiro lugar se considerava o bem do todo, e por isso, o Legislativo devia sempre ser posto nas mãos de várias pessoas, que tivessem sido regularmente escolhidas para ter o poder de legislar, e além disso, quando terminassem de o fazer, fossem submetidas a essas mesmas leis que criaram (e que foram criadas em benefício do povo) (LOCKE, 2001).

Mas é de fato em Montesquieu (1999) que se entende a ideia dos três Poderes do modo como o temos hoje, Legislativo, Executivo e Judiciário. Sua doutrina é tripartida, sendo exercidos preferencialmente por pessoas diferentes, mas que não necessariamente haja separação rigorosa entre suas funções. Há para este filósofo também, uma verdadeira harmonia entre eles, que demanda uma atribuição conjunta e indivisível entre os Poderes.

Sua teoria de tripartição dos Poderes, com a clara divisão das funções estatais tinha entre outras funções, a incumbência de propiciar a organização racional da administração da coisa pública e também de garantir os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos (VERBICARO, 2019).

Para Montesquieu (2008) todo e qualquer ser humano que tenha poder é levado a abusar dele e vai até encontrar limites, por isso é necessária e tão importante a divisão dos

Poderes, para que cada um freie o outro e impeça o abuso de algum deles. Para ele ainda, o Legislativo faz as leis para algum tempo ou para sempre e também tem a prerrogativa de corrigir ou ab-rogar as leis que já estão em vigor; já o Judiciário, por sua vez, tanto pune os crimes, como julga as lides dos particulares; e o Executivo por fim, exerce a administração em geral do Estado e por isso é o executor das leis, assim como exerce as demais funções do Estado.

Para formar um Governo Moderado, precisa combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir, dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente se deixa a prudência produzir. (MONTESQUIEU, 2008, p. 26).

Veja-se que é em Montesquieu em que há o reconhecimento do Poder Judiciário como poder autônomo na estrutura organizacional do Estado, mesmo que o tenha estruturado como um poder de neutralidade política e axiológica, atribuiu a esse Poder autonomia e independência na função judicante (VERBICARO, 2019).

Ele já trazia a ideia que o Poder Executivo – fosse na monarquia na figura do monarca, ou em outro governo – deveria ser uno, pois como essa parte do governo, quase sempre precisa de medidas instantâneas, é melhor administrá-las por meio de uma pessoa do que por várias. Ao contrário, as matérias que são regidas pelo Legislativo, segundo ele, são melhor reguladas por diversos parlamentares do que por somente um. Ele também já defendia que o corpo legislativo deveria servir apenas por algum tempo (legislatura), pois precisa ser renovado pelo povo, que é a fonte do poder político na República, de tempos em tempos. Mas deve ser o Executivo a regular a época e a duração da legislatura (MONTESQUIEU, 2008).

Para Montesquieu (2008) ainda, o Poder Judiciário é neutro, assim como entendia que para que cada Poder fosse independente e conseguisse frear um ao outro, necessitavam de algumas garantias, franquias constitucionais que fossem impostergáveis e invioláveis. Se não, haveria o risco de ocorrer um desequilíbrio entre os Poderes e desestabilização do Governo.

Sendo assim como visto acima, diante de tantas colocações revolucionárias para o tempo em que viveu, as ideias desse filósofo e político iluminista francês que viveu no século XVIII sobre limitação do Poder, liberdade política, separação de Poderes e a relação lei e liberdade muito influenciaram a Declaração de 1789 e as constituições que vieram posteriormente a ela, tanto que a divisão dos Poderes ficou consagrada como princípio formal fundamental na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (artigo 16) (PEIXINHO, 2008).

Até a Revolução Francesa, o centro normativo da época eram os senhores territoriais ou os reis e neles estava toda a soberania. Mas por não serem onipresentes, e não poderem responder satisfatoriamente a todas as demandas suscitadas em seus territórios, foi-se

permitido que as cortes soberanas fizessem os regulamentos, mas sempre sob o conhecimento e condescendência destes senhores.

Apenas com a elaboração destes regulamentos e sob o entendimento do princípio sob o qual toda soberania reside essencialmente na nação, defendida a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, é que foi permitido esse caráter uno, imprescritível, indivisível e inalienável da soberania (FERRAZ JÚNIOR, 1994).

Sobre esse tema, anos antes, Hobbes (1991) por meio da ideia de contrato social, explica que o contrato estabelece a autoridade de qualquer pessoa que seja capaz de tomar e exercer o poder. Pois em um estado de natureza sem ninguém para governar e guiar, exceto a lei natural, há o reconhecimento de que todos são independentes e iguais. Mas ao mesmo tempo esse estado de natureza, segundo ele, será um estado de guerra, pois a busca desenfreada por poder, leva a guerra de todos contra todos.

E para escapar dessa terrível condição o homem entrega todo poder e força individual a um único homem ou a uma assembleia de homens que seja capaz de tornar as vontades de cada um, pela pluralidade das vozes, em uma vontade única. Com esse consentimento, os súditos tem por obrigação obedecer ao seu soberano que terá então a autoridade para fazer, aplicar e interpretar as leis. A esse contrato social, Hobbes (1991) chama de “soberania por instituição”.

E pode-se questionar como todas essas doutrinas expostas até aqui influenciaram e ainda influenciam o Brasil. O fato é que as constituições republicanas brasileiras, inclusive a de 1969 foram influenciadas e inspiradas no direito constitucional norte-americano, e este é desdobramento das doutrinas de Montesquieu, o que fez com que as principais instituições políticas brasileiras, bem como pontos fundamentais ao Direito Constitucional e de uma constituição – garantias individuais, forma de Estado e forma de Governo – fossem pautadas pelos ensinamentos desse grande filósofo (MONTESQUIEU, 2008).

Além do que, na vasta construção política-doutrinária de Montesquieu, ele sempre mirou assegurar a liberdade política dos cidadãos, o que é evidenciado na atualidade como sendo a garantia suprema na Política republicana. E dela, sabe-se que derivam todas as outras garantias: garantia da livre iniciativa, de liberdade de pensamento nas manifestações, a garantia da propriedade privada, dentre tantas outras. Do mesmo modo quanto ao Código Civil brasileiro, que para que se possa bem compreender seus artigos 3º, 4º e 5º, é necessário conhecer o conceito de lei em Montesquieu (MONTESQUIEU, 2008).

Influenciou ainda nas instituições civis fundamentais: família, propriedade, sucessão e contrato como mostra Mota (2008) na introdução que escreveu em Montesquieu (2008):

Com base no Direito romano, grego e outros antigos, ele demonstra que tais instituições provêm, como consecutórios, daquele consenso dos povos no sentido de convir a repartição equitativa dos bens e o estabelecimento da emulação entre os cidadãos, tudo pela aspiração ao progresso (MOTA, 2008, não paginado).

Pelo exposto, fica claro que não se pode ignorar os ensinamentos de Montesquieu sobre as principais instituições do país, ainda que tenham evoluído e mudado bastante, pois este autor está por trás das raízes destas.

Kelsen (2000), por sua vez, também merece ser mencionado, uma vez que questionou a doutrina de separação dos Poderes de Montesquieu quanto à sua realidade fática, visto que a Corte norte-americana atuava no exercício do controle de constitucionalidade de leis infraconstitucionais, e para ele isso demonstrava que havia uma indevida ingerência de um Poder sobre o outro.

Resumidamente, o pensamento kelseniano no que tange à doutrina da Separação dos Poderes é que há na verdade duas funções básicas no Estado, a de criar e a de aplicar o direito e são infra e supraordenadas; além do que, no Estado moderno, o poder de legislar não é exclusivo do legislador, mas sim fruto da interação dos poderes; a função de legislar do Poder Judiciário ocorre quando os Tribunais tanto anulam as leis inconstitucionais, como quando no sistema do *common law* estabelecem-se os precedentes que definem conteúdo e sentido das leis, muitas vezes inclusive diferentemente da maneira previamente estabelecida pelo legislador; e por fim, que o que ocorre na realidade é a distribuição de competências (poderes), e não a separação deles, pois quando a Constituição estabelece o Poder Legislativo como órgão Legislativo, isso é sempre compartilhado com os demais poderes (KELSEN, 2000).

E é dentro desse contexto do papel do Judiciário no Brasil que se tinha até muito pouco tempo um aparente consenso sobre a função do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República. Porém, frente aos acontecimentos mais recentes, tem se formado um contexto de revisão da Teoria da Separação dos Poderes e a necessidade da criação de novos arranjos institucionais que venham principalmente suprir as demandas político-sociais do país (CASTRO; RAMOS, 2014).

O professor Santana (2021) critica duramente a ideia de o STF ser encarado como único protetor da Constituição da República, pois para ele no sistema republicano não cabe tal

exclusividade de guarda constitucional. A norma principal¹ é o eixo que fixa todos os Poderes, e por isso mesmo não pertence a um único órgão. E é sobre esses novos arranjos institucionais e esse modo diferente de ver a Teoria da Separação dos Poderes que se falará mais detalhadamente no próximo tópico.

Ainda sobre o tema da Separação de Poderes, é importante explicitar que a Constituição brasileira reparte o exercício do poder do Estado em dois planos, o horizontal e o vertical. O plano horizontal é aquele que vem prelecionado no art. 2º, em que há a definição dos órgãos ou Poderes da União, harmônicos e independentes, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Essa separação define uma diferenciação funcional, que prescreve um limite e um dever de atividade institucional para cada órgão, proibindo toda e qualquer transferência de poderes sem fundamentação explícita no texto constitucional (CANOTILHO, 2012).

Já no plano vertical, o exercício do poder político é distribuído entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, declarando a autonomia das unidades da Federação, conforme estabelece o art. 1º c/c. art. 18, da Constituição. Importa em uma definição das ordens jurídicas especiais próprias do Estado Federal, por meio da distribuição de competências segundo uma divisão sucessiva de ordem territorial (MODESTO, 1995).

2.2 Sua adoção, evolução e manifestação recente no Brasil

Classicamente, como visto, a doutrina reconhece os três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, como sendo autônomos, independentes e harmônicos, significando dizer que não interferem nas prerrogativas precípua de cada um, mas se fiscalizam mutuamente para que não se ultrapasse o limite de atuação a que cada Poder está autorizado por suas constituições a fazer (FERRAZ JÚNIOR, 1994).

Ataliba (2011), defende ainda que a tripartição do poder aparece como a melhor forma para garantir-se o regime republicano representativo com seus necessários componentes de responsabilidade e igualdade diante do poder do Estado. Concebe um sofisticado mecanismo de *checks and balances* que tende a realizar a hipótese de que “o poder contenha o poder”.

No entanto, no início do século XX com os pós-guerras, legislações que eram baseadas em cláusulas gerais e com as constituições mundo afora permeadas de princípios, o papel dos três Poderes acabou por misturar-se tanto, que o Poder Judiciário se viu impelido a

¹ Segundo o professor Santana (2021), é o modo como se denomina a Constituição em simetria com Norma Fundamental.

desempenhar não apenas seu papel típico de aplicar as leis formuladas pelo Parlamento (CASTRO; RAMOS, 2014).

O que passou a se perceber, portanto, na atualidade em diversos países, e em especial no Brasil, é um rompimento com as “barreiras” das funções de cada Poder, a começar pela ideia de funções típicas e atípicas, em que além de suas competências de origem, cada um dos Poderes têm outras funções e atributos cada vez mais crescentes (PEIXINHO, 2008).

O Poder Executivo, através das Medidas Provisórias legisla de forma exponencial, assim como com atos normativos infralegais por meio de autarquias com funções regulatórias. Da mesma forma, os atos administrativos (atos normativos infralegais) vêm sendo incorporados à ordem jurídica, em situações não contempladas pela lei, a exemplo do caso em que houve o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade² ajuizada em face da Resolução n. 07, de 18-10-2005, do Conselho Nacional de Justiça, em que o CNJ proibiu a prática do nepotismo em todas as instâncias do Poder Judiciário (PEIXINHO, 2008).

Sem se mencionar a competência legislativa do Poder Judiciário, em que por meio do controle abstrato de normas e a resolução de conflitos de competência entre órgãos e resolução de impugnações de leis e decisões judiciais, se observa um judiciário muito mais ativo em searas que não eram as suas (PEIXINHO, 2008).

Nessa mesma toada, a jurisdição constitucional por resolver questões em que seus objetos têm cunho eminentemente político e suas decisões têm efeitos políticos até certo ponto bastante amplos, se vê cada vez mais em uma situação estreita, pois não pode se eximir de resolver as questões, nem deixar de se manifestar sobre as violações à Constituição da República sob a alegação de que incidiria em judicialização, mas também precisa observar o limite de suas ações para não recair no temeroso ativismo judicial (PEIXINHO, 2008).

Além do acima mencionado, o que se percebe também é que atualmente o neoconstitucionalismo apregoa que diferente da tradição liberal clássica, as normas constitucionais não se limitam a normatizar unicamente a organização do Estado e as relações entre os cidadãos e o Estado, mas também a regular as relações sociais, o que implica dizer que tanto normas programáticas como os princípios gerais do Direito produzem efeitos e podem ser aplicadas por qualquer juiz (PEIXINHO, 2008).

Essas relações sociais, normas programáticas e em especial os princípios gerais do Direito são permeados de direitos fundamentais, o que faz com que não apenas o legislador, mas também os julgadores passem a objetivar a materialização e concretização dos direitos

² Cf.: Brasil (2006).

indispensáveis para que todos possam fruir sua dignidade humana, pois a constituição de um Estado constitucional deve garantir a concretização desses direitos basilares (PEIXINHO, 2008).

Para isso se dá o nome de Estado Providência, que segundo Verbicaro (2019), é o Estado em que o Executivo e o Judiciário têm uma maior atuação na manutenção do sistema político, e em última instância, os tribunais se transformam na via de acesso da população às instâncias de poder, como o *locus* de reivindicações de direitos. E segundo a autora, é justamente sob este panorama que o Poder Judiciário passa a ter uma atuação bem maior no referente ao processo de criação do direito, como legitimadores do sistema, para resguardarem os direitos fundamentais no pacto garantista.

Além do que fatores como

[...] a propagação internacional da importância dos direitos humanos, do controle de constitucionalidade, da crise do formalismo interpretativo, em face da consolidação de constituições com inúmeras cláusulas de textura aberta e polissêmicas, abertas a um número cada vez maior de intérpretes. (VERBICARO, 2019, p. 115).

Como aduz Verbicaro (2019), são algumas das questões que demonstram esse crescimento na atuação do Poder Judiciário em questões políticas e econômicas fundamentalmente importantes para a nação.

Vale lembrar rapidamente o que são esses direitos fundamentais e a teoria jurídica geral dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Essa teoria tem por base a teoria dos princípios e a teoria das posições jurídicas fundamentais. Para o autor, tal teoria tenta responder quais direitos o indivíduo possui enquanto ser humano e cidadão de uma comunidade, bem como quais princípios vinculam a legislação estatal e o que a concretização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade exigem. Mais ainda, elucida que tais questões se tornam jurídicas quando uma constituição vincula seus Poderes a normas de direitos fundamentais que são diretamente aplicáveis e, portanto, quando tal vinculação pode ser controlada por um tribunal constitucional.

Alexy (2011a) explica ainda, que o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma da fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial. A primeira decorrente de sua posição no ordenamento jurídico, no ápice, o que significa dizer que se trata de direitos que vinculam diretamente os três Poderes. A segunda decorrente do fato de que com esses direitos são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Com isso, defende-se que as normas de direitos fundamentais desempenham um papel central no sistema jurídico.

Feita essa observação, conclui-se que uma das principais diferenças do direito constitucional contemporâneo do direito constitucional de alguns séculos atrás é o papel bem menos passivo do juiz. Ao invés de apenas anunciar a vontade do legislador para determinada situação fática, o juiz agora é uma espécie de partícipe da sociedade e tem como uma de suas funções mais importantes defender a democracia, já que mais que nunca, sua atuação provoca transformações políticas, econômicas e sociais (PEIXINHO, 2008).

A principal diferença do Poder Judiciário para os demais, tradicionalmente, era justamente aplicar contenciosamente a lei a casos particulares, ou seja, apenas quando provocado, se houvesse litígio (exceto nos casos de arguições diretas de inconstitucionalidade), o que agora não tem sido mais o único modo de agir deste Poder que tem sido observado (FERRAZ JÚNIOR, 1994).

Tassinari (2012) levantou a interessante discussão de que há uma estreita relação entre o neoconstitucionalismo e uma postura ativista do judiciário brasileiro, causada principalmente pela falta de diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, o que ocasionaria uma ilimitada atividade judicial. Ela explica que após a segunda grande guerra, o período pós moderno foi marcado por teses pós positivistas que colocam como principal elemento caracterizador do novo perfil da jurisdição a discricionariedade judicial “(elasticidade/ abertura interpretativa)”. E o resultado de tudo isso, ela aduz, é cada vez mais a afirmação de uma supremacia jurisdicional.

Isso porque o fim da segunda guerra mundial fez com que as comunidades jurídicas dos países, especialmente os da Europa, repensassem o constitucionalismo, a fim de dar maior força às Constituições para melhor proteger os direitos fundamentais dos cidadãos em geral, em face da até então supremacia legislativa que se identificava com o positivismo e reinavam absolutos. Sem dúvida isso trouxe grandes avanços, no entanto, foi dado ao Judiciário esse papel de exaltação da Constituição, o que foi caracterizado pela discricionariedade judicial (TASSINARI, 2012).

A questão da discricionariedade judicial e do grau de liberdade interpretativa dos juízes, aduz Verbicaro (2019), teve maior destaque na teoria jus filosófica contemporânea, em especial a partir da crise do modelo dedutivo de atuação dos juízes e da perda de influência de algumas máximas do positivismo clássico que defendia a ideia de completude e de uma visão formalista dos juízes como seres autômatos capazes de realizar, tão só, a vontade do legislador. As reações a esse modelo, acabaram por suscitar o interesse pelo processo de decisão judicial e sua conseqüente relação com a produção normativa, principalmente ao se reconhecer a

necessidade técnica da discricionariedade judicial diante da constatação da incompletude e dos apertados limites de circunscrição do mundo jurídico.

Tal fato acontece porque as constituições passam a estar permeadas de princípios, e como Sanchís (1991) bem explica, a interpretação da Constituição começa a ter bem mais possibilidades interpretativas e também, como ele chama, das “zonas de penumbra”, pois os princípios possuem maior elasticidade interpretativa; quando positivados no texto constitucional são mais fortes ou se não, se tornam fracos; e são aplicados com a ajuda de valores extrajurídicos.

Tassinari (2012, p. 38) explica que há inúmeros posicionamentos a respeito do que veio a ser o neoconstitucionalismo] e suas teses, mas que em todos eles há um núcleo comum assim caracterizado:

a) todas elas pretendem-se pós-positivistas – isto é, surgem visando a contrapor o positivismo; b) em sua maioria, resgatam o papel dos princípios na interpretação do Direito; c) reconciliam Direito e Moral; e, por fim, a pretexto disso, d) afirmam o protagonismo judicial (ou o papel acentuado da jurisdição, com um aumento das faculdades interpretativas do julgador), a partir da defesa da discricionariedade judicial (ou elasticidade interpretativa).

Ela afirma ainda que a identificação desses elementos com o neoconstitucionalismo acabou por conduzir em vários países, mas em especial no Brasil, a defesa do ativismo judicial, com uma ideia que a jurisdição é a responsável pela concretização dos direitos assegurados na Constituição (TASSINARI, 2012).

Ackerman (2006), sobre o tema, aduz que o Poder Judiciário é um órgão institucional que têm a obrigação de invalidar os atos normativos que violem a Constituição e apresentá-los como meros substitutos do povo, pois como ele defende, somente o povo pode modificar a Constituição e o papel do Judiciário é justamente impedir que o Legislativo faça alterações impróprias e indevidas. Isso, no entanto, não quer dizer que Ackerman defenda uma superioridade do Judiciário frente ao Legislativo, mas sim a superioridade do Povo, e por isso mesmo, frente a conflitos entre a vontade do Legislativo em seus estatutos e a vontade do povo, expressa na Constituição, essa última sempre deve prevalecer.

No entanto, o professor Santana (2021, p. 347) alerta que não é isso que acontece, pois o Judiciário tem deixado de apenas fiscalizar normas que violem a Constituição, se sobrepondo e desrespeitando a separação dos Poderes do Estado:

A vontade contra majoritária, que deveria simplesmente desconstituir situações normativas compostas em desconformidade constitucional, vai além de qualquer baliza, ultrapassando os limites materiais e formais, rompendo, assim, com a cláusula de separação e harmonia entre os Poderes da República. Nesse sentido, é disruptivo o juízo que rompe o próprio fundamento de legitimidade de atribuições constitucionais

É importante lembrar aqui o que o jurista português Canotilho (2012) alertou sobre o cuidado que o Tribunal Constitucional deve ter na limitação de sua interpretação, pois deve-se evitar a todo custo que se alterem as previsões que a Constituição traz ou que suas manifestações / decisões se tornem desmedidamente discricionárias. Ele ainda limitou a tarefa interpretativa da Constituição com um catálogo de princípios concebido segundo uma postura metódica hermenêutico-estruturante compreendendo os seguintes princípios:

- a) Princípio da força normativa da Constituição: aquilo que está previsto na Constituição deve prevalecer de modo que contribua para que a lei fundamental tenha a melhor eficácia possível, fazendo-se com que ela seja a mais respeitada e preservada possível;
- b) Princípio da Unidade da Constituição: a Constituição deve ser interpretada evitando-se contradições entre as suas normas;
- c) Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização ou da Ponderação de Bens: é a exigência de coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito de modo que seja o mais evitado possível o sacrifício em prejuízo de um ante o outro (s) que naquele caso concreto possa ter precedência na concreção;
- d) Princípio do Efeito Integrador: no que se refere aos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar primazia à integração política e social com o reforço da unidade política;
- e) Princípio da Máxima Efetividade, da Eficiência ou da Interpretação Efetiva: uma norma constitucional deve ter a si atribuída o sentido que lhe conferir a maior eficácia possível.

Mas há ainda, dentre os princípios que Canotilho (2012) destaca, que no caso brasileiro deve-se realçar ainda mais. É o Princípio da Justeza ou da Conformidade Funcional, por meio do qual se visa impedir a modificação da separação de funções estabelecidas na Constituição, sob a justificativa de sua concretização. Veja-se o que ele fala a esse respeito:

O seu alcance primeiro é este: o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido. É um princípio importante a observar o Tribunal Constitucional, nas suas relações com o legislador e com o governo, e pelos órgãos constitucionais nas relações verticais do poder (Estado/regiões, Estado/autarquias locais). (CANOTILHO, 2012, p. 1223-1226).

A esse respeito, Hirsch (2011) bem adverte, que por esse último princípio infere-se que não se pode criar indevidas intervenções de um Poder sobre o outro, pois cada órgão deve executar as funções para as quais foi criado, e por isso mesmo o tribunal constitucional não estaria autorizado a diminuir ou aumentar as suas próprias competências expressas na Carta

Magna. Sendo assim, pelo princípio da justeza ou da conformidade funcional não pode haver um desvirtuamento do esquema de competências constitucionalmente posto, seja para interferir nas funções dos demais Poderes, seja para restringir suas próprias funções, por meio de interpretações criativas dos magistrados.

Vale lembrar que o desrespeito desse princípio pelo Supremo Tribunal Federal ocasiona a diminuição da importância e preponderância da Constituição da República como veículo por meio do qual se concretiza tanto os direitos fundamentais, quanto os anseios da população. Sem contar que atinge diretamente também a observância de outros princípios, como o da interpretação constitucional, o da máxima efetividade e o da força normativa da Constituição (HIRSCH, 2011).

Uma outra questão importante ao se falar da manifestação atual do princípio da tripartição dos Poderes é quanto à legitimidade democrática do Poder Judiciário, uma vez que é composto por membros não eleitos; não escolhidos pela população em eleições periódicas e democráticas. A esse respeito, Ataliba (2011, p. 113) afirma que a teoria da tripartição dos poderes nos moldes clássicos, demonstra que não há precisão alguma que os membros do Poder Judiciário sejam escolhidos pelo povo, uma vez que a função judicial se restringe – ou pelo menos deveria se restringir – à interpretação das leis (a começar pela lei constitucional), e para isso não há motivação para que o fator “representatividade” seja essencial na seleção dos cidadãos que irão servir a sociedade por meio do Poder Judiciário. “As funções técnicas não devem ser representativas, porque são não políticas”.

Segundo este autor, se no contexto das Repúblicas a função judicial equivale a dar aplicação à lei nos casos contenciosos, por meio de interpretação técnica e aplicação imparcial, os integrantes do Poder Judiciário precisam ser bons técnicos, excelentes na função hermenêutica e não representativos (ATALIBA, 2011).

Feitas as devidas reflexões e ponderações sobre o tema, Ely (2010, p. 8) nos relembra que a legitimidade do Judiciário advém da Constituição da República e por isso é democrática:

O intérprete constitucional, legitima seu poder e toma seus valores diretamente da Constituição – e isso significa que, já a própria Constituição foi avaliada e ratificada pelo povo, esses valores vêm, em última instância, do povo. Nessa hipótese, quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição – o que significa que, na verdade, o povo controla a si mesmo.

Desta forma, como há previsão constitucional expressa sobre o exercício da jurisdição constitucional brasileira, entende-se que se trata do reflexo da vontade do Poder Constituinte Originário, o que concede a essa jurisdição o mais alto grau de legitimidade. Além disso, é importante lembrar que os atos tomados pelos membros compositores do Judiciário,

e em especial os do Supremo Tribunal Federal, são públicos e dotados de transparência, o que dá amplo e livre acesso à população de todas as teses e decisões ali prolatadas (MADEIRA; AMORIM, 2007).

Mas com o caminho escancarado para diferentes arranjos institucionais, o que se percebe é a imprescindibilidade de repensar o papel do Poder Judiciário e mais especificamente do Supremo Tribunal Federal, uma vez que uma sociedade plural, democrática e com tantos déficits como a brasileira, precisa ter seus problemas resolvidos (CASTRO; RAMOS, 2014).

Em vistas disso, é que Verbicaro (2019, p. 112), defende que hoje o Poder Judiciário possui as funções política, simbólica e instrumental, em que na função política exerce um “papel decisivo como mecanismo de controle e pacificação social, fazendo cumprir direitos e obrigações, reforçando as estruturas vigentes de poder e assegurando a integração da sociedade-sentido de manutenção do sistema político”, na função simbólica “estabelece um sentido de equidade e justiça, socializa as expectativas dos atores na interpretação da ordem jurídica” e na instrumental “é o principal *locus* de resolução de princípios”.

A autora completa ainda que ao exercer tais funções os tribunais estão realizando as atividades de resolver litígios, fazer o controle social, administração e a criação do direito, que segundo ela, esta última é a mais problemática de todas, mas, inevitável e progressiva na medida em que os princípios da subsunção lógica na aplicação do direito implodem, e isso faz com que o grau de criatividade dos tribunais aumente. Para a autora ainda, características do Estado atual, como “o uso cada vez mais frequente de cláusulas gerais, conceitos indeterminados, princípios da boa fé e de equidade” colaboram para esse aumento da criatividade dos juízes / julgadores (VERBICARO, 2019, p. 113).

Portanto, como resultado da explosão de conflitos sociais, explica a autora, e da tão crescente expectativa de fruição dos “novos” direitos consagrados na Carta Cidadã, e da conseqüente maior procura pelos tribunais, constata-se um crescimento de tensão entre os Poderes do Estado. O aumento de decisões contra atos do Executivo, que nas palavras de Verbicaro (2019, p. 124): “em muitas vezes, conduzia a política econômica brasileira com medidas de impacto a fim de abrandar intensas crises econômicas”, fez com que essas medidas de impacto, ao entrarem em choque com a Constituição, acabassem por atribuir ao Poder Judiciário um papel de “linha de frente” na resolução de problemas políticos, sociais e econômicos no Brasil.

Diante de todo o exposto, apesar da percepção de que atualmente o clássico modelo de tripartição de Poderes esteja em franca mudança, ainda há estudiosos que alertam para o perigo do crescimento do fenômeno do ativismo judicial, sob o argumento de que se corre um

grande risco de haver uma “ditadura do judiciário” e a conseqüente atrofia dos demais Poderes (desconsiderando a ideia de diálogo institucional), ocasionando um inevitável ultraje do princípio da separação dos Poderes (MADEIRA; AMORIM, 2007).

Bastante pertinente é a observação que Santana (2021, p. 341) faz sobre o modo como o Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal tem expandido sua atuação. Agindo, em suas palavras, como um “parlamento revisor”, os debates antecidos por flashes e muita ênfase midiática, acabam por agir como um Poder Moderador imaginário. Sua atuação, com discussões acadêmicas meritórias, que transcendem os preceitos constitucionais expressos e decorrentes tem substituído de modo insatisfatório o juízo de adequação, que nas palavras do eminente professor é “a avaliação de compatibilização de proposições legislativas e de atos administrativos, vistos diante dos fundamentos e princípios que emolduram o sistema político, no caso, republicano e federativo”.

2.3 Ativismo Judicial

Como visto acima, o Neoconstitucionalismo é um novo modelo de Direito Constitucional que se difundiu pelo mundo após o fim da segunda guerra mundial, cujo ponto marcante consiste no reconhecimento da força normativa da Constituição, com a conseqüente aceitação do caráter normativo dos princípios e a abertura dos valores do sistema político.

Com o Neoconstitucionalismo houve o reconhecimento da soberania das Constituições diante das demais leis, pois esta tornou-se de observância obrigatória por parte dos Poderes e órgãos dos Estados e dos cidadãos. Nesse sentido, argumentam Ramos e Diniz (2016, p. 189):

[...] além de conter normas garantidoras dos direitos e liberdades fundamentais, a Constituição é o ponto de apoio e fundamento de validade de todo o sistema normativo, pois é ela quem promove em sentido negativo (limitação à ordem infraconstitucional) e em sentido positivo (regulação do conteúdo das normas inferiores) o trabalho de dotar o ordenamento de unidade e coerência.

Como o professor Santana (2021, p. 337) faz com que se recorde, o constitucionalismo contemporâneo exige a convivência harmônica e tolerante e também exige que “o pluralismo receba a irradiação da multiplicidade de entendimentos, porque é dela que deve nascer alguma verdade”.

Diante disso, desde a Constituição de 1988 e mais precisamente a partir da Emenda Constitucional 45/2004, vem ocorrendo um aumento crescente da quantidade de processos submetidos à análise do Supremo Tribunal Federal, bem como a ampliação de assuntos de cunho

político e não meramente jurídicos levados à apreciação desse órgão de cúpula da justiça brasileira.

Essa apreciação de assuntos políticos e muitas vezes bastante polêmicos, leva a um aumento dos fenômenos conhecidos como judicialização da política e ativismo judicial. E com isso, percebe-se que no Direito Constitucional contemporâneo o juiz deixou de ser “passivo”. Não mais um pronunciador do querer Legislativo apenas, mas agora um órgão que por vezes, tem legislado e inovado em suas decisões, uma vez que tem se observado que a prestação jurisdicional tem provocado transformações econômicas, sociais e políticas.

Vale ressaltar que tais fenômenos não são exclusividade do Brasil, pois como aponta Barroso (2012, p. 23):

Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controversos na sociedade.

Como cada vez mais há a necessidade de proteção dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais, a nova dinâmica constitucional acaba por impor ao juiz que exerça uma atuação mais ativa a visar à solução de casos difíceis em que os métodos tradicionais já não se mostraram tão eficientes como eram.

Principalmente, porque como o professor Santana (2021) lembra, quando se trata do homem, o direito expressa unidade, pois na busca contra os excessos, seja do poder estatal ou das relações interpessoais, visa assegurar elementos garantidores, e que por isso mesmo tem como filtro hermenêutico primário a dignidade da pessoa humana.

E é sob esse panorama que vem se destacando recentemente o fenômeno do ativismo judicial, que no início do uso dessa expressão “ativismo judicial” nada tinha a ver com hermenêutica ou interpretação jurídica, mas sim, com a postura de juízes ao enfrentarem e julgarem questões políticas e legislativas (MADEIRA; AMORIM, 2007). No entanto, no que se refere a sua conceituação, atualmente, as opiniões estão divididas. Há quem defenda que se trata de um protagonismo do judiciário na efetivação de direitos e garantias fundamentais, enquanto outros creem que se trata de uma intromissão indevida nos demais Poderes. Desta forma, se verifica a expressão sendo usada tanto pejorativamente, como também, de modo a representar o juiz Hércules de Dworkin.

Seja como for, ao que parece, é necessário retornar à literatura norte-americana sobre a temática, já que toda discussão a respeito de ativismo parece remontar sobre a tensão entre a possibilidade de anular leis inconstitucionais e o cuidado de respeitar os limites da divisão dos três poderes, ou seja, entre a judicial review e judicial *self restraint*. E daí percebe-

se o problema do controle de constitucionalismo para o constitucionalismo, que é o controle judicial para a imposição de limites ao poder governamental, em detrimento do autogoverno do povo sobre seus atos próprios (ABBOUD; MENDES, 2019).

Nessa perspectiva é interessante iniciar a conceituação desse fenômeno com o que ele não é:

[...] não podemos confundir o ativismo judicial com algumas posturas judiciais que, no século XXI, sob a égide da Constituição de 1988, são perfeitamente legítimas. Destacamos: i) o controle dos atos do Legislativo e do Judiciário, quando eles se mostrarem contrários, formal e/ou materialmente, ao texto constitucional e às leis; ii) a atuação contra majoritária do Judiciário para proteger direitos fundamentais contra agressões do Estado ou de maiorias oriundas da própria sociedade civil e iii) atuação normativa do STF na correção da ação da omissão legislativa nas hipóteses constitucionalmente autorizadas, e.g., mandado de injunção. Tais condutas simbolizam atos de submissão e respeito à ordem democrática, cujos fundamentos se encontram em nossa Constituição Federal. (ABBOUD; MENDES, 2019, p. 3).

Sendo assim, ativismo judicial, na correta visão destes autores, não é quando o judiciário invade a esfera de outro poder, em casos em que a Constituição da República expressamente autoriza tal ação, como no exemplo na declaração de inconstitucionalidade de uma lei, mas sim, quando uma pessoa investida do dever-poder de julgar casos concretos, torne sem efeitos uma lei democraticamente produzida, por motivos de discordância ideológica ou política (ABBOUD; MENDES, 2019).

Para eles, trata-se do conhecido problema da discricionariedade judicial na sua pior e mais atual versão, problema que: “reside em negar o direito enquanto paradigma autônomo de normatividade e submetê-lo aos ditames da política, independentemente do colorido ideológico para tanto” (ABBOUD; MENDES, 2019, p. 3). E ainda completam afirmando que tal fenômeno é completamente destituído de ideologia, pois não há como ter “bom” ou “mau” ativismo judicial.

Nessa mesma toada, Kmiec (2004), por exemplo, tenta sintetizar as principais modalidades de ativismo judicial, apresentando um rol de atitudes que considera bastante nocivas se praticadas por juízes, como a invalidação ou afastamento da aplicabilidade de atos oriundos de outros Poderes; o afastamento e a aplicação de precedentes; atuar como legislador; julgar casos predeterminados a fins específicos e aponta ainda a utilização de técnicas hermenêuticas reconhecidas pela doutrina, mas esta última como uma atitude intermediária entre o ativismo judicial benéfico e o nocivo.

Streck (2011), por sua vez, entende o ativismo como um desvirtuamento na atuação do Judiciário, que atua extrapolando suas funções. E ainda mais:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um

fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional) [...]. (STRECK, 2011, p. 589).

Os já citados Abboud e Mendes (2019, p. 4), dizem ainda:

Ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto.

No Estado democrático pode-se e, em verdade, deve-se ter divergências de cunho político. No entanto, quando se trata de soluções de questões jurídicas, não deveria haver de modo algum, discordâncias sobre a origem de toda e qualquer decisão judicial, qual seja, a Constituição e as leis. O que fugir disto, trata-se de discricionariedade (ABBOUD; MENDES, 2019).

Portanto, na conjuntura do *common law*, visualiza-se a teoria de Hebert Hart e depois defendida por Robert Alexy (um dos marcos teóricos desta pesquisa) entrando em ação, em que se relaciona a oposição *easy cases vs hard cases*, em que nestes últimos se permite que haja a atuação do magistrado de modo discricionário para tentar solucionar a lide, enquanto que naqueles, é vedada pelo estrito limiar da lei e dos precedentes (ABBOUD; MENDES, 2019).

Em contrapartida, no ativismo judicial em sentido positivo, os juízes têm um posicionamento visando proteger os direitos fundamentais, bem como fazer prevalecer a supremacia da Constituição, e para isso é adotada uma postura mais concretizadora diante das abstrações dos princípios constitucionais e para tal, não há como fugir da interpretação/aplicação de conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de abstração e de generalidade, mesmo que para isso tenha que fazer uso de competências que em sua normalidade são de outro Poder (GRAU, 2006).

Teixeira (2012, p. 52) vai ainda mais longe e tenta conceituar o ativismo judicial “positivo” como aquele que tem como característica algum dos seguintes elementos:

1. Decisão que busque primordialmente assegurar direitos fundamentais;
2. Decisão orientada à garantia da supremacia da Constituição;
3. Decisão fundamentada substancialmente em princípios jurídicos, sobretudo em princípios constitucionais;
4. Decisão sustentada por técnicas hermenêuticas que não extrapolem a *mens legis* e não derroquem a *mens legislatoris* do ato normativo em questão.

Sendo assim, a polemicidade desse fenômeno a que irá se tratar, se deve especialmente por não ter um exato e unânime conceito e por suscitar diversas polêmicas, dentre elas um conflito entre o Judiciário e os demais Poderes, questionando o clássico princípio da separação dos Poderes. Fora tais divergências, não se pode esquecer que não há direito estanque; estático. O direito é diretamente influenciado pelas mudanças sociais no tempo.

Desta forma, embora não haja uniformidade de conceituação, prevalece o entendimento de que o termo ativismo judicial é usado para designar a atuação do Poder Judiciário para interpretar vazios legislativos bem como nas omissões das leis, assim como diante da inércia dos demais Poderes tanto na implementação como na concretização dos valores constitucionais, ainda que isso represente uma ultrapassagem dos seus limites e funções.

Teixeira (2012, p. 42) sobre o tema, explica: “O ativismo judicial é apenas um dos sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes do Estado moderno”. Para esse autor o ativismo representa uma discussão sobre os limites entre Direito e Política muito mais do que uma discussão sobre a separação dos Poderes.

Sendo assim, antes de ponderar sobre mais alguns conceitos, é proveitoso dialogar a respeito das origens do ativismo judicial.

Sua origem está nos Estados Unidos, na decisão *Lochner v. New York*. Mas, foi em uma publicação de uma matéria da Revista *Fortune* intitulada *The Supreme Court: 1947*, com o historiador Arthur Schlesinger Jr., que o termo entrou no léxico político e popular além do jurídico (KMIEC, 2004). Schlesinger por sua vez, logo detectou que o raciocínio jurídico é altamente maleável, em detrimento de sua cientificidade. Kmiec (2004) ao comentar Schlesinger destacou que detectaram que os ativistas judiciais entendem que Direito e Política não podem se dissociar, e isso acarreta o fato de não haver apenas uma resposta correta, pois em todas as decisões judiciais o julgador teria que fazer uma escolha política.

Lá neste mesmo país, na década de 1950, a jurisdição ordinária passou a desempenhar um papel fundamental e significativo na defesa dos direitos civis das minorias sociais, em especial as raciais. Foi daí que surgiram, como instrumentos políticos, as ações afirmativas para combater as desigualdades sociais decorrentes de fatos como sexo, idade, raça, religião e etnia (TEIXEIRA, 2012). Foi assim que o ativismo judicial cresceu nos Estados Unidos.

Já no Brasil se visualizou esse crescimento a partir da promulgação da Constituição de 1988, em que foram dados muitos poderes aos magistrados, os incentivando a uma atuação mais ativa e presente na sociedade, e com mais repercussão midiática. Passou a haver também a possibilidade de utilização do controle abstrato de constitucionalidade de modo mais intenso.

O acréscimo no rol de legitimados ativos para propor esse tipo de controle, que aconteceu com a Emenda Constitucional nº 16/1997, também aumentou a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal quanto à legitimidade de políticas públicas e medidas sociais que são implementadas pela legislação (TEIXEIRA, 2012).

Esse mesmo autor fala ainda a respeito do crescimento do ativismo judicial no Brasil:

[...] Diante disso, o ativismo judicial nasce em um cenário de alta complexização social e conseqüente fragmentação das tradicionais estruturas ‘a-jurídicas’ (como morais e religiosas, por exemplo) de resolução das controvérsias, de modo que podemos distinguir dois pressupostos fenomenológicos fundamentais ao ativismo judicial: reificação e judicialização; esta em uma perspectiva político-institucional, aquela em uma perspectiva sociológica. (TEIXEIRA, 2012, p. 41).

Sendo assim, entre os autores que compreendem o ativismo judicial como concretização e efetivação dos direitos constitucionais pelo Poder Judiciário, está Dworkin (1999) que defende que isto pode ser feito de diversas formas, como a aplicação direta da constituição, independentemente da participação do legislador ordinário, a imposição ou abstenção de condutas ao Poder Público para garantir direitos constitucionalmente previstos, a interpretação pelo Poder Judiciário dos chamados “padrões vagos”, dentre outros. Tudo isso, faz com que o ativismo comece a ser visto como um método de integração e interpretação.

Essa garantia dos direitos fundamentais, por conseguinte, ocorre principalmente em relação a matéria de políticas públicas, em especial quando se entra na perigosa seara da garantia do mínimo existencial.³ É o que defende Barroso (2012, p. 25-26):

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

A grande questão nessa perspectiva de garantia de direitos fundamentais é saber quando está se ultrapassando ou não os limites e se tornando ingerência descabida nos demais Poderes, pois o válido questionamento feito nesse quesito é até que ponto pode o intérprete constitucional determinar e orientar a adoção de políticas públicas por parte do Poder Executivo (Ativismo Remédio), assim como incitar a atuação do Poder Legislativo, como por exemplo quando o fez com a aplicação do efeito concretista ao Mandado de Injunção, à Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

Isso porque, o Supremo Tribunal Federal, segundo a Constituição brasileira, teria como sua finalidade precípua a de legislador negativo, que decorre do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, e não de legislar diretamente ou de influenciar

³ Barroso (2011, p. 202) o conceitua como sendo: “conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado”.

politicamente no contexto do país, uma vez que se observa a imposição de obrigações aos demais Poderes e influência na aplicação de políticas públicas (MADEIRA; AMORIM, 2007).

Simultaneamente à observação quanto à finalidade do STF, vale ressaltar novamente, que há diferença entre a inaceitável situação em que o judiciário visa substituir o legislador, suprimindo lacunas do constituinte (seja o originário ou o derivado), e a situação de intervir por uma inércia ou omissão proposital do Poder Legislativo devido a polemicidade do tema. Por óbvio, não se está a falar aqui de um mero aplicador da norma ao fato, de modo engessado nos moldes do pensamento positivista arcaico, visto que tal comportamento sequer se compatibiliza ao neoconstitucionalismo, pois o direito não é apenas subsunção, muito menos inerte.

Novamente, repita-se, não se está defendendo atuações discricionárias e de criação de uma nova constituição por parte do intérprete constitucional, gerando indesejada insegurança jurídica, mas sim a interpretação do direito para sua aplicação ao caso concreto, como defende Adeodato (2009, p. 288):

Toda aplicação do direito pressupõe interpretação, não há sentido no brocardo *in claris...* A norma jurídica passa a ser considerada gênero do qual a lei é espécie. Outras espécies são a sentença, a jurisprudência, o costume, o tratado etc. E Kelsen distingue a proposição normativa (*Rechtsatz*) da norma jurídica (*Rechtsnorm*), mas não chega à distinção entre significante e significado.

Isso porque a Lei não é obra acabada, perfeita e inquestionável, e o intérprete constitucional tem tentado tornar efetivo os direitos nos casos concretos. É claro que achar esse ponto de equilíbrio na interpretação constitucional e garantir segurança jurídica não é algo fácil, pois como lembra Madeira e Amorim (2007, p. 11) há vários motivos que dificultam tal objetivo, como: “o contexto histórico da produção legislativa, as transformações sociais, morais e tecnológicas, as influências políticas, os vácuos legislativos, entre outros aspectos”.

Häberle (1997) espousa o mesmo pensamento ao defender que a norma não pode ser analisada de modo isolado pelo hermenêuta, pois o direito não é estático e sempre sofrerá influência de dogmas e do fato concreto, da realidade cotidiana social. Mas isso não é sinônimo de subjetivismo, uma vez que as interpretações também são legitimadas por essas ações externas. Não há como interpretar normas constitucionais de modo alheio à sociedade e ao contexto social.

Vistos os dois posicionamentos, de um lado o ativismo como defensor do Judiciário substituindo o legislador, suprimindo lacunas do constituinte (seja o originário ou o derivado), e de outro como interventor em consequência de inércia ou omissão proposital do Poder Legislativo, é importante analisar o conceito desenvolvido por Marshall (2002), em que ele denominou ativismo remediador ou remédio, em que implica dizer que o ativismo é usado para

impor aos demais Poderes que cumpram as decisões proferidas pelo Judiciário e que resultem em obrigações.

Esse conceito é mais fácil de ser bem recebido quando se coloca diante da concretização de direitos fundamentais que muitas vezes direcionam os contornos políticos estatais nas mais diversas áreas. Sob esse prisma, o ativismo remediador tem se incorporado cada vez mais na sociedade brasileira da atualidade, se tornando, o Poder Judiciário, inúmeras vezes, a última ou única esperança da população em ver seus direitos concretizados.

Além do que, como bem salienta Garapon (1996), o mundo tecnológico em que vivemos, cheio de complexidades e dinamicidade, acabam por exigir que as decisões judiciais ultrapassem a rigidez e o formalismo dos atos normativos, o que segundo ele, leva cada vez mais à ascensão de um direito principiológico em detrimento da lei vista de forma isolada, o que de algum modo acaba por inevitavelmente transformar o juiz em um co-legislador.

Cittadino (2002), por sua vez, enfatiza o fato de que a ampliação da atuação do Poder Judiciário pode ser algo positivo, desde que não seja incompatível com o regime político democrático, de modo que não viole o equilíbrio político e seja compatível com a garantia dos direitos dos cidadãos, além de assegurar a soberania popular.

É do mesmo posicionamento, Teixeira (2012), quando acentua que em um país burocrático e que tem tido progressiva judicialização das relações sociais, tendo simultaneamente um crescente distanciamento entre indivíduo e Estado, pode ter no ativismo judicial – a título de exceção – um corroborador na concretização dos objetivos e fins estabelecidos pela Constituição.

Seja como for, o que tem sido observado é que o ativismo judicial representa a deficiência do Estado em conseguir atender às demandas da sua população. E essa “patologia constitucional” acaba por transformar uma conduta que deveria ser exceção em regra (TEIXEIRA, 2012).

Não se pode esquecer das importantes lições de Abboud e Mendes (2019, p. 6), de que os julgadores não são, ou não deveriam ser, agentes transformadores da realidade, mas sim, unicamente protetores do direito, de modo que podem agir, até mesmo, de forma contramajoritária para tal. “Juízes asseguram as regras do jogo e a estabilidade democrática, para assim possibilitar que a transformação da realidade opere nas instâncias adequadas”. O ativismo, como bem afirmam os autores, trata-se de um caminho mais curto, porém muito perigoso para fazer valer um determinado ponto de vista político, sem que se encontre o caminho imprevisível e necessário do dissenso.

2.4 Judicialização da política

Como já observado, alguns autores entendem que a judicialização da política e o ativismo judicial são semelhantes ou pelo menos similares. Mas a maioria dos estudiosos do tema concordam que são fenômenos bastante distintos. Streck (2011) é um dos juristas que aponta a distinção entre os dois e a importância de diferenciá-los. Para ele, enquanto o ativismo é um desvirtuamento na atuação do Judiciário, a judicialização da política é um fenômeno eventual; temporário, que vai de acordo com o contexto sociopolítico de cada país.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Valle (2009) que ressalta que a constitucionalização do direito após a segunda guerra mundial, as influências dos sistemas norte-americano e europeu e a legitimação dos direitos humanos foram os principais fatores que contribuíram para a concretização da judicialização da política nos sistemas jurídicos pelo mundo. E esses acontecimentos fizeram com que houvesse uma maior interferência do Estado na sociedade, por meio do Judiciário, em contraposição à inércia ou ausência dos demais Poderes.

Mas o conceito de judicialização da política foi de fato incorporado na literatura a partir principalmente da definição conceitual difundida no artigo “*Judicialization and the future of politics and policy*”, de Tate e Vallinder (1995), que foi publicado na obra *The global expansion of judicial power*, também dos autores.

Eles definem a judicialização da política em duas dimensões: a) Um evento “mais pungente” em que as decisões normativas são transferidas do Legislativo e/ou do Executivo para o Judiciário, o que ocorre preponderantemente pelo controle de constitucionalidade. E desse ponto de vista, os juízes ganham o protagonismo na produção de políticas públicas que foram anteriormente feitas por órgãos dos outros dois Poderes; b) um evento “menos pungente” em que os tribunais usam métodos próprios tanto de decisão como de resolução de conflitos em vários setores dos demais Poderes (TATE; VALLINDER, 1995).

Segundo esses expoentes autores do tema, Tate e Vallinder (1995), o primeiro conceito desse fenômeno está ligado a elaboração por juízes e tribunais de políticas públicas, o que faz com que acabem decidindo sobre questões políticas, que eram a par de suas atividades. E o segundo conceito está relacionado aos procedimentos tipicamente jurídicos em diversos conceitos da vida política que vêm se expandindo.

Já segundo Tassinari (2012), trata-se de fenômeno circunstancial, uma vez que ocorreu devido ao contexto de fortalecimento da jurisdição no pós-Segunda Guerra Mundial e contingencial pois a ação do Judiciário é devida especialmente por causa da omissão ou inércia

dos outros Poderes, o que faz com que este fenômeno seja mais que tudo, fruto de uma conjuntura político-social.

Com o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial passou a haver uma obrigatoriedade em o Judiciário apreciar as demandas que lhes são propostas. Além deste motivo, há vários outros que explicam o fenômeno acima apontado. Segundo Nascimento (2010, p. 60), a expansão do Judiciário:

[...] pode ser verificada nas grandes mudanças trazidas pela globalização das economias; na maior velocidade na distribuição da informação, seja dentro do domínio do direito, seja fora dele; no grande aumento dos trabalhos e das atividades jurídicas no mundo; na ampliação do número de advogados e faculdades de direito; na especialização exigida pela alta complexidade atingida pelas regulações jurídicas; na frequência dos processos litigiosos; no sensível aumento do número de pessoas que procura a justiça comum; na ampliação da autoridade da esfera jurídica nas democracias recentes e em desenvolvimento; bem como na ampliação dos recursos que hoje se põe à disposição da atividade jurídica.

Sobre esse tema, da multiplicação da judicialização de matérias legislativas, o professor Santana (2021) alerta que a inação legislativa não é a única culpada, nem o único fator de tensão. Mas quando se leva toda e qualquer matéria, no fim das contas, para apreciação do Supremo Tribunal Federal, acaba por passar despercebido que a cada busca de socorro judicial há um chamamento à tutela sobre competência própria, o que impõe que o STF atue pela previsão constitucional expressa – art. 5º, inciso XXXV da CF/88 – e isso acaba por fortalecer o ativismo judicial, que por muitas vezes rompe os limites da cláusula de separação dos Poderes da República.

Dessa forma, junto a expansão do Judiciário, como visto, nos últimos anos esse aumento da judicialização da política, teve por principais causas, segundo Tassinari (2012), o dirigismo constitucional; o surgimento dos Tribunais Constitucionais na Europa; o aumento da litigiosidade; o crescimento do acesso à justiça; e a crise da democracia. Ela explica que tal fenômeno emerge tanto de um contexto social em que os cidadãos exigem cada vez mais seus direitos, como de um contexto político em que os demais Poderes agem de forma omissa ou desidiosa na implementação desses mesmos direitos.

Já para o atual ministro Barroso (2012), também são causas dessa expansão: a) o aumento da demanda por Justiça no país com a sua redemocratização; b) a constitucionalização recente, transferindo para o Estatuto Supremo matérias antes a cargo do processo político majoritário e da legislação ordinária e; c) o sistema híbrido ou eclético – de controle incidental ou difuso e abstrato ou concentrado, no qual quase todas as questões moralmente relevantes ou políticas podem ser levadas ao STF.

Mas seriam apenas estas? Para Cittadino (2004), há outras possíveis explicações da atitude proativa do Poder Judiciário, como a normatização de direitos, principalmente coletivos e difusos; as transições pós autoritárias e a preocupação em reforçar as instituições de garantia do estado de direito; as inúmeras investigações de casos de corrupção a envolver a classe política; discussões a respeito de instituir algum tipo de Poder Judiciário internacional ou transnacional e, ainda, a necessidade de discussões doutrinárias e acadêmicas voltadas para a defesa de um compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular.

Arguelhes e Ribeiro (2019, p. 4) trazem ainda dimensões pouco exploradas a partir de uma conjugação dos fatores institucionais e conjunturais da judicialização, quais sejam:

- i) diferentes formas de acesso além das ADIs; ii) diversidade de atores coletivos e individuais que podem acessar o STF (para além daqueles autorizados a ingressar com ADIs); iii) a interação entre atores do campo ‘governista’ que acionam o tribunal para superar conflitos internos às coalizões políticas; e iv) convocação do STF para atuar na dinâmica do processo legislativo.

Diante de tantas possíveis causas do fenômeno analisadas, Taylor e Ros (2008) ainda colocam motivações um pouco menos observadas pelos estudiosos do assunto, mas igualmente importantes. Para eles, os atores relevantes para judicializar a política, também podem ser motivados por táticas de oposição; como um instrumento de governo ou até mesmo arbitragem de conflitos de interesses.

Tais questões são sérias e graves, porque como explicam Arguelhes e Ribeiro podem ser usados para contestar “políticas que alteram regras e procedimentos que prejudicam determinados interesses” ou ainda para que o STF seja acionado por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) para “superar impasses do processo legislativo ou anular normas indesejadas pelo próprio governo” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2019, p. 8). Além do mais, eles alertam que ao inserir o Judiciário e em especial o STF como atores políticos, demonstra que a elaboração e implementação de uma política pública não é algo fácil ou simples, mas ao contrário, bastante complexo no Brasil.

Taylor (2007), há anos já alertava para o perigo do STF ser usado como meio para interferir nos trabalhos legislativos com recursos que não as ADIs por atores oposicionistas que visassem retardar a implementação de uma política pública via STF.

Visto tais possíveis causas desse fenômeno da Judicialização da Política, um argumento muito discutido pelos defensores da necessidade de uma atuação mais efetiva por parte do Poder Judiciário é o fato de que nem a sociedade com seus fatos cotidianos e muito menos o Direito são estáticos. Isso faz com que haja a necessidade, segundo os adeptos dessa vertente, de atitudes menos ortodoxas por parte dos juízes e representantes do Poder Judiciário. Alexy (2001), um expoente do neoconstitucionalismo, tem o mérito de difundir a máxima da

proporcionalidade, criada e desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, com o fim de resolver colisão de direitos fundamentais, agregando a ela sua teoria da argumentação.

Para Leal (2014), não é possível interpretar e aplicar o Direito com base apenas no rigor e formalismo do positivismo jurídico, porquanto as decisões sobre casos concretos necessitam serem corrigidas através de argumentos éticos, morais e pragmáticos, principalmente nos seguintes casos: a) existindo imprecisão da linguagem do Direito; b) havendo conflitos entre normas; c) na falta de normas jurídicas que se subsumam perfeitamente a casos de alta complexidade temática; d) em casos especiais que demandem decisões que contrariem textualmente estatutos normativos.

Já quanto aos Poderes do Estado, o fato de serem independentes e harmônicos entre si, não implica que apenas o Judiciário deva interpretar e aplicar a Constituição. Cabe também ao Executivo e ao Legislativo interpretar a Constituição, a fim de cumprir a função de freios e contrapesos.

Como visto anteriormente, o Judiciário, notadamente o STF, tem esse papel inerente de efetivação dos direitos fundamentais e outros interesses constitucionalmente protegidos. Todavia, para que esses direitos e interesses sejam respeitados, muitas vezes as demandas judiciais encontram-se permeadas de questões relativas a políticas públicas, cuja resolução passa pelos outros Poderes.

Apesar desse papel constitucionalmente concedido ao STF de guardião e efetivador dos Direitos Fundamentais, não se pode ignorar o fato de que há uma grande ocorrência do amplo conjunto de atores que podem “convidar” o STF a participar do jogo político, que podem ser individuais ou coletivos, que revelam a forte descentralização da dinâmica política brasileira, uma vez que o próprio STF tem grande descentralização decisória, na qual se vê os ministros com alto poder de decisão individualmente falando. Isso faz com que possa acontecer de as dinâmicas de judicialização com relevante impacto no processo político decisório serem “alimentadas basicamente por parlamentares individuais interagindo com ministros individuais” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2019, p. 13).

Isso faz com que haja resultados finais contingentes, longe das regras das maiorias, o que prejudica sobremaneira o fenômeno da judicialização, uma vez que o transforma em um processo muito imprevisível. Taylor e Ros (2008) alertam para os muito possíveis usos de diversos recursos pelos atores políticos ao STF, como por exemplo como arena ou ator de veto e contestação de políticas públicas, como instrumento de coordenação de governo, como mecanismo de sinalização ou declaração das preferências dos atores políticos à opinião pública e como arbitragem de interesses em conflito.

Mas para além destes, já existem estudos que mostram a tentativa de bloquear ou alterar a dinâmica do processo legislativo de outras formas, mudando o *timing* das decisões políticas com consequências importantes na negociação entre os interesses em disputa na matéria considerada. Isso obstrui o processo legislativo, mudando a força dos atores políticos envolvidos nele (HIROI; RENNÓ, 2014).

Embora haja todos esses perigos citados acima, do mesmo modo com que ocorre com o fenômeno do ativismo judicial, com a Judicialização da Política, há autores que a entendem como algo benéfico à sociedade, enquanto outros a consideram algo danoso. Muitas vezes pela confusão que se faz entre esses dois fenômenos, os tratando como se fossem a mesma coisa ou similares. Para Vianna *et al.* (1999), a “judicialização da política” é uma usurpação do Poder Legislativo dos representantes do povo. Por seu turno, Barroso (2012, p. 24) explica que: “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”.

Rodrigues (2008) afirma que esse fenômeno é a contrapartida necessária do processo vivido no século XX, onde movimentos sociais de massa, partidos políticos e organizações não governamentais surgiram e se multiplicaram, de modo que os ordenamentos jurídicos da maior parte dos Estados foram obrigados a acolher demandas das mais variadas, nascidas de grupos que defendem interesses políticos, sociais e econômicos.

Além do que, não se pode olvidar, o que Verbicaro (2019) elucida ao discorrer sobre a função política do Poder Judiciário, em que afirma que é a partir da prática das funções instrumentais que os tribunais também realizam as funções políticas e simbólicas, e esta primeira provém do fato de os tribunais serem um dos órgãos de soberania do Estado, e não apenas interagirem com o sistema político, mas serem parte integrante dele.

Dalari (1996) vai ainda mais longe ao afirmar que os juízes são inevitavelmente políticos, e a consequência natural disso é interferir, de modo eficiente, na vida política do Estado, pois realizam atividade política tanto por serem integrantes do aparato do Poder do Estado que é uma sociedade política, como pelo fato de aplicarem normas de direito, que são necessariamente políticas.

Diante de todo o exposto fica o questionamento: seria o ativismo judicial e a judicialização da Política a mesma coisa, ou fenômenos similares? Segundo Barroso (2012) ambas são primas, mas não têm as mesmas origens nem são gerados pelas mesmas causas. Segundo ele, a judicialização da Política no contexto brasileiro, é uma consequência do modelo

constitucional que se adotou, ou seja, o judiciário atua porque assim foi exigido, pois não há alternativas e não por vontade política exercida de forma deliberada.

Já o ativismo judicial, para o autor e ministro Barroso (2012), é uma escolha por interpretar proativamente a Constituição expandindo o seu alcance e sentido e geralmente ocorre quando acontece uma retração do Poder Legislativo. Está ligado a uma atividade mais intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais com maior interferência na atuação dos demais Poderes.

Sendo assim, no presente capítulo, analisou-se a tripartição dos Poderes tanto em seu modelo tradicional, trazendo-se os precursores da ideia de um Poder tripartido, assim como sua adoção, evolução e manifestação recente no Brasil, chegando-se a conclusão que o modelo engessado e bem definido de Montesquieu já não se aplica no solo brasileiro, e que diante da expansão da atuação de um ou outro Poder, uma possibilidade que traria benefícios seria um diálogo institucional em que os Poderes pudessem colaborar mais um com o outro, e não competir entre si.

Falou-se também sobre o ativismo judicial e sobre a judicialização da política, discorrendo-se sobre seus conceitos, entendimentos e aplicações fora e dentro do Brasil. E pelo exposto neste primeiro capítulo, compreende-se que é bem verdade, como visto, que com a Constituição de 1988, e ainda mais com a Emenda Constitucional 45/2004, a quantidade de processos com assuntos de cunho políticos e algumas vezes, bastante polêmicos levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal vem aumentando vertiginosamente, e como consequência direta, um aumento dos fenômenos da judicialização da política e ativismo judicial é percebido. O juiz tem deixado de ser mero pronunciador do querer legislativo apenas.

É verídico também, que tem se tido uma maior necessidade de proteção dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais, e que muitas vezes o judiciário tem sido a última (e desesperada) tentativa dos cidadãos em ver suas questões resolvidas. Além do que, o direito não é estanque ou estático e é diretamente influenciado pelas mudanças sociais no tempo.

E embora haja vários motivos concretos e válidos para justificar a expansão do Judiciário, como os que Cittadino (2004) elencou, como a normatização de direitos, principalmente coletivos e difusos; as transições pós autoritárias e a preocupação em reforçar as instituições de garantia do estado de direito; as inúmeras investigações de casos de corrupção a envolver a classe política; a conclusão, não é no sentido do ativismo judicial, ou melhor, a expansão da atuação do Poder Judiciário no Brasil, como um método de integração e interpretação. Não da forma que tem sido feito.

Por fim, como defende Cittadino (2002), a ampliação da atuação do Poder Judiciário pode ser algo positivo, desde que não seja incompatível com o regime político democrático, de modo que não viole o equilíbrio político e seja compatível com a garantia dos direitos dos cidadãos, assim como assegure a soberania popular.

Perspicaz é a constatação do professor Santana (2021), ao aduzir que a força determinante do constitucionalismo contemporâneo, ao contrário do que muitos pensam, não é a limitação do Poder Político por sua separação, nem na antiga concepção de contrapesos, mas sim na indispensabilidade de organizar uma sociedade plural que busca acima de tudo preservar a dignidade da pessoa humana, mas não em seu sentido abstrato que apenas se embeleza por formulações retóricas, ou formulações morais subjetivas que botem a segurança jurídica assegurada pela Constituição em risco.

Mas, questões como até que ponto pode o intérprete constitucional determinar e orientar a adoção de políticas públicas por parte do Poder Executivo (Ativismo Remédio), ou incitar a atuação do Poder Legislativo, como por exemplo quando o fez com a aplicação do efeito concretista ao Mandado de Injunção, à Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão continuam de pé e precisam ser refletidas e discutidas. Ademais, a atuação do Judiciário como táticas de oposição, como um instrumento de governo ou até mesmo arbitragem de conflitos de interesses como Taylor e da Ros (2008) alertaram são reais e precisam ser vigiados.

Diante de tantos assuntos importantes e reflexões pertinentes, resulta-se que a fim de combater o ativismo judicial, é necessário que se combata a noção de discricionariedade judicial em si, entendida aqui, neste capítulo, como recurso ilegítimo à vontade.

É essencial que se mude a mentalidade jurídica imperante, que muitas vezes se baseia em uma ideia de “bom ativismo” e em uma defesa que só pode restar de uma defesa irrefletida da discricionariedade na administração da justiça. Ao invés disto, deve-se colocar, como pressuposto inquestionável, que nenhum juiz tenha o direito de desconsiderar os textos legais (ABBOUD; MENDES, 2019).

Com tantas divergências a respeito dos benefícios ou malefícios dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da Política, assim como sob esse prisma de mudança no clássico princípio da Separação dos Poderes em que o Supremo Tribunal tem estado na mira de tantos críticos e estudiosos do assunto que vem levantando questionamentos e análises do papel do Judiciário no Brasil e de sua crescente atuação, frente aos acontecimentos mais recentes, chega-se à necessidade de compreender o controle de constitucionalidade, com seu conceito, tipologia, evolução histórica, além de fazer uma comparação com o Mandado de Injunção, assim como discorrer sobre o modo como ocorre o controle de constitucionalidade no Brasil.

Importante também diferenciar o controle de constitucionalidade difuso do concentrado e o controle abstrato do concreto, e enfatizar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. o que se fará no próximo capítulo.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Antes de mais nada, é necessário diferenciar as expressões “jurisdição constitucional” e “controle de constitucionalidade”. Enquanto a primeira refere-se a todas as formas de aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário, a segunda se refere exclusivamente “ao juízo de congruência vertical entre a Constituição e uma lei ou ato normativo” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2021, p. 35).

Feita esta observação, o melhor modo de compreender o controle de constitucionalidade é olhá-lo como um mecanismo utilizado para assegurar a supremacia da Constituição e que é realizado pelo Poder Judiciário. A criação e consolidação dos primeiros Tribunais Constitucionais pelo mundo se iniciou em 1950, sendo os precursores na Europa a Alemanha (1951) e a Itália (1956). Nos anos seguintes foram surgindo outros, a exemplo do Chipre (1960), da Turquia (1961), Grécia (1975), Espanha (1978) e Portugal (1982) (BARROSO, 2005).

Para Tavares (2012, p. 203) o controle de constitucionalidade se define como:

Juízo relacional que procura estabelecer uma comparação valorativamente relevante entre dois elementos, tendo como parâmetro a Constituição e como objeto a lei (sentido amplíssimo), os fatos do processo legislativo (regulamento procedimental) ou a omissão da fonte de produção do direito.

É ainda, o instrumento de defesa, ou instrumentos jurídicos capazes de eliminar as violações da ordem constitucional ao pressupor a supremacia e rigidez constitucional (PIOVESAN, 2003).

3.1 Definições e tipologia

Controle de Constitucionalidade trata-se, portanto, de perspectiva mais abrangente, uma vez que não inclui as consequências de tal controle. Rothenburg (2010, p. 95) inclui as consequências (anulação, eliminação, afastamento, invalidade, suspensão, neutralização das normas contrárias à Constituição) em sua conceituação. Para ele: “o controle de constitucionalidade é a técnica jurídica de neutralização de atos jurídicos [...] incompatíveis, e de conformação de atos jurídicos compatíveis com a Constituição.”

É importante salientar, que este tema, controle de constitucionalidade, tão caro à história constitucional dos países ao redor do mundo, sempre pressupõe a existência de uma constituição rígida. Uma constituição é assim considerada quando além de ser escrita, é protegida contra a legislação ordinária, ou seja, as normas constitucionais para serem

modificadas necessitam de um procedimento formal e especial de revisão, diferente do procedimento de alteração das leis infraconstitucionais.

Além do que, em sistemas jurídicos com constituições escritas é mais comum que haja cortes superiores com o poder de controle de constitucionalidade. Marmor (2005), enumera as cinco principais características dos documentos constitucionais como sendo supremos (estão acima de todas as outras formas de legislação), são longevos (pretendem ser uma força por um longo período), são rígidos (são mais difíceis de emendar que a legislação ordinária democrática), possuem conteúdo moral (muitos aspectos das constituições envolvem problemas morais) e possuem generalidade e abstração (pretendem ter muita aplicação geral e para todas as esferas da vida pública).

Na prática, atualmente, quase todas as constituições são consideradas rígidas e escritas e isso tem como consequência a existência de um órgão controlador e protetor da normatividade constitucional contra possíveis atos normativos inconstitucionais (PEIXINHO, 2008).

O Supremo Tribunal Federal, é este órgão controlador e protetor da normatividade constitucional, pois exerce a guarda da Constituição e o controle de constitucionalidade. Além de interpretá-la, obviamente, pois como explicam Marinoni e Mitidiero (2019), antes de aplicá-la deve-se interpretá-la. Assim, o STF dá unidade ao direito e orienta condutas mediante precedentes. Para eles ainda, é por meio da aplicação do direito à espécie que o Supremo dá sentido à Constituição e controla a constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Marmor (2005) lembra ainda que, as autoridades encarregadas de interpretar a constituição normalmente são providas de considerável poder jurídico, o que faz com que suas decisões sejam moralmente muito importantes, potencialmente bastante duradouras e com poucas exceções. Isso quer dizer que essas decisões constitucionais normalmente são baseadas em interpretação de normas muito abstratas e gerais que em geral foram aprovadas há muito tempo, por pessoas de gerações distintas. E é especialmente essa tensão entre o objetivo do poder e a falta de limites o principal assunto da interpretação constitucional.

Hodiernamente, explica o professor Peixinho (2008), existem três sistemas de controle de constitucionalidade que são importantes conhecer e compreender. O primeiro deles é o modelo que os Estados Unidos adotam, que executa o controle *a posteriori*, que é o por via de exceção, o que quer dizer que é aquele controle realizado pelo juiz no caso concreto no âmbito da sua jurisdição. O principal a se lembrar sobre esse modelo é que a declaração da inconstitucionalidade de uma lei por um juiz em um caso concreto não produz efeitos gerais,

mas apenas para aquele caso específico, ainda que a declaração tenha sido feita por tribunal superior.

E isso acaba por possibilitar que uma lei inconstitucional entre em vigor, fique produzindo efeitos por longo tempo até que um juiz a declare ilegítima. Nesse sistema, a única possibilidade de os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade dada em uma sentença gerar efeitos gerais é se houver naquele determinado ordenamento jurídico o princípio *stare decisis*, que é responsável por conferir força vinculante aos precedentes das jurisdições superiores.

Já o segundo sistema é o modelo francês, que também é conhecido como modelo *a priori* ou por via de ação, que por assim ser é *in abstracto*. Esse tipo de controle impede que uma lei inconstitucional entre em vigor. No entanto, isso não quer dizer que consiga assegurar totalmente a conformidade das leis com a constituição, pois os efeitos inconstitucionais de uma lei que possivelmente possam acontecer nem sempre podem ser plenamente determinados e mensurados os seus impactos.

E o terceiro sistema enfim, é o que se visualiza em alguns países da Europa, como Itália, Espanha e Alemanha. Nesse modelo é feito um controle por via de exceção, ou seja, *a posteriori*, e que, portanto, é exercido por um Tribunal Constitucional (*in concreto*). Não impede que uma lei inconstitucional entre em vigor, mas quando tem uma decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei, tem efeitos *erga omnes*, o que impossibilita que juízes de instâncias inferiores apliquem a lei (PEIXINHO, 2008).

Interessante ainda a ressalva que este professor faz, ao lembrar que o controle de constitucionalidade que é exercido por um tribunal ou Corte Constitucional é uma “jurisdição política”, o que segundo Duverger (1996, p. 196) significa dizer que tem duas competências: “tem as funções de um juiz, mas intervém em matérias políticas e em objetivos políticos”.

No Brasil, o modelo adotado é nitidamente inspirado no modelo norte-americano. Assim como é clara a inspiração na Suprema Corte deste país para a criação do nosso Supremo Tribunal Federal. Considerando a classificação tradicional, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro era em seus primórdios difuso e de controle posterior da lei. Ou ainda de controle preventivo e controle repressivo.

O controle preventivo, como o próprio nome antecipa, é aquele em que se previne a inserção de uma norma inconstitucional no ordenamento jurídico e pode ocorrer tanto antes quanto durante o processo legislativo. A ideia que está por traz desse tipo de controle é o pressuposto de que a elaboração da norma é composta por diversos agentes públicos e estes devem antever e preocupar-se em buscar impedir a existência de uma futura incongruência

sistêmica, ainda no período de elaboração das leis, com o objetivo de preservar a Constituição. Nesse caso, no próprio exercício da iniciativa legislativa, aqueles que possuem o poder de deflagrar o processo têm por dever analisar a regularidade dos projetos, sempre buscando conciliá-los com o texto constitucional (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2021).

O projeto então é submetido às Comissões Legislativas que verificam a adequação do projeto de lei à Constituição tanto ao que se refere aos aspectos formais, como no conteúdo. Lançam parecer e já na fase final do processo legislativo designa ao Presidente da República duas alternativas, a sanção ou o veto, sob duas fundamentações, quais sejam contrariedade ao interesse público ou inconstitucionalidade do projeto.⁴ Vale apenas a ressalva aqui, de que este veto possui qualidade relativa, podendo ser derrubado pela maioria absoluta do Poder Legislativo. Somente se passar por todas essas etapas, o projeto vai para promulgação e publicação e a fase preventiva enfim se encerra (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2021).

Araújo e Nunes Júnior (2021) citam que, já o controle repressivo é realizado junto ao Poder Judiciário, apesar desta regra não ser absoluta por força do que preconiza o art. 49, V da CF/88.⁵ A sustação pelo Congresso Nacional pode ocorrer em casos excepcionais como por exemplo quando se exorbita do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, violando as disposições constitucionais, ou ainda quando o Poder Executivo no que tange à aplicação de uma norma inconstitucional se recusa a fazê-lo. No entanto a regra é que o controle repressivo ocorra pela via judicial.

Este controle por via judicial pode ocorrer de duas formas: a difusa, também conhecida como indireta, de exceção ou de defesa, que nada mais é que “a arguição de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo dentro de um processo judicial comum”. Ou ainda em forma de controle abstrato que se caracteriza pela “existência de uma ação cujo propósito único e exclusivo seja a declaração de inconstitucionalidade de uma norma” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2021, p. 42).

Como pode se perceber, portanto, ao observar a teoria contemporânea da separação dos Poderes, não se comporta mais a atuação do juiz como uma atividade mecânica, neutra e distante do espaço político. Principalmente em decorrência das mudanças do Estado de Bem-Estar Social, o Poder Judiciário assumiu novo papel enquanto instituição ampliando seu leque de atuações diante da sociedade.

⁴ Art. 66, § 1º, da CF/88 (BRASIL, [2020]).

⁵ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
[...]

V - Sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.” (BRASIL, [2020], não paginado).

Historicamente, viu-se que desde o Brasil colonial, o Judiciário era tido como uma instituição de traços majoritariamente inquisitórios forjada pelo Estado português advindo das raízes culturais adquiridas pela Contrarreforma, com um sistema de prazos, recursos e instâncias extremamente burocrático. Essa instituição, funcionalmente falando, foi criada, como visto anteriormente, para exercer as funções simbólicas, instrumentais e políticas, mas isso, fundada em uma sociedade estável e com uma distribuição de renda no mínimo razoavelmente equitativa e com um sistema legal integrado e possuidor de normas unívocas, padronizadoras e hierarquizadas.

Nesse sentido, os conflitos jurídicos seriam, resumidamente, interindividuais e a intervenção judicial ocorreria sob a violação de um direito substantivo sob o pleito apenas dos lesados. No entanto, com a imensa complexificação da sociedade contemporânea no Brasil, esse modelo passou a ser obsoleto e inapropriado, uma vez que a *práxis* jurídica não consegue mais fazer jus às demandas de massa cada vez mais abundantes nas cortes brasileiras (VERBICARO, 2019).

Com essas mudanças, e a necessidade de estabelecer o adequado equilíbrio entre os Poderes, o mecanismo de controle de constitucionalidade foi instituído para que o Poder Judiciário pudesse participar legitimamente de discussões jurídico-políticas. E a exemplo disso a Constituição brasileira de 1988 adotou os já mencionados controle de Constitucionalidade concentrado e difuso (BARROSO, 2016).

Importante mencionar ainda que a inconstitucionalidade pode ocorrer por ação ou por omissão. A primeira ocorre quando há um comportamento ativo; uma ação violadora e contrária à Constituição. “Resume-se na conduta positiva incompatível com os princípios constitucionalmente assegurados” (PIOVESAN, 2003, p. 87), e pode ser inconstitucionalidade no aspecto formal ou material, ou seja, pode ser resultado de desrespeito ao conteúdo contido na Constituição ou ainda do processo de produção normativa prevista na Carta Magna.

Deste modo, a inconstitucionalidade por ação está relacionada com o princípio da compatibilidade vertical das normas, que decorre do princípio da supremacia da Constituição da República, o que significa dizer que implica na incompatibilidade entre uma norma de escalão inferior e a norma de escalão superior, que tem por solução a prevalência da norma superior. E isso resulta na norma jurídica inferior invalidada, pois a inconstitucionalidade por ação opera no plano da validade jurídica, e conseqüentemente eliminada do sistema jurídico. Com isso, busca-se proteger o Estado de Direito, limitando os abusos e excessos no exercício do poder (PIOVESAN, 2003).

Já a inconstitucionalidade por omissão é inconstitucionalidade negativa, resultado de abstenção, silêncio ou inércia do poder político que deixou de praticar algum ato exigido pela Carta Política. Desta forma, subentende-se que só há omissão quando havia o dever regido pela Constituição de agir. Caracteriza-se, portanto, pela carência de medidas legislativas, pela ausência de medidas políticas ou de governo e pela inexistência de implementação de medidas administrativas, tanto de atos da administração pública, quanto medidas de natureza regulamentar.

Nesta pesquisa em especial, se deterá a atenção na omissão legislativa inconstitucional, posto que é o objeto central desta investigação. E a omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante, nas palavras de Piovesan (2003, p. 91), existe quando:

O legislador não cumpre o dever constitucional de emanar normas, destinadas a atuar as imposições constitucionais permanentes e concretas. Isto significa que o legislador violou, por ato omissivo, o dever de atuar concretamente, imposto pelas normas constitucionais. Logo, o conceito de omissão aponta a não fazer aquilo a que de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado.

Dessa forma, a caracterização da omissão legislativa inconstitucional e seu controle acarreta uma inversão positiva no raciocínio jurídico tradicional. Anteriormente, os vícios eram devidos às normas constitucionais não autoexecutáveis, que dependiam de legislação. No entanto, com o surgimento da inconstitucionalidade por omissão, a dificuldade se desloca para a esfera da legislação, o que quer dizer que se torna sujeito de inconstitucionalidade a omissão dos Poderes Públicos, todas as vezes que embaraçam a efetividade de preceito constitucional.

Essa ótica se compatibiliza com os princípios da supremacia e da hierarquia da Constituição, visto que é atribuída maior relevância a esta do que à lei, como já explicado anteriormente. Isso expressa um rompimento com a antiga visão que concedia maior relevância à omissão dos Poderes Constituídos do que à ação do Poder Constituinte (PIOVESAN, 2003).

Essa questão é especialmente delicada, pois como lembra Piovesan (2003), esse tipo de inconstitucionalidade está no estreito liame entre a discricionariedade do legislador e seu dever de legislar em determinadas hipóteses.

Outra questão igualmente importante, é o momento em que o silêncio legislativo é considerado como inconstitucional. Segundo Piovesan (2003, p. 94), isso acontece quando o não fazer não aconteça em “tempo útil”, o que remete à duas possibilidades: “a) há a fixação de prazo pela própria Constituição; b) não há prazo fixado pela Constituição”.

No primeiro caso só há inconstitucionalidade por omissão quando terminado o referido prazo, sem, obviamente, a adoção das medidas necessárias. Ou seja, se ainda estiver dentro do prazo concedido pela Lei Maior, ainda que haja a inércia, não se poderá configurá-la formalmente, pois a própria Constituição demarca um prazo razoável para que as providências

cabíveis sejam tomadas. Todavia, basta que o prazo venha a se exaurir, sem as exigidas providências, que a omissão resta configurada como inconstitucionalidade.

Já na segunda hipótese, quando não há prazo fixado pela Constituição, no caso de omissão do órgão competente, deve-se questionar qual seria o prazo razoável para a adesão da medida. E isso envolve fatores sociais, históricos e valorativos que devem ser levados em consideração. Desta forma, analisando tais critérios, se chegar-se à conclusão de que ao longo do prazo decorrido, não só se podia, como devia ser emitido, restará configurada a inconstitucionalidade por omissão (PIOVESAN, 2003).

Deve-se ainda fazer-se a consideração de que quando se tratar de garantias e direitos fundamentais, há de se diminuir a tolerância para este prazo, devido a necessidade de observância do princípio da imediata aplicabilidade das normas que definem direitos e garantias fundamentais, que também foi inédito na história brasileira.

Segundo interpretação teleológica do texto, este princípio, independente da topografia constitucional, se expande por todo o texto constitucional, e não apenas o art. 5º. Tudo isto para que se viabilize a força vinculante dos direitos fundamentais (PIOVESAN, 2003).

Desse modo, Piovesan (2003), ainda cita que os direitos fundamentais passaram a dispor de força vinculante, o que acabou por tornar inquestionável a grande discricionariedade dos Poderes Públicos quando vão aplicar e cumprir a Constituição, em especial os dispositivos pertinentes aos direitos e garantias fundamentais.

Retornando ao que se refere a objetivação do controle difuso, como o ministro e professor Mendes (2008, p. 21) explica, é visível a aproximação desses dois modelos básicos de controle:

Embora o novo texto da Constituição tenha preservado o modelo ‘incidental’ ou ‘difuso’, é visível a aproximação ou convergência dos dois modelos básicos de controle, a partir de referências procedimentais e pragmáticas desenvolvidas (ou em desenvolvimento) pelo Direito Constitucional brasileiro.

Para entender como e porque isso aconteceu, é necessário acompanhar o histórico de como se deu a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, e é isso que se fará no próximo tópico.

3.2 Histórico

Embora não tenha sido o inventor da ideia de controle de constitucionalidade, foi apenas com a sentença do caso *Marbury v. Madison*,⁶ que teve como presidente da Suprema Corte norte-americana, John Marshall, que o controle de constitucionalidade de leis foi inaugurado na prática. Apenas aí, em 1803, foi a primeira vez em que o Poder Judiciário se declarou competente para analisar e julgar a constitucionalidade das leis ou de atos dos Poderes políticos (SILVA, 2009).

Este caso tratava sobre a validade da lei federal de organização judiciária dos Estados Unidos em 1789 que concedia à época, competência à Suprema Corte que não havia lhe sido conferida pela Constituição. Em virtude do princípio vinculativo que os norte-americanos herdaram do sistema britânico, este precedente se tornou obrigatório para todos os tribunais, além da própria Suprema Corte (SLAIBI FILHO, 2002).

O professor Slaibi Filho (2002, p. 287) explica porque esse caso foi tão importante para as questões de controle de constitucionalidade:

O que deu notoriedade a tal reconhecimento foi o sistema do *stare decisis* que, de um lado, tornou obrigatório o precedente para todos os órgãos judiciais e, de outro, permitiu que a mais Alta Corte criasse o precedente de carrear para si e para os demais tribunais a atribuição de expressar o significado da Lei Maior, através do seu poder de verificar a compatibilidade das leis em face da Constituição, ou dos atos dos demais ramos do Poder (Legislativo e Executivo) em face da *Paramount Law*.

Slaibi Filho (2002) explica ainda que depois desse precedente, com o passar do tempo, a Suprema Corte foi ganhando tamanho poder que passou não apenas a verificar a compatibilidade formal da lei em face da Constituição, como também os aspectos materiais. Com isso os ministros da Suprema Corte chegaram a deixar de aplicar leis que entenderam contrárias aos princípios implícitos que se extraem do texto da Lei maior. Isso acabou por fazer com que eles mais que dissessem o significado das coisas, agissem como verdadeiros constituintes, dizendo qual a norma de conduta que predominaria sobre as demais pelo caráter de supremacia imanente à Constituição.

Mas foi na figura de Hans Kelsen, que a ideia de um tribunal especificamente encarregado desse controle e monopolizador das decisões de inconstitucionalidade ganhou vida (foi o principal defensor de um tribunal constitucional como guardião da Constituição). Foi através destes importantes nomes que esta ideia perdurou no tempo (SILVA, 2009).

Sob a justificativa de garantir e proteger direitos individuais da política e contra maiorias circunstanciais, que o controle de constitucionalidade de atos políticos foi ganhando ao longo do tempo legitimidade e aceitação. Portanto, segundo Silva (2009), o controle de

⁶ Cf. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), segundo Silva (2009).

constitucionalidade como se apresenta hoje, é uma ideia com dupla paternidade. Com Marshall, a ideia de controle de constitucionalidade é colocada em prática, enquanto que com Kelsen a ideia de um tribunal encarregado especificamente por esse controle e que possui o monopólio das decisões de inconstitucionalidade ganha vida.

No Brasil – no regime constitucional do período imperial – a Constituição de 1824 dava expressamente as funções de “fazer leis, interpretá-las, suspender e revogá-las” ao Poder Legislativo (Art. 15, nº 8) e também de “velar na guarda da Constituição” (Art. 15, nº 9). Mas a diferença é que à época o Brasil não tinha de fato uma tripartição clássica de Poderes, e sim uma “tetrapartição” em que havia o Poder Moderador, que era encarregado de inspecionar os demais Poderes, uma vez que estava acima deles (CARVALHO; SILVA, 2016).

Desta forma, obviamente, como afirma Bittencourt (1997), a fiscalização do Poder Legislativo não poderia ser feita pelo Judiciário, pois já era realizada pelo Poder Moderador.

Após esse período, na República Velha, o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro foi inspirado no modelo norte-americano, e surgiu no país com a Proclamação da República, antes mesmo da Promulgação da Constituição de 1891, pelo Decreto nº 848/1890 em que já se previa a legitimidade e competência dos juízes para deixar de aplicar leis entendidas como inconstitucionais.

Do mesmo modo, inspirado na Suprema Corte dos Estados Unidos, foi criado o Supremo Tribunal Federal. E pela classificação tradicional o controle brasileiro nos seus primórdios era um sistema “difuso” e de controle “posterior” da lei (SILVA, 2009).

A lei Fundamental desse período previa a possibilidade de o STF analisar e julgar quando os demais tribunais questionassem a validade ou a aplicação de leis e tratados que fossem contra a Constituição. Porém, no início dessa fase os juízes e mesmo os ministros do STF hesitavam e até mesmo evitavam exercer o controle a que tinham competência para fazer, pois muitas vezes era visto como uma afronta à separação de Poderes e uma invasão na esfera reservada à política.

Para sobrepujar isso, foi essencial à época o trabalho dos juristas Rui Barbosa, em *Habeas Corpus* (HC) que questionavam medidas tomadas sob constantes estados de sítio decretados durante a Primeira República (como os HCs 300 e 1063) e ainda mais da atuação do Ministro Pedro Lessa no Supremo Tribunal Federal⁷ (SILVA, 2009).

No entanto, como explica o professor Slaib, apesar de na República Velha ter sido inserido o controle de constitucionalidade baseado no modelo estadunidense de organização do

⁷ Cf.; Habeas Corpus 3.527.

Poder, esse controle foi bastante restrito ou quase inexistente, uma vez que os juízes estavam acostumados com o sistema do *Civil Law*, assim como pelo fato de não haver àquela época os instrumentos jurídicos necessários para dar efetividade de tais funções (SLAIBI FILHO, 2002).

De modo bastante resumido, após a consolidação da competência judicial para controlar a constitucionalização das leis no Brasil, seguiu-se uma fase de concentração no sistema brasileiro. Em 1934, limitado aos casos de intervenção federal, foi criada a primeira forma de ação direta de constitucionalidade. Mas a Constituição deixou claro que era “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” (CARVALHO; SILVA, 2016, p. 4).

Assim, nesse período, foram introduzidos mecanismos de intervenção a serem efetivados por meio de processos judiciais perante o STF para proteger princípios constitucionais, que mais tarde ficaram conhecidos como princípios constitucionais sensíveis, além de ter passado a ser possível a intervenção material em casos de descumprimento de decisões judiciais (SLAIBI FILHO, 2002).

Na constituição de 1937, com seu caráter autoritário e centralizador, e enquanto ela perdurou, não houve controle de constitucionalidade das leis, inclusive porque durante esse período não foram eleitos representantes do Legislativo e o chefe do Executivo era autorizado a dispor sobre todas as matérias, incluindo emendas constitucionais, uma vez que essa figura, o presidente da República, ganhou demasiado relevo (SLAIBI FILHO, 2002).

Já em 1965 foi criada a figura da representação de inconstitucionalidade, que era uma possibilidade de acessar o STF de forma direta para decidir abstratamente a constitucionalidade de uma lei (ou seja, foi instituído o controle abstrato de constitucionalidade no Brasil). Houve uma mudança na prática do Supremo Tribunal. No entanto, um óbice era a restrita competência para sua propositura, limitada ao procurador geral da República.

Foi quando em 1977, pela primeira e única vez na história do Poder Judiciário até então, com a Representação de Inconstitucionalidade nº 933, o Supremo Tribunal Federal ultrapassou o seu caráter de órgão jurisdicional para alcançar o patamar legislativo, o que levou no mesmo ano à propositura da Emenda Constitucional nº 7/77, conforme explica o professor Slaibi Filho (2002, p. 307):

A Emenda Constitucional nº 7/77 não só respaldou o precedente ao conceder formalmente ao Supremo Tribunal Federal o poder de processar e julgar o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República, como a função, tipicamente legislativa, de proceder à interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Trata-se de medida importante, apesar de por razões históricas o Supremo Tribunal tenha processado pouquíssimas representações para interpretação.

Com a promulgação da Constituição Cidadã – a Constituição de 1988, várias alterações ao modelo brasileiro ocorreram, sempre no sentido de empoderar o Supremo Tribunal Federal. A ação direta de inconstitucionalidade – com um rol bem maior de legitimados para sua propositura – assim como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental foram expressamente prelecionados na Carta Magna. Por meio da Emenda Constitucional nº 3 de 1993 foi criada a ação declaratória de constitucionalidade.

Com a preocupação de dar efetividade aos seus preceitos, a Constituição de 1988, se inspirou na Constituição portuguesa e introduziu mecanismos jurídicos até então nunca adotados no Brasil, voltados para o controle de inconstitucionalidade por omissão. Criou-se o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (PIOVESAN, 2003).

Vale ressaltar que há um quesito dificultador porque a Carta de 1988 é dirigente e aberta, o que significa dizer que possui um considerável universo de normas constitucionais que não possuem aplicabilidade imediata. Apesar disto, assevera-se que a inconstitucionalidade por omissão é consequência direta do perfil da Constituição de 1988, enquanto Constituição Dirigente, e como tal exige a vinculação dos Poderes Públicos à sua realização. E o controle da inconstitucionalidade corresponde à própria garantia da constitucionalidade.

As leis 9.868 e 9.882 de 1999 regulamentaram toda a parte procedimental do processo de controle de constitucionalidade do país, e tudo isso com uma clara tendência “concentradora” no STF, sendo que essa primeira lei deu aos procedimentos das ADIs e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nítido caráter legislativo (SLAIBI FILHO, 2002).

E em 2004, por fim, a Emenda Constitucional nº 45 criou a Súmula Vinculante, bem como passou a exigir a comprovação de repercussão geral para que os recursos extraordinários fossem admitidos junto ao Supremo (SILVA, 2009). O STF, cada vez mais, procura e usa mecanismos para centralizar as decisões acerca da constitucionalidade das leis, e o legislador parece acompanhar esta posição, como explica o professor Pinto (2010, p. 47):

[...] como demonstram modificações como a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, em 1993, a previsão legal e constitucional do efeito vinculante das decisões proferidas em ADC e ADIn (art. 102, § 2º, a partir da EC 45/2004 e Lei nº 9.868/1999) e mesmo em ADPF (Lei nº 9.882/1999), a introdução de mecanismos como a repercussão geral do recurso extraordinário e a súmula vinculante (EC 45/2004) e a ampliação da utilização da reclamação, ligada à aceitação da transcendência dos motivos determinantes de uma decisão proferida em sede de fiscalização abstrata.

No entanto, no início dessa era de mudanças pós CF/88 o STF não se estabilizou logo de pronto como um órgão de impacto político significativo, e isso se deveu, especula-se,

pela instabilidade institucional do país, que ocasionou várias quebras de ordem constitucional (CARVALHO; SILVA, 2016).

A realidade brasileira, contraditória e conflitiva, infelizmente se caracteriza por situações de extrema pobreza que negam o princípio da igualdade, e como Verbicario (2019) relembra, torna o modelo brasileiro, incompatível com um modelo de judiciário individualista e impossibilita o acesso de parcelas importantes da população, o que sem dúvida, compromete a efetividade dos direitos fundamentais.

Mas com o advento da CF de 1988, vem havendo um amplo espectro de movimentos sociais que buscam alargar esse acesso dos segmentos marginalizados e pobres da população à Justiça. E isso acabou por propiciar diversas demandas judiciais para o reconhecimento de novos direitos sociais (como saúde, moradia etc.) o que ocasionou, o já mencionado vertiginoso aumento da litigiosidade, e por consequência isto também ocorre quanto às ações do controle de constitucionalidade.

No entanto, o que se presencia quanto a este assunto de controle de constitucionalidade no Brasil é história viva e por isso mesmo não se pode narrar um desfecho ou conclusão absoluta, pois o impressionante fluxo da realidade social e política sobre as normas jurídicas continua.

3.3 Controle Difuso X Concentrado e Controle abstrato X concreto de Constitucionalidade

Dente os diversos parâmetros sob os quais se pode classificar um sistema de controle de constitucionalidade, decidiu-se mencionar, sem o escopo de desejar exaurir o tema, devido aos vários outros assuntos que precisam ser tratados neste trabalho, os critérios “número de fiscais da constitucionalidade” (controle difuso e concentrado) e quanto ao “tipo de fiscalização” (abstrato e concreto), conforme a classificação trazida pelos professores Dimoulis e Lunardi (2019).

No sistema difuso ou universal, a fiscalização da Constituição é feita por todos os órgãos judiciais do ordenamento, cada órgão do Judiciário realizando o controle em seus âmbitos de competências, por isso o nome “universal”. Já o sistema concentrado tem por característica possuir uma Corte Constitucional que decide, em última análise, sobre as alegações de inconstitucionalidade, concentrando essa competência.

Há ainda o sistema misto, também chamado de híbrido, em que “o Tribunal Supremo decide de forma concentrada sobre a constitucionalidade de leis, mas isso não impede que qualquer juiz possa realizar o controle de maneira difusa.” O Brasil se encaixa nesta última

definição, ou seja, como possuindo um sistema misto ou híbrido (DIMOULIS; LUNARDI, 2019, p. 102).

Embora não se queira neste momento aprofundar as considerações sobre o controle difuso, é mister expor o essencial sobre a objetivação desse tipo de controle de constitucionalidade. Essa mudança ocorreu, principalmente com a Emenda nº 45/ 2004, responsável pela reforma do Judiciário, que além de trazer diversas inovações para o controle abstrato (que serão mais a frente explicitadas), trouxe novas características para o Recurso Extraordinário. E umas das principais mudanças referentes aos REs foi o visível prestígio dado às decisões plenárias proferidas em controle difuso (DIDIER JÚNIOR, 2007).

O que tem ocorrido na prática forense é que quando um recurso chega ao STF em sede de Recurso Extraordinário, ele continua sendo controle difuso/ incidental. Mas a ideia de que a decisão atinge apenas as partes do processo tem sido mitigada após a fixação do entendimento de que depois de o Supremo ter declarado a inconstitucionalidade de uma lei, pela via incidental, ficam os demais tribunais dispensados de aplicar o art. 97 da CF (reserva do plenário), podendo nesse caso específico, a inconstitucionalidade de lei ser reconhecida pelos órgãos fracionários de qualquer tribunal (MARINONI, 2006).

Além do que, este mesmo autor, nos esclarece que, recentemente foi reconhecida a tese de que as decisões tomadas em Recurso Extraordinário – em controle incidental – com decisão proferida pelo Plenário do STF, gozam de efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração.

Somado a isso, veio a aceitação por parte do STF da participação do *amicus curiae* em sede de controle difuso, a modulação dos efeitos (indicação do limite temporal da eficácia de suas decisões e a dispensa de prequestionamento (requisito que impõe que a matéria constitucional tenha sido suscitada em instância inferior) nos recursos extraordinários para apreciação de matéria de relevância constitucional.

Quanto a repercussão geral por amostragem (que é quando há diversos recursos com exatamente a mesma matéria de fundo), o Tribunal provocado remeterá ao STF um ou mais recursos, determinando o sobrestamento dos demais, nos termos do art. 543-B, § 1º (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2007); tudo admitindo essa nova tendência de objetivação deste processo constitucional (DEOCLECIANO; SOUSA, 2009).

Marinoni e Mitidiero (2019, p. 59) explicam que o que permite o Supremo Tribunal Federal “selecionar” os casos em que deve intervir, ou seja, quais recursos extraordinários devem admitir ou não, é justamente o critério teleológico, por meio da exigência da demonstração da repercussão geral da questão constitucional.

Para eles o que importa para a legitimação da abertura da cognição do Supremo Tribunal Federal é: “o impacto que pode advir, a partir do julgamento do recurso, para a ordem jurídica como um todo”. Segundo eles ainda, é por esta razão que o Supremo não encontra limites na análise das questões de fato, estando legitimado para analisá-las, pois o limite está na valoração da prova dos autos, pois interessa apenas ao caso concreto e às partes, não contribuindo para a promoção da unidade do Direito.

No entanto, o professor Pedron (2012) alerta que, em especial esse instituto da repercussão geral é bastante perigoso, pois entender que o STF não vai mais zelar por toda a Constituição, mas apenas pelas normas e situações que julgar como importantes, parece esquecer a dogmática de que assim estaria criando uma distinção hierárquica entre as próprias normas constitucionais, e o próprio Supremo é quem decidiria quais são mais importantes, uma vez que sua violação justifica a intervenção processual do Tribunal. Já outras lesões à CF seriam de “segunda ordem” e toleradas pelo STF.

É necessário um adendo para uma melhor explicação do que vem a ser a repercussão geral, que foi introduzida no direito brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45/04, e foi regulada *a posteriori* pela Lei 11.418/2006. Mas só pôde ser aplicada com a entrada em vigor da ER n. 21/07, em 3 de maio de 2007, mais de dois anos depois da sua criação. Trata-se de mais um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e é um vetor importante que merece detalhamento, porque traz elementos do processo objetivo no recurso extraordinário.

A partir da data acima mencionada, 3 de maio de 2007, todos os recursos extraordinários tiveram que passar a conter uma preliminar de repercussão geral, em que a parte autora tem de convencer o STF da existência de “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (art. 543-A, § 1º do antigo Código de Processo Civil (CPC) e art. 1035, § 5º do novo CPC) (BRASIL, 1973, 2015a, não paginado).

Com a repercussão geral o STF passou a selecionar para julgamento apenas questões constitucionais relevantes e abrangentes. Segundo Paiva (2008), este instituto foi criado com o principal objetivo de firmar o STF como Corte Constitucional e não mais mera instância recursal. Outro objetivo, defende a autora, é a diminuição da quantidade de processos que chegam à análise do Supremo em sede de Recurso Extraordinário, colaborando para a eficiência e celeridade da prestação jurisdicional.

Além disso colabora no controle de constitucionalidade, sendo um importante mecanismo para tal, pois apesar de não ser o único, o Recurso Extraordinário é o principal meio de exercício do controle de constitucionalidade difuso, uma vez que é por meio dele que se tem

maior acesso ao STF. Isso, como dito anteriormente, causa uma objetivação no controle de constitucionalidade concreto, pois a exigência de demonstração de questões que ultrapassem os interesses das partes acaba por induzir a uma “identificação automática com o controle abstrato de constitucionalidade, por se tratar de uma característica própria do processo objetivo” (PAIVA, 2008, p. 50).

Desse modo, o Recurso Extraordinário deixou de ter um caráter marcadamente subjetivo, de defesa do interesse das partes, e de ser caracteristicamente pertencente ao controle difuso, para passar a ter a função de defesa da ordem constitucional objetiva, sob a alegação de concretização do princípio da força normativa da Constituição.

Outro fator interessante deste instituto é que da forma como foi idealizado, pressupõe-se uma presunção de repercussão geral em todos os recursos extraordinários, pois, ainda que a minoria dos ministros seja a favor, o recurso será admitido e julgado. Isso acontece, pois o §3º ao art. 102 da Constituição preleciona que o recurso só pode ser rejeitado pela ausência de repercussão geral como resultado do voto de pelo menos dois terços dos seus membros. Além disso, o §2º do art. 543-A do CPC já prevê a presunção de repercussão geral “sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal” (PAIVA, 2008, p. 53).

Para o professor Pedron (2012), essa ideia, em que o controle de constitucionalidade na sua modalidade difusa, vem sendo paulatinamente substituído por um controle mais “moderno” e “eficiente” na visão dos ministros do STF – o controle concentrado – tem sido nomeada como mutação constitucional, do art. 52, X da Constituição da República. Segundo tais práticas, a atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões nos recursos extraordinários não dependeriam mais de resolução por parte do Senado Federal, pois a decisão do Supremo, desde sua origem, teria tais efeitos.

O grande problema de tal prática, segundo o autor, é que com ela, retira-se do Senado Federal (órgão com representação democrática), o papel de fórum de debate nacional sobre a dimensão da tese da inconstitucionalidade para toda a sociedade brasileira, dando para o mesmo a função de mero comunicador das decisões tomadas pelo Tribunal, o que confronta frontalmente a divisão de atribuições dentre o Legislativo e o Judiciário, uma vez que desta forma, deixa de lado a condição de representante da vontade popular desse órgão político, o que notadamente trata-se de violação ao princípio democrático (PEDRON, 2012).

Faz jus mais um pequeno adendo para se explicar o que vem a ser a mutação constitucional. Na visão deste eminente professor, trata-se de:

Uma mudança de interpretação de uma norma da Constituição, que faz com que um mesmo texto permaneça intacto enquanto o seu sentido, o conteúdo normativo, passa por uma alteração. Ainda que a mutação por interpretação seja a mais popularmente conhecida forma, ela não é a única forma. (PEDRON, 2012, p. 2).

Pedron (2012) explica que tal prática se popularizou tanto, que é aceita de forma natural pelos juristas nacionais, restando um conceito obscuro pela falta de reflexão e explicação, o que se percebe claramente na jurisprudência do STF, que abraça a mutação constitucional como se fosse uma figura retórica que somente expressa uma novidade no sistema constitucional, o que como exposto, não o é. Para o autor, recorrer a este recurso encobre na verdade a dificuldade de superar o pensamento positivista legalista e de lidar de forma adequada com a relação entre direito e política.

Ele afirma ainda que pelo julgamento da Reclamação n.4.335/ AC de relatoria do ministro Gilmar Mendes a respeito da progressão de regime para os condenados por crimes considerados hediondos, marcaram uma situação de profunda mudança da estrutura do sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, o que em sua opinião pode representar a perda da linha divisória entre o sistema difuso e o sistema concentrado no Brasil (PEDRON, 2012).

Feitas essas considerações sobre esse fenômeno que tem ocorrido no Direito Constitucional contemporâneo brasileiro, passa-se a discorrer sobre o critério do "tipo de fiscalização", em que há o controle chamado Abstrato em que a fiscalização do dispositivo legal é feita por meio de processo específico, que não se vincula juridicamente a interesses particulares, nem a um caso concreto de litígio. É feita uma análise abstrata da norma impugnada quanto a sua compatibilidade ou não com a Constituição da República do país. Já o controle chamado concreto, como o próprio nome diz, está a analisar um caso concreto que necessita da aplicação de alguma norma infraconstitucional e é feita a verificação de sua compatibilidade com as normas constitucionais. Não há a instauração de um processo específico.

E há ainda o modelo chamado combinado, em que segundo os professores Dimoulis e Lunardi (2019), acontece no mesmo ordenamento procedimentos de controle de ambas as espécies, como é o caso do Brasil.

Vale ressaltar, que a Constituição de 1988 trouxe radicais alterações ao modelo de controle de constitucionalidade brasileiro. Ela deu especial ênfase ao modelo concentrado em detrimento do sistema difuso ou incidente, uma vez que a maioria das relevantes controvérsias constitucionais passaram a ser sujeitas ao Supremo Tribunal Federal, por meio de processos de controle abstrato de normas. Algumas das explicações para tal tendência, segundo o ministro

Mendes (2010), são a presteza e a celeridade desse modelo processual, assim como a ampla legitimação para o propor, tendo inclusive a possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, por meio de pedido cautelar.

Mas a grande mudança trazida foi a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, art. 102, I, a, c/c o art. 103). Com ela, houve a ampliação dos legitimados a propô-la, não se restringindo mais ao Procurador-Geral da República.

Conforme o art. 103 da Constituição de 1988, têm legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa, o Governador do 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, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (MENDES, 2008).

Essa ampliação dos legitimados a propor tal ação, não foi vista com bons olhos por todos, pois acabou por possibilitar a submissão de qualquer questão constitucional ao STF, e isso acabou, segundo Mendes (2008), por reduzir consideravelmente o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso.

No entanto, o ministro alerta que a convivência do tradicional modelo incidental difuso com diversas ações diretas – ADI, ADC, ADI^o, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e representação interventiva – realizou mudanças significativas no controle de constitucionalidade brasileiro, e que acima de tudo aponta para uma tendência a “dessubjetivação” das formas processuais, em especial das aplicadas ao modelo de controle incidental, que anteriormente a essas mudanças possuíam enorme caráter subjetivo, com eficácia apenas *inter partes* (MENDES, 2008).

3.4 Ações do controle judicial abstrato no Brasil, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Como visto anteriormente, a Constituição Cidadã ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e ao controle da omissão inconstitucional.

Como bem lembra o professor e ministro Mendes (2010), a ADI, a ADC, a ADPF, a ADI^o e o Mandado de Injunção (MI), juntamente com o recurso extraordinário, formam hoje o núcleo do sistema de controle de constitucionalidade e legitimidade de leis ou atos normativos, bem como das omissões inconstitucionais.

Dois dos principais critérios para se verificar processualmente a inconstitucionalidade de uma lei é a natureza da norma constitucional violada e o momento em que ocorreu a inconstitucionalidade. Para o primeiro critério, há a inconstitucionalidade formal, que é aquela em que não são observados os requisitos da regular criação da norma, e há também a inconstitucionalidade material, em que há divergência entre o conteúdo da lei e das previsões constitucionais.

Já pelo segundo critério, há a inconstitucionalidade originária, que é aquela em que desde a entrada em vigor do dispositivo apresenta a divergência com a Constituição. E há também a inconstitucionalidade superveniente, caso em que a incongruência com a Lei Maior pode acontecer em um momento posterior ao da sua criação. Neste último, Dimoulis e Lunardi (2019), explicam que há duas hipóteses de ocorrer, que são quando há mudanças nos parâmetros, que é a inconstitucionalidade (apenas) material, e a outra que é chamada de inconstitucionalidade superveniente.

Quanto à inconstitucionalidade (apenas) material em razão da mudança de parâmetro, as normas que eram satisfatórias quanto aos requisitos de validade na Constituição anterior, passam a conflitar com a nova Constituição que a substituiu. Já a inconstitucionalidade superveniente hermenêutica, é quando “uma norma que inicialmente era considerada constitucional torna-se incompatível com a regularidade constitucional” (DIMOULIS; LUNARDI, 2019, p. 119). o que muda nesses casos, não são os parâmetros, mas sim, a compreensão dos intérpretes que pode afetar as normas que estavam em conformidade com a Constituição.

Como mencionado acima, pela Constituição de 1988, estão em vigor as seguintes ações do controle concentrado de constitucionalidade:

- a) Ação direta de inconstitucionalidade (ADIⁿ), - Art. 102, I, “a”, CF;
- b) Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) – Art. 102, I, “a”, §2º, CF;
- c) Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) – Art. 102; I, “a”;
- d) Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF): Art. 102, §1º e §3º, CF.

Todas essas ações, além de fazerem parte do controle abstrato de constitucionalidade, têm em comum alguns efeitos de suas decisões. Dentre eles seus efeitos vinculantes, a eficácia *erga omnes* e seus efeitos repristinatórios. Mas para os fins desse trabalho e para não se alongar sem necessidade, se enfatizará apenas a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que será alvo da presente pesquisa.

Sendo assim, vale recordar que o constituinte de 1988 dedicou especial atenção à chamada “omissão do legislador”, e juntamente ao mandado de injunção (art. 5º, LXXI c/c art. 102, I, q) introduziu o processo de controle abstrato da omissão, como visto anteriormente, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º) que pode ser ajuizada pelo Presidente da República, pela Mesa da Câmara dos Deputados, Senado Federal, Mesa de uma Assembleia Legislativa, Governador do Estado, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Piovesan (2003), alerta para o quão raro pode vir a ser a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão por esses agentes públicos considerados no art. 103, I a IX da CF/88, especialmente pelos órgãos legislativos, uma vez que, via de regra a ação é proposta justamente para controlar a omissão inconstitucional do legislador. Vale ressaltar que, ainda que a omissão inconstitucional possa advir de qualquer poder público, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido apenas nos casos de inércia específica de ato normativo.

Outra observação bastante importante que Piovesan (2003) faz, é o esclarecimento de que não há a necessidade de se exigir dos entes do art. 103 a comprovação de interesse jurídico específico, no âmbito estritamente processual, pois a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um instrumento de tutela de direito objetivo. Se assim não o for, estaria se convertendo em um instrumento de defesa de direito subjetivo, o que seria uma clara distorção jurídica. No entanto, não tem sido esta a orientação jurisprudencial do STF.

Tanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão como o mandado de injunção, são garantias voltadas a fortalecer o constitucionalismo do Estado social, e como visto, ambos visam realizar ao máximo o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (PIOVESAN, 2003).

Originalmente, a ADO visa tornar efetiva norma constitucional, devendo ser dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e cabíveis. Em

se tratando de órgão administrativo, será determinado que empreenda as medidas reclamadas no prazo de trinta dias, uma vez que pela formulação do constituinte quanto a esse tipo de controle de constitucionalidade, resta claro que se teve em vista também as atividades tipicamente administrativas que pudesse afetar a efetividade da norma constitucional, além das atividades legislativas, por óbvio (MENDES, 2010).

Como a Constituição da República em alguns casos estabelece a obrigação do Legislativo editar atos normativos, a ADO tem como finalidade além de constatar, também tentar sanar a omissão legislativa que violou sua obrigação constitucional de legislar. Sendo assim, tem como hipóteses de cabimento a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, seja por vício de forma, ou material, ou ainda dupla inconstitucionalidade (DIMOULIS; LUNARDI, 2019).

A ADO, apesar de não estar clara e expressamente prevista na Constituição da República, mas apenas deduzida da combinação da referência dos arts. 102 e 103 da CF e do art. 103, §2º, tem o escopo de constatar e tentar corrigir a omissão do legislador quanto à sua obrigação constitucional de legislar. A lei que dita os procedimentos dessa ação (Lei 12.063) só foi regulamentada em 2009 (vinte e um anos após a promulgação da CF/88), trazendo as interpretações mais importantes sobre essa ação. Com as ADOs, portanto, almejou-se além de preservar a supremacia da Constituição, fortalecer a eficácia das normas constitucionais.

A declaração da inconstitucionalidade por omissão será feita pelo Supremo Tribunal Federal, que é o órgão jurisdicional com a atribuição precípua de guardar a Constituição e por isso, possui a competência originária de processar e julgar as ADOs. O Tribunal cuida para que nenhuma norma constitucional deixe de alcançar eficácia plena. Isso implica dizer, que nem mesmo os preceitos meramente programáticos ou que demandem regulamentação legislativa não deixarão de ser invocáveis e exequíveis unicamente pela inércia do legislador (PIOVESAN, 2003).

Piovesan (2003, p. 113) ressalta ainda que:

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão está relacionada com o direito objetivo. Com efeito, nos termos do art. 103, § 2º, a omissão corresponde à falta de medida para tornar efetiva norma constitucional e não direito constitucional. Isto é, pretende-se através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, suprir as lacunas inconstitucionais da ordem constitucional. Trata-se, pois, de instrumento voltado a preencher, de forma geral e abstrata, as lacunas inconstitucionais do ordenamento. A finalidade última é colmatar todas as lacunas inconstitucionais, para que, algum dia, todas as normas constitucionais alcancem eficácia plena e possam irradiar, com máxima eficácia, efeitos normativos.

Desta forma, tem-se a omissão absoluta, que é aquela em que o legislador não toma em absoluto a providência legislativa reclamada ou requerida. E a omissão parcial que é quando mesmo havendo um ato normativo, este atende apenas de forma parcial a vontade constitucional.

Em caso de procedência da ação, ou seja, de reconhecimento e declaração da inconstitucionalidade por omissão, cabe ao Supremo Tribunal Federal dar ciência ao órgão omissor para a adoção das providências necessárias. Por essa declaração ser feita em tese, aproveita a todos, ou seja, é *erga omnes*. O que se precisa enfatizar veementemente neste momento que aproveitará ao objeto da presente pesquisa em questão deste trabalho, é que como o órgão omissor é o Poder Legislativo não existe prazo algum previsto ou fixado pela Constituição para que se adote as providências necessárias à efetivação da norma constitucional (PIOVESAN, 2003).

É muito importante salientar essa observação, pois ao passo que se demarca prazo, abre-se a possibilidade de responsabilizar o órgão administrativo omissor, caso ultrapasse o prazo estipulado e a omissão se mantenha. Diferente do que ocorre se o órgão omissor for administrativo, em que haverá responsabilização do agente público encarregado da prática do ato caso não o pratique em trinta dias.

A pergunta que resta é qual a sanção para o caso de não cumprimento da ordem judicial que declarou a inconstitucionalidade por omissão e determinou algo. A verdade é que não há qualquer previsão constitucional para tal. Desse modo, a procedência da ADO implica apenas na declaração da inconstitucionalidade por omissão e a ciência do Legislativo para que adote as providências cabíveis. E isso, por óbvio, acarreta no fato de que não há como assegurar efetivamente que se cumpra o preceito constitucional (PIOVESAN, 2003).

Portanto, se o Poder Legislativo não legislar nestes casos, não há como puni-lo ou imputar qualquer sanção a ele. O que pode ocorrer, é a responsabilidade civil do Estado por conta das inconstitucionalidades e omissões legislativas, com o reconhecimento de dano a pessoa ou grupo de pessoas prejudicadas. Ou seja, é cabível o ajuizamento de ação de perdas e danos contra a pessoa jurídica de direito público que foi o motivador da omissão.

A não punição é habitual ao sistema de controle de constitucionalidade, assim como não haver mecanismos sancionatórios, pois o intuito principal é eliminar do sistema as normas eivadas de inconstitucionalidade a fim de que se assegure o cumprimento e a primazia da Constituição, e não se atentar propriamente dito, aos efeitos e consequências das inconstitucionalidades (PIOVESAN, 2003).

O que se pode perceber é uma mudança na postura do Supremo nos últimos anos, pois a sua jurisprudência tem reconhecido, em ações diretas de inconstitucionalidade, que a declaração de inconstitucionalidade proferida, já tem, por si só, o condão de automática e imediatamente eliminar o ato normativo ou a lei inconstitucional do sistema jurídico, não havendo mais a exigência da intervenção do Senado Federal (PIOVESAN, 2003).

Desse modo, cabe ao Supremo Tribunal retirar do ordenamento jurídico a norma viciada de inconstitucionalidade, e ao legislador cabe, se e quando quiser, criar nova norma, que seja desta vez, compatível com a Constituição. Ausentes tais mecanismos sancionatórios nas ações diretas de inconstitucionalidade, o que tem se observado é que estes instrumentos acabam se tornando insuficientes e insatisfatórios para efetivação de tais normas (PIOVESAN, 2003).

Segundo Mendes (2010), a inconstitucionalidade por omissão trata-se de temática das mais fascinantes e também tormentosas do Direito Constitucional, isso porque envolve tanto a concretização da Carta Magna pelo legislador, como às questões de eficácia das normas constitucionais.

Mendes (2008, p. 30) defende ainda que a introdução do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no ordenamento pátrio aconteceram sem um prévio, aprofundado e criterioso estudo técnico, e, por isso, o clima de desconfiança e perplexidade por hora escancarados são normais e até esperados. Para ele, não se pode esquecer a importância do estudo de tal temática, uma vez que “o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da Constituição”.

Neste ponto, faz-se oportuno diferenciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção. Ambas as ações visam sanar omissões que podem provir de qualquer dos Poderes e podem ser totais/ integrais ou parciais. Os professores Araújo e Nunes Júnior (2021, p. 80) pontuam que para a inconstitucionalidade por omissão há necessidade de três requisitos: “a existência de uma norma constitucional dependente de regulamentação; a ausência total ou parcial, dessa regulamentação; o transcurso de prazo razoável.

Para que haja controle por via de ação, deve-se utilizar a ação direta de inconstitucionalidade. Nesta, a forma do processo, o foro competente (o STF) e os autores serão sempre os mesmos. O que as diferencia é unicamente as decisões das ações e seus efeitos. E neste ponto, caso seja reconhecida a omissão, há duas possibilidades:

- a) Se o órgão for Poder, será dada ciência para que se adote as providências necessárias;
- b) Se se tratar de autoridade administrativa, será determinado que tome a providência cabível no prazo de trinta dias.⁸ (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2021, p. 79).

Ademais, a omissão também pode ser tratada pela via de defesa ou de exceção, pelo mandado de injunção. O art. 5º, inciso LXXI é quem traz os preceitos desta ação: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, [2020], não paginado). Desse modo, já se aponta para a principal diferença entre as duas ações.

No Mandado de Injunção o campo material é restrito, ou seja, a omissão deve ser tal que impeça o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ou seja, é necessário que a use apenas para casos em que as consequências sejam essas.

Isso significa dizer que a concessão do Mandado de Injunção está condicionada a uma relação jurídica de causa e efeito. Ou seja, é necessário claro nexo de causalidade, isto é, a uma causa deve haver a falta de norma regulamentadora, ao passo que a ordem jurídica atribui uma consequência, que é a impossibilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas intrínsecas à nacionalidade, à cidadania e à soberania (PIOVESAN, 2003).

Resumidamente portanto: “o Mandado de Injunção tem como principal finalidade conferir imediata viabilidade ao exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, obstado em virtude de ausência de regulamentação” (PIOVESAN, 2003, p. 141). Sendo assim, esse remédio constitucional é um verdadeiro instrumento de realização do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, que está prelecionado no art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988.

Outro ponto importante, é avaliar, quando a omissão legislativa parcial, é uma hipótese de cabimento de mandado de injunção. Ou seja, quando a atividade do legislador for insuficiente ou deficiente, e esta deficiência ofenda o princípio da isonomia. Desta forma, o Mandado de Injunção serviria para estender aos grupos impetrantes excluídos, a disciplina legal, de forma a tornar possível o exercício de direito constitucional (PIOVESAN, 2003).

Sendo assim, o Mandado de Injunção foi criado no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1988 com o objetivo de tutelar direitos constitucionais subjetivos,

⁸ Art. 103, § 2º, CF/88: “§ 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” (BRASIL, [2020], não paginado).

que estavam tendo sua fruição cerceada pela ausência parcial ou total de norma regulamentadora. Tudo isto está disciplinado na Lei n. 13.300/2016 (lei que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências) (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2021).

Outra diferença entre as duas ações é a legitimação ativa. O Mandado de Injunção individual fica localizado no art. 5º, inc. LXXI, ao lado das demais garantias constitucionais, o que faz entender que é direcionado para toda e qualquer pessoa (PIOVESAN, 2003), e que por conseguinte, é referente a pessoas jurídicas e físicas que são titulares dos direitos constitucionais subjetivos que deixaram de ser observados pela falta de norma regulamentadora.

Há a possibilidade também de impetração do Mandado de Injunção por entes coletivos, como entidades de classe, associações legalmente constituídas ou organizações sindicais. Nestas hipóteses o *mandamus* seria impetrado em defesa de direitos constitucionais coletivos que estivessem impedidos de serem exercidos por falta de norma regulamentadora.

Importante salientar ainda, que Piovesan (2003), defende a ideia de que é possível o cabimento de Mandado de Injunção para tutelar direitos coletivos, mas não direitos difusos, pois caso se admitisse tal fato, esse remédio constitucional se confundiria com o instrumento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Ou seja, caberia para casos de elaboração de norma regulamentadora geral e abstrata e deixaria de tutelar a defesa de direito subjetivo, voltado a possibilitar o exercício de direitos e liberdades constitucionais.

Quanto à legitimidade passiva, cabe Mandado de Injunção tanto nas relações de natureza pública quanto privadas, recaindo assim tanto sobre a parte privada ou pública que viria a ser sujeito do ônus de eventual concessão da injunção. Ou seja, recai sobre o ente em que a atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito, e não sobre a autoridade competente para elaborar a norma faltante. (PIOVESAN, 2003).

Seu procedimento é bem parecido ao do mandado de segurança e consiste basicamente na impetração da petição inicial, que deve seguir os requisitos da lei processual e estar acompanhada dos documentos pertinentes; deve conter as informações do impetrado; parecer do Ministério Público no prazo de dez dias e por fim, a sentença (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2021). Vale ressaltar o que a Lei 13.300/2016, que disciplina os Mandados de Injunção preleciona sobre as sentenças:

- Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:
- I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
 - II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o

interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do **caput** quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma. (BRASIL, 2016a, não paginado, grifo nosso).

Com esse artigo da referida lei, se percebe que a opção legislativa foi pela adoção de uma linha concretista dos Mandados de Injunção, em que se extrai soluções concretas aos impetrantes. Além de ter inovado em dois pontos, como Araújo e Nunes Júnior (2021, p. 87, grifo nosso) ressaltam:

O § 1º do art. 9º, prescreve que **‘poderá ser conferida eficácia ultra parte ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração’**. É que os interesses difusos e coletivos, denominados essencialmente metaindividuais, constituem-se, em rigor, em formas de provimento jurisdicional, que, exatamente pela natureza intrinsecamente metaindividual, não comportam decisões que acolham isoladamente o pleito de um interessado, sendo inextrincável e automaticamente estendido a todos os integrantes do grupo, categoria ou classe ou, no caso de interesses difusos, a toda a coletividade abstratamente considerada.

Outro aspecto diz respeito à previsão do § 2º, do indigitado artigo, que prevê que **‘transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator’**, que, de certo modo, traduz uma espécie de abstrativização da decisão individual e concreta.

Sendo concedida a ordem, o Art. 11 dessa mesma lei, preleciona que a norma regulamentadora superveniente gerará efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, a menos que a aplicação da norma superveniente tenha sido mais favorável.

Feitas tais considerações e mesmo compreendendo-se melhor a dimensão e importância dessas ações, Gilmar Mendes afirma que ambas foram pouco utilizadas no Brasil, com uma aplicação ainda bem restrita. Além disso, é nítido que faltam instrumentos de implementação direta de decisões do Supremo Tribunal de maneira coativa tanto no Mandado de Injunção quanto no controle abstrato.

Apesar de, como lembram Dimoulis e Lunardi (2019), haverem sanções até consideradas drásticas para quem descumpra uma determinação de decisões do STF, como multa diária, determinação de cumprimento de tutela específica e até pena de prisão, é notória a necessidade de uma reforma legislativa que dê mais efetividade a essas decisões.

Para que essas duas ações (Mandado de Injução e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) tivessem sucesso, na visão de Piovesan (2003), seria necessário haver uma leitura renovada do princípio da separação dos poderes, uma vez que sob a ótica tradicional deste princípio, ele tem sido considerado um dos principais obstáculos à efetivação das referidas ações.

Nessa toada, como visto anteriormente, o ideal seria a possibilidade de um real e eficaz diálogo institucional, uma vez que o controle de constitucionalidade por omissão (objeto dessa pesquisa) é um dos mais importantes âmbitos do controle de constitucionalidade nos países em desenvolvimento, em especial quando se fala em direitos sociais e políticas públicas (SILVA, 2009).

Desse modo, pode-se perceber que o fenômeno da expansão do Judiciário se relaciona a todos esses temas, Separação de Poderes, neoconstitucionalismo e controle de constitucionalidade na medida em que as Constituições atuais trazem a necessidade de dar ou ao menos tentar dar o máximo de efetividade aos direitos fundamentais.

Sendo assim, tratou-se nesse capítulo sobre o controle de constitucionalidade, trazendo-se suas definições e tipologia, assim como o histórico de como começou e como se desenvolveu ao longo do tempo em alguns países pelo mundo, em especial no Brasil. Falou-se também sobre a classificação “Controle Difuso X Concentrado” e “Controle abstrato X concreto de Constitucionalidade” com as peculiaridades e pontos mais importantes de cada um, e se finalizou discorrendo-se sobre as ações do controle judicial abstrato no Brasil, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Ficou constatado a importância do surgimento e solidificação desse mecanismo que é o controle de constitucionalidade, tanto para a garantia de eficácia da Constituição da República quanto para defesa dos direitos fundamentais, como também pôde-se abrir uma discussão sobre a grande importância e abrangimento que o controle abstrato ganhou em detrimento do controle difuso, a ponto de acontecer a chamada “objetivação do controle de constitucionalidade difuso”, dando-se novas características para o Recurso Extraordinário, deixando de ter um caráter marcadamente subjetivo, de defesa do interesse das partes, e de ser caracteristicamente pertencente ao controle difuso, para passar a ter a função de defesa da ordem constitucional objetiva, sob a alegação de concretização do princípio da força normativa da Constituição.

Por fim, analisou-se o modo como a Constituição Cidadã ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e ao controle da omissão inconstitucional. Deste último, analisou-se um pouco mais detidamente a ADO com suas características e finalidades, fazendo um paralelo com o Mandado de Injunção.

E todos esses assuntos desencadeiam a necessidade de analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, julgadas pelo Plenário da Corte, construindo análises das decisões para que se mapeie os temas

das ADOs, a decisão tomada e as normas constitucionais ponderadas, para se chegar às considerações finais se diante da análise destas supracitadas ações, é possível se verificar uma racionalidade por trás dessas decisões de ADOs frente às omissões inconstitucionais do Congresso Nacional no sentido da proteção de direitos fundamentais.

4 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DAS DECISÕES EM SEDE DE AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – ADOs: no período pós Constituição da República de 1988

Nos capítulos anteriores, apresentou-se uma síntese do modelo tradicional da tripartição dos Poderes, com o paradigma idealizado por Montesquieu, assim como falou-se da sua adoção, evolução e manifestação recente no Brasil, acentuando-se as atuais mudanças na postura do Judiciário brasileiro com um franco crescimento dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política.

Discorreu-se ainda sobre o controle de constitucionalidade, com seu conceito, tipologia e evolução histórica, fez-se uma comparação com o Mandado de Injunção, assim como discorreu-se sobre o modo como ocorre o controle de constitucionalidade no Brasil. Diferenciou-se o controle de constitucionalidade difuso do concentrado e o controle abstrato do concreto, e enfatizou-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Para então adentrar-se no presente capítulo e analisar a atuação do STF, no período pós CF/88, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, em ações que chegaram ao julgamento do plenário deste órgão, a fim de que se possa inferir os limites e possibilidades ao estabelecimento de uma racionalidade decisória por trás dessas decisões de ADOs. Assim como apresentou-se as teorias de Jeremy Waldron, Andrei Marmor e Robert Alexy, que foram utilizados como marco teórico do presente trabalho.

Para alcançar tal desiderato, como dito acima, analisou-se o conteúdo das decisões, em seu inteiro teor, decisões estas proferidas pelo plenário do STF em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão desde a promulgação da Constituição da República de 1988 até o ano de 2022, tendo como intuito responder ao seguinte questionamento: é possível se verificar uma racionalidade por trás dessas decisões de ADOs frente às omissões inconstitucionais do Congresso Nacional no sentido da proteção de direitos fundamentais?

Objetivando responder ao questionamento levantado, fez-se uma pesquisa qualitativa, a partir de um método de abordagem indutivo, utilizando-se a análise de jurisprudência, com foco na catalogação do tema de cada uma destas decisões do Plenário, de modo que se pudesse abduzir a partir dos acórdãos proferidos pelo STF os temas das ADOs, quais as decisões tomadas e quais as normas constitucionais que foram ponderadas.

Quanto ao método de abordagem indutivo, trata-se da forma de organização do raciocínio (modo lógico, coerente e ordenado), assim como o alcance que a investigação quer

alcançar, para que o raciocínio seja o mais objetivo possível e se possa conseguir dados e resultados consistentes (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2009).

Sobre o método indutivo, Mezzaroba e Monteiro (2009) explanam que da observação de fenômenos particulares se estabelece uma proposição mais geral, para que se possa então, aplicá-la a outros fenômenos. As conclusões, portanto, resultam da observação dos fenômenos de maneira reiterada, que confirmam a resposta do problema.

E é exatamente isso que se visa fazer no presente estudo. Através da análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão pós CF/88, busca-se investigar o comportamento e se há racionalidade decisória do STF para a efetivação de normas constitucionais no caso de omissões legislativas do Congresso Nacional, para avaliar os fundamentos da decisão e verificar em que medida estão de acordo com as teorias de Jeremy Waldron, Andrei Marmor e Robert Alexy.

Já quanto às análises de jurisprudências, segundo Palma, Feferbaum e Pinheiro (2019), sempre estiveram presentes na produção jurídica brasileira, mas foi apenas na década de 1990 que esse tipo de pesquisa ganhou um importante destaque. E os dois principais motivos que os autores atribuem para explicar tal fato, é o aumento do ativismo judicial e o papel que o STF vem assumindo no jogo da governabilidade nos últimos anos, assim como uma agenda de pesquisa de jurisprudência na academia jurídica brasileira, que segundo eles, já está bem consolidada.

Para Palma, Feferbaum e Pinheiro (2019) a análise de jurisprudência não ficou restrita ao âmbito acadêmico, mas na prática diária do profissional do Direito, passou-se a cada vez mais estar repleta de decisões judiciais e administrativas. Os próprios juízes e julgadores passaram a atribuir peso decisório nas jurisprudências mencionadas nas peças processuais. O que fez com que a pesquisa jurisprudencial fosse se firmando como técnica instrumental de trabalho. Tanto que o próprio Código de Processo Civil em seu art. 489, positivou a “lógica dos precedentes”, em que para uma sentença ser considerada como fundamentada, os precedentes utilizados precisam se coadunar ao caso concreto.

No entanto, é importante salientar que o trabalho científico de análise de julgados no âmbito acadêmico não é a mesma “pesquisa de jurisprudência” feito pelos operadores do direito em seu cotidiano. Segundo Palma, Feferbaum e Pinheiro (2019, p. 119), as pesquisas de jurisprudência possuem as seguintes características: “trata-se de uma investigação científica, orientada por metodologia especialmente construída para endereçar perguntas que possam ser respondidas por meio de análise de julgados”.

Para a presente pesquisa, cumpre ressaltar que foi selecionada a análise de jurisprudência a ser realizada voltando-se para os elementos da decisão contidos nas decisões, isto é, os fundamentos jurídicos utilizados pela Corte nos votos, relatórios e decisões finais, levando em consideração a *ratio decidendi*, ou seja, os argumentos utilizados.

Quanto aos dados utilizados na pesquisa, a coleta destes se iniciou em outubro de 2022 e finalizou-se em novembro de 2022, colhendo as decisões julgadas pelo Plenário do STF em sede de ADOs de 1988 a 2022. Foi consultado na própria base eletrônica de jurisprudência do Supremo, disponível no sítio oficial do STF (www.stf.br) em seu acervo de jurisprudência, de modo a serem colhidas no inteiro teor dos processos das ADOs julgadas pelo pleno neste interregno de tempo citado.

No que tange às decisões, optou-se por utilizá-las em seu inteiro teor, uma vez que para se achar as principais ideias e teses levantadas pelos ministros quanto à matéria discutida e a *ratio decidendi*, e para se compreender melhor o posicionamento da Corte quanto à demanda julgada, julgou-se necessário analisar todo o processo para se detectar as principais teses e princípios ponderados em cada uma delas.

Na coleta das ADOs no sítio eletrônico do STF, foram utilizados os seguintes descritores: ADO > (BASE) acórdãos (chegando ao resultado de cento e dezesseis decisões), > (órgão julgador) Tribunal Pleno (passando-se para o resultado de cem decisões), > (CLASSE) ADO (chegando-se à época em que a pesquisa foi feita – outubro e novembro de 2022 – ao resultado de 23 decisões). Como resultado final da pesquisa, portanto, encontrou-se o total de 23 julgados.

Dentre as decisões, foram excluídas as monocráticas, uma vez que não representam o entendimento do tribunal como um todo, como também foram excluídos os embargos de declaração e agravos regimentais julgados pelo Plenário que não foram conhecidos (foram rejeitados de início por ausência de algum prerequisite básico de propositura da ação), por tratarem apenas de questões processuais e não adentrarem no mérito da questão, não influenciando na compreensão da temática desta pesquisa.

Sendo assim, foi realizada a análise de jurisprudência nas decisões pronunciadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que julgaram o mérito da demanda, não importando o tema das lides, mas apenas o fato de ter se chegado ao mérito das questões.

Para fins de interpretação serão adotadas as teorias de alguns importantes estudiosos e pensadores do assunto, dentre eles, Andrei Marmor, Jeremy Waldron e Robert Alexy, tudo para corroborar a teoria aqui usada da importância da reflexão do uso ou não da interpretação judicial, da revisão judicial e a legitimidade do Judiciário para tal.

Segundo Marmor (2005, p. 9), que defende que a validade moral da constituição, é algo dinâmico, que depende da interpretação corrente da Carta Política e sua aplicação aos casos concretos e particulares, aduz:

Enquanto o conteúdo particular da constituição é determinado por sua interpretação, e a interpretação autorizada em algum dado tempo corretamente expressa valores que devem ser preservados na comunidade, a constituição seria legitimada moralmente porque seu conteúdo atual é moldado pelas necessidades e preocupações pertinentes da comunidade ao tempo da interpretação.

Isso quer dizer que esse argumento que Marmor (2005) chama de argumento de interpretação, condiciona a validade moral da constituição aos usos determinados pelas interpretações particulares e decisões jurídicas oferecidas pela Corte em algum dado momento. E isso gera a premissa de que há flexibilidade interpretativa suficiente nas constituições para autorizar que as Cortes adaptem as prescrições às necessidades e valores daquele tempo.

O que não quer dizer, como ele explica, que o documento constitucional possa ser interpretado para significar aquilo que se quer que ele signifique, mas sim que os documentos constitucionais tipicamente permitem a flexibilização interpretativa bastante para que seja possível aplicar suas disposições de moralidade em meios adequados de moralidade.

Isso porque, ainda segundo Marmor (2005), é intrínseco ao termo “interpretação” a mudança de significado, o fato de adicionar algo novo, que anteriormente não era conhecido. Isso porque, para ele, interpretação apenas é utilizada quando algo não está claro, quando precisa ser esclarecido. E isso não significa mal entendidos, a interpretação deve ir além do entendimento padrão do significado das expressões. Interpretação sempre adiciona algo, um novo aspecto do texto que não tinha sido reconhecido ou apreciado previamente.

Em sentido contrário, mas que da mesma forma embasa e solidifica os pensamentos levantados nesta pesquisa e faz com que se reflita sobre revisão judicial e a legitimidade do Judiciário para tal, está a teoria de Waldron (2006), que critica a revisão judicial sob os dois principais argumentos de que não crê que os direitos sejam mais protegidos por essa prática do que pelos legisladores, e também pelo fato de, em sua visão, ser democraticamente ilegítima. Para o autor trata-se de prática inadequada como um modo de tomada de decisão final em uma sociedade que se considera democrática e livre.

A esse respeito, Waldron (2006, p. 1349) discorre o seguinte:

Em países que não permitem que a legislação seja invalidada dessa forma, as próprias pessoas podem decidir finalmente, por procedimentos legislativos ordinários, se querem permitir o aborto, a ação afirmativa, vales escolares ou casamento gay. Eles podem decidir entre si se têm leis que punam a expressão pública de ódio racial ou restringem os gastos dos candidatos nas eleições. Se discordarem de qualquer um desses assuntos, podem eleger representantes para deliberar e resolver a questão votando no legislativo.

Embora se saiba que a questão da revisão judicial não seja tão simples assim, a ponto de se apontar se positiva ou negativa, se deve ocorrer ou se não deve ocorrer, a essência do que Waldron (2006) fala em sua teoria é que embora a revisão judicial, em alguns países, possa vir a ser necessária como uma medida protetiva contra patologias legislativas que tenham relação com sexo, raça ou religião, fundamentalmente não fornece uma forma de a sociedade se concentrar manifestamente nas questões reais em jogo quando os cidadãos discordam sobre direitos, ao contrário, acaba por distraí-los com questões coadjuvantes como precedentes, textos e interpretações.

E também, em sua visão, é politicamente ilegítimo pois privilegia o voto majoritário entre um pequeno número de juízes que não foram eleitos, privando os cidadãos comuns, deixando de lado princípios como representação e igualdade política na solução final de casos sobre direitos (WALDRON, 2006).

Além destes, outro importante marco teórico desta pesquisa é Robert Alexy, que parte da premissa que toda decisão judicial é jungida a escolhas e preferências do decisor, seja de forma consciente ou inconsciente, o que acabaria levando ao uso de juízos de valores. O desafio é justamente coincidi-los com os métodos de interpretação e racionalmente fundamentá-los e justificá-los (ALEXY, 2011b).

Alexy (2011b) defende, ainda, que o direito, especialmente o constitucional, é construído sob duas visões complementares, que como dito anteriormente, são as regras e os princípios, em que nenhuma delas subsiste isoladamente de modo absoluto e satisfativo, nem muito menos são ideias opostas entre si. Isso porque questões tão complexas como as do direito constitucional não pertencem simplesmente a uma única área do direito, pois as respostas que dele advém têm consequências em toda estrutura do sistema jurídico e social (LEAL, 2014).

Para Alexy (2011b), portanto, os princípios são “mandados de otimização” em que devem ser realizados na máxima extensão possível, considerando as possibilidades fáticas e legais que estejam disponíveis. Para ele os problemas intersubjetivos ou sociais que são judicializados devem ter formas públicas e controláveis de procedimentos decisoriais que envolvam a aplicação fundamentada do sistema normativo. E um desses procedimentos é o balanceamento de normas, que o define como a terceira fase do teste de ponderação normativa.

Segundo Alexy (2011b), a ponderação tem três dimensões complementares e sucessivas, que são: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Este balanceamento envolve juízos de valor na atribuição de sentido da norma ao caso concreto a partir de parâmetros normativos controlados e capazes de serem apreciados e conferidos publicamente.

Por conseguinte, segundo Alexy (2011a), quando da interpretação e aplicação do Direito, não há como fazê-las unicamente com o rigor e formalismo do positivismo jurídico, uma vez que os casos concretos são dotados de enorme carga discricionária e subjetiva e muitas vezes necessitam ser resolvidos por meio da argumentação jurídica, principalmente em casos que há imprecisão da linguagem do Direito e isso dificulta a sua interpretação/aplicação; ou ainda quando há conflitos entre normas, ou inexistam normas jurídicas que se subsumam perfeitamente a casos de alta complexidade temática, e ainda em casos especiais que demandem decisões que contrariem textualmente estatutos normativos.

É importante esclarecer que a técnica da ponderação é utilizada, exatamente porque as normas constitucionais, como já dito anteriormente, mais do que nunca, não se limitam mais a normatizar unicamente a organização do Estado e as relações entre os cidadãos e o Estado, mas também regular as relações sociais, o que implica dizer que tanto normas programáticas como os princípios gerais do Direito produzem efeitos e podem ser aplicadas por qualquer juiz (PEIXINHO, 2008).

Essas relações sociais, normas programáticas e em especial os princípios gerais do Direito são permeados de direitos fundamentais, que são, como explica Alexy (2011a), elementos essenciais da ordem jurídica nacional, mas ainda mais, indicam além do sistema nacional, pois incluem os direitos do homem, que por sua vez, têm validade universal. Em consonância a esse pensamento, está a importante questão se os direitos fundamentais são normas juridicamente vinculativas ou não.

Sobre essa questão, na Constituição da República brasileira em seu artigo 5º, inciso I, são declaradas as prescrições de direitos fundamentais como diretamente aplicáveis, e por assim serem, sua justiciabilidade deve ser exigida de um Estado que de algum modo os concretize ou pelo menos tente ao máximo concretizá-los (BRASIL, [2020]).

É então necessário considerar, que ocorrem colisões entre esses direitos fundamentais, que nascem quando a realização, usufruto ou exercício do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais repercute negativamente sobre os direitos fundamentais de outros titulares desses mesmos direitos (ALEXY, 2011a).

Alexy (2011b) disciplina, por fim, que a racionalidade e a legitimidade democrática da atuação das Cortes Constitucionais se dão por meio da argumentação utilizada nas decisões. A estruturação do princípio da proporcionalidade pode, portanto, ser utilizada para compreender as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissões e qual o peso atribuído a cada norma em conflito.

É fundamental ressaltar que Alexy (2011b) em momento algum defende discricionariedades e subjetivismos nas decisões, ao contrário, defende sempre que estas, em especial as dos casos difíceis (*hard cases*), necessitam ser muito bem fundamentadas e passadas por todo um processo de análise – em três etapas- no juízo de ponderação.

Nesse mesmo sentido, de que não se deve ter discricionariedade e subjetivismos nas decisões judiciais, principalmente as constitucionais, é o ensinamento de Santana (2021), ao lembrar que o que classifica a democracia em formal e material, é justamente conviver com as diferenças e diversidades. Segundo o autor, o constitucionalismo desempenha papel indispensável, justamente no sentido de que o discernimento em suas questões não sejam fruto de um juízo subjetivo aleatório. As regras constitucionais precisam ser cumpridas.

Percebe-se desse modo, que o que há em comum entre os três pensadores é a crítica (seja positiva ou negativa) e a formulação de teorias discutindo-se a importância da interpretação por parte dos julgadores, sobre a revisão judicial e a legitimidade do Judiciário para fazê-la, diante de um direito dinâmico e complexo, além da discussão de conflito de regras e princípios em casos difíceis e o modo como o Poder Judiciário e a sociedade devem lidar com eles.

Sendo assim, após realizar algumas considerações cabíveis sobre a pesquisa e os marcos teóricos sob os quais ela será feita, é oportuno que se discorra sobre o procedimento metodológico da análise de jurisprudência, expondo-se todas as etapas que foram realizadas, conforme orientações procedimentais dadas pelos professores Palma, Feferbaum e Pinheiro (2019), em seu trabalho a respeito especificamente desse tipo de procedimento.

4.1 Procedimento metodológico da análise de jurisprudência

Como mencionado acima, o procedimento metodológico da análise de jurisprudência não é uma junção de julgados aleatórios para defender o ponto de vista do pesquisador, nem mesmo se trata de juntar e analisar os julgados mais recentes para justificar uma suposta orientação jurisprudencial. Mas, ao contrário, as pesquisas de jurisprudência possuem o viés de investigação científica, metodicamente orientada por metodologia direcionada a formular perguntas que por fim possam ser respondidas pela análise dos julgados em questão (PALMA; FEFERBAUM; PINHEIRO, 2019).

A grande diferença entre a análise de jurisprudência dos demais métodos procedimentais dos trabalhos científicos, é que apesar de se basear primordialmente em pesquisa (como os demais), no caso dos julgados, se formula uma pergunta em que os resultados

da pesquisa dialogam diretamente com ela, mas essa pergunta somente pode ser respondida por meio da análise das jurisprudências, orientada, claro, por uma metodologia de investigação. Sendo assim, os julgados são a principal fonte da pesquisa, mas não a única, uma vez que também se apresenta o referencial teórico por meio de uma revisão bibliográfica.

A par de tal diferenciação, há que se fazer a primeira explanação, que é a conceituação de “julgados”. Nesse sentido, segundo Palma, Feferbaum e Pinheiro (2019, p. 119, grifo nosso):

[...] qualquer decisão tomada por autoridade competente que, interpretando o Direito, emite um comando na tentativa de resolver o caso concreto que lhe é apresentado. Aqui há pelo menos dois elementos relevantes nessa noção ampla de julgado. Primeiramente, **o julgado é sempre direito aplicado.** Julgados não são tomados como exercícios argumentativos ‘em tese’, **mas sempre a partir de um caso concreto e visando à solução do problema que ele apresenta.** [...] Em segundo lugar, **o julgado resulta de uma escolha interpretativa.** De modo geral, julgados são direcionados a casos conflituos, com partes em disputa. Sobre o mesmo conjunto de normas – preceitos da Constituição, leis, decretos, regulamentos, súmulas, cláusulas contratuais etc. – são construídas interpretações diversas que podem levar a resultados diametralmente opostos. **O julgado exprime a escolha da autoridade competente da interpretação mais adequada ao caso concreto, que pode ser a apresentada por uma das partes ou não.**

Ou seja, como Palma, Feferbaum e Pinheiro (2019) ensinam em sua obra, julgados são sempre resultados de casos concretos, com partes em disputa em que será aplicada uma norma ou um conjunto delas, e podem ter resultados diferentes, a depender da interpretação feita. O julgado expressa a escolha que a autoridade fez em relação a interpretação julgada como a mais apropriada ao caso em questão.

Outra questão importante lembrada por eles é o fato de que grande parte das pesquisas jurisprudenciais concentra seus esforços em julgados de colegiados, com análise de acórdãos, ou seja, as autoridades julgadoras podem ter interpretações diferentes, ainda que sejam correlatas, motivo pelo qual a escolha interpretativa vai decorrer da combinação numérica de interpretações em sentido similar. Essa ressalva é relevante, pois no trabalho, com jurisprudência, é bastante significativo que o pesquisador reconheça as variadas interpretações colocadas ali.

Além disso, é importante ressaltar, e ainda mais para este trabalho em questão, que a pesquisa em jurisprudência, pode voltar-se a um único aspecto específico do julgado, o que implica dizer que não necessariamente necessite ser analisado seu inteiro teor. Absolutamente tudo decorre da pergunta investigativa feita anteriormente na pesquisa (PALMA; FEFERBAUM; PINHEIRO, 2019).

Quanto ao método de análise de jurisprudência em si, conforme explicam Palma, Feferbaum e Pinheiro (2019), é imprescindível que se saiba que existem algumas espécies dele, e que é elementar que sejam conhecidas. A primeira delas é a análise temática, em que se quer compreender o entendimento do julgador sobre determinado tema, em que se irá, portanto, examinar o conjunto de julgados sobre um tema específico, a fim de se compreender o entendimento do órgão julgador. Nesse tipo de pesquisa, segundo os autores, se costuma ter textos eminentemente descritivos, e geralmente demandam um grande número de julgados analisados.

A segunda espécie é a análise dos elementos da decisão, em que se enfoca a argumentação utilizada pelo órgão julgador para a tomada de decisão. Palma, Feferbaum e Pinheiro (2019, p. 121) resumem essa análise em uma pergunta: “quais são os argumentos considerados para a construção da decisão (judicial ou administrativa)?” Para eles, além de enumerar os argumentos empregados, se faz uma análise crítica sobre o modo como as decisões são formadas. Levando-se em consideração a *ratio decidendi* (argumentos necessários para se promover a decisão, que podem ser aplicados no futuro).

Já a terceira espécie consiste na análise da dinâmica institucional do órgão julgador, por meio da qual se visa apresentar em quanto tempo o órgão decidiu acerca da formação da pauta, sobre a dinâmica do trabalho. É ainda a forma de se “depreender aspectos concretos do modo de tomada de decisão pela autoridade competente e, assim, depreender o real funcionamento institucional do órgão julgador” (PALMA; FEFERBAUM; PINHEIRO, 2019, p. 122).

Quanto à quarta espécie, trata-se da análise dos impactos da jurisprudência, por meio da qual quer-se mensurar as mais diversas ordens de impacto das decisões, como econômica, orçamentária, de segurança jurídica, de alocação de competências, recursos, em que um exemplo clássico é o tema da judicialização da saúde.

A quinta espécie é a análise processual da jurisprudência, em que se concentra nos aspectos processuais específicos, como a concessão de liminares, a repercussão geral, a modulação de efeito no controle de constitucionalidade do STF, entre outros.

Esses são os casos mais recorrentes desse tipo de análise, mas nada impede que diversas outras espécies sejam utilizadas, uma vez que há inúmeras linhas de pesquisa de jurisprudência no Brasil.

Outra questão fundamental para se pesquisar a jurisprudência, e que não se pode esquecer de mencionar aqui, é conhecer seus principais instrumentos de pesquisa dentre os

quais se destacam: a delimitação da pesquisa de jurisprudência; a composição da amostra; e a análise da amostra.

Em relação a delimitação do tema da pesquisa, sua importância está no fato de que é um objeto bem delimitado que garante o sucesso de uma pesquisa relevante e aprofundada. Generalidades não funcionam muito bem nesse tipo de pesquisa. Segundo os mencionados autores os cortes jurisprudenciais mais comuns são os institucionais (qual a instituição decisória cujos julgados serão analisados), temáticos (escolha de um tema específico para ser o objeto do trabalho), processuais (leva em consideração elementos processuais para a delimitação do tema) e temporais (o período no qual as decisões que serão analisadas foram proferidas). Todos esses recortes, ressaltam os referidos autores, devem ser justificados pelo pesquisador, uma vez que essas escolhas não devem ser aleatórias.

O outro instrumento de pesquisa é a composição da amostra, que consiste na diminuição da quantidade de julgados a ser analisado. Ou seja, após escolher e aplicar os instrumentos de pesquisa que serão utilizados, ainda restou uma quantidade muito grande de julgados para analisar. Então, o pesquisador pode analisar apenas uma parcela de julgados do total identificado, ou seja, uma amostra (que significa o total de julgados a ser analisado). Os autores alertam ainda para alguns cuidados que se deve ter com esse específico instrumento de pesquisa.

- A amostra deve ser **uma parcela do total** de decisões referentes à matéria que se pretenda analisar; - A escolha das decisões que irão compor a amostra deve ser **norteadas pela metodologia, com recortes jurisprudenciais devidamente justificados**; - as conclusões da pesquisa devem se ater à amostra selecionada, sem generalizações para outros grupos de decisão, caso não tenha sido utilizado um método estatístico para construção da amostra. (PALMA; FEFERBAUM; PINHEIRO, 2019, p. 125-126).

O terceiro e último instrumento de pesquisa, a aplicação dos recortes jurisprudenciais e formação da amostra, diz respeito ao acesso ao banco de dados de julgados, já que toda e qualquer pesquisa precisa ter acesso a um banco de dados, que pode ser eletrônico ou em acervo físico. Outro ponto importante é que além da leitura dos julgados ser orientada pela pergunta de pesquisa, esta deve ser desmembrada em variáveis de pesquisa, que são a tradução da metodologia. Sobre as variáveis:

Ao lidar com as variáveis de pesquisa, o grande desafio lançado é criar categorias que sejam suficientes e adequadas para a análise proposta sem que sejam simples ou complexas demais a ponto de inviabilizar conclusões relevantes de pesquisa. De modo simples, pode ser considerado variável de pesquisa todo elemento que será analisado nela. (PALMA; FEFERBAUM; PINHEIRO, 2019, p. 129).

Sendo assim, apesar de a análise de jurisprudência ser um método de pesquisa, que como todos os outros, deve ter delimitação do tema; pergunta-problema; hipótese; revisão de literatura; e método para responder à questão, em sua metodologia deve-se ter o cuidado de atender às peculiaridades da formação da amostra (o conjunto de casos a serem examinados) e do método para responder à questão que está sendo pesquisada baseada nas decisões separadas.

Por fim, outro ponto caracterizador desse tipo de método de pesquisa é a análise da pergunta-problema por meio das decisões examinadas.

Após os julgados serem selecionados, passam por um processo de filtragem e refinamento, até que ao final se passe de um dado bruto para um dado reduzido e pronto para ser analisado. A apresentação dos resultados da pesquisa está sempre diretamente relacionada com o objetivo da pesquisa de jurisprudência (PALMA; FEFERBAUM; PINHEIRO, 2019).

4.1.1 Metodologia: instrumentos de pesquisa utilizados

Tendo por base as discussões sobre a temática de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, controle de constitucionalidade, ativismo judicial, judicialização da política e separação dos Poderes desenvolvidas nos capítulos anteriores, e visando responder a problemática da pesquisa, qual seja, “é possível se verificar uma racionalidade por trás dessas decisões de ADOs frente às omissões inconstitucionais do Congresso Nacional no sentido da proteção de direitos fundamentais?” alguns passos foram tomados nessa pesquisa, que merecem a precisa narração a fim de se saber o caminho tomado ao longo de todo este trabalho, levando em consideração que foram utilizados os dados e métodos trazidos pelos professores Palma, Feferbaum e Pinheiro (2019), no livro “*Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*”.

Dentre esses passos, estão os instrumentos de pesquisa utilizados. O primeiro deles a se destacar é a delimitação da pesquisa de jurisprudência. Para a determinação mais precisa do tema de pesquisa, alguns cortes jurisprudenciais mais comuns, ou utilizados devem ser considerados. São eles: os institucionais (qual a instituição decisória cujos julgados serão analisados), e neste trabalho a instituição decisória será exclusivamente o Supremo Tribunal Federal, que foi escolhido por ser o órgão indicado na Constituição da

República em ser o responsável pelo controle de constitucionalidade abstrato do qual as ADOs fazem parte.

Outro corte jurisprudencial digno de nota é o temático (escolha de um tema específico para ser o objeto do trabalho), que nesta pesquisa foram as ações de inconstitucionalidade por omissão julgadas pelo STF desde a Promulgação da Constituição da República de 1988 e decididas pelo plenário desse órgão julgador. Esse tipo de ação foi escolhido pelo fato de ainda ser muito pouco utilizado e por consequência pesquisado e discutido no Brasil, seja pelo seu pouco tempo de criação, seja pela demora em criar lei regulamentadora de suas regras básicas (Lei 12.063/2009).

O terceiro corte jurisprudencial é o processual (leva em consideração elementos processuais para a delimitação do tema), que no presente trabalho considerou o fato de ter de ser decisões proferidas pelo Plenário, isso porque representam o entendimento do tribunal como um todo, e não entendimentos isolados de um ou outro ministro específico. E também decisões que adentraram o mérito, uma vez que chegaram a discutir efetivamente a questão da demanda, influenciando na compreensão da temática desta pesquisa, e não meramente questões processuais.

E por fim o corte temporal (o período no qual as decisões que serão analisadas foram proferidas), que no caso em questão é o período de 1988 a 2022, período escolhido por se levar em consideração o marco da promulgação da nova constituição e a criação desse tipo de ação no ordenamento brasileiro.

O segundo instrumento de pesquisa utilizado é a composição da amostra e o terceiro a análise da amostra, que serão vistos nos próximos tópicos.

4.1.2 Formação do banco de dados: composição da amostra

A composição da amostra é a diminuição da quantidade de julgados a ser analisado. Ou seja, após escolher e aplicar os instrumentos de pesquisa que serão utilizados e ainda assim tiver restado uma quantidade muito grande de julgados para analisar, faz-se essa composição da amostra, para que o pesquisador possa analisar apenas uma parcela de julgados do total identificado, ou seja, uma amostra (que significa o total de julgados a ser analisado).

Portanto, para a composição da amostra e formação do banco de dados utilizado nessa análise de jurisprudência, fez-se uso da modalidade ou espécie “análise dos elementos da decisão”, em que se enfoca, como dito anteriormente, a argumentação utilizada pelo

órgão julgador para a tomada de decisão, levando-se em consideração a *ratio decidendi* (argumentos necessários para se promover a decisão, que podem ser aplicados no futuro).

Para tal, seguiu-se os seguintes passos (Quadros 1 e 2):

Quadro 1 – Formação do banco de dados

<p>Foi consultado na própria base eletrônica de jurisprudência do Supremo, disponível no sítio oficial do STF (www.stf.br) em seu acervo de jurisprudência, de modo a serem colhidas o inteiro teor dos processos das ADOs julgadas pelo plenário. A pesquisa ocorreu nos meses de outubro de 2022 e novembro de 2022. E percorreu o campo “pesquisa livre de jurisprudência”.</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Campo de pesquisa: pesquisa livre de jurisprudência – Especificação do campo de pesquisa: ADO – Refinamento da pesquisa / campos específicos de pesquisa: acórdãos; Tribunal Pleno.
<p>No campo “pesquisa livre de jurisprudência”, utilizou-se o seguinte critério de busca: ADO > (BASE) acórdãos > (órgão julgador) Tribunal Pleno > (CLASSE) ADO. Foram obtidos 23 acórdãos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Palavras-chave: plenário do STF. – Delimitação temporal: 1988 a 2022. – Resultado parcial: 23 decisões. – Justificativa das exclusões: necessidade de adentrar o mérito.
<p>Desses 23 acórdãos, onze não foram conhecidos, não adentrando-se no mérito das questões, sendo então descartados do banco de dados. Foram excluídos também os embargos de declaração e agravos regimentais julgados pelo Plenário que do mesmo modo não foram conhecidos (foram rejeitados de início por ausência de algum prerrequisito básico de propositura da ação), por tratarem apenas de questões processuais e não adentrarem no mérito da questão, não influenciando na compreensão da temática desta pesquisa.</p>	
<p>O banco de dados final conta, então, com doze acórdãos, sendo que destes, seis serão melhor analisados por retratar bem a mudança de posicionamento e atitude do Supremo Tribunal Federal.</p>	<p>Serão analisadas mais detidamente as ADOs nº 22, 49 (AgR), 26, 25, 30 e 67.</p>

Fonte: Dados da pesquisa realizada pela autora.

Quadro 2 – Análise do material

ANÁLISE DO MATERIAL	
<p>Os processos selecionados, com suas respectivas decisões foram lidas na íntegra e analisadas de modo a depreender as seguintes informações: Número da ADO, data de julgamento, tema, a decisão final tomada pelo plenário (orientação do STF (<i>ratio decidendi</i>)), e as normas constitucionais ponderadas.</p> <p>Essas informações foram organizadas em fichas de leitura, as quais foram posteriormente ordenadas por tema e por terem sido conhecidas ou não conhecidas pelo plenário. O texto final do trabalho apresenta os resultados da pesquisa que confirmam ou refutam a hipótese da pesquisa.</p>	<p>– Mecanismos de análise dos julgados: Fichas de leitura e tabelas de análise.</p>

Fonte: Dados da pesquisa realizada pela autora.

4.1.3 Instrumentos de pesquisa “análise da amostra”

O terceiro e último instrumento de pesquisa a ser considerado aqui, é a análise da amostra, em que se faz a aplicação dos recortes jurisprudenciais a que se teve acesso por meio do banco de dados de julgados do STF.

Outro ponto importante nesta etapa é que além da leitura dos julgados ser orientada pela pergunta de pesquisa, esta deve ser desmembrada em variáveis de pesquisa, que são a tradução da metodologia. Como dito por Palma, Feferbaum e Pinheiro, (2019, p. 129): “De modo simples, pode ser considerado variável de pesquisa todo elemento que será analisado nela.”

Sendo assim, as variáveis utilizadas nesta pesquisa foram: Número da ADO, data de julgamento, tema, a decisão final tomada pelo plenário (orientação do STF – *ratio decidendi*), e as normas constitucionais ponderadas, conforme demonstrado no Apêndice A com a citação das vinte e três ADOs.

Neste tópico, se aprofundará na análise de seis ações, em seu inteiro teor, quais sejam, as ADOs nº 22 e 49 (AgR), que não foram providas, mas tiveram uma clara e veemente manifestação do STF no sentido de não se posicionar como legislador ou no lugar do Poder Legislativo. E também se discorrerá sobre as quatro ações que obtiveram resultado favorável aos recorrentes, ou seja, foi reconhecida flagrante omissão inconstitucional que tiveram posicionamento mais ativista por parte do Supremo. Foram elas as ADOs nº 26, 25, 30 e 67.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 22:**Número da ADO:** 22 – Distrito Federal**Data de julgamento:** 22/04/2015**Tema:** Regulamentação de propaganda de bebidas de teor alcoólico inferior a treze graus Gay Lussac (13° gl).

Decisão final tomada pelo plenário (orientação do STF - *ratio decidendi*): Ação conhecida e julgada improcedente, acentuando-se que, transitada em julgado, esta decisão tem efeito vinculante. Ausência de omissão. Atuação do Poder Legislativo. Art. 2º da Constituição da República. Impossibilidade de atuar o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo, substituindo-se ao Poder Legislativo na definição de critérios adotados na aprovação das normas de propaganda de bebidas alcoólicas: precedentes. Ação julgada improcedente. Decisão com efeitos vinculantes (BRASIL, 2015b).

As normas constitucionais ponderadas: Art. 2º, CF9 (separação dos Poderes).

Esta ação, proposta pelo Procurador-Geral da República, foi por maioria dos votos conhecida, mas por unanimidade julgada improcedente e após transitada em julgado teve efeitos vinculantes. Alegou “omissão legislativa parcial, tendo em vista ausência prolongada de regulamentação acerca da propaganda de bebidas de teor alcoólico inferior a treze graus Gay Lussac (13° GL), em desacordo com o comando constitucional previsto no art. 220, § 4º”. Sustentou ainda que embora tal artigo da Constituição da República preleccione que: “a propaganda de bebidas alcoólicas estará sujeita a restrições legais, incluída advertência, sempre que necessário, sobre os malefícios decorrentes de seu uso”, a lei 9.294/1996 prevê que “regulamentação [...] apenas parcial, visto que a própria lei, no que tange especificamente às bebidas alcoólicas, restringiu seus efeitos àquelas bebidas com teor alcoólico superior a treze graus (13° GL)” (BRASIL, 2015b, p. 1-3).

O autor da ADO requereu ainda que “seja declarada a mora legislativa parcial quanto à regulamentação do art. 220, § 4º, da Constituição, com extensão das normas previstas na Lei n. 9.294/96 a todas as bebidas alcoólicas, independentemente do seu teor de álcool, até que seja superada a lacuna legislativa” (BRASIL, 2015b, p. 4).

O Congresso Nacional entendeu quando foi elaborar a lei pertinente, que a publicidade de bebidas alcoólicas com teor inferior a 13° já estava bastante limitada pelos controles sociais pertinentes, e segundo a ministra relatora, Cármen Lúcia, de fato parece razoável, pois sujeita-se ao princípio da subsidiariedade – que é uma decorrência da dignidade humana e da liberdade, ambos preceitos elevados ao mais

⁹ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, [2020], não paginado).

alto patamar de proteção constitucional na ordem jurídica pátria. (BRASIL, 2015b, p. 6).

Da mesma forma que ocorreu na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.755/DF, julgada em 1998, de relatoria o Ministro Nelson Jobim, entendeu-se pelo não cabimento da ação, ao fundamento de não competir ao STF agir como se legislador fosse, para ampliar as restrições afetas à propaganda de bebidas alcoólicas, argumentando que com fundamento na interpretação dos princípios da harmonia e independência entre os poderes, não é possível, em sede jurisdicional, criar-se norma geral e abstrata em substituição ao legislador.

Outrossim, o Advogado-Geral da União se manifestou da seguinte forma:

Todavia, tal omissão não se verifica. Isso porque, consoante bem explanado nas informações prestadas pelo Senado Federal, foi proposital a imposição de limite às restrições e condições fixadas pela lei às propagandas de bebidas. De fato, após a realização de diversos debates e proposições legislativas, sobreveio a conclusão no sentido de ser desproporcional a aplicação isonômica de tais restrições às bebidas alcoólicas e àquelas consideradas potáveis com teor alcoólico inferior a 13° GL. Tal distinção repousa, inclusive, em previsão expressa constante do parágrafo único do artigo 10 da Lei n. 9.294/96. (BRASIL, 2015b, p. 21-22).

Portanto, o que justificou o referido ato legislativo federal foi a necessidade de ressaltar a distinção entre bebidas de baixo e alto teores alcoólicos, sendo uma decisão consciente do legislador e pelas explanações trazidas ao processo, não ocorreu de modo arbitrário ou insipiente, mas posteriormente a ponderação de vários fatores econômicos e sociais envolvidos.

Esse posicionamento corrobora o entendimento de que a decisão de não legislar pode ser, como parece o caso presente, uma decisão legítima, desde que o bem jurídico continue amparado, o que significa dizer que o Poder Legislativo, por meio de seus estudos e análises e da conveniência pode optar também por não legislar e julgar oportuno e melhor para o todo que não se legisle sobre determinado assunto, em especial se o bem jurídico está amparado, como dito, e apenas não foi feito da forma como alguns atores políticos gostariam.

E o principal argumento que se quer enfatizar nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é o fato de que o STF se posicionou fortemente no sentido de que tão importante quanto as razões sociais motivadoras do agir do Procurador-Geral da República, ou ainda a preservação da saúde daqueles que se excedem no consumo de bebidas alcoólicas, é a observância de princípios fundamentais do direito constitucional, como o da separação dos poderes.

Veja-se parte do voto da relatora da ação:

Para afirmar omissão inconstitucional na espécie em tela, este Supremo Tribunal teria de analisar a conveniência política de normas legitimamente elaboradas pelos representantes eleitos pelo povo, ocupantes de cargos no Poder Legislativo e no Executivo, que, tendo recebido projeto de lei votado e aprovado na Câmara dos

Deputados e no Senado Federal, sem veto, sancionou e promulgou a lei em questão. (BRASIL, 2015b, p. 42-43).

Chegando-se à decisão final de que inexistia a alegada omissão inconstitucional, julgando-se pela improcedência da ação.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 49

(AgR)

Número da ADO: 49 (AgR)

Data de julgamento: 12/11/2018

Tema: Inconstitucionalidade por omissão parcial das Leis Complementares 31/1996 e 89/2003 do Estado de Sergipe, que dispõem sobre a estruturação de carreiras de servidores públicos do Poder Judiciário do Estado de Sergipe. Exercício de competência constitucional (art. 39, § 1º, da CF).¹⁰ Suposto tratamento desigual entre cargos públicos da mesma carreira e com atribuições idênticas. Ofensa reflexa.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): 1. O agravo interno deve impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada. Inteligência do art. 932, III, c/c o art. 1.021, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015. 2. Para fins de cabimento da Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, deve ser diferenciada a lacuna legislativa, ainda que parcial, da opção legislativa, verificada quando o Congresso Nacional ou a Casa Legislativa respectiva exercem a sua função legiferante precípua, mediante legítima valoração discricionária das opções que se colocam ao seu exame para a formação da norma. 3. A comprovação da alegada igualdade de atribuições dos cargos merecedores do hipotético tratamento isonômico depende, no caso, do exame da legislação estadual anterior à questionada nesta ação, caracterizando ofensa meramente reflexa ao texto constitucional. 4. Agravo regimental conhecido e desprovido (BRASIL, 2018a).

Normas constitucionais Ponderadas: art. 39, § 1º, da CF.

Como visto, a ADO originária que versava sobre suposto tratamento desigual entre cargos públicos da mesma carreira e com atribuições idênticas, referente às leis complementares 31/1996 e 89/2003 do estado de Sergipe, quanto a estruturação de carreiras de servidores

¹⁰ “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.
§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará: I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;
II - os requisitos para a investidura;
III - as peculiaridades dos cargos” (BRASIL, [2020], não paginado).

públicos do Poder Judiciário, foi extinta sem resolução do mérito sob o argumento de ausência de impugnação específica da decisão.

A principal argumentação utilizada pelos ministros em seus votos nesta decisão, foi a necessidade de diferenciar a lacuna legislativa da opção legislativa, uma vez que o Congresso Nacional ou a Casa Legislativa respectiva pode exercer a sua função legiferante precípua, mediante legítima valoração discricionária das opções que se colocam ao seu exame para a formação da norma.

Desta forma, o enquadramento dos servidores do Poder Judiciário de Sergipe, como conta no processo, atendeu a um parâmetro de compatibilidade entre os requisitos de investidura dos cargos em que tais servidores se encontravam e os parâmetros de investidura das carreiras então criadas. O legislador sergipano ao fazê-lo, dispôs de certa margem de discricionariedade para compatibilizar o quadro funcional do Tribunal de Justiça de Sergipe (TJSE) ao melhor interesse social e público. A indicação de certas categorias de servidores a quem se reputou conveniente a exigência de seleção entre portadores de instrução superior, refletiu unicamente uma opção política e administrativa que cabia justamente ao legislador realizar. Dessa forma, se concorde ou não com essa opção legislativa, o fato é que o legislador se desincumbiu do dever constitucional de legislar sobre a matéria.

O Agravo Regimental foi desprovido, portanto, diante da argumentação de que é necessário o exame da legislação estadual anterior à questionada ação, para que se possa comprovar a alegada igualdade de atribuições daqueles que hipoteticamente deveriam ser tratados de forma isonômica.

E deste modo, da mesma forma que no exemplo anterior, o STF expressa sua escolha em não atuar no lugar do Legislativo, como legislador:

Dessa feita, não cabe ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a pretexto de exercer o controle sobre omissões legislativas parciais e preencher lacunas inconstitucionais, subverter as opções políticas tomadas pelo legislador no exercício da sua competência constitucional. Nesse sentido, mencione-se o precedente firmado pela CORTE no julgamento da ADO 22 (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 31/7/2015), em que se pretendeu o revolvimento dos critérios utilizados pelo legislador federal para a regulamentação de propagandas de bebidas alcoólicas (BRASIL, 2018a, p. 6).

Se baseando inclusive na Súmula vinculante 37 do STF que preleciona que “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia” (BRASIL, 2018a, p. 13).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26:

Data de Julgamento: 13/06/2019

Tema: exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII).

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): Ação conhecida e parcialmente provida. Decidiu-se que 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”) (BRASIL, 2019a).

Normas constitucionais Ponderadas: Art. 5º, XLI¹¹ e XLII¹².

Essa talvez seja uma das decisões mais emblemáticas e polêmicas que o Supremo Tribunal já tenha julgado nos últimos anos. O processo em sua íntegra consta de 566 (quinhentos e sessenta e seis) páginas com diversos argumentos das partes, respostas dos ministros e opiniões dos *amici curiae* aceitos na lide. Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) em face de alegada inércia legislativa atribuída ao Congresso Nacional que estaria frustrando a tramitação e a apreciação de proposições legislativas apresentadas com o objetivo de incriminar todas as formas de homofobia e de transfobia, em ordem a dispensar efetiva proteção jurídico-social aos integrantes da comunidade LGBTI+.

Foi requerido o reconhecimento do enquadramento da homofobia e transfobia no conceito ontológico-constitucional de racismo (STF, HC nº 82.424/RS) de modo a criminalizar o racismo constante do art. 5º, inc. XLII, da CF/88; a declaração da mora inconstitucional do

¹¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...] **XLI** - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, [2020], não paginado).

¹² “**XLII** - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, [2020], não paginado).

Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia [...], determinando-se que se aprove legislação criminal que puna a conduta de ‘praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação’ por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa; fixação de razoável dilação para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia; que sejam efetivamente tipificadas a homofobia e a transfobia como crime(s) específico(s) por decisão desta Suprema Corte, caso transcorra o prazo fixado por esta Suprema Corte sem que o Congresso Nacional efetive a criminalização/punição criminal específica citada ou caso esta Corte entenda desnecessária a fixação deste prazo (BRASIL, 2019a).

Foi requerido ainda a inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente das ofensas, dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/89) ou em outra lei que venha a substituí-la, determinando-se a aplicação da referida lei (e outra que eventualmente a substitua) para punir tais atos até que o Congresso Nacional se digne a criminalizar tais condutas; e por fim que

[...] seja fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro, inclusive dos parlamentares responsáveis pela inércia inconstitucional do Estado como devedores solidários por serem eles os efetivamente responsáveis por tal inércia, ante a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §6º, da CF/88) em indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia. (BRASIL, 2019a, p. 16).

Sob o argumento de que a função contra majoritária do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe fazer prevalecer, sempre, no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a autoridade e a supremacia da Constituição e das leis da República, a ação foi julgada parcialmente procedente, não se aceitando o último pedido referente à responsabilidade civil, pois, em sede de processo de controle concentrado de constitucionalidade, é inviável pedido de índole condenatória, fundado em alegada responsabilidade civil do Estado. Na visão dos ministros, em tema de controle abstrato de omissão inconstitucional, é ineficaz a concessão de tutela de índole ressarcitória, requerida com o objetivo de reparar danos morais e/ou patrimoniais eventualmente sofridos por terceiros. Isso porque, no sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade não cabe que se discutam interesses individuais nem se examinem situações concretas.

Não concedeu também o pedido de determinação de aprovação de legislação criminal que puna a conduta de ‘praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação’ por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa pela impossibilidade jurídico-constitucional de o Supremo Tribunal Federal, mediante provimento jurisdicional, tipificar delitos e cominar sanções de direito penal.

Sendo assim, excluindo-se os dois pedidos acima expostos, os ministros decidiram pela procedência nos seguintes pontos: que 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*”);

Observa-se com esta decisão uma mudança paradigmática no posicionamento do STF nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Percebe-se que os ministros agiram de modo muito mais ativo e ativista e chegam a “criar” um novo tipo penal, os enquadrando no Art. 5º, XLI (a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais); e XLII (a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei) da Constituição da República. O que por mais “boas intenções” que tivesse, não é nem nunca foi o papel do Poder Judiciário, nem mesmo por mãos dos ministros “protetores” da Constituição da República.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 25:

Número da ADO: ADO nº 25 QO

Data de Julgamento: 20/05/2020

Tema: Federalismo fiscal e partilha de recursos. Desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003. Medidas compensatórias. Omissão inconstitucional. Violação do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Edição de lei complementar.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): Ação julgada procedente para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão.

Na hipótese de transcorrer *in albis* o mencionado prazo, o Tribunal, por maioria, deliberou que **cabará ao Tribunal de Contas da União:** Pedidos sucessivos de prorrogações dos prazos realizados pela União (primeiro requerimento, em 2.2019) e pela maioria dos Estados (segundo requerimento, em 2.2020). Fatos supervenientes que justificam o abrandamento do prazo fixado no julgamento de mérito. Circunstâncias técnico-operacionais.

Deferimento dos pleitos em parte. Acordo realizado entre a União e todos os Entes Estaduais e Distrital. Homologação. Encaminhamento ao Congresso Nacional para as deliberações cabíveis (BRASIL, 2020a).

Normas constitucionais Ponderadas: art. 91 do ADCT.

Cuida-se de questão de ordem na ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Governador do Estado do Pará, contra alegada omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar o disposto no art. 91, caput e parágrafos, do ADCT.

Em resumo, o Governador do Pará requereu na ADO 25 que, após mais de dez anos da promulgação da Emenda Constitucional 42/2003, a não formulação da lei complementar exigida pelo art. 91, caput e parágrafos, do ADCT caracterizaria omissão legislativa inconstitucional, em flagrante prejuízo aos Estados exportadores de produtos primários e semielaborados, entre eles o Estado do Pará.

O pedido foi aceito para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da lei complementar prevista no artigo 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e foi fixado o prazo de 12 (doze) meses para que fosse sanada a omissão legislativa declarada inconstitucional, sob pena de transferência da referida competência, provisoriamente, ao Tribunal de Contas da União.

Desta forma, restou decidido que se a lei complementar referida não fosse editada no prazo de 12 (doze) meses, o Tribunal de Contas da União deveria fixar o valor do montante total a ser transferido, anualmente, aos Entes Federados a título de compensação financeira, bem como o cálculo do valor das cotas devidas com base em entendimento firmado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

Percebe-se que novamente o Tribunal agiu de forma inovadora e “fora” do seu âmbito de atuação. Decidiu nessa ADO que caso transcorresse in albis o mencionado prazo, caberia ao Tribunal de Contas da União agir no referido caso. Além do que, houve ainda mais um episódio inusitado neste julgado, o Tribunal referendou as decisões monocráticas (eDOCs 101 e 417), para prorrogar mais doze meses e ainda mais, posteriormente, noventa dias além da homologação do acordo firmado entre a União e todos os Entes Estaduais para encaminhamento ao Congresso Nacional para as providências cabíveis (BRASIL, 2020a).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 30:

Número da ADO: ADO nº 30

Data de Julgamento: 24/08/2020

Tema: Aquisição de veículos automotores. Isenção prevista no art. 1º, IV, da Lei nº 8.989/95. Políticas públicas de natureza constitucional. Omissão quanto a pessoas com deficiência auditiva. Ofensa à dignidade da pessoa humana e aos direitos à mobilidade pessoal, à acessibilidade, à inclusão social e à não discriminação. Direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): O Tribunal, por maioria, julgou procedentes os pedidos, de modo que se declare a inconstitucionalidade por omissão da Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, determinando a aplicação de seu art. 1º, inciso IV, com a redação dada pela Lei nº 10.690/03, às pessoas com deficiência auditiva, enquanto perdurar a omissão legislativa, e estabeleceu o prazo de 18 (dezoito) meses, a contar da data da publicação do acórdão, para que o Congresso Nacional adote as medidas legislativas necessárias a suprir a omissão legislativa (BRASIL, 2020b).

Normas constitucionais Ponderadas: Art. 1º, III¹³; Art. 3º, IV¹⁴, Art. 5º¹⁵.

A presente ação, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, como dito, quis corrigir a omissão parcial quanto às pessoas com deficiência auditiva, no que concerne à isenção do IPI de que trata o art. 1º, IV, da Lei nº 8.989/95, uma vez que foi estabelecida como uma forma de realizar políticas públicas de natureza constitucional, no que tange ao fortalecimento do processo de inclusão social das pessoas beneficiadas, na facilitação de sua locomoção e na melhoria das condições para que elas exerçam suas atividades, busquem atendimento para suas necessidades e alcancem autonomia e independência.

O argumento utilizado pelo recorrente foi nos seguintes termos:

O poder público, ao deixar de incluir as pessoas com deficiência auditiva no rol daquele dispositivo, promoveu políticas públicas de modo incompleto, ofendendo, além da não discriminação, a dignidade da pessoa humana e outros direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como os direitos à mobilidade pessoal com a máxima independência possível, à acessibilidade e à inclusão social. Tal omissão constitui violação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada conforme o art. 5, § 3º, da CF/88. Necessidade do controle jurisdicional. (BRASIL, 2020b, p. 2).

A correção da referida omissão legislativa, conforme consta nos autos da ação, traria consequências bastante favoráveis aos deficientes auditivos, uma vez que sua mobilidade

¹³ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, [2020], não paginado).

¹⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, [2020], não paginado).

¹⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (BRASIL, [2020], não paginado).

peçoal seria facilitada, pois com a isenção deste tributo, eles poderiam adquirir automóveis mais baratos.

Deste modo a ADO foi julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade por omissão da Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, com duas particularidades (novamente) na decisão dos ministros do STF: que se determinasse a aplicação do art. 1º, inciso IV, com a redação dada pela Lei nº 10.690/03, às pessoas com deficiência auditiva, enquanto perdurasse a omissão legislativa.

E também que ficasse estabelecido o prazo de 18 (dezoito) meses, a contar da data da publicação do acórdão, para que o Congresso Nacional adotasse as medidas legislativas necessárias a suprir a omissão.

É interessante ressaltar nesta ADO uma parte do voto do ministro Marco Aurélio em que diverge do ministro relator no que tange ao estabelecimento de prazo com a finalidade de suprir-se a referida omissão. Veja-se:

Ausente regulamentação quanto a deficiente auditivo, constitui passo demasiado largo fixar prazo, ao legislador, visando a adoção de providências. Mantenho-me fiel ao que venho sustentando, em se tratando da mora de outro Poder. Não cabe ao Supremo, sob pena de desgaste maior, determinar prazo voltado à atuação do Legislativo. É perigoso, em termos de legitimidade institucional, uma vez que, não legislando o Congresso Nacional, a decisão torna-se inócua.

Por isso mesmo, a Constituição Federal prevê a fixação de prazo relativamente a omissão de órgão administrativo – artigo 103, § 2º:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...]

§ 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. (BRASIL, 2020b, p. 32).

Esse posicionamento do ministro Marco Aurélio coaduna-se com o que tem sido levantado nessa pesquisa, quanto à adoção de uma postura mais ativista e inconstitucional por parte do Supremo Tribunal Federal. E na fala deste eminente ministro tal ilegalidade resta clara.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 67:

Número da ADO: ADO nº 67

Data de Julgamento: 06/06/2022

Tema: Direito tributário. Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD). Mora legislativa na edição da lei complementar a que se refere o art. 155, § 1º, inciso III, da Constituição da República.¹⁶ Inconstitucionalidade.

¹⁶ “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade, declarando a omissão inconstitucional na edição da lei complementar a que se refere o art. 155, § 1º, III, da Constituição da República e estabelecendo o prazo de 12 (doze) meses, a contar da data da publicação da ata de julgamento do mérito, para que o Congresso Nacional adote as medidas legislativas necessárias para suprir a omissão (BRASIL, 2022a).

Normas constitucionais Ponderadas: art. 155, § 1º, inciso III.

Trata-se de ação de inconstitucionalidade por omissão, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, em que se alegou mora legislativa na edição da lei complementar a que se refere o art. 155, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, uma vez que mais de trinta e três anos após a promulgação da Carta Política brasileira, não houve a edição desta referida lei complementar.

Essa lei complementar – ainda não editada – é para regular o exercício da competência dos estados e do Distrito Federal relativa à instituição do imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCMD) nas hipóteses em que o doador tiver domicílio ou residência no exterior e em que o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior.

A omissão legislativa foi reconhecida e declarada por unanimidade, assim como estabeleceu-se o prazo de 12 (doze) meses, a contar da data da publicação da ata de julgamento do mérito, para que o Congresso Nacional adotasse as medidas legislativas necessárias para suprir a omissão.

Mais uma vez vê-se a atuação do STF em estipular prazo para a correção de omissão legislativa do Poder Legislativo, o que mais uma vez se frisa, é contrário ao que preleciona o art. 103, §2º da CF/88 (BRASIL, 2022a).

I - Transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

II - Operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

III - propriedade de veículos automotores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

§ 1º O imposto previsto no inciso I: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...] **III** - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:

a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;

b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior” (BRASIL, [2020], não paginado).

4.2 Interpretações entre os resultados e influências de tais decisões para a concretização das normas constitucionais pelo Congresso Nacional

Diante da análise da amostra ou dos julgados feita anteriormente, pôde-se chegar às seguintes percepções:

Antes de mais nada, a primeira percepção que se teve foi que todas as vinte e três decisões são bastante recentes (de 2015 para cá), e isso nos faz confirmar o que foi visto no capítulo dois sobre controle de constitucionalidade em que foi explanado que a lei que regulamenta as ADOs (Lei 12.063) foi regulamentada apenas em 2009 (vinte e um anos após a promulgação da CF/88), trazendo as interpretações mais importantes sobre essa ação, o que influenciou no pouco e recente uso das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

A segunda percepção foi o grande número de ações que nem chegaram a ser conhecidas, e a pouquíssima quantidade que foi provida, ou seja, que teve reconhecida a omissão legislativa. Das vinte e três ações levadas ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, dez não chegaram a ser conhecidas, ou seja, não se adentrou no mérito. Quanto a essas dez decisões, descartou-as da análise principal que será feita, pois não influiriam de qualquer maneira na compreensão da temática desta pesquisa.

Das vinte e três decisões, ainda, catorze eram ou agravo de instrumento, ou embargos de declaração ou questão de ordem de decisões originárias que por algum motivo ou não foram conhecidas ou não foram providas, ou requeriam algum esclarecimento. Destas, todos os recursos foram improcedentes.

Das vinte e três questões duas perderam seu objeto e ficaram prejudicadas (quais sejam, ADO nº 56 (BRASIL, 2020c) e ADO nº 05 AgR (BRASIL, 2018b), pela criação de lei ou ato normativo antes do fim do processo das ADO. Apenas treze chegaram na análise do mérito, e destas apenas quatro foram procedentes.

A fim de melhor analisar e conduzir o presente trabalho para suas considerações finais, levar-se-á em consideração apenas as doze decisões que tiveram seu mérito analisados, dando-se especial atenção às quatro que foram julgadas procedentes.

A respeito dessas doze decisões, é necessário tecer algumas considerações e críticas.

4.2.1 Considerações e Críticas às doze decisões que tiveram seu mérito analisado pelo Plenário do STF

Nesta última fase da aplicação do método de análise de jurisprudência é realizado não apenas o tratamento como a interpretação dos dados analisados e encontrados nos julgados separados, o que significa dizer que é apreender os conteúdos contidos nos materiais coletados, exibindo as ideias ali contidas.

Como dito anteriormente, das vinte e três ADOs, onze não foram conhecidas. Sendo assim a ADOs nº 06 (BRASIL 2015d), assim como seu Embargo de Declaração, as ADOs nº 37 (Agravo Regimental – AgR) (BRASIL, 2019b), 48 (AgR) (BRASIL, 2019c), 53 (AgR-ED) (BRASIL, 2019d), 56 (BRASIL, 2020c), 42 (AgR) (BRASIL, 2020d), 09 (AgR) (BRASIL, 2020e), 21 (AgR) (BRASIL, 2021), 70 (AgR) (BRASIL, 2022b) não foram conhecidas em suas ações originárias, e ao se interpor o Agravo Regimental ou o Embargo de Declaração, estes foram negados, ou seja, desprovidos. Por assim ser, descartou-os da presente pesquisa, pois não serviriam para os fins aqui propostos e por isso não se fará maiores considerações sobre elas.

Dentre as doze ações que foram conhecidas e que de algum modo chegou-se à análise do mérito, oito foram desprovidas. São essas as ADOs nº 28 (BRASIL, 2015c), 22 (BRASIL, 2015b), 05 (AgR) (BRASIL, 2018b), 31 (AgR) (BRASIL, 2018c), 49 (AgR) (BRASIL, 2018a), 46 (BRASIL, 2019e), 53 (AgR) (BRASIL, 2019f) e 02 (BRASIL, 2020f).

Nestas ações deixaram de ser reconhecidas quaisquer omissões inconstitucionais, tanto no que tange à aposentadoria especial das servidoras da Polícia Militar (ADO nº 28) (BRASIL, 2015c), quanto à regulamentação de propaganda de bebidas de teor alcoólico inferior a treze graus Gay Lussac (13° gl) (ADO nº 22) (BRASIL, 2015b), como quanto ao reajuste geral anual no âmbito da Justiça do Trabalho (ADO nº 05 – AgR) (BRASIL, 2018b), como ainda em relação a suposta omissão legislativa na implementação de imposto (IGF – imposto sobre grandes fortunas) de competência da União (ADO nº 31 – AgR) (BRASIL, 2018c).

Nem tampouco quanto a estruturação de carreiras de servidores públicos do Poder Judiciário e o suposto tratamento desigual entre cargos públicos da mesma carreira e com atribuições idênticas (ADO nº 49 – AgR), e também a suposta ausência de iniciativa de leis para a revisão geral anual da remuneração dos servidores do Poder Executivo do estado do Espírito Santo (ADO nº 46), e nem em relação a mora do Presidente do Tribunal de Justiça do estado da Bahia na edição de ato normativo (ADO nº 53 AgR), ou ainda quanto a alegada ausência de implantação efetiva da Defensoria Pública da União (ADO nº 02).

Diversos argumentos foram utilizados pelos recorrentes quando do ajuizamento das referidas ações de inconstitucionalidade por omissão, no entanto, o resultado final independentemente dos argumentos foi pelo não provimento das referidas ações.

Destas, é necessário fazer uma ressalva com considerações sobre as ADOs nº 22 e 49 (AgR). Primeiramente, na ADO nº 22, julgada em 22/04/2015, cujo tema era a regulamentação de propaganda de bebidas de teor alcoólico inferior a treze graus Gay Lussac (13° gl), e que foi julgada improcedente por não se ter entendido que houve qualquer omissão, quer-se frisar que em 2015, quando foi julgada, o Supremo entendeu que era impossibilitado de exercer um papel de legislador positivo, e que em hipótese alguma podia substituir o Poder Legislativo na definição de critérios adotados na aprovação das normas de propaganda de bebidas alcoólicas. Destaca-se ainda que foi uma decisão que teve efeitos vinculantes.

Neste caso, os ministros citam expressamente o art. 2º da Constituição da República que trata sobre a separação do Poderes, em uma nítida abstenção em adentrar nas funções de outro Poder.

Já no que se refere à ADO nº 49 em seu Agravo Regimental, julgada em 12/11/2018, cujo tema era a inconstitucionalidade por omissão parcial das Leis Complementares 31/1996 e 89/2003 do Estado de Sergipe, que dispõem sobre a estruturação de carreiras de servidores públicos do Poder Judiciário do Estado de Sergipe, alegou-se suposto tratamento desigual entre cargos públicos da mesma carreira e com atribuições idênticas. O agravo em questão não foi provido pois entendeu-se que a comprovação da (des)igualdade de atribuições de cargos que hipoteticamente devem receber tratamento isonômico, depende de análise de legislação anterior à questionada na ação, o que foi caracterizado pelos ministros como ofensa meramente reflexa ao texto constitucional (BRASIL, 2018a).

O que destaca neste caso é que apesar dessa resolução acima mencionada para o Agravo Regimental interposto, anteriormente a ação de inconstitucionalidade por omissão originária, já havia sido indeferida liminarmente pelo fato de os ministros entenderem que a ação não reunia as condições de admissibilidade indispensáveis para o seu conhecimento.

Da mesma forma que na ADO nº 22, entenderam que não cabia ao STF suprir lacunas inconstitucionais e tomar o lugar do legislador, é o que se depreende de parte do relatório da referida ação (BRASIL, 2018a):

O cabimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão envolve a percepção de concreta abstenção de um dever atribuído pela Constituição ao Poder Público, consistente na edição de comandos normativos. A esse respeito, a jurisprudência dessa CORTE discrimina certos requisitos para a caracterização da omissão passível de controle via ação direta, conforme se depreende, por exemplo, do

voto do eminente Ministro Celso de Mello na ADI 1439-MC (DJ de 30.05.2003). (BRASIL, 2018a, p. 5).

Nessa toada, percebe-se um posicionamento mais contido, menos ativo e de menor ingerência nos demais Poderes. Mas em continuidade ao que está se expondo, passa-se a analisar as quatro ADOs que foram providas.

Das vinte e três ações obtidas como resultado da pesquisa feita, apenas quatro tiveram o resultado positivo, ou seja, de provimento, de reconhecimento de flagrante omissão inconstitucional. Foram elas as ADOs nº 26, 25 (BRASIL, 30 e 67).

A emblemática ADO nº 26, julgada em 13/06/2019, foi uma das ações mais polêmicas julgadas nos últimos tempos pelo STF e tinha por tema a exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) (BRASIL, 2019a).

Essa ação foi provida e teve um posicionamento inovador por parte do Pretório Excelso. Os ministros decidiram de algum modo “criar” um novo tipo penal, até que sobreviesse lei por parte do Congresso Nacional para que implementasse os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República. Segundo a ementa desta ação:

[...] 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*’). (BRASIL, 2019, p. 5).

Verifica-se, pela análise do texto em destaque, pouquíssimos anos depois das decisões prolatadas em sentido oposto – de não interferência nas atribuições dos demais Poderes através de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão – que houve uma drástica mudança no comportamento do STF em um sentido muito mais ativo do que até então se havia presenciado.

Houve clara ponderação de normas constitucionais no caso em questão, em que os ministros tiveram que optar ou por deixar uma parcela da população que se enquadra como homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ desprotegida até que novo tipo penal fosse criado pelo Poder Legislativo, ou “criar” um novo tipo penal, os enquadrando no Art. 5º, XLI (a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais); e XLII (XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e

imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei) da Constituição da República (BRASIL, [2020]).

Já a ADO nº 25, Questão de ordem, julgada em 20/05/2020, para analisar o tema Federalismo fiscal e partilha de recursos, em que se tratou dos assuntos de desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003, e a suposta violação do art. 91 do ADCT (BRASIL, 2020a).

A ação foi julgada procedente para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que fosse sanada a omissão. No entanto, mais uma vez, o Tribunal agiu de forma inovadora e “fora” do seu âmbito de atuação. Decidiu nessa ADO que caso transcorresse *in albis* o mencionado prazo, caberia ao Tribunal de Contas da União:

- a) fixar o valor do montante total a ser transferido aos Estados-membros e ao DF, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT para fixação do montante a ser transferido anualmente, a saber, as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a, do texto constitucional;
- b) b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do CONFAZ (BRASIL, 2020a).

Ademais, houve ainda mais um caso inusitado neste julgado, o Tribunal referendou as decisões monocráticas (eDOCs 101 e 417), para prorrogar mais doze meses e ainda mais, posteriormente, noventa dias além da homologação do acordo firmado entre a União e todos os Entes Estaduais para encaminhamento ao Congresso Nacional para as providências cabíveis.

O destaque nesse caso fica para a atitude do STF ao ponderar entre apenas notificar o Congresso Nacional quanto à sua mora Legislativa e aplicar a um outro órgão de outro Poder (Tribunal de Contas da União) a tomar atitudes que a Lei inexistente deveria legislar (art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ADCT).

Quanto à ADO nº 30, julgada em 24/08/2020, cujo tema era a isenção prevista no art. 1º, IV, da Lei nº 8.989/95, quanto à aquisição de veículos automotores e a omissão que se cometeu quanto a pessoas com deficiência auditiva, alegando ofensa à dignidade da pessoa humana e aos direitos à mobilidade pessoal, à acessibilidade, à inclusão social e à não discriminação, que são todos direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais.

A ação foi julgada procedente, destacando neste caso o fato de o plenário por maioria ter determinado que se aplique o art. 1º, inciso IV, com a redação dada pela Lei nº 10.690/03, às pessoas com deficiência auditiva, enquanto perdurar a omissão legislativa. Além dessa atitude já considerada inovadora, estabeleceu-se o prazo de 18 (dezoito) meses, a contar da data da publicação do acórdão, para que o Congresso Nacional adotasse as medidas legislativas necessárias a suprir a omissão legislativa.

Neste referido caso mais uma vez se vê o Supremo Tribunal Federal agindo como legislador, ao aplicar o art. 1º, inciso IV da Lei nº 8.989/95 às pessoas com deficiência auditiva, enquanto perdurar a omissão legislativa. Isso porque, dentre as atribuições destinadas a este órgão pelo Constituição da República, está apenas avisar o Poder Legislativo quanto à sua indevida mora ou omissão Legislativa. Tudo que passa disso, está se sobrepondo àquilo que a CF/88 instituiu para este órgão do Poder Judiciário brasileiro.

E por fim, a ADO nº 67, julgada em 06/06/2022 que foi procedente, declarando-se a omissão inconstitucional na edição da lei complementar a que se refere o art. 155, § 1º, inciso III, da Constituição da República e estabelecendo-se o prazo de 12 (doze) meses, para que o Congresso Nacional adote as medidas legislativas necessárias para suprir a omissão.

A peculiaridade deste caso foi a citação por parte dos ministros julgadores do RE nº 851.108/SP consoante consta na ementa da ADO 67 (BRASIL, 2022a, p. 1):

A Corte fixou a tese de que “[é] vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição da República sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional”. 2. Passados mais de trinta e três anos do advento da Constituição da República, não houve a edição de tal lei complementar. Ademais, a inércia deliberandi pode configurar omissão passível de ser reputada inconstitucional no caso de os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação. Precedente: ADI nº 3.682/DF.

Em resumo, o STF voltou nesse recente julgado a estipular prazo para que os órgãos legislativos deliberassem a respeito da apontada omissão inconstitucional.

Como visto acima, a pesquisa foi feita a partir da análise dos elementos da decisão, em que se enfoca a argumentação utilizada pelo órgão julgador para a tomada de decisão. Levou-se em consideração a *ratio decidendi* (argumentos necessários para se promover a decisão, que podem ser aplicados no futuro). E isso implica questionar se diante das análises feitas acima, é possível se verificar uma racionalidade por trás dessas decisões de ADOs frente às omissões inconstitucionais do Congresso Nacional no sentido da proteção de direitos fundamentais?

E o que se pôde perceber pelas análises feitas acima é que em primeiro lugar, o instituto da ação direta de inconstitucionalidade ainda é pouco usado no Brasil e, quando

utilizado, ainda é feito de modo muito incipiente e insatisfatório, uma vez que quase metade das ADOs levadas ao Plenário do Supremo, sequer chegaram a ser conhecidas.

Isso não quer dizer que esse tipo de ação seja ruim ou seja desnecessária, ao contrário! Na verdade, entende-se que houve pouco estudo e empenho em entendê-la e utilizá-la da forma correta, podendo sim ser um ótimo instrumento para sanar as omissões inconstitucionais dos demais Poderes.

Além do que, essas decisões julgadas procedentes, pouco impactaram na concretização das normas infraconstitucionais, pois facilmente se percebe, ao pesquisá-las, que nenhuma virou efetivamente uma lei feita pelo Congresso Nacional após a decisão e notificação por parte do STF.

Isto acontece, porque o modelo atual das ações de inconstitucionalidade por omissão tem o condão apenas de notificar o Poder competente sobre a mora legislativa, não possuindo qualquer previsão de mecanismos sancionatórios, porquanto o intuito principal das ADOs é eliminar do sistema as normas eivadas de inconstitucionalidade a fim de que se assegure o cumprimento e a primazia da Constituição – e não atentar-se propriamente dito, aos efeitos e consequências das inconstitucionalidades – o que acaba por não pressionar o poder em mora ou em omissão inconstitucional a agir em tempo razoável.

Outra percepção é a de que o STF, ao menos no que mostrou as decisões analisadas, não tem legislado tanto quanto se parece ou que os meios midiáticos mostram, pois a quase totalidade das ações que foram conhecidas não foram providas, ou seja, não se reconheceu qualquer omissão inconstitucional.

Mesmo assim, ainda que não esteja legislando, quantitativamente falando, tanto quanto se parece, foi notória uma mudança no comportamento do STF ao longo dos últimos anos. Como a análise dos julgados mostrou nos anos de 2015, com o julgamento da ADO nº 22 cujo tema era a regulamentação de propaganda de bebidas de teor alcoólico inferior a treze graus Gay Lussac (13° gl).

E em 2018, com a ADO nº 49 em seu Agravo Regimental, quando teve que decidir sobre a inconstitucionalidade por omissão parcial das Leis Complementares 31/1996 e 89/2003 do Estado de Sergipe, que dispõem sobre a estruturação de carreiras de servidores públicos do Poder Judiciário do Estado de Sergipe, em que foi alegado suposto tratamento desigual entre cargos públicos da mesma carreira e com atribuições idênticas, o STF em ambas as julgou improcedentes e fez a ressalva de que era impossibilitado de exercer um papel de legislador positivo, e que em hipótese alguma podia substituir o Poder Legislativo.

Já nas quatro ações (as ADOs nº 26, 25, 30 e 67) que foram julgadas procedentes, ou seja, que foram reconhecidas omissões inconstitucionais, nos anos de 2019, 2020 e 2022, percebeu-se uma postura muito mais ativa e ativista por parte do STF, viu-se que além de declarar as omissões e estipular prazos para que o Legislativo agisse, passou a certo modo legislar, fazendo novos tipos penais, ordenando que outros órgãos de outros Poderes tomassem posicionamentos na ausência de legislação própria e tomando posicionamentos bastante políticos.

Mas o questionamento anterior permanece: é possível se verificar uma racionalidade por trás dessas decisões de ADOs frente às omissões inconstitucionais do Congresso Nacional no sentido da proteção de direitos fundamentais?

Sem dúvida o Pretório Excelso visava proteger direitos fundamentais quando quis enquadrar as condutas de exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em um tipo penal já existente enquanto um próprio não fosse criado.

Ou ainda quando analisou o tema da isenção prevista no art. 1º, IV, da Lei nº 8.989/95, quanto à aquisição de veículos automotores também para pessoas com deficiência auditiva, quando foi alegado ofensa à dignidade da pessoa humana e aos direitos à mobilidade pessoal, à acessibilidade, à inclusão social e à não discriminação, que são todos direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais.

A questão a se refletir é por que o Supremo Tribunal tem mudado seu posicionamento adotando uma postura mais ativista, se é devido preponderantemente à real inefetividade e omissão dos demais Poderes, ou se há interesses políticos e mesmo econômicos nas atitudes dos Ministros desse Tribunal.

Seja como for, é preciso lançar um olhar cauteloso e atento para os próximos passos da maior instância do Poder Judiciário brasileiro nos próximos anos para que não se deixe de ter um protetor da Carta Magna e dos Direitos Fundamentais e se passe a ter uma terceira via da arena política, para que se rediscuta judicialmente matérias que já estavam consolidadas no espaço político-representativo.

Torna-se muito importante, repensar os termos segundo os quais traçam-se teorias de decisão, uma vez que sem fazer isso será impossível reduzir a subjetividade nos julgamentos. Por isso a importância de refletir teorias como as de Jeremy Waldron, Andrei Marmor e Robert Alexy, que tratam sobre a importância da interpretação por parte dos julgadores, sobre a revisão judicial e a legitimidade do Judiciário para fazê-la, diante de um direito dinâmico e complexo, além da discussão de conflito de regras e princípios em casos difíceis e o modo como o Poder

Judiciário e a sociedade devem lidar com eles. Isso porque é notório que cada vez mais questões complexas e bastante difíceis estão sendo submetidas à análise e ao crivo do Poder Judiciário.

Embora tenha se percebido que nos casos difíceis a maioria das vezes é necessário uma ponderação por parte dos julgadores, a determinação do direito depender, nas palavras de Abboud e Mendes (2019), da “cabeça” e do “coração” de quem decide, é bastante perigoso e requer muito cuidado para que os juízes não ajam cada vez mais como se o sentido dos textos não existisse por si só e fosse somente dos seus intérpretes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo buscou analisar se há uma racionalidade por trás das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão no pós Constituição de 1988 frente às omissões inconstitucionais do Congresso Nacional no sentido da proteção de direitos fundamentais.

Embora seja notório que o Direito Constitucional tem mudado globalmente e no Brasil ao longo dos anos, recentemente tem se percebido que com o neoconstitucionalismo, as normas constitucionais além de se tornarem o centro do ordenamento jurídico, com imensa força normativa, não se limitam mais a normatizar unicamente a organização do Estado e as relações entre os cidadãos e o Estado, mas também a regular direitos fundamentais, liberdades do homem e do cidadão e a regulamentar garantias positivas.

O sistema Jurídico passou a estabelecer e aceitar a aplicação de princípios e valores de caráter aberto e conteúdo indeterminável desde que consoantes à Constituição vigente e isso acabou por conceder maiores poderes ao Supremo Tribunal Federal que como guardião da Carta Política possui a prerrogativa de fazer o controle abstrato de constitucionalidade das normas e em consequência viu o número de ações submetidas à sua análise multiplicar-se exponencialmente.

Essa “supremacia judiciária” presenciada nos últimos anos nos Estados Unidos, no Brasil e em tantos outros países, tem feito perceber-se um crescimento de fenômenos como a judicialização da política e do ativismo judicial, que levantam questionamentos e críticas como a ausência de legitimidade de órgãos com integrantes não eleitos decidindo questões essenciais à dignidade humana, garantias sociais e direitos ambientais, tão caros aos cidadãos, em detrimento dos Poderes legitimamente eleitos, ou ainda o perigo da atuação do Judiciário como táticas de oposição, como um instrumento de governo ou até mesmo agindo como arbitragem de conflitos de interesses.

Questão delicada ainda, é o fato de uma instituição ascender a uma posição de irrecorribilidade das suas decisões, a não ser por ela própria, e uma supremacia que dia após dia tem se mostrado maléfica ao progresso da situação democrática do país.

No primeiro capítulo da presente pesquisa, chegou-se a percepção da grande influência da teoria da tripartição dos Poderes de Montesquieu que preconizava a clara divisão das funções estatais e que tinha por funções a incumbência de propiciar a organização racional da administração da coisa pública e também de garantir os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, uma vez que essa teoria influenciou as constituições republicanas brasileiras, inclusive a de 1969, que foram inspiradas no direito constitucional norte-americano, e este é

desdobramento das doutrinas de Montesquieu, o que fez com que as principais instituições políticas brasileiras, bem como pontos fundamentais ao Direito Constitucional e de uma constituição – garantias individuais, forma de Estado e forma de Governo – fossem pautadas pelos ensinamentos desse grande filósofo.

Mas, apesar desta percepção, constatou-se que o tradicional modelo de tripartição dos Poderes de Montesquieu tem caído em desuso no solo brasileiro, uma vez que gradativamente mais se percebe uma participação (que para alguns é uma intromissão) de um Poder nas atribuições dos demais, e que diante da expansão da atuação do Poder Judiciário tem se percebido a quantidade de processos com assuntos de cunho políticos e algumas vezes, bastante polêmicos levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal crescer vertiginosamente. Como consequência direta, o juiz tem deixado de ser mero pronunciador do querer legislativo apenas.

E embora a ampliação da atuação do Poder Judiciário não necessariamente precise ser algo negativo, não precisando ser incompatível com o regime político democrático, questões como até que ponto pode o intérprete constitucional determinar e orientar a adoção de políticas públicas por parte do Poder Executivo (Ativismo Remédio), ou incitar a atuação do Poder Legislativo de modo mais veemente precisam ser refletidas e discutidas.

No segundo capítulo discorreu-se sobre a diferença entre as expressões “jurisdição constitucional” e “controle de constitucionalidade”, em que a primeira refere-se a todas as formas de aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário, e a segunda se refere exclusivamente ao juízo de conformidade vertical entre a Constituição e uma lei ou ato normativo, buscou-se também compreender o controle de constitucionalidade o encarando como um mecanismo utilizado para assegurar a supremacia da Constituição e que é realizado pelo Poder Judiciário, como também analisar a criação e consolidação dos primeiros Tribunais Constitucionais pelo mundo.

Tudo para discorrer sobre as definições, tipologia e histórico desse importante instituto que é o controle de constitucionalidade, constatando-se com isso, a importância do surgimento e solidificação desse mecanismo tanto para a garantia de eficácia da Constituição da República quanto para a defesa dos direitos fundamentais, como também pôde-se abrir uma discussão sobre a grande importância e abrangimento que o controle abstrato ganhou em detrimento do controle difuso, a ponto de acontecer a chamada “objetivação do controle de constitucionalidade difuso”, dando-se novas e importantes características para o Recurso Extraordinário.

Nesse capítulo analisou-se também o modo como a Constituição Cidadã ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e ao controle da omissão inconstitucional, dando uma maior ênfase à ação direta de inconstitucionalidade por omissão com suas características e peculiaridades. Fez-se ainda, um paralelo com o remédio constitucional do Mandado de Injunção, destacando as principais diferenças entre as duas ações.

No terceiro capítulo observou-se que com a promulgação da Constituição da República de 1988, em que se tentou implantar um Estado de Bem-Estar, novas questões, marcadamente com cunho social passaram a ser submetidas ao Poder Judiciário. Mesmo não alcançando tal desiderato, e com vários desafios ainda desejosos de solução, o fato é que o novo regime constitucional instalado no Brasil deu vazão ao fenômeno da expansão da atividade judicial.

A exclusão de critérios morais do conceito do direito não se mostrou como solução para tal questão, e foi aí que o jurista alemão Alexy (2014) com sua Teoria do Discurso Jurídico buscou propiciar critérios para se obter uma decisão judicial correta, e a partir desses critérios se conseguir efetuar um controle da atuação do juiz/ decisor, identificando-se as razões que os levam a decidir de determinada maneira.

Em um ordenamento jurídico permeado de princípios jurídicos como o é o brasileiro, tal aspecto ganha luminosidade e peso. Para se evitar voluntarismos e discricionariedade o decisor precisa fazer um esforço argumentativo para demonstrar como chegou até aquela decisão / solução. E por isso a análise de teorias de juristas como Jeremy Waldron (2006) e Marmor (2005), com suas perspectivas sobre a importância da interpretação por parte dos julgadores.

Torna-se muito importante, repensar os termos segundo os quais traçam-se teorias de decisão, uma vez que sem fazer isso será impossível reduzir a subjetividade nos julgamentos. Por isso a importância de refletir as teorias de Jeremy Waldron, Andrei Marmor e Robert Alexy, que tratam sobre a importância da interpretação por parte dos julgadores, sobre a revisão judicial e a legitimidade do Judiciário para fazê-la, diante de um direito dinâmico e complexo, além da discussão de conflito de regras e princípios em casos difíceis e o modo como o Poder Judiciário e a sociedade devem lidar com eles. Isso porque é notório que cada vez mais questões complexas e bastante difíceis estão sendo submetidas à análise e ao crivo do Poder Judiciário

Neste último capítulo, o capítulo três, aplicou-se ainda o método de análise de jurisprudências nos julgados que foram submetidos ao crivo do Plenário do STF em sede de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão de 1988 a 2022, e se pôde observar que este

instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ainda é pouco utilizado no Brasil, e quando utilizado ainda é feito de modo muito incipiente e insatisfatório, desmerecendo a importante ferramenta contra omissões inconstitucionais que esta ação é.

Analisou-se também que o STF, ao menos no que mostrou as decisões exploradas, não tem legislado tanto quanto se parece ou que os meios midiáticos mostram, pois a quase totalidade das ações que foram conhecidas não foram providas, ou seja, não se reconheceu qualquer omissão inconstitucional.

Concluiu-se também que aconteceu uma importante mudança no comportamento do STF ao longo dos últimos anos, em que passou de um comportamento mais comedido e passivo para atuações mais ativas e ativistas, mas que no contexto analisado, o suposto ativismo judicial do Supremo, muito provavelmente não é uma decorrência direta da declaração de omissões dos demais Poderes e consequente resolução de tais omissões “com as próprias mãos”.

No entanto, concluiu-se que as decisões julgadas procedentes, pouco impactaram na concretização das normas infraconstitucionais, pois percebeu-se ao pesquisá-las que nenhuma virou efetivamente uma lei feita pelo Congresso Nacional após a decisão e notificação por parte do STF.

Como já dito, isto acontece, porque o modelo atual das ações de inconstitucionalidade por omissão tem o condão apenas de notificar o Poder competente sobre a mora legislativa, não possuindo qualquer previsão de mecanismos sancionatórios, o que acaba por não pressionar o poder em mora ou em omissão inconstitucional a agir em tempo razoável.

Uma mudança nesse modelo de controle de inconstitucionalidade por omissão, no sentido de poder gerar alguma sanção ao Congresso Nacional pela ausência injustificada de formulação de lei em tempo razoável, talvez fosse um dos caminhos que pudesse ajudar esse modelo de controle de constitucionalidade a se tornar mais efetivo e profícuo.

E assim, confirma-se a hipótese levantada nessa pesquisa de que em decisões de ADOs, no período pós-Constituição de 1988, o entendimento do STF tem se alterado trazendo uma racionalidade e lógicas mais ativistas, no sentido de suprir omissões inconstitucionais e proteger direitos fundamentais, mas que, no entanto, é uma postura em desconformidade com a interpretação literal do art. 103, §2º, da CF/88, sendo importante verificar os fundamentos dessas deliberações, uma vez que este artigo apenas prevê que se dê ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Ademais, constatou-se que a ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão exige, e apressadamente, uma nova dinâmica na relação entre os Poderes Constituídos, e isto

implica uma reflexão crítica sobre o tradicional enfoque do princípio da tripartição de poderes, para que se possa oportunizar a efetivação constitucional, com ênfase no princípio da prevalência constitucional.

No entanto, apesar da notória percepção de uma maior necessidade de atividade do Judiciário nos últimos anos, por todas as razões já anteriormente expostas, é imprescindível destacar a conclusão de que a atuação deste Poder e em especial a do Supremo Tribunal Federal, no sentido de legislar positivamente, deve ser uma exceção, de fato muito esporádica, apenas quando estritamente necessário para proteger direitos fundamentais. Ou seja, a interpretação ampla das competências só deve ocorrer quando for estritamente para proteger tais direitos basilares, e nunca a critério e escolha unicamente dos decisores, sob forte risco de arbitrariedades e usurpação de funções dos demais Poderes.

Diante de questões tão complexas que o Poder Judiciário cada vez mais tem de enfrentar, este Poder tem de se renovar e reinventar como agente de poder que atua na busca por uma justiça de equidade, distributiva e que corresponda com tais questões, sem, contudo, ultrapassar aquilo que a Constituição da República lhe autoriza fazer.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo Judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1008, p. 43-54, out. 2019.
- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Tradução Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação dos Poderes? *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: teoria da Constituição. Salvador: Jus Podium, 2009.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Organização e tradução Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011b.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011a.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 23. ed., rev. e atual. Santana de Parnaíba: Manole, 2021.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. e1921, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/7PMBYWqVLs4GBPHTQ7CsTGK/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 set. 2022.
- ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 7 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 17 mar. 2015a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 24 jun. 2016a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 22**. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Regulamentação de propaganda de bebidas de teor alcoólico inferior a treze graus Gay Lussac (13° gl). ausência de omissão. Atuação do poder legislativo. Art. 2º da Constituição da República. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 22 de abril de 2015b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016175>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 28**. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Aposentadoria especial para policiais femininas civis e militares. art. 40, § 1º e § 4º, da Constituição da República. Ação julgada improcedente. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Intimado: Governador do Estado de São Paulo. Relator: Min. Cármen Lúcia, 16 de abril de 2015c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur313608/false>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 6**. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Governador do estado do Paraná. Alegada ausência de iniciativa do processo legislativo quanto aos arts. 39, § 4º, 128, § 5º, i, c, 135 e 144, § 9º, da Constituição. Requerente: Democratas – DEM. Intimado: Governador do Estado do Paraná. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 11 de fevereiro de 2015d. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur297143/false>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 49 AgrR**. Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Extinção do Processo sem Resolução de Mérito. Ausência de Impugnação Específica aos Fundamentos da Decisão Agravada. Leis Complementares 31/1996 e 89/2003 do Estado de

Sergipe. Agravante: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de novembro de 2018a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748685967>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 5 AgR**. Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Reautuação do processo como Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (CSPB). Agravante: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB. Agravado: Presidente do Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 9 de fevereiro de 2018b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur380764/false>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 31 AgR**. Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Extinção do processo sem resolução de mérito. Suposta omissão legislativa na implementação de imposto de competência da União. Agravante: Governador do Estado do Maranhão. Agravado: Congresso Nacional. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 9 de abril de 2018c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur383522/false>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimado: Partido Popular Socialista. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 37 AgR**. Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Indeferimento da petição inicial. Ausência de demonstração de omissão inconstitucional. Agravante: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 17 de maio de 2019b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur404603/false>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 48 AgR**. gravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 2. Direito Constitucional e Administrativo. 3. Federalismo fiscal e partilha de recursos. Agravante: Partido da Social Democracia Brasileira. Agravado: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Gilmar Mendes, 24 de maio de 2019c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur405884/false>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 53 AgR**. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 27 de setembro

de 2019d. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur414536/false>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 46 AgR**. Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Direito administrativo. Alegação de vício de inconstitucionalidade por omissão, em razão da ausência de iniciativa de leis para a revisão geral anual da remuneração dos servidores do poder executivo do estado do Espírito Santo. Agravante: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB. Agravado: Governador do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de março de 2019e. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur401207/false>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 53 AgR / ED**. Embargos de Declaração no Agravo Regimental. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Extinção do processo sem resolução de mérito. Alegação de perda superveniente do objeto. Embargante: Federação Brasileira de Associações Fiscais de Tributos Estaduais – FEBRAFITE. Intimado: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 20 de dezembro de 2019f. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur419325/false>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25 QO**. Questões de ordem na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 2. Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT. Requerente: Governador do Estado do Pará. Intimado: Governador do Estado do Pará. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de maio de 2020a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436274/false>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 30**. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão parcial. Inertia deliberandi. Configuração. Direito Tributário. IPI. Aquisição de veículos automotores. Isenção prevista no art. 1º, IV, da Lei nº 8.989/95. Políticas públicas de natureza constitucional. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Dias Toffoli, 24 de agosto de 2020b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433136/false>. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 56**. Direito Constitucional. Ação direta por omissão. Mora legislativa na fixação de renda básica emergencial. Perda do objeto. 1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em que se discute mora legislativa do Poder Público referente à fixação de renda mínima ao trabalhador durante a pandemia da COVID-19. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Roberto Barroso, 30 de abril de 2020c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432184/false>. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 42 AgR**. Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Constitucional e administrativo. Inépcia da inicial. Ausência de indicação precisa da autoridade a que se imputa a omissão. Agravante: Associação dos Magistrados Brasileiros e Outro(A/S). Intimado: Senado Federal. Relator: Min. Edson Fachin, 29 de maio de 2020d. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429393/false>. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 9 AgR**. Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Federação Interestadual dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão – FITERT. Agravante: Federação Interestadual dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão – FITERT e outros. Agravado: Congresso Nacional. Relatora: Min. Rosa Weber, 26 de outubro de 2020e. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436239/false>. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 2**. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Alegada ausência de implantação efetiva da defensoria pública da união. Requerente: Associação dos Defensores Públicos da União – ADPU. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, 15 de abril de 2020f. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur423019/false>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 21 AgR**. Processo Constitucional. Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Revisão geral anual. Desprovimento. 1. Ação direta de inconstitucionalidade contra alegada omissão do Estado de Minas Gerais em promover a revisão geral anual da remuneração de determinadas categorias de servidores públicos da Administração Pública estadual, em especial aquela relativa aos ocupantes de cargos em comissão do Poder Executivo, circunstância que violaria o disposto no art. 37, X, da CF/1988. Agravante: Federação Brasileira de Associações de Fiscais de Tributos Estaduais – FEBRAFITE. Agravado: Governador do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Roberto Barroso, 23 de agosto de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur452045/false>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 67**. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Direito tributário. ITCMD. Mora legislativa na edição da lei complementar a que se refere o art. 155, § 1º, inciso III, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Min. Dias Toffoli, 6 de junho de 2022a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761645795>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 70**. Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Direito Constitucional e Processual Civil. Pedido de ingresso na qualidade de amicus curiae indeferido por decisão do relator. Irrecorribilidade. Não conhecimento do agravo. Agravante: Conselho Gestor pró Emancipação de Moraes Almeida. Relator: Min. Dias Toffoli, 4 de junho de 2022b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=762107715>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-MC**. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Intimado: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no DF-SINDJUS/DF. Relator: Min. Carlos Britto, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2358461>. Acesso em: 15 set. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; SILVA, Julio Cesar Souza. O STF em sede de constitucionalidade: justificação e legitimidade de suas decisões em um contexto de revisão da Teoria da Separação dos Poderes. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 97, p. 1-16, set./out. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.08_1.PDF. Acesso em: 10 set. 2022.

CASTRO, Bruno Denis Vale; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Entre o ativismo e (in)operância legislativa: deliberação e legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade em um contexto de novos arranjos institucionais e de revisão da teoria da separação dos Poderes. **Cadernos de Pesquisa**, São Luís, v. 21, p. 104-117, jul. 2014. Número especial.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder político dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira; SOUSA, José Péricles Pereira de. A Objetivação do Controle Difuso na Ordem Jurídica Brasileira. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 6, n. 6, p. 1-17, 2009. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/35/34>. Acesso em: 10 set. 2022.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle de constitucionalidade no direito brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: Meios de impugnações às decisões judiciais e processos nos tribunais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DUVERGER, Maurice. **Le système politique français**. Paris: Puf, 1996.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fortes, 1999.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931>. Acesso em: 26 nov. 2022.

GARAPON, Antoine. **Le gardien des promesses**: le juge e la démocratie. Paris: Editions Odile Jacob, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição por uma interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

HIROI, Taeko; RENNÓ, Lucio. Obstrução e processo decisório na Câmara dos Deputados: 1991 a 2010. **Texto para Discussão 1957**, Brasília, DF, p. 1-47, abr. 2014. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3014/1/TD_1957.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. Crise de funcionalidade do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 132, p. 1-22, 2011. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1489/1169>. Acesso em: 10 set. 2022.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of “Judicial Activism”. **Law Review**, California, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MADEIRA, Daniel Leão Hitzschky; AMORIM, Rosendo Freitas. O ativismo judicial: instrumento de concretização de direitos ou ingerência no princípio da separação dos Poderes? *In*: PUBLICADIREITO. **Blogpost**. [S. l.], 2007. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=20d039f53b4a6786>. Acesso em: 7 nov. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory**. 2. ed. Oregon: Hart publishing, 2005.
- MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, Colorado, v. 73, p. 101-140, 2002. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266. Acesso em: 10 set. 2022.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional. *In*: BAZÁN, Víctor (Org.). **Derecho procesal constitucional Americano y Europeo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010. p. 1655-1664.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Novos aspectos do Controle de Constitucionalidade Brasileiro. **Revista Jurídica Núcleo de Estudo Luso-brasileiro Faculdade de Direito da Ulisboa**, Lisboa, ano 4, v. 4, n. 8, p. 7-45, jan./mar 2008.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MODESTO, Paulo. Função administrativa. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, v. 119, n. 2/3, p. 95-119, maio/dez. 1995.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant (Barão de). **Do espírito das leis**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores).
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant (Barão de). **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos Poderes**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MOTA, Pedro Vieira. Introdução. *In*: MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant (Barão de). **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos Poderes**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NASCIMENTO, Segundo. Reflexões sobre a intersetorialidade entre as políticas públicas. **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 101, p. 95-120, 2010.
- PAIVA, Clarissa Teixeira. A repercussão geral dos Recursos Extraordinários e a objetivação do controle concreto de constitucionalidade. **Revista da AGU**, Brasília, DF, v. 7, n. 17, p. 47-88, jul./set. 2008. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/323/186>. Acesso em: 2 jan. 2023.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? *In*: FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coord.). **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos Poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 4, p. 13-44, ago. 2008. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/3>. Acesso em: 10 set. 2022.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. **Revista de Direito Público**, Brasília, DF, v. 7, n. 32, p. 193-227, jan./fev. 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; DINIZ, Isadora Moraes. Judicialização da Política e ativismo judicial: fenômenos distintos e interligados. In: RAMOS, Edith Maria Barbosa; VELOSO, Roberto Carvalho (org.). **Direito e instituições: temas contemporâneos**. São Luís: Edufma, 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Para além da separação dos Poderes: formalismo, dogmática jurídica e democracia. **Artigos Direito GV (Working Paper)**, São Paulo, v. 27, p. 1-52, set. 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direito constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2010.

SANCHÍS, Luis Prieto. Notas sobre la interpretación constitucional. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Ciudad de México, n. 9, p. 175-198, mayo/ago. 1991. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/35408rcec09173.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2022.

SANTANA, José Cláudio Pavão. Juízo de adequação: a autenticidade constitucional e a interpretação disruptiva. In: FRÓZ SOBRINHO, José de Ribamar *et al.* **Direitos humanos e fraternidade: estudos em homenagem ao ministro Reynaldo Soares da Fonseca**. São Luís: Esmam/Edufma, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-228, jan./abr. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>. Acesso em: 10 set. 2022.

SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 1-28, 2002. Disponível em: https://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136. Acesso em: 10 set. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul./dez. 2012.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. Inconstitucionalidade. *In*: DIMOULIS, Dimitri (coord.). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAYLOR, Matthew. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/hcw8bdc7Ywfrp6cNjmCvPVh/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 2 nov. 2022.

TAYLOR, Matthew; ROS, Luciano da. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006. Disponível em: <https://www.humanities.mcmaster.ca/~walucho/3Q3/Waldron.Core%20Case%20Judicial%20Review%20Yale%20LJ.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

APÊNDICE

APÊNDICE A – EMENTAS E DADOS DOS JULGADOS ANALISADOS

Segue a compilação das ementas dos julgados analisados, ordenados por data do julgamento, das mais antigas para as mais recentes:

Número da ADO: ADO nº 06

Data de Julgamento: 11/02/2015

Tema: Ausência de iniciativa do processo legislativo quanto aos arts. 39, § 4º, 128, § 5º, I, c, 135 e 144, § 9º¹⁷, da Constituição, que determina a adoção do subsídio como forma de remuneração para os membros do Ministério Público, Procuradores do Estado, Defensores Públicos, policiais e integrantes dos Corpos de Bombeiros Militares.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): ilegitimidade quanto ao Ministério Público. Prejudicialidade reconhecida no tocante aos demais agentes. Ação conhecida em parte e julgada prejudicada na parte conhecida.

Normas constitucionais Ponderadas: Não chegou a haver ponderação no caso. (BRASIL, 2015d).

¹⁷ “**Art. 39.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide ADI nº 2.135)

[...] **§ 4º** O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 128. O Ministério Público abrange:

[...] **5º** Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

I - as seguintes garantias:

[...] **c)** irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...] **§ 9º** A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). (BRASIL, [2020], não paginado).

Número da ADO: ADO nº 28

Data de Julgamento: 16/04/2015

Tema: Aposentadoria especial para policiais femininas civis e militares. Art. 40, § 1º e § 4º, da Constituição da República.¹⁸

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): 1. Inexistência de omissão inconstitucional relativa à aposentadoria especial das servidoras da Polícia Militar. A Lei Complementar n. 144/2014, norma geral editada pela União nos termos do art. 24, § 4º, da Constituição da República, é aplicável às servidoras da Polícia Civil do Estado de São Paulo. 2. O art. 42, § 1º, da Constituição da República preceitua: a) o regime previdenciário próprio dos militares, a ser instituído por lei específica estadual; b) não contempla a aplicação de normas relativas aos servidores públicos civis para os militares, ressalvada a norma do art. 40, § 9º, pela qual se reconhece que “o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade”. Inaplicabilidade do art. 40, §§ 1º e § 4º, da Constituição da República, para os policiais militares. 3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão julgada **improcedente**.

Normas constitucionais Ponderadas: art. 24, § 4º; art. 42, § 1º; art. 40, § 9º; art. 40, §§ 1º e § 4º.

(BRASIL, 2015c).

¹⁸ “**Art. 40.** O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

§ 1º O servidor abrangido por regime próprio de previdência social será aposentado: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

I - Por incapacidade permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação, hipótese em que será obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, na forma de lei do respectivo ente federativo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - Compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 88, de 2015) (Vide Lei Complementar nº 152, de 2015).

III - no âmbito da União, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na idade mínima estabelecida mediante emenda às respectivas Constituições e Leis Orgânicas, observados o tempo de contribuição e os demais requisitos estabelecidos em lei complementar do respectivo ente federativo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

[...] § 4º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios em regime próprio de previdência social, ressalvado o disposto nos §§ 4º-A, 4º-B, 4º-C e 5º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).” (BRASIL, [2020], não paginado).

Número da ADO: ADO nº 22

Data de Julgamento: 22/04/2015

Tema: Regulamentação de propaganda de bebidas de teor alcoólico inferior a treze graus Gay Lussac (13° gl).

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): Ação conhecida e julgada improcedente, acentuando-se que, transitada em julgado, esta decisão tem efeito vinculante. Ausência de omissão. Atuação do Poder Legislativo. Art. 2º da Constituição da República.

Impossibilidade de atuar o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo, substituindo-se ao Poder Legislativo na definição de critérios adotados na aprovação das normas de propaganda de bebidas alcoólicas: precedentes. Ação julgada improcedente. Decisão com efeitos vinculantes.

Normas constitucionais Ponderadas: Art. 2º, CF¹⁹ (separação dos Poderes). (BRASIL, 2015b, grifo nosso).

Número da ADO: ADO nº 06 – ED

Data de Julgamento: 01/07/2016

Tema: (da ação originária): omissão do Governador do Estado por não ter enviado ao Legislativo estadual mensagem de lei que versasse sobre a implantação do subsídio das carreiras (I) do Ministério Público estadual (art. 128, § 5º, I, c, da CF), (II) dos Procuradores de estado, Advogados de estado, Defensores Públicos (art. 135 da CF), (III) Policiais Civis, Militares e do Corpo de Bombeiros (art. 144, § 9º, da CF) nos termos determinados pelo § 4º do artigo 39 da Constituição da República.

Tema do Embargo de Declaração: oposição de embargos por amicus curiae. Impossibilidade. Discussão do mérito de lei em sede de ADO.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): Ação conhecida em parte e julgada prejudicada na parte conhecida. Ilegitimidade quanto ao Ministério Público. Prejudicialidade reconhecida no tocante aos demais agentes.

Decisão do Embargo de Declaração: O amicus curiae não possui legitimidade para a oposição de embargos de declaração em sede de ações de controle concentrado de constitucionalidade.

¹⁹ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, [2020], não paginado).

2. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão não é meio adequado à discussão do mérito de lei existente. 3. Embargos de declaração rejeitados.

Normas constitucionais Ponderadas: art. 128, § 5º, I, c, da CF; art. 135 da CF; art. 144, § 9º, da CF; § 4º do artigo 39.

Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 6 ED.** Constitucional e Administrativo. Embargos de Declaração em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Oposição de Embargos por *amicus curiae*. Impossibilidade. Discussão do mérito de lei em sede de ado. Impossibilidade. Embargante: Associação de Defesa dos Direitos dos Policiais Militares Ativos, Inativos e Pensionistas – AMAI. Embargado: Democratas – DEM. Relator: Min. Edson Fachin, 1º de julho de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur355688/false>. Acesso em: 16 nov. 2022.

Número da ADO: ADO nº 25

Data de Julgamento: 30/11/2016

Tema: Federalismo fiscal e partilha de recursos. Desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003. Medidas compensatórias. Omissão inconstitucional. Violação do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)²⁰. Edição de lei complementar.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): Ação julgada procedente para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão.

Na hipótese de transcorrer in albis o mencionado prazo, o Tribunal, por maioria, deliberou que **caberá ao Tribunal de Contas da União:** a) fixar o valor do montante total a ser transferido aos Estados-membros e ao DF, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT para fixação do montante a ser transferido anualmente, a saber, as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X²¹, a, do

²⁰ “**Art. 91.** A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a” (BRASIL, [2020], não paginado).

²¹ “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...] § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...] X - não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

texto constitucional; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ;

Normas constitucionais Ponderadas: art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25.** Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 2. Federalismo fiscal e partilha de recursos. 3. Desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003. Medidas compensatórias. Requerente: Governador do Estado do Pará. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes, 30 de novembro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371776/false>. Acesso em: 18 nov. 2022.

Número da ADO: ADO nº 05 AgR

Data de Julgamento: 09/02/2018

Tema: Confederação dos servidores públicos do Brasil (CSPB). Alteração do estatuto. Legitimidade ativa. Reajuste geral anual no âmbito da Justiça do Trabalho. Art. 37, x, da Constituição da República. Competência do Presidente da República. Edição das leis federais 10.331/2001 e 10.697/2003.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): Ausência de omissão inconstitucional. Falta de interesse de agir. Desprovimento.

[...]

A competência do Presidente da República para regulamentar o art. 37, X, da Constituição da República inviabiliza o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão em face do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho. Ilegitimidade passiva ad causam.

[...]

O advento da regulamentação do art. 37, X, da Constituição da República, para os servidores públicos federais, inclusive da Justiça do Trabalho, pelas Leis Federais 10.331/2001 e 10.697/2003, acarreta a ausência do interesse de agir da Recorrente.

Agravo Regimental a que se nega provimento.

Normas constitucionais Ponderadas: Art. 37, X, CF.²²

(BRASIL, 2018b).

c) sobre o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, § 5º;

d) nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita.” (BRASIL, [2020], não paginado).

²² “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

[...]

IX - Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”. (BRASIL, [2020], não paginado).

Número da ADO: ADO nº 31 -AgR

Data de Julgamento: 09/04/2018

Tema: Omissão legislativa na implementação de imposto (IGF) de competência da União. Governador do estado do Maranhão. Ilegitimidade ativa. Ausência de pertinência temática

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a legitimidade para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade, em face de ato normativo oriundo de ente federativo diverso, por governadores de Estado, exige a demonstração de pertinência temática, ou seja, a repercussão do ato, considerados os interesses do Estado. Precedentes. Ausência de pertinência temática. 3. Ilegitimidade ativa do Governador do Estado do Maranhão para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão com o objetivo de instituir imposto de competência da União. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento.

Normas constitucionais Ponderadas: art. 153, VII, da CF.²³
(BRASIL, 2018c).

Número da ADO: ADO nº 49 -AgR

Data de Julgamento: 12/11/2018

Tema: Inconstitucionalidade por omissão parcial das Leis Complementares 31/1996 e 89/2003 do Estado de Sergipe, que dispõem sobre a estruturação de carreiras de servidores públicos do Poder Judiciário do Estado de Sergipe. Exercício de competência constitucional (art. 39, § 1º, da CF).²⁴ Suposto tratamento desigual entre cargos públicos da mesma carreira e com atribuições idênticas. Ofensa reflexa.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): 1. O agravo interno deve impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada. Inteligência do art. 932, III, c/c o art. 1.021, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015. 2. Para fins de cabimento da Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, deve ser diferenciada a lacuna legislativa, ainda que parcial, da opção legislativa, verificada quando o Congresso Nacional ou a Casa

²³ “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
[...]

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar” (BRASIL, [2020], não paginado).

²⁴ “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

II - os requisitos para a investidura;

III - as peculiaridades dos cargos” (BRASIL, [2020], não paginado).

Legislativa respectiva exercem a sua função legiferante precípua, mediante legítima valoração discricionária das opções que se colocam ao seu exame para a formação da norma.

3. A comprovação da alegada igualdade de atribuições dos cargos merecedores do hipotético tratamento isonômico depende, no caso, do exame da legislação estadual anterior à questionada nesta ação, caracterizando ofensa meramente reflexa ao texto constitucional. 4. Agravo regimental conhecido e desprovido.

Normas constitucionais Ponderadas: art. 39, § 1º, da CF.

(BRASIL, 2018a).

Número da ADO: ADO nº 46 AgR

Data de Julgamento: 22/03/2019

Tema: ausência de iniciativa de leis para a revisão geral anual da remuneração dos servidores do Poder Executivo do estado do Espírito Santo.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): ação proposta por confederação sindical heterogênea que não representa a totalidade da categoria em âmbito nacional. Ausência de pertinência temática. Ilegitimidade ativa ad causam. Agravo não provido.

Normas constitucionais Ponderadas: Art. 103, IX, CF.²⁵

(BRASIL, 2019e).

Número da ADO: ADO nº 37 – AgR

Data de Julgamento: 17/05/2019

Tema: aplicação dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST em suas finalidades, previstas na Lei 9.998/2000.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): Com arrimo no art. 12-C, da Lei 9.868/1999, indeferimento da petição inicial. Ausência de demonstração de omissão inconstitucional. Fundo de universalização dos serviços de telecomunicações (FUST) criado por norma infraconstitucional que regulamenta outra lei (lei 9.998/2000).

Normas constitucionais Ponderadas: Não chegou a haver ponderação no caso.

(BRASIL, 2019b).

²⁵ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] IX - Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional” (BRASIL, [2020], não paginado).

Número da ADO: ADO nº 48 – AgR

Data de Julgamento: 24/05/2019

Tema: Federalismo fiscal e partilha de recursos.

Falta de repasse por parte do Estado de Minas Gerais aos municípios mineiros o percentual de 50% da arrecadação correspondente ao IPVA, em flagrante violação aos artigos 158, III; 160, caput; e 34, V, “b”, da Constituição da República.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): Ação originária indeferida liminarmente. Incabível ação direta de inconstitucionalidade por omissão quando o não agir administrativo significar o descumprimento de dever, ou obrigação, legalmente estabelecido, não podendo ser usada para a efetivação de ato administrativo em caráter concreto. A aplicação do princípio da fungibilidade para o recebimento da ACO como ADPF está condicionada à demonstração da relevância da controvérsia constitucional, tendo como objeto lesão a preceito fundamental. Agravo regimental desprovido.

Normas constitucionais Ponderadas: art. 158, III²⁶, da CF, conforme a regulamentação dada pela Lei complementar 63/90 e 160, caput; e 34, V, “b”²⁷, da Constituição da República. (BRASIL, 2019c).

Número da ADO: ADO nº 26

Data de Julgamento: 13/06/2019

Tema: exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII)

²⁶ “**Art. 158.** Pertencem aos Municípios:

I - O produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

II - Cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III;

III - Cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios” (BRASIL, [2020], não paginado).

²⁷ “**Art. 160.** É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos” (BRASIL, [2020], não paginado).

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): Ação conhecida e provida. Decidiu-se que 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”);

Normas constitucionais Ponderadas: Art. 5º, XLI²⁸ e XLII²⁹.

(BRASIL, 2018a).

Número da ADO: ADO nº 53 – AgR

Data de Julgamento: 27/09/2019

Tema: alegação de mora do presidente do tribunal de justiça do estado da Bahia. Edição de ato normativo. Art. 93, V³⁰, da Constituição da República.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): Ausência de omissão de dever constitucional. Pertinência temática. Ausência. Ilegitimidade ativa ad causam. Liame indireto. Insuficiência de mero interesse de caráter econômico-financeiro. Agravo regimental conhecido e desprovido.

Normas constitucionais Ponderadas: Art. 93, V.

(BRASIL, 2019d).

²⁸ “**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] **XLI** - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, [2020], não paginado).

²⁹ “**XLII** - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, [2020], não paginado).

³⁰ “**Art. 93.** Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...] **V** - o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (BRASIL, [2020], não paginado).

Número da ADO: ADO nº 53 – AgR / ED

Data de Julgamento: 20/12/2019

Tema: alegação de mora do presidente do tribunal de justiça do estado da Bahia. Edição de ato normativo. Art. 93, V³¹, da Constituição da República.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): Extinção do processo sem resolução de mérito. Alegação de perda superveniente do objeto. edição de ato normativo que sanaria a alegada omissão constitucional. Ato proferido em data posterior à da decisão que extinguiu a ação sem resolução de mérito. **Inexistência de vícios de fundamentação no acórdão embargado.** 1. O acórdão embargado não apresenta o vício de omissão alegado pela embargante, pois enfrentou e decidiu, de maneira integral e com fundamentação suficiente, toda a controvérsia veiculada no agravo regimental. 2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL assentou, de forma clara e objetiva, as razões pelas quais a ação não foi conhecida. 3. A alegação de omissão do julgado, ao fundamento de não apreciação de petição informando a perda de objeto da ação, não possui o condão de alterar o resultado do julgamento do recurso que confirmou a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, I e VI, do Código de Processo Civil. 4. A decisão que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, confirmada pelo Colegiado deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, foi proferida e publicada em data anterior à da edição do Decreto Judiciário que majorou o subsídio dos membros do Poder Judiciário do Estado da Bahia, não merecendo qualquer reparo. 5. Embargos de Declaração rejeitados.

Normas constitucionais Ponderadas: Art. 93, V.

(BRASIL, 2019f).

³¹ “**Art. 93.** Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
[...] V - o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (BRASIL, [2020], não paginado).

Número da ADO: ADO nº 02

Data de Julgamento: 15/04/2020

Tema: alegada ausência de implantação efetiva da Defensoria Pública da União.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): O Tribunal, por unanimidade, conheceu da ação direta e julgou improcedente o pedido. Inexistência de comprovação da omissão legislativa e administrativa.

Ausentes elementos que indiquem a imprestabilidade das políticas públicas em desenvolvimento, não há que se falar em omissão inconstitucional, mercê de uma política pública desse porte (que pressupõe a capilarização do serviço em todo o território nacional) não nascer pronta e acabada.

Normas constitucionais Ponderadas: Art. 48, IX, CF.³²

(BRASIL, 2020f).

Número da ADO: ADO nº 56

Data de Julgamento: 30/04/2020

Tema: se discute mora legislativa do Poder Público referente à fixação de renda mínima ao trabalhador durante a pandemia da COVID-19.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): Preliminarmente o Tribunal, por maioria, entendeu cabível a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Em seguida, por maioria, julgou prejudicado o pedido, pelo fato de a Lei nº 13.982/2020 ter estabelecido auxílio emergencial no valor de R\$ 600, pelo período de 3 meses, aos trabalhadores que preencham os requisitos determinados pela lei. Passou a não haver, portanto, interesse em agir na causa.

Normas constitucionais Ponderadas: Não chegou a haver ponderação no caso.

(BRASIL, 2020c).

³² “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

[...]

IX - Organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal” (BRASIL, [2020], não paginado).

Número da ADO: ADO nº 25 QO

Data de Julgamento: 20/05/2020

Tema: Federalismo fiscal e partilha de recursos. Desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003. Medidas compensatórias. Omissão inconstitucional. Violação do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Edição de lei complementar.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): Ação julgada procedente para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão.

Na hipótese de transcorrer in albis o mencionado prazo, o Tribunal, por maioria, deliberou que **cabará ao Tribunal de Contas da União:** Pedidos sucessivos de prorrogações dos prazos realizados pela União (primeiro requerimento, em 2.2019) e pela maioria dos Estados (segundo requerimento, em 2.2020). Fatos supervenientes que justificam o abrandamento do prazo fixado no julgamento de mérito. Circunstâncias técnico-operacionais. Deferimento dos pleitos em parte. Acordo realizado entre a União e todos os Entes Estaduais e Distrital. Homologação. Encaminhamento ao Congresso Nacional para as deliberações cabíveis.

Normas constitucionais Ponderadas: art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

(BRASIL, 2020a).

Número da ADO: ADO nº 42 AgR

Data de Julgamento: 29/05/2020

Tema: omissão por parte do Poder Legislativo, relativamente ao processo legislativo de leis já editadas, que não teriam observado integralmente a garantia da “revisão geral anual” e à demora no exame e votação de projeto de lei, por parte da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em face do não encaminhamento de projeto de lei nos anos de 2016 e 2017, destinado a dar cumprimento à revisão.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): inépcia da inicial. ausência de indicação precisa da autoridade a que se imputa a omissão. Impossibilidade de conhecimento da ação. Agravo regimental a que se nega provimento.

Normas constitucionais Ponderadas: Não chegou a haver ponderação no caso.

(BRASIL, 2020d).

Número da ADO: ADO nº 30

Data de Julgamento: 24/08/2020

Tema: Aquisição de veículos automotores. Isenção prevista no art. 1º, IV, da Lei nº 8.989/95. Políticas públicas de natureza constitucional. Omissão quanto a pessoas com deficiência auditiva. Ofensa à dignidade da pessoa humana e aos direitos à mobilidade pessoal, à acessibilidade, à inclusão social e à não discriminação. Direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): O Tribunal, por maioria, julgou procedentes os pedidos, de modo que se declare a inconstitucionalidade por omissão da Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, determinando-se a aplicação de seu art. 1º, inciso IV, com a redação dada pela Lei nº 10.690/03, às pessoas com deficiência auditiva, enquanto perdurar a omissão legislativa, e estabeleceu o prazo de 18 (dezoito) meses, a contar da data da publicação do acórdão, para que o Congresso Nacional adote as medidas legislativas necessárias a suprir a omissão legislativa.

Normas constitucionais Ponderadas: Art. 1º, III³³; Art. 3º, IV³⁴, Art. 5º³⁵.
(BRASIL, 2020b).

Número da ADO: ADO nº 09 (AgR)

Data de Julgamento: 26/10/2020

Tema: Ocorrência de omissão inconstitucional por parte do Congresso Nacional no dever de regulamentação legal: (1) do exercício do direito de resposta (art. 5º, V, da CF); (2) das matérias abordadas nos arts. 220, § 3º, II, 221 e 222, § 3º, todos da Carta Magna, relativas à produção e à programação das emissoras de rádio e televisão; e (3) da vedação de monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social (art. 220, § 5º, da CF).

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): manifesta ilegitimidade ativa ad causam das federações sindicais ora requerentes. Carência da ação. Agravo regimental conhecido e não provido.

³³ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, [2020], não paginado).

³⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, [2020], não paginado).

³⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (BRASIL, [2020], não paginado).

Normas constitucionais Ponderadas: Não chegou a haver ponderação no caso.
(BRASIL, 2020e).

Número da ADO: ADO nº 21 – AgR

Data de Julgamento: 23/08/2021

Tema: alegada omissão do Estado de Minas Gerais em promover a revisão geral anual da remuneração de determinadas categorias de servidores públicos da Administração Pública estadual, em especial aquela relativa aos ocupantes de cargos em comissão do Poder Executivo, circunstância que violaria o disposto no art. 37, X, da CF/1988.

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): Decisão monocrática que extinguiu a ação por ilegitimidade ativa da autora, visto que: (i) a Federação Brasileira de Associações de Fiscais de Tributos Estaduais - FEBRAFITE não representa a totalidade da categoria dos auditores fiscais; (ii) a tutela dos interesses da categoria não guarda pertinência temática com o objeto da ação; e (iii) a repercussão da alegada omissão inconstitucional em promover a revisão geral anual de determinados cargos públicos não se restringe à esfera jurídica dos associados da autora, pois se dirige a dezenas de carreiras de Estado, ao passo que a requerente representa apenas parcela ínfima desses servidores. O recurso não apresenta argumentos aptos a contrapor os fundamentos da decisão agravada, que deve ser mantida. Agravo regimental a que se nega provimento.

Normas constitucionais Ponderadas: Não chegou a haver ponderação no caso.
(BRASIL, 2021).

Número da ADO: ADO nº 67

Data de Julgamento: 06/06/2022

Tema: Direito tributário. ITCMD. Mora legislativa na edição da lei complementar a que se refere o art. 155, § 1º, inciso III, da Constituição da República³⁶. Inconstitucionalidade.

³⁶ “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

I - Transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

II - Operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

III - propriedade de veículos automotores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

§ 1º O imposto previsto no inciso I: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

Decisão final do Plenário (*ratio decidendi*): O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade, declarando a omissão inconstitucional na edição da lei complementar a que se refere o art. 155, § 1º, III, da Constituição da República e estabelecendo o prazo de 12 (doze) meses, a contar da data da publicação da ata de julgamento do mérito, para que o Congresso Nacional adote as medidas legislativas necessárias para suprir a omissão.

Normas constitucionais Ponderadas: art. 155, § 1º, inciso III.

(BRASIL, 2022a).

[...] **III** - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:

a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;

b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior”
(BRASIL, [2020], não paginado).