



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MIRELLA LUIZA MONTEIRO COIMBRA

**STF COMO REVISOR DOS DEMAIS PODERES: ATIVISMO JUDICIAL E
LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL PARA SANAR AS OMISSÕES
NORMATIVAS**

Recife

2021

MIRELLA LUIZA MONTEIRO COIMBRA

**STF COMO REVISOR DOS DEMAIS PODERES: ATIVISMO JUDICIAL E
LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL PARA SANAR AS OMISSÕES
NORMATIVAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Linha de pesquisa: Jurisdição e Processos Constitucionais.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
Coorientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Diniz Araújo

Recife
2021

Catálogo na fonte
Bibliotecária Karine Vilela, CRB-4/1422

C679sCoimbra, Mirella Luiza Monteiro

STF como revisor dos demais poderes: ativismo judicial e legitimidade constitucional para sanar as omissões normativas / Mirella Luiza Monteiro Coimbra. – Recife, 2021.
128 f.

Orientador: Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.

Inclui referências.

1. Direito Constitucional - Brasil. 2. Supremo Tribunal Federal (STF). 3. Jurisdição. 4. Poder judiciário e questões políticas. 5 Separação dos Poderes. I. Cavalcanti, Francisco Ivo Dantas (Orientador). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2022-07)

MIRELLA LUIZA MONTEIRO COIMBRA

**STF COMO REVISOR DOS DEMAIS PODERES: ATIVISMO JUDICIAL E
LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL PARA SANAR AS OMISSÕES NORMATIVAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Linha de pesquisa: Jurisdição e Processos Constitucionais

Aprovada em: 05/08/2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti (Presidente)

Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

Prof^a. Dra. Thaminne Nathalia Cabral Moraes e Silva Rodrigues (Examinadora Externa)

Autarquia do Ensino Superior de Garanhuns (AESGA)

Prof^a. Dra. Gina Gouveia Pires de Castro (Examinadora Interna)

Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (Examinador Interno)

Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

Essa dissertação é em homenagem aos que assim como eu venceram a Covid-19, que lutaram pela saúde e pela cura de suas sequelas em meio a solidão causada pela doença, trancados dentro de um cômodo, para não propagar a doença aos nossos familiares que dividem nosso lar conosco, e aos que se foram por conta dela e aos que ainda lutam pela cura. São todos filhos, mães, pais, irmãos, esposas, maridos, avós, amigos, que não são apenas números ou estatísticas, mas pessoas de imensurável louvor, que fizeram a viagem de passagem, mas que permanecerão eternamente em nossos corações.

AGRADECIMENTOS

Primeiro, agradeço a Deus, pelo dom da vida, pela luz e fortaleza nos momentos difíceis e pela cura do Coronavírus. Agradeço por sempre me manter em pé e por sempre estarão meu lado. Por sempre cultivar em mim, independente de momentos bons ou ruins, a fé e a luz que dias melhores virão. Agradeço a Deus não pelo dom da escrita, mas por me fortalecer em busca de um sacerdócio jurídico- acadêmico e por me fazer não superestimar dom jurídico em que não possuo, mas por me fazer valorizar a minha eterna paixão jurídica e com ela vim toda minha dedicação, esforço, sacerdócio e busca de uma força do hábito e de me aperfeiçoara cada dia e a vencer a mim, única concorrente que preciso vencer a cada dia.

A minha mãe, Maria Lúcia Monteiro Coimbra, que sempre investiu na minha educação e me incentivou ao estudo. Agradeço a minha tia Maria Sueli Monteiro Coimbra e a minha avó, Maria das Graças Monteiro Coimbra por todo o apoio o incentivo dado à minha trajetória acadêmica. Agradeço a minha tia, Maria das Graças Monteiro Coimbra (*in memorian*), que tanto admirei e levei essa admiração ao incentivo de seguir o seu exemplo de altruísmo.

Agradeço ao meu orientador e grande amigo, o Professor Francisco Ivo Dantas Cavalcanti, pela amizade, lealdade, generosidade e dedicação à minha pesquisa e as obras que sempre me cedeu, desde o princípio, do primeiro dia que o conheci no Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral em 2015, no TRF5º. Ainda, agradeço novamente ao meu Mestre, Ivo Dantas, por confiar a mim o estágio-docência e a cadeira de Direito Constitucional 4 (Processo Constitucional), na UFPE, onde ensinei toda terça e tive a honra de conhecer alunos maravilhosos.

Agradeço imensamente ao meu grande amigo e coorientador, Luiz Henrique Diniz Araújo, por tamanha amizade e lealdade a minha pessoa e a minha pesquisa. Por me apoiar sempre nos momentos difíceis e estar ao meu lado nos momentos felizes. Por sempre me incentivar nas pesquisas e nos estudos, na OAB-PE e nas reuniões e pelo eterno apoio dado.

Aos professores Sérgio Torres Teixeira, Leonardo Carneiro da Cunha, Francisco Barros Cavalcanti, Carina Barbosa Gouvea, Jaime Bevenuto, Alexandre da Maia e João Paulo Allain Teixeira, pela acolhida na Faculdade de Direito do Recife e no PPGD-UFPE.

Agradeço a Professora Doutora Gina Gouveia Pires de Castro, por toda a atenção que disponibilizou a mim durante o Mestrado, por sua imensa generosidade e elegância no trato com os alunos e orientandos do professor Ivo Dantas. A professora demonstrou e vem

demonstrando uma grande atenção com todos os alunos da cadeira do professor Ivo Dantas e aos seus respectivos orientandos.

Aos colegas de Mestrado e Doutorado Moacir Ribeiro Júnior, Julliene Diniz Antão, Pedro Alves, Rafael Beltrão, Emiliane Alencastro, Maria Eduarda Cunha, Karen Lima; por todas as conversas, debates e apoios diários.

Agradeço aos colegas da cadeira de Direito Comparado, que paguei ao entrar no mestrado: Rinaldo Mouzalas, Isabelle Marne Cavalcanti de Oliveira Lima, Fernando Braga Damasceno, Denarcy Júnior, Rodrigo Tenório; por toda experiência de carreira jurídica que demonstraram na cadeira, o que contribuiu muito para mim, como jovem advogada e mestranda, iniciante e recém formada, aos debates jurídicos de tamanha verticalização.

Aos amigos Manuel Camelo Neto, Carlos Dantas, Reginaldo Júnior, Rayssa Bascope, Thalyne Queiroz, Ana Beliza Vasconcelos, Victória Cavalcanti, Pablo Medeiros, Marina Lisboa, Marynna Sampaio, Manoella Andrade, Renata Pernam, Camila Michico, Helmar Araújo Marques de Oliveira, Paloma Fiama, Bruno Florêncio, Cristiane, Daniel Daher, Amanda Montenegro, que sempre me incentivaram na pesquisa, formando coautorias comigo em artigos e participando de grupos de estudos acadêmicos junto a mim, durante o meu período de mestrado na UFPE.

A todos os demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, em que fui aluna e tiveram participação na elaboração deste trabalho e da minha formação acadêmica.

Agradeço a Sergio Dantas, Reginaldo Júnior, Rennan Brayner e Victor pelas parcerias na Advocacia, como também a Marcello Borba Borges pela oportunidade de trabalho como docente de Direito Constitucional e Processo Civil.

À OAB-PE, em nome da Comissão da Jovem Advocacia, em nome de Felipe Lobato, Bruno Fernandes Lima e Leomilton Guimarães, e da Comissão de Relações Acadêmicas, que participei em 2020, por terem sempre me incentivado a pesquisa e a ocupar o meu espaço na OAB. Agradeço a Comissão de Direito Administrativo da OAB-PE em que participo e a Comissão de Estudos Constitucionais e Cidadania na OAB-PE, na qual também faço parte.

Agradeço aos funcionários da Pós-Graduação, na pessoa de Maria do Carmo de Aquino.

RESUMO

O tema das Omissões Inconstitucionais e do Ativismo Judicial são relacionados à atuação do Supremo Tribunal Federal na tomada das decisões, em caso concreto, quando a norma deixa de ter efetividade face a ausência de norma regulamentadora. Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a expansão da jurisdição constitucional e com ela o surgimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção. Surge então, a controvérsia em torno do STF está agindo como revisor das demais funções. Contudo, o STF ao ser chamado para pronunciar-se acerca de diversas temáticas que foram judicializadas, foi notado que os poderes Executivo e Legislativo estavam eivados de mora. Em escala cada vez mais crescente do usufruto da ADO e do MI, pode-se defender que o STF é legítimo para sanar essas omissões, caso sejam judicializados tanto por essa ação, quanto por esse remédio. A observância do Ativismo Judicial deverá ocorrer nos casos concretos, quanto aos limites traçados pelo STF em suas decisões.

Palavras-chave: Omissões Inconstitucional; Revisor das funções; Constituição Federal; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; Mandado de Injunção.

ABSTRACT

The issue of Unconstitutional Omissions and Judicial Activism are related to the role of the Supreme Court in decision-making, in a specific case, when the rules is no longer effective due to the absence of a regulatory rule. With the advent of the Federal Constitution of 1988, there was an expansion of constitucional jurisdiction and with it the emergence of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission and the Writ of Injunction. Then, the controversy arises around the STF acting as a reviewer of the other functions. However, when the STF was called to pronounce on several issues that were judicialized, it was noticed that the Executive and Legislative powers were full of arrears. On an ever-increasing scale of the usufruct of the ADO and the MI, in can be argued that the STF is legitimate to remedy these omissions, if they are prosecuted for both this action and this remedy. Compliance with activism must occur in specific cases, as to the limits drawn by the STF in its decisions.

Keywords: Unconstitutional Omissions; Reviewer of functions; Federal Constitution; Direct Action of Unconstitutionality by Omission; Injunction Order.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	O STF COMO FUNÇÃO DE REVISAR OS DEMAIS PODERES	14
2.1	CONTEXTO HISTÓRICO DA FUNÇÃO MODERADORA À FUNÇÃO JUDICIAL: UMA COMPARAÇÃO ENTRE FUNÇÕES E A CONTROVÉRSIA SE O STF ATUA POR REVISÃO DOS PODERES	16
2.2	DA SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	22
2.3	DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: UMA SOLUÇÃO PARA O STF NÃO ATUAR COMO CHAVE DA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA	27
2.4	DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: BRASIL E AMÉRICA LATINA	33
2.5	OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS, A SUPREMACIA DA CORTE NORTE AMERICANA E O JUDICIAL REVIEW	35
2.6	O LEGISLADOR NEGATIVO E A CORRENTE CONTRAMAJORITÁRIA	37
2.7	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ATIVISMO JUDICIAL	39
2.8	SURGIMENTO DA TERMINOLOGIA E SUAS DIVERGÊNCIAS	41
2.9	O BRASIL EM ANÁLISE: ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA	43
3	ATIVISMO JUDICIAL E O DOGMA DO LEGISLADOR NEGATIVO	49
3.1	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO <i>VERSUS</i> LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA	51
3.2	DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	54
3.3	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SEPARAÇÃO DOS PODERES.	56
3.4	O PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	57
4	DAS OMISSÕES NORMATIVAS, SEUS INSTRUMENTOS DE COMBATE E SUAS DIMENSÕES	64
4.1	DAS CLASSIFICAÇÕES DAS OMISSÕES NORMATIVAS	65

4.2	A PROBLEMÁTICA DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS E O SEU ENFRENTAMENTO PELO STF	67
4.3	A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	70
4.4	DO MANDADO DE INJUNÇÃO	80
5	A JURISPRUDÊNCIA O STF NO TOCANTE AS OMISSÕES NORMATIVAS: UMA ANÁLISE SOBRE A APLICAÇÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E DO MANDADO DE INJUNÇÃO	90
5.1	A OMISSÃO NORMATIVA E O CASO DA APOSENTADORIA ESPECIAL ...	90
5.2	ADO 26/DF – A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA A LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A IDEOLOGIA CONSTITUCIONAL	92
5.2.1	O voto: Um ativismo judicial ou uma Legitimidade do STF para sanar a Omissão pela ADO?	95
5.2.2	Diálogos Institucionais: Uma solução para o presente caso?	100
5.3	ADO 22 E A REGULAMENTAÇÃO DAS PROPAGANDAS DE BEBIDAS ALCOÓLICAS COM TEOR INFERIOR A 13° GAY LUSSAC	102
5.4	MANDADO DE INJUNÇÃO DAS FORÇAS ARMADAS E O PODER MODERADOR	104
6	CONCLUSÃO	110
	REFERÊNCIAS	122

1 INTRODUÇÃO

No que se refere ao STF como revisor dos demais poderes e a temática do Ativismo Judicial e da legitimidade constitucional para sanar as Omissões Normativas; liga-se a ideia de se o Supremo Tribunal Federal estaria atuando para revisar o Legislativo, o executivo e o próprio judiciário, ou seja, se estaria atuando como um quarto poder, revisando as demais funções do poder uno do Estado. Se isso estivesse ocorrendo, o STF estaria atuando como Poder Moderador, não sendo mais guardião da Constituição Federal, mas estaria acima dela, atuando como advogado dos seus próprios interesses. Tudo isso, levaria a um patamar de um Ativismo Judicial, em que o próprio Supremo Tribunal Federal estaria tendo uma atitude em relação aos seus julgados para além do que diz ou pode-se interpretar da própria Constituição.

No que tange a temática das Omissões Normativas, o Supremo Tribunal Federal ao sanar essas Omissões, estaria sim, atuando com legitimidade dada pelo próprio Constituinte de 1988, através do uso de instrumentos de Jurisdição Constitucional, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção. Com isso, através do Controle de Constitucionalidade como um dos objetos do Processo Constitucional, estaria resguardando a Ideologia da Constituição de 1988 de que todo Juiz é um Juiz Constitucional e pode realizar o Controle de Constitucionalidade. Além de resguardar a Ideologia Constitucional, está garantindo o valor da Constituição, pois através do Controle de Constitucionalidade, garante a Supremacia Constitucional e com isso a Supralegalidade, ou seja, a Constituição Federal estaria acima da lei e de todo o Ordenamento Jurídico.

O presente trabalho defende que o STF ao sanar as Omissões Normativas, está agindo mediante legitimidade constitucional dada através da própria Constituição de 1988, o que já induz ao STF uma atuação com destaque a Jurisdição Constitucional. Neste caso, não está agindo como revisor das demais funções estatais ou como função moderadora, haja vista ela ter sido extinta já na Constituição de 1891 e desde lá as Constituições brasileiras trazem como valor constitucional a tripartição das funções legislativa, executiva e judiciária. Se o STF, em algum momento, agisse como Função Moderadora, não estaria respeitando a ideologia da Constituição Federal de 1988 e nem garantindo o Valor da Constituição, que garante o Estado como poder uno, dividindo-se em Legislativo, Executivo e Judiciário.

2 O STF COMO FUNÇÃO DE REVISAR OS DEMAIS PODERES

O objeto dessa dissertação gira em torno da seguinte pergunta: O STF como Poder Moderador? Além disso, realiza o estudo das Lacunas Normativas e a problemática do Sistema Jurídico. Sua relevância social encontra-se na atuação do STF e a afirmativa de que ele não deve funcionar como um “quarto poder”, o Moderador, revisando as ações dos demais poderes: executivo, legislativo e judiciário. É imprescindível a busca pela real função do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e como órgão de cúpula da função judiciária.

É imprescindível analisar os avanços do judiciário desde a Constituição de 1824 até a Constituição de 1988, assim como o fim do Poder Moderador no Brasil e se, porventura, o STF abarcou esse poder, alegando possuir legitimidade democrática e atuando como revisor dos demais poderes. Essa análise funda-se em relação a função Moderadora de revisar os demais poderes e a função do STF, na atualidade, de dar a última palavra, e por ter sua natureza de guardião da Constituição e por isso, utilizar-se de sua função para revisar o executivo, o legislativo e o próprio judiciário, como revisor da última palavra.

Restou assente que no Brasil, a partir da CF/88, o Constituinte originário ofereceu legitimidade maior ao STF para sanar as Omissões Normativas, face aos mecanismos de Jurisdição Constitucional então criados: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção. Nesse contexto de expansão da Jurisdição Constitucional, é notório que os casos de Omissões Normativas de relevo foram julgados pelo STF, havendo um deslocamento de questões sensíveis que a priori, deveriam ser decididas em outras esferas institucionais, contudo, sem qualquer atuação por parte dos demais poderes constituídos para solucionar as problemáticas existentes.

Nesse sentido, a Suprema Corte em sua essência contramajoritária, encontra legitimidade diretamente da Constituição Federal de 1988, o que já induz o STF a uma atuação mais proativa em relação a Jurisdição Constitucional. Contudo, é imperioso lembrar que os julgados do STF não giram em torno apenas das Lacunas Normativas diante da mora do Legislativo, com isso, busca-se a garantia da efetividade das normas Constitucionais e o STF limitando-se como guardião da Constituição e de sua interpretação, assim como órgão decúcula do judiciário, não funcionando como um “quarto poder”, evitando que o mesmo aja como um Moderador, sendo o revisor do Legislativo, executivo e judiciário.

No tocante as Lacunas, menciona Diniz (2009):

Como se poderá ver [...], a questão da Lacuna no direito, [...] é evidentemente, sistemática, pois, “é evidente que a possibilidade da Lacuna constitui um problema, tendo em vista a sua teorização, depende de uma consciência da mobilidade e temporalidade do sistema” (DINIZ, 2009, p. 23).

A partir daí, buscou-se por Objeto o estudo do STF como Poder Moderador, em sua atuação como “quarto poder”, seus Limites de atuação no tocante as Lacunas Normativas, os mecanismos de Jurisdição Constitucional para sanar essas Omissões, a corrente contramajoritária do STF e a sua atuação quanto a problemática das Omissões.

É imperioso perceber, contudo, que o Supremo Tribunal Federal caracteriza-se por natureza de guardião da Constituição e como órgão de cúpula do judiciário. Todavia, desde a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, houve uma preocupação de seus membros e dos juristas em relação as Lacunas Normativas. Percebe-se, na história brasileira, que o Legislativo brasileiro sempre foi moroso e o executivo forte. O judiciário, antes da Constituição Federal de 1988 não era uma função fortalecida, ou seja, dentre o legislativo e o executivo, era o de atuação mais singela.

Com a formação da Assembleia Nacional Constituinte para a criação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, houve uma expansão de mecanismos de jurisdição constitucional, haja vista a preocupação não só com as normas em contrário ao ordenamento jurídico, que eram expurgadas por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

A grande preocupação dos juristas referiu-se as Omissões Normativas, pois a inconstitucionalidade não estaria apenas em uma norma contrária ao ordenamento jurídico, mas também quanto ao não fazer do legislativo e da Administração Pública, gerando graves consequências, por sua Lacuna.

Quando a Constituição Federal de 1988 entra em vigência, o controle de constitucionalidade sofreu inúmeras modificações, aumentando a sua atuação, com foco uma maior defesa ao Valor da Constituição.

Com a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito.

Fundamental, houve a criação desses novos institutos e o advento de novas atribuições que foram conferidas pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal.

De 1988 em diante, houve um grande número na propositura de ADI'S. Além disso, ganhou-se espaço o método de sanar as Omissões Normativas, através da ADO. Tem-se, também, a possibilidade de realização do Controle Incidental, a fim de garantir os Direitos e Garantias individuais e sociais e as liberdades constitucionais e com isso, inúmeras questões

foram submetidas ao STF por meio de Recurso Extraordinário. A Constituição Federal, ao fixar a competência originária do STF, determina em seu artigo 102:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

Processar e Julgar, originalmente:

- Ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Por meio do controle incidental, tem-se no mesmo artigo 102, inciso III da Lei Maior, nos seguintes termos:

Art. 102

III- Julgar; mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

Contrariar dispositivo desta Constituição;

Declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

Julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta constituição.

Com o advento da EC 3/93, foi acrescido ao art. 102 o §1º : A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta constituição será apreciada pelo STF, na forma da lei. Assim, junto a Arguição Incidental por meio de exceção e Ação Direta de Inconstitucionalidade, o ordenamento jurídico brasileiro admite a ADO, ADC e ADPF; observando-se que as últimas, através da EC 3/93, tiveram seu surgimento.

Com relação à ADC, prescreve a CF no artigo 102 parágrafo 2º:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo supremo tribunal federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Em seguida o art. 103 §2º:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

Por fim, a EC 3/93, ao lado da DC, acresceu ao art. 102 o §1º: A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DA FUNÇÃO MODERADORA À FUNÇÃO JUDICIAL: UMA COMPARAÇÃO ENTRE FUNÇÕES E A CONTROVÉRSIA SE O STF ATUA POR REVISÃO DOS PODERES

É importante começar esclarecendo que a primeira Constituição brasileira, de 1824, tratava o Poder Judiciário como o mais deficiente em relação aos demais poderes. O que difere da Constituição Federal de 1988 em que trata como cláusula pétrea o art. 2º da Constituição Federal, que dispõe: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário.”

Durante a Carta do Império até a CF/88, o Poder Judiciário foi se fortalecendo, deixando de ser o mais singelo e dotado de menos força. Entretanto, o STF como órgão máximo da Jurisdição Constitucional brasileira busca corrigir a falha dos demais poderes, havendo uma controvérsia: ao STF é dada legitimidade para isso, ou estaria o mesmo atuando como Poder Moderador?

Neste caso, é imprescindível analisar que não se busca aqui comparar a atuação do STF ao extinto Poder Moderador, tendo em vista que o primeiro está atuando na Constituição vigente, enquanto o segundo faz parte de um período histórico anterior e não mais vigente. Nesse caso, não dá para fazer História Constitucional Comparada, pois trata-se de dois pólos com ordenamentos não mais vigentes e só há a presença de institutos nacionais. O que se pretende fazer aqui é uma comparação não entre os poderes, mas entre as funções de revisão e chave da organização política, utilizando-se da história constitucional, sem ser comparada, para isso, pela impossibilidade já citada.

Para responder essa questão, a pesquisa buscou resgatar as raízes históricas da Separação dos Poderes, assim como estudar o Tribunal Constitucional e a Suprema Corte Americana, o legislador Negativo e a corrente contramajoritária, a Omissão Legislativa, a busca pela contribuição ao preenchimento das Lacunas e como atuava o Poder Moderador na Constituição de 1824 e se o atual STF age conforme esse poder, ou seria apenas um guardião da Constituição.

Como ressalta Nogueira (2012):

Muito embora o art. 10 prescrevesse que “os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: O poder legislativo, o poder moderador, o poder executivo e o poder judicial”, não se pode dizer que o judiciário constituísse, na prática, um Poder Independente, na forma como hoje se concebe a harmonia e independência que preside os diferentes poderes do Estado Democrático (NOGUEIRA, 2012, p. 26).

É imperioso ter-se em conta que a magistratura, na Constituição de 1824, que constituía o Judiciário, não era um poder verdadeiramente independente ante os demais.

De acordo com Nogueira (2012):

[...] há na Constituição outra prescrição que, mais claramente ainda, tirava ao judiciário a sua condição de Poder. Trata-se do art. 15, que cuidava das atribuições do Legislativo, concedendo à Assembleia Geral, constituída da Câmara e do Senado, a faculdade inscrita no item 80 de “fazer leis, interpreta-las, suspende-las e revoga-las [...] As velhas Ordenações

do Reino davam à Casa da Suplicação a faculdade de, como se dizia, “tomar assentos”, unificando a enorme jurisprudência do vasto império português. A lei que criou o Supremo Tribunal de Justiça, previsto na constituição de 1824, porém, não lhe concedeu a mesma prerrogativa. Não houve, portanto, durante largo tempo, enquanto vigorou a Constituição do Império, como veremos, um Tribunal que unificasse a jurisprudência. E o mais grave: como o poder de interpretação legal jamais foi exercido pelo legislativo, a prerrogativa terminou absolvida pelo Executivo, durante todo o Império (NOGUEIRA, 2012).

No tocante a uma breve introdução sobre o papel do judiciário na Constituição de 1824, estabeleceu o art. 98 da Constituição de 1824:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vale sobre a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos mais poderes políticos.

De acordo com Pimenta Bueno, na sua obra *Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império*:

O Poder Moderador [...], é a suprema inspeção da nação e do alto direito que ela tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar como os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou aos demais mandatários, são exercidos. É a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmoniosamente como outros, para o fim social, o bem-estar nacional; é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conversa-os na direção da sua altamissão; é, enfim, a mais elevada força social, o órgão político mais ativo, o mais influente, de todas as instituições fundamentais da Nação.

É imperioso ressaltar que, naquela época, cabia ao Judiciário dirimir os conflitos entre os Poderes, aplicação da Constituição e o resto do Ordenamento Jurídico. No tocante ao Poder Moderador, foi moldado o regime político da Carta de 1824 e funcionou como uma verdadeira chave da organização política. Já o Poder Judiciário era considerado um Poder dependente, sem tamanha força, o antigo chamado de Supremo Tribunal de Justiça.

De acordo com o site do STF:

Proclamada a Independência do Brasil, estabeleceu a Constituição de 25 de março de 1824, no art. 163: Na capital do Império, além das relações, que deve existir, assim como nas demais províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, composto de juizes letrados, tirados das relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o título de Conselho. Na primeira organização, poderão ser empregados neste tribunal os ministros daqueles que se houverem de abolir. Cumpriu-se o preceito com a lei de 18 de setembro de 1828, decorrente do projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos que, após exame da Câmara e do Senado, foi sancionado pelo Imperador D. Pedro I. O Supremo Tribunal de Justiça, integrado por 17 juizes, foi instalado em 9 de janeiro de 1829 [...].

Naquela época, cabia ao Legislativo à criação, interpretação, suspensão e revogação das leis. Não cabia ao Supremo Tribunal de Justiça, a prerrogativa de unificação de jurisprudência. Desde aquele período, o legislativo era omissivo e não exercia a interpretação legal, deixando como atribuição ao executivo. Cabia ao Judiciário funcionar como um poder decorativo.

Diante do artigo 158 da Carta Imperial: “Art. 158. Para julgar as causas em segunda, e última instância, haverá nas províncias do Império as relações que forem necessárias para a comodidade dos povos.”

Foi necessário para essa pesquisa, buscar suas raízes históricas. Percebe-se que o Supremo Tribunal de Justiça não possuía natureza de instância, não podendo uniformizar as jurisprudências. Nem ao menos podia interpretar leis, cabendo a esses conflitos serem dirimidos pelo executivo. Foi apenas em 1875 que o antigo Supremo Tribunal de Justiça tomou assentos. Desde aquela época, a inércia legislativa contribuía para a mora na formação do Ordenamento Jurídico, deixando Lacunas na lei, e ainda, nesta época, o judiciário não assumiu caráter de poder independente.

É imperiosa a busca pela evolução histórica do STF e entender que nem sempre o judiciário foi equiparado ao Legislativo e ao Executivo. Desde aquela época o Legislativo era moroso e o judiciário permanecia enfraquecido. Havia, naquela época, um “Quarto Poder”, o Moderador, que funcionava como organização política do Império, nas mãos do Monarca.

De acordo com Octaciano Nogueira (2012):

[...] É nessa concepção que reside, efetivamente, a chave da organização política do Império. Aí se erige a preeminência da figura do Monarca, o caráter dominante e incontestável de seu papel e a compatibilização da vocação autoritária de toda Monarquia [...]. é realmente aí, na conciliação dessas tendências, na realidade opostas e conflitantes- a do autoritarismo implícito da monarquia com a democracia explícita do constitucionalismo-, que a concepção do Poder Moderador exerce o seu papel conceitual de “chave de toda organização política [...]” Com as amplas atribuições do Poder Moderador, [...], o parlamentarismo deixa de ser possível, torna- se impraticável na medida em que o Monarca, [...] aprova e derruba o Ministério.

É preciso perceber, portanto, que no Império, havia uma amplitude do Poder Moderador e do Executivo, podendo descaracterizar o Legislativo, esse moroso desde aquela época. Além disso, o Moderador possuía característica de Quarto Poder, podendo revisar todos os outros, ser a última palavra, mantendo seu equilíbrio e moderação.

Todavia, não foi da Constituição de 1824 a ideia de separação dos poderes, sendo trazida da obra *A Política*, de Aristóteles. De acordo com Assis (2012):

A origem da separação de Poderes advém da obra *A política*, de Aristóteles, na qual o filósofo tratava de três atos estatais distintos, embora ainda não independentes, quais sejam: o ato deliberativo, o ato executivo e o ato judicial. Porém, já na Idade Média, a vontade do monarca se sobrepunha a qualquer separação dos poderes. Assim sendo, o século XVI, o absolutismo monárquico que começou a se espalhar pela Europa concentrava no rei a fonte única de soberania. O rei estava abaixo apenas de Deus, de quem deriva a legitimidade de seu poder, conforme a doutrina de Jean Bodin e Jacques Bossuet [...] (ASSIS, 2012, p. 2).

Na atualidade, deve-se verificar se o STF está atuando como Poder Moderador. Fala-se Moderador, nesse texto, em relação a função moderadora de revisar os demais poderes, ou seja,

se atualmente o STF atua como a chave da organização política atual. De acordo com Eder Aparecido de Carvalho e Carlos Henrique Gileno (2004):

É fundamental analisar -se, [...], o STF estaria arrogando a si a atribuição do exercício de uma espécie peculiar de Poder Moderador. No âmbito do arranjo das instituições políticas brasileira, o Poder Moderador desapareceu após a queda do II Reinado (1840-1889) [...] Adequado reforçar que não se trata de defesa e um STF serviçal do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, uma vez que a subordinação prejudica a função primordial de guardião da Carta Magna. Antes cabe ao STF, defender a Constituição, a qual não é passível de ser apropriada por nenhum dos três poderes republicanos. Assim, o STF pode e deve tornar iniciativas em benefício dos cidadãos, brasileiros; no entanto, o Tribunal Maior não detém a prerrogativa constitucional de Poder Moderador, pois se a retivesse abriria as portas para a arbitrariedade do Poder Judiciário.

Tomando por base essas afirmações preliminares, a pesquisa ambicionou contribuir para a resolução da controvérsia: Na Constituição de 1988, levanta-se a dúvida, se o STF ao sanar lacunas e corrigir falhas dos demais poderes atuaria como Legislador Positivo, ou como um “quarto poder”, o moderador, sendo a última palavra, relacionando-se a ideia de Monarca ou se age mediante a legitimidade dada pelo constituinte de 1988, com base em interpretações da própria constituição, restringindo-se a ela?

É imprescindível perceber que, além das raízes históricas das Cartas Constitucionais brasileiras, o STF ganhou força, e se assim teria substituído o Poder Moderador, como também, buscar relacionar com a origem dos Tribunais Constitucionais e a Supremacia da Corte Americana, no tocante a jurisdição constitucional e as similaridades com o Supremo Tribunal Federal.

Pretendeu-se aqui, em um plano menos teórico, mas de estudos da jurisprudência, perceber os processos usados pelo STF ao sanar as Lacunas Normativas e se nesse caso, o Tribunal Supremo age como “quarto poder”, ou mediante a legitimidade dada pela Constituição Federal de 1988.

No tocante a esse estudo jurisprudencial, buscou-se através da hermenêutica constitucional tentar encontrar até que limites pode o Tribunal ir para sanar essas Lacunas Normativas. O estudo relacionou, ainda, tudo que foi mencionado acima, com o atual fenômeno da corrente contramajoritária e a busca dos limites para o STF não se tornar um “quarto poder”, o moderador, corrigindo os demais: executivo, legislativo e judiciário.

O Poder Moderador existiu apenas na Constituição do Império de 1824 e foi superado pela Constituição de 1891 com a República. Esse poder funcionava como um resquício do absolutismo e com isso, o Imperador funcionava como a revisão dos demais poderes, era a chave da organização política.

No tocante a Constituição de 1988, há o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) em que há independência e harmonia entre os poderes e ambos se controlam.

Não pode ocorrer interpretações em que uma das funções do Estado – legislativo, executiva ou judicial – quebra a institucionalidade e a ideia de freios e contrapesos, recriando uma função revisora das demais. Nas democracias, não se tem uma última palavra, ela não existe. Tem-se uma oscilação do pêndulo, em que um momento o STF dá a última palavra e em outro, as demais funções estatais. Isso é comum no modelo constitucional adotado pela Constituição Federal de 1988. Ou seja, o STF dá a palavra, mas não a última. Ao dar a palavra naquele episódio, é freado por outras funções, havendo a harmonia entre as três funções do Estado.

O Poder Moderador foi presente na Constituição do Império de 1824 e funcionava como a chave da organização política e o Monarca colocava-se como chefe, revisor dos outros poderes, ou seja, como um moderador. Com o advento da República e a Constituição de 1891, o Brasil passou a usar o sistema de freios e contrapesos em que as funções estatais agem com harmonia e independência e uma freia a outra, em caso de sobreposição.

Se utilizar-se a ideia de que o STF age como na chave da organização política das demais funções, estaria aqui sendo criada uma quebra na perspectiva sistemática aderida na Constituição Federal de 1988 e no equilíbrio alcançado pelo executivo, legislativo e judiciário. Com essa quebra, ruptura entre a Constituição e sua ideia de freios e contrapesos, com a ideia de que o STF funciona como moderador, há uma ruptura em relação ao que está positivado na constituição e o que ocorre na sociedade e isso geraria um Hiato Constitucional. Para que isso não ocorra, o legislativo deve continuar aprovando e rejeitando as leis, o STF eo judiciário deverão continuar realizando o Controle de Constitucionalidade e legalidade com a perspectiva de que todo juiz é constitucional e compete ao executivo o governo do país.

No tocante a isso, os conflitos entre os poderes devem ser resolvidos pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes como pilares constitucionais. Não é dado, de maneira nenhuma, ao STF a função de chave da organização política e instância decisória, nem mesmo função moderadora. Ele deve atuar conforme a Constituição Federal. Ela é a chave de toda organização política brasileira desde 1988, devendo ser seguida a Ideologia Constitucional proposta nela, dos freios e contrapesos. Ao STF cabe a guarda da Constituição e a atuação como órgão de cúpula do Judiciário. Se não ocorrer dessa forma, há um Hiato Constitucional.

Segundo Ivo Dantas (2012):

Dizendo de outro modo: Nesta perspectiva do relacionamento Constituição política e Constituição Social, observa-se que nos instantes em que não ocorre a adaptação e harmonia das normas constitucionais as novas realidades, ocorre o que temos denominado de Hiato Constitucional, ou fenômeno a que, impropriamente, se tem chamado de Desconstitucionalização, termo tão a gosto de Bidart Campos e Hugo Palácios Mejia e equivalente ao divórcio entre a realidade social e a norma constitucional jurídico positiva (DANTAS, 2012, p. 42).

É imprescindível perceber que não cabe ao STF atuar como instância decisória suprema e revisora dos demais poderes. A ele cabe a função de Guardião da Constituição e órgão de cúpula do judiciário.

2.2 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Deve-se verificar que o Estado Constitucional Democrático divide seu poder estatal nas funções Legislativa, Executiva e Judiciária. Esse Princípio Fundamental está presente no artigo 2º da Constituição Brasileira, que adotou a concepção tripartite das funções estatais, em que as três funções são independentes e harmônicas entre si. Caso uma função sobreponha-se perante as demais, cabe a elas freá-la, para estabelecer a igualdade entre ambas. Entretanto, essa ideia perpassa o contexto histórico constitucional de 1988, vindo desde o período de Aristóteles, John Locke e Montesquieu.

Para Aristóteles (2000):

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas (ARISTÓTELES, 2000, p. 127).

Essa ideia aprimorou-se mais ainda em Locke, contudo, não foi essa a ideologia que orientou a Constituição Brasileira de 1988.

Segundo Locke (1998):

Não poderia haver mais de um poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os demais são e devem ser subordinados [...]. Em todos os casos, enquanto subsistir o governo, o legislativo é o poder supremo[...] e todos os demais poderes depositados em quaisquer membros ou partes da sociedade devem derivar dele ou ser-lhe subordinados (LOCKE, 1998, p. 521-522).

No que tange a ideia de Separação dos Poderes, suas origens históricas são ainda mais antigas que o demonstrado no livro "O espírito das Leis" de Montesquieu, que serviu de paradigma para a Ideologia Constitucional adotada pela Constituição de 1988. Aqui, pretende-se realizar uma análise da teoria da Separação dos Poderes estruturada no Brasil na Constituição de 1988 e como chegou-se à teoria dos diálogos institucionais e analisar seus benefícios. Para isso, far-

se-á um paralelo entre a proposta de Separação dos Poderes segundo Montesquieu, até estruturar-se no cenário estatal com Os Federalistas de Hamilton. A posteriori, será feita uma análise dos diálogos estruturados por Gargarella, assim como a análise da briga pela última palavra, pelo “Legislador moralmente decaído e o juiz heroico”, mencionada na tese de Conrado Hubner Mendes em 2008. Ainda assim, será realizada uma análise da Separação dos Poderes no Brasil e na América Latina, de acordo com Gargarella.

No tocante a teoria da Separação dos Poderes, é imperioso perceber que é de tradição multissecular. Já dizia a obra A Política, de Aristóteles. De acordo com Assis (2012):

A origem da separação dos Poderes advém da obra A política, de Aristóteles, na qual o filósofo tratava de três atos estatais distintos, embora ainda não independentes, quais sejam: o ato deliberativo, o ato executivo e o ato judicial. Porém, já na Idade Média, a vontade do monarca se sobrepunha a qualquer separação dos poderes. Assim sendo, o século XVI, o absolutismo monárquico que começou a se espalhar pela Europa concentrava no rei a fonte única de soberania. O rei estava abaixo apenas de Deus, de quem deriva a legitimidade de seu poder, conforme a doutrina de Jean Bodin e Jacques Bossuet [...] (ASSIS, 2012, p. 2).

Aqui, observa-se que a ideia de Separação dos Poderes já perdura durante muitos percursos históricos. Com o passar dos anos e as experiências das teorias aplicadas à prática, foi-se aperfeiçoando. Além do mais, deve-se notar que cada teoria a respeito da separação dos poderes condiz com o momento histórico vivido, sua ideologia política, social e econômica, manifestada na engenharia de um arquétipo institucional. Seria errôneo analisar uma separação proposta por Aristóteles ou por John Locke que seguisse à risca as tradições estatais da atualidade. Ainda assim, a própria separação dos poderes proposta pelo Espírito das Leis de Montesquieu não deve ser interpretada literalmente como em sua obra, e sim adaptada ao Valor da Constituição Brasileira.

De acordo com Ferreira Filho (2015):

Há controvérsia cerca a origem da separação dos poderes. Uns a encontram já na antiguidade, outros somente a veem na modernidade, mas entre os adeptos de uma ou outra tese várias correntes dialogam.

Há os que afirmam ser, naquela idade, obra de Aristóteles, enquanto não faltam os que a entendem um arranjo empírico que este sistematizou. Sustentam numerosos juristas que surgiu, em tempos modernos, na obra de John Locke, a que se opõe os que adotam a ideia de ter sido formulada pela primeira vez por Montesquieu, no *Espírito das Leis* [...]

Locke, no Segundo Tratado do Governo Civil, no final do século XVII, inspirado pelas instituições inglesas, distingue também três funções: a *legislativa*, a *executiva* e a *federativa*. Na primeira, inclui ele não apenas a obra do legislador, mas igualmente a do juiz. Isto corresponde à criação do *statute law* por aquele, do *common law* por este. E a função federativa? Esta tem por mira as relações internacionais, que normalmente se entabulam por meio de alianças[...]. E se ele recomenda a separação entre exercício da função legislativa e o das duas outras funções, entende que estas últimas devem ser confiadas ao mesmo, pois ambas importam na força armada e a divisão desta é perigosa fonte de conflitos. Muito ele contribuiu para a formulação da doutrina da separação dos poderes, mas lhe cabe a honra de haver estabelecido a doutrina clássica. Inclusive, é a ele devida a ênfase na indelegabilidade das funções. É com Montesquieu e o *Espírito das Leis*

que efetivamente nasce a doutrina da separação dos poderes. Marca-a a ideia de uma divisão funcional do Poder em vista da liberdade e segurança individuais (FERREIRA FILHO, 2015, p 67-68).

No tocante aos freios e contrapesos e seus pressupostos básicos, os Federalistas de Hamilton, dispõe através de uma estrutura de funcionamento a ser realiza-o na prática e a proposta de objetivos.

No contexto atual brasileiro, na Constituição Federal de 1988, a separação das funções estatais é marcada pelo Legislativo, executivo e judiciário. É imprescindível perceber que temos um Poder, o estatal, dividido nessas três funções. De acordo com Ferreira Filho (2015):

A Constituição vigente, no que tange à separação dos poderes, pouco difere dos textos anteriores. Num ponto, entretanto, ela se destaca das demais, em ponto já assinalado de início, na medida em que inclui a separação dos poderes entre as matérias, cuja abolição não pode sequer ser objeto de deliberação, mesmo em sede de Emenda Constitucional (art. 60, § 3º) (FERREIRA FILHO, 2015, p. 9).

De acordo com Ferreira Filho (2015):

Na realidade brasileira, a separação dos poderes praticada é marcada pela preponderância do Executivo, isto é, do Presidente da República, isto é, do Executivo. Sem dúvida, a preeminência desse Poder é um fenômeno presente na atualidade, pelo mundo afora. Entretanto, essa preeminência não chega à proeminência que tem em nosso país. É verdade que isto não é de hoje, pois, nos anos 30 do século passado, um autor estrangeiro intitulou um livro de *Sua Majestade, o Presidente do Brasil*. [...]. Pode-se dizer que o Legislativo, enquanto poder de legislar e o Judiciário se expande. Sem dúvida, em tempo algum de nossa história, se deu tanta atenção a este Poder que se deve ser o mais discreto de todos [...]. O destaque atual do Judiciário vem das funções políticas que vem assumindo. Isto certamente é ensejado por instrumentos previstos na Constituição e pelas particularidades desta, entretanto, já foi muito além do que os constituintes ou os exegetas do texto de 1988 imaginaram. Ocorre uma “judicialização da política” que leva a uma “politização”, em mais de um sentido, do próprio Poder Judiciário[...] É imaginável que a judicialização da política importe num risco de politização do Judiciário. Chamado a apreciar questões políticas, o magistrado tende a deixar manifestar-se as suas convicções e seu senso moral. Aquelas podem desviar-se para o desiderato de favorecer uma ideologia, ou até um partido, este pode levá-lo a um papel de vingador do bem contra o mal. Perdoem-me a comparação, a fazê-lo sentir-se um super-herói (FERREIRA FILHO, 2015, p. 77- 79).

Na realidade brasileira, a Constituição de 1988 representou um verdadeiro marco ao promover significativas alterações no modelo de jurisdição constitucional, resultando em um marcante fortalecimento do STF, no qual tornou-se o guardião máximo da Constituição. Cada vez mais o STF passou a pronunciar-se sobre as mais variadas ou sensíveis temáticas, no tocante a questões de forte carga social, econômica, moral, religiosa e política. A Corte assumiu um protagonismo convertendo-se em um novo espaço público de deliberação.

É perceptível que a história do movimento Constitucional, marcada por intensas transformações, demonstra que até o fim da segunda grande guerra mundial a cultura jurídica era essencialmente voltada para um tom legicêntrico, de maneira tal que os programas políticos declarados nas constituições deveriam servir de inspiração para o legislador sem, todavia, haver

possibilidade de invocar o Judiciário para a defesa de direitos, ou seja, não se reconhecia nenhum papel importante do Judiciário na realização do conteúdo da Constituição.

Barroso (2005, p. 12) explica que essa mudança profunda na forma de interpretar as constituições pode ser vista a partir de dois aspectos, quais sejam, o filosófico e o teórico. Na quadra filosófica, destaca-se a superação de um modelo puro de ideias para um agrupamento difuso e abrangente, cujo rótulo genérico definido foi o de pós-positivismo. As novas reflexões acerca do direito e sua função social e interpretativa foram fundadas na crença de uma justiça universalmente válidas. Embora não desprezasse o direito posto, o chamado pós- positivismo buscou ir além da mera legalidade estrita pautando a aplicação do direito, doravante empreendendo uma leitura moral do ordenamento jurídico.

Na quadra teórica, o Ministro do STF enfatiza a expansão da Jurisdição Constitucional:

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais. Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com o Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polónia(1986). Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *Judicial Review*. O caso francês será objeto de menção à parte. No Brasil, o Controle de Constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal- abstrato e concentrado-, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controleconcentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (BRASIL, 2005, p.12).

No contexto acima exposto, o poder quase nulo, sendo, apenas, a mera “*boca que pronuncia as palavras da lei*”, consoante Montesquieu propugnava, o Judiciário emergiu a uma posição importante no modelo institucional do Estado contemporâneo, levando a afastar aquela leitura clássica da Separação de Poderes e os seus limites rígidos, cedendo espaço para análises e visões mais favoráveis ao ativismo judicial e a defesa dos valores constitucionais.

É preciso entender que, em certa medida se justifica, no Brasil, o ativismo judicial, em face daquelas situações de atuação em determinadas searas, tais como, proteção de minorias, tutela de direitos fundamentais e garantias de funcionamento da democracia, Sarmiento (2013, p. 114) adverte que:

Em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de auto-contensão judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito- como Economia, políticas públicas e regulação (SARMENTO, 2013, p. 114).

Por fim, arremata, tratando sobre a influência do neoconstitucionalismo no Brasil, o seguinte:

Enfim, o neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso, depositando no Judiciário expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória. Um dos efeitos colaterais deste fenômeno é a disseminação de um discurso muito perigoso, de que voto e política não são tão importantes, pois relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais realizada pelo STF. Daí a dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda (SARMENTO, 2013, p. 114).

Em sua ocorrência no Brasil, em primeiro plano, o ativismo judicial enfrenta problemas de ordem significativa, ou seja, o que de fato representa o termo ativismo judicial, em qual medida poderíamos afirmar que aquele juiz ou que determinada decisão seria ativista.

Não raras vezes, o termo é utilizado para desqualificar determinada decisão ou, ainda, um julgador em específico ou crítica recai sobre uma Corte Constitucional. Para Ronald Dworkin (1999, p. 452), o ativista ignoraria “*o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que procuram interpretá-la e as duradouras tradições da cultura política*”, ou seja, ignoraria tudo isso para, através do seu ponto de vista, impor aos outros poderes o que a justiça exige. Ressalta que os julgadores devem aplicar a Constituição através da interpretação, devendo as decisões ser ajustadas ao texto maior, e não a ignorar.

As críticas que são desferidas ao Judiciário, notadamente ao STF, sob o argumento de que houve violação ao princípio da Separação de Poderes, carece muitas vezes de esclarecimento quanto aos parâmetros técnicos adotados para tanto, uma vez que se apela genericamente ao princípio.

Decerto, não há, nada obstante, os diversos trabalhos já publicados no Brasil sobre o assunto, definição pacífica sobre quais seriam os limites da atuação judicial ou o real significado do termo ativismo judicial. Ao enfrentar o tema, sustentando que o critério de valoração das

decisões não pode ser uma concepção abstrata, dado que deve estar informada pela competência fixada na Constituição Branco (2013, p. 74), posiciona-se no seguinte sentido:

Dizer que é ativista uma decisão que destoa do esperado num sistema com Separação de Poderes é o mesmo que apenas iniciar o exame do problema, já que requer o passo seguinte, nem sempre dado, de se definir o sistema de Separação de Poderes que se está cogitando. [...] Assim, o que seria uma invasão do Judiciário ao Legislativo em algum outro país pode não ser no Brasil, dada a ordem de competências dessas esferas de Poder delineadas pelo constituinte pátrio (BRANCO, 2013, p. 74).

Há pesquisas que aventam a tese de que o STF não é ativista, porquanto buscaram analisar as mais variadas questões que lhe foram levadas, sem, todavia, ater-se a um tema específico.

Nesse sentido, dentre elas, destacando-se Flávia Santiago Lima (2014, p. 332), cujas análises restaram assim descritas:

Os resultados destas pesquisas sugerem, em linhas gerais, que o STF não é ativista, e mais, condicionado pelas demandas que lhe são dirigidas, sua atividade: a) concentram-se nos temas relacionados ao Direito Administrativo e não necessariamente à pauta constitucional de direitos fundamentais; b) tem como objeto preferencial a legislação estadual; c) ocupa-se de questões processuais, pois poucas são ações julgadas quanto ao mérito; d) as efetivas declarações de inconstitucionalidade correspondem a um baixo percentual das ações decididas. [...] Deste modo, a afirmação de que o STF é ativista, com amparo em decisões pontuais ou de uma percepção de sua atividade desgarrada de seus efetivos contornos, mais que colaborar, pode obstaculizar o debate. Compromete, ainda, o inevitável aspecto descritivo da Teoria Constitucional, a partir do qual constrói suas prescrições (LIMA, 2014, p. 332).

A hipertrofia legislativa; a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político-decisório (VERBICARO, 2008, p. 441) podem ser citadas como molas propulsoras dessa transferência de arena deliberativa. Dessarte, *“a judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição”* (FILHO, 2010).

Contudo, há uma grande batalha entre o Legislativo e o Judiciário, conforme menciona Mendes (2008):

Os excessos da teoria normativa, como vimos, produziram apoteoses da última palavra, batalhas imaginárias entre o juiz heroico e o legislador moralmente decaído, ou entre o juiz ideologicamente dissimulado e o legislador virtuoso e exemplar. Em outro nível, enxergou-se também um conflito entre os direitos fundamentais e a democracia, entre maiorias e minorias etc. Algumas teorias do diálogo, por sua vez, abaixam o tom e rejeitam uma disputa que aparenta ser ingênua. Fomentam a necessidade de escolher entre um e outro de modo excludente. Não se posicionam, necessariamente, sobre o modelo de melhor e de pior (MENDES, 2008, p. 168).

2.3 DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: UMA SOLUÇÃO PARA O STF NÃO ATUAR COMO CHAVE DA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA

Nas atuais democracias, o confiança depositava no judiciário, para garantir os direitos das minorias já não é mais a mesma. Contudo, diante da hipertrofia Legislativa e de sua mora na redemocratização, menciona Harbele (2006):

A expansão institucional da jurisdição constitucional e sua consequente politização são realidades incontestáveis dos sistemas políticos atuais. A autoridade de suas decisões perante os demais poderes e a sociedade atrai por essa razão, a apreensão de suas organizações não governamentais, partidos políticos, sindicatos e especialistas no sentido de tomarem parte nos processos que ocorrem perante os órgãos de jurisdição constitucional. O direito processual adotado vem, assim, admitindo cada vez mais a participação dos atores sociais e políticos das mais diversas matrizes nas questões suscitadas em sede de controle de constitucionalidade. Aos poucos, constrói-se um ambiente de legitimação política de algum modo semelhante ao processo legislativo. Politizam-se as práticas e os procedimentos. A abertura do processo constitucional atual é, segundo Harbele, exatamente onde o Parlamento falhou (LEAL, 2006, p. 100-101).

Mesmo diante da mora Parlamentar, deve-se entender que o Parlamento representativo é o mais próximo do ideal de democracia direta, sendo a maioria a decisão que versa sobre a moral e a igualdade e a mesma maioria é quem limita o poder. Percebe-se, no decorrer da discussão, argumentos favoráveis ou não, tanto em relação ao Parlamento, quando ao STF. Então, é imperioso perceber que, há duas correntes para quem deva realizar a interpretação constitucional. Temos a corrente da supremacia judicial e a corrente da soberania popular.

Com o passar dos anos, acadêmicos e estudiosos vem desenvolvendo inúmeras pesquisas a respeito do Ativismo Judicial e do risco de uma Juristocracia. Devido ao fato da mora Parlamentar, ocorrida em muitos países, a exemplo do Brasil, começou-se a estudar formas mais atuais de usufruto da Teoria dos Freios e Contrapesos, presente também na Constituição brasileira. O debate a respeito dos diálogos institucionais é bastante recente e permanece atual.

Conforme desenvolve Conrado Hubner Mendes (2008) em sua tese:

Foi somente em 1997, com um artigo seminal de Peter Hogg e Alison Bushell, que se inaugurou o debate canadense nos termos de “diálogos”. Os autores fizeram um levantamento empírico de todos os casos em que, nesses 15 anos, a corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei. Buscaram, então, verificar se houve e qual teria sido a reação do legislador (MENDES, 2008, p. 145).

No tocante aos estudos e questionamentos a respeito de qual função estatal daria a última palavra junto à tentativa de obtenção de soluções de questões sensíveis, é preciso buscar uma cooperação, através de um diálogo institucional. A melhor formula para a preponderância da teoria dos freios e contrapesos perdurar-se aos atuais sistemas constitucionais é através dos

constantes diálogos. Encontra-se, pois, a melhor forma de frear um poder que se sobrepõe perante o outro.

Segundo Conrado Hubner Mendes (2008):

[...] Cortes e parlamentos atuam em conjunto e dão respostas às respectivas miopias. Uma vez que se percebe que a corte não tem a última palavra, a principal preocupação não deve ser como limitar o poder judicial, e sim como a forma pela qual ele pode otimizar e reforçar a democracia. Lembra que teorias do diálogo não fornecem respostas certas para os casos difíceis de interpretação, mas despertam um processo no qual todos participam na busca dessa resposta. Recusa o monólogo da supremacia legislativa ou judicial. A corte não impede que o parlamento prevaleça, se este quiser, mas o induz a assumir a responsabilidade política e a apresentar justificativas aceitáveis para qualquer restrição a direito. Consegue-se, por meio dessa estratégia, aumentar o desempenho de ambas as instituições. O maior perigo para a democracia, segundo Roach, não seria o ativismo judicial, mas a deferência legislativa. Ativismo Judicial se responde, nesse sentido, com ativismo legislativo (MENDES, 2008, p.147).

Há uma grande preocupação por parte dos estudiosos encontrar formas de constranger o Ativismo Judicial, assim como contribuir para o fim da mora ao Parlamento. Também existe um grande cuidado quando a legitimidade e limites em que cada função possui, sendo elas típicas ou atípicas.

Para Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto:

A proposta por diálogos tem seu início teórico na separação das atividades pertinentes a cada ramo do Poder. Sob influência dessa ideia, a cisão clássica entre direito e política foi articulada da seguinte maneira: a esfera política seria determinada pela soberania popular e pelo princípio majoritário, enquanto a esfera jurídica seria determinada pela ideia de *rule of law* (primado da lei) e pela observância aos direitos fundamentais (Diálogos Institucionais: estrutura e legitimidade. *Institutional dialogues: structure and legitimacy* (CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

Cada vez mais é perceptível que há uma ligação entre os Diálogos Constitucionais e a ideia de Supremacia da Constituição. Para a Constituição permanecer no topo do Ordenamento Jurídico através de sua Supralegalidade e com isso adquirir sua Supremacia, é necessário pensar em diversas formas e teorias de diálogos.

Conforme Conrado Hubner Mendes (2008):

A interação é um fato, não uma escolha ou uma possibilidade. Não decorre da manifestação de vontade de um poder ou de algum dispositivo institucional específico, mas é consequência necessária da separação dos poderes. Mais, há um “diálogo silencioso” entre as instituições, conduzido de forma consciente ou não, que cabe ao teórico perceber e reconstruir[...]Uma teoria do diálogo precisa combinar a abordagem da separação dos poderes com alguma teoria sobre a decisão, tanto para cortes quanto para parlamentos. Diálogo nasce da conjugação de um desenho institucional e de uma cultura política. O desenho institucional cria incentivos para tipos diferentes de interação. Tais incentivos não determinam, contudo, o comportamento institucional isoladamente (MENDES, 2008, p. 159).

Ao fazer um paralelo histórico entre os diálogos institucionais e a Separação dos Poderes, menciona Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto:

Pensa-se, por isso, na contemporânea questão dos desenhos institucionais e não mais na simples replicação da fórmula da tripartição dos poderes. A criação de novas instâncias de poder não pode ser feita de maneira inadvertida sobre sua estrutura e suas diretrizes normativas, ou seja, seus poderes dentro do governo e suas finalidades. Ademais, tratar de um poder é também versar sobre seus limites, com a lembrança de que, em termos gerais, se a um poder é conferida determinada competência, aquilo que se espera é que venha a exercê-la para justificar a sua existência e sua continuidade, mas, além disso, devem-se considerar as possíveis consequências do mau funcionamento de determinada instituição. [...] Em substituição a uma leitura tradicional da separação dos poderes, a prática dos diálogos institucionais procura evidenciar pelo menos dois aspectos a respeito da formulação de decisões de casos controvertidos. Primeiro, as decisões, tomadas em qualquer um dos poderes, passam a ter um caráter *parcialmente* definitivo, pois, uma pode ter melhores condições que outra para lidar com o caso concreto em apreço. Destarte, do mesmo modo que o Legislativo costuma adotar um discurso político para a formação de consenso, o Judiciário precisa traduzir demandas políticas em termos jurídicos. Tais diferenças irão complementar o conjunto de discursos produzidos sobre o tema até o momento e conferir novas rodadas deliberativas sobre a matéria. Diálogos Institucionais: estrutura e legitimidade. *Institutional dialogues: structure and legitimacy* (CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

Durante muito tempo, os estudiosos debruçaram-se sobre quem daria a última palavra. A ideia dos Diálogos Institucionais pode ir além das Cortes. A última palavra oscila em caso concreto devido às circunstâncias democráticas.

Para Samuel Sales Fonteneles (2019):

Parte da doutrina constitucionalista sustentou que a última palavra deveria caber ao judiciário, enquanto um outro hemisfério de juristas defendeu que essa prerrogativa seria do Legislativo. Em comum, conforme anota Conrado Hubner, ambas as correntes “defendem que o circuito decisório possui um ponto final dotado de autoridade por meio de uma decisão soberana” (FONTELES, 2019, p. 14; 45).

Menciona Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto ao comentar a Ação Penal 606:

No julgamento sobre a perda do mandato de parlamentares, Questão de Ordem na Ação Penal 606, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 12.08.2014, Dje 18.09.2014, o Ministro afirmou que:

Por fim, a decisão aqui lançada, sem abdicar do papel próprio dos tribunais, que é a tutela de direitos, fez questão de abrir um diálogo institucional e respeitar a separação de Poderes. A solução aqui alvitrada decorre da interpretação sistemática e teleológica da Constituição e da legislação, mas é certamente inovadora, na medida em que se supre uma lacuna referente ao tratamento jurídico da desaposentação. Nessa linha, fixou-se um prazo de 180 (cento e oitenta) dias para o início de sua aplicação, facultando-se ao Legislativo e ao Executivo prover acerca da matéria, sanando a lacuna de maneira diversa, se assim entenderem (CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

É notório que a Suprema Corte brasileira – o STF – nunca excluiu para si a ideia de interpretação constitucional, até porque qualquer função que tenha legitimidade poderá e deverá fazê-la.

Diante disso, menciona Samuel Sales Fonteles (2019):

Conforme a célere e irônica frase atribuída a Nelson Hungria, o **Supremo Tribunal Federal tem “o supremo privilégio de errar por último”**. No HC 91361, o Ministro

decano Celso de Mello afirmou em seu voto que, na interpretação constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem “**o monopólio da última palavra**” [...] (FONTELES, 2019, p. 46).

De acordo com o EREsp 644.736/PE, Corte Especial, DJ 27.08.2007:

Sendo assim e **considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, podemos afirmar**, parafraseando a doutrina, **que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo aquele que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão-somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é**. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz os enunciados constitucionais (= **a constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é**), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são (EREsp 644.736/PE, Corte Especial, DJ 27.08.2007).

Ao mencionar esses julgados e até os próprios Ministros proporem os diálogos institucionais, percebe-se que ele está cada vez mais presente com a abertura da Jurisdição Constitucional. Ou seja, considera-se ultrapassado o debate de quem teria a última palavra ou se o STF seria ou não o guardião da Constituição. É preciso estabelecer novos mecanismos cooperativos. De acordo com Glauco Salomão Leite (2017):

No entanto, considerando que não é razoável, no âmbito de um Estado Constitucional, falar em instituição legítima de forma apriorística e em termos absolutos, discute-se em terceira via, baseada numa relação interorgânica entre jurisdição constitucional e instâncias majoritárias. Além disso, por mais que existam críticas contundentes contra a jurisdição constitucional, ao menos naqueles países onde esta prática já está consolidada, como é o caso do Brasil, é pouco provável que tais críticas sejam fortes o suficiente para haver uma redução substancial das competências ligadas à jurisdição constitucional, notadamente o controle de constitucionalidade das normas. Para se chegar a tal ponto, aliada a uma profunda descrença em relação aos juízes e Tribunais, teríamos que depositar boa dose de confiança nos atores políticos, situação que não parece se configurar no momento. [...] Por isso, em vez de se optar por um ativismo judicial excessivo ou por uma democracia *majoritária*, tem-se iniciado um profícuo debate sobre as teorias que rediscutem a supremacia judicial e que propõem um diálogo constitucional com os demais poderes. A metáfora “diálogo”, presente, em particular, nos debates entre acadêmicos norte-americanos e canadenses, servem para designar as possíveis relações a serem estabelecidas entre Cortes e Parlamentos na construção coordenada de significados constitucionais. Como ponto de partida, entende-se que nenhuma instância de poder possui a prerrogativa de se assenhorar da Constituição, assumindo o monopólio da sua interpretação. Esse pressuposto tem como consequência afastar posições tanto a favor da supremacia parlamentar, quanto da supremacia judicial. A virada para uma teoria dos diálogos tem sido apontada como um caminho equilibrado que, sem considerar a relevância da jurisdição constitucional, não lhe outorga um papel diferenciado e superior na concretização da Constituição, bem como permite resgatar a importância das instituições representativas, promovendo, ao final, uma reconciliação entre democracia e constitucionalismo. Como destacado por Mark Tushnet, o debate em torno dos diálogos institucionais se tornou uma questão central do pensamento constitucional contemporâneo acerca da jurisdição constitucional (LEITE, 2017, p. 214-215).

É imperioso perceber, portanto, que a corte protege determinadas condições em relação ao processo de formação da vontade democrática, protegendo mediante a corrente contramajoritária os direitos das minorias e impedindo a tirania dos direitos das minorias. A

corte age com Supremacia Judicial, analisa o caso concreto e o insere dentro da sua jurisprudência, além de ser menos falível em questões de princípios e está mais próxima da resposta correta, integrando o sistema democrático do Poder estatal, dividindo-o em três funções: executivo, legislativo e judiciário.

Contudo, segundo Samuel Sales Fonteles (2019), no que se refere a uma oposição entre a última palavra e os diálogos institucionais, observa-se por uma outra perspectiva a evolução histórica das instituições. Com isso, é permitido um olhar para dois momentos, ou seja, uma demanda imediata por uma decisão e sucessões de decisões ao longo do tempo. Por meio da Teoria da Separação dos Poderes, nota-se que esse curto e longo prazo não ocorre por uma instituição, mas pelas diferentes instituições em sua interação.

O diálogo entre as instituições ocorre pelo arquétipo institucional que o disciplina de maneira formal, e a cultura política que o levanta. A presente tese não se preocupa com engenharia institucional específica. Não é defendido um modelo de separação de funções e de revisão judicial, pois soluções universais não se adequam a casos concretos em países distintos. O desenho institucional, apesar de importante, para incentivar melhor padrão de interação entre as funções. No que se refere aos diálogos institucionais e a quem dá a última palavra, há um eco de tensão entre a soberania e a separação das funções estatais. Nas bases da separação dos poderes, a última palavra não era simplesmente uma questão que se colocava. A Constituição americana funciona como um marco teórico para a ideia da Separação dos Poderes na modernidade. Daí, os mecanismos de freios e contrapesos se apresentam na prática, o que ainda não estava presente e bem delineado na teoria de Montesquieu. De nada adianta a Constituição estabelecer seus limites em uma mera folha de papel, tendo sido esse o cerne dos Federalistas, a fim de garantir a liberdade (FONTELES, 2019, p. 172-176).

É imperioso perceber que ninguém é detentor da última palavra, pois ela não existe. Essa é uma frase de Hanna Pitkin e ao ser proferida, não foi discutida como ponto central a ideia da revisão judicial. Se colocar fora de contextualização, fecham-se algumas conclusões iniciais. A busca não refere-se a dispensar a última palavra, mas descobrir o seu papel e colocá-la em meio ao procedimento é uma escolha imprescindível. Tudo isso depende de que importância dar-se a última palavra provisória, em caráter especial, aquela que versa sobre direitos. A última palavra é uma parte da história e não a sua totalidade. Indaga-se o que mais importa e quais as consequências dessa provisoriedade. Tudo isso possui um grande ganho de conhecimento em seu entorno (FONTELES, 2019, p. 180-182).

Seria, então, o momento de pensar na Teoria dos Diálogos Institucionais como uma solução para resolver o impasse entre casos que deveriam ser debatidos na esfera parlamentar,

porém, não foram, devido a sua inércia, devendo o STF seguir o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição em que a própria Constituição Federal determina que o Judiciário não poderá afastar nenhuma lesão ou ameaça de direito.

O que é percebido é o fato da realidade constitucional necessitar de julgados constitucionais conforme o caso concreto, contudo, com a finalidade de ter sua eficácia tanto *inter parts* como *erga omnes* e para isso, devido à pluralidade e a relevância de determinados casos concretos, deve-se ponderar quando o direito entra em choque com outro, escolhendo, pois, o meio mais razoável para o caso. Passa-se a perceber a realidade social. Conforme o exposto, o direito não poderia ser uma ciência exata, devendo ser analisada as concepções políticas e sociais de cada caso concreto, considerando que essas são questões bastante sensíveis. Deve-se, pois, analisar que o melhor é buscar um diálogo institucional, pois segundo Leite (2017):

Ao invés de escolher um ativismo judicial realizado em excesso, ou uma democracia que enalteça as maiorias, deu-se início um intenso debate sobre as teorias em volta da questão da supremacia judicial e que vem propor um diálogo institucional entre as funções estatais. Os diálogos e suas nuances presentes entre os debates acadêmicos norte-americanos e canadenses ocorrem para fomentar relações entre Supremas Cortes e Parlamentos na construção Constitucional. Parte-se da ideia de que nenhuma instância pode agir em contrário a Constituição e assumir o papel de guardião. Tudo isso é favorável a afastar qualquer posicionamento em relação a Supremacia do Parlamento, como também qualquer posicionamento em relação a Supremacia Judicial. A grande questão da teoria dos Diálogos Institucionais vem desenhando um caminho equilibrado e em caso de não considerar a importância da Jurisdição Constitucional, não dar-lhe uma função diferenciada e superior para a garantia do que está presente na Constituição; assim como busca enaltecer as instituições representativas, o que assegura uma reconciliação entre o sentido da Democracia e do Constitucionalismo. Assim, mesmo descartado por Mark Tushnet, o debate a respeito da Teoria dos Diálogos Institucionais tornou-se uma questão central e de grande importância no pensamento Constitucional na era da contemporaneidade, no que se refere a Jurisdição Constitucional (LEITE, 2017).

Para Mendes (2008):

Há diálogo ou última palavra? Por meio dos conceitos de “rodada procedimental” e “última palavra provisória”, tentei encontrar uma saída intermediária e conciliatória. Se diálogo é uma perspectiva importante, qual diálogo é mais desejável na democracia? Para responder a esta pergunta, o presente capítulo conceberá “modelos de diálogo” que variam conforme o “desempenho deliberativo” de cada instituição, conceitos que aparecerão adiante. Sustento que a interação deliberativa entre os poderes tem um potencial epistêmico, ou seja, maior probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais ao longo do tempo[...] (MENDES, 2008, p. 190).

É imperioso perceber, portanto, que no tocante a última palavra, a mesma não existe. Temos, pois, uma última palavra provisória que oscila de acordo com o caso concreto. Sabe-se que o STF atua com a proteção efetiva dos direitos tanto por via incidental quanto por via concentrada. Contudo, para evitar tanto que decisões sensíveis sejam julgadas só na esfera judicial, como também o Legislativo incorra em mora, contribui-se com a teoria dos Diálogos

Institucionais. Considera-se um avanço, pois sai-se do combate entre as funções estatais para um processo mais cooperativo.

2.4 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: BRASIL E AMÉRICA LATINA

Além de estudar a separação dos poderes e a Teoria dos Diálogos Institucionais, achou-se interessante versar o presente estudo abrindo um tópico para os freios e contrapesos os diálogos institucionais na América Latina em países presidencialistas.

Para Gargarella:

Com todos sus problemas, el modelo los frenos y contrapesos encerraba em su interior una serie de mecanismos atractivos, que apuntaban a asegurar um mecanismo de balances em el ejercicio del poder. El esquema del equilibrio representaba una propuesta propia del liberalismo de la época, que tomaba como principal consigna la de evitar los graves males que asociaba com las concepciones rivales: la tirania y la anarquia. El liberalismo se presentaba entonces como la única opción sensata- una opción intermedia- entre dos concepciones alternativas, a lasque consideraba proclives a los excesos. Más precisamente, el mismo se oponía tanto a los excesos de “uno” (el rey, el caudillo, el presidente autoritário o todo- poderoso), como a los excesos de los “muchos” (las facciones mayoritarias, las masas desbocadas, las mayorías sin limites) [...] Em América Latina, la disputa política y constitucional tendió a seguir caminos similares a los descriptos, aunque exagerados em algunos de sus términos fundamentales. Em parte, la ausencia de uma estructura institucional de base, capaz de organizar mejor la disputa pública, provocaba que, em América Latina, los conflictos tendieran a tomar versiones más extrema [...] Para buena parte de la dirigencia latino-americana, eventos tales comola Revolución Haitiana que culminara em 1804- la primera y muy cruenta revolución de los esclavos negros- o los excesos y violaciones del orden y la propiedad, cometidos por masas desarropadas, tanto en Venezuela (1814) como em El Paríán, de México, constituían ejemplos claros de las graves implicaciones deljacobinismo igualitário em América Latina. Para muchos dirigentes lationamericanos que em este sentido parecían seguir las enseñanzas madisonianas- tales eventos ratificaban el hecho de que las pasiones tendían a tomar el lugar de la razón, sobre todo en situaciones en donde actuban las “multitudes” (GARGARELLA, 2018, p. 13-14).

Percebe-se que a realidade Constitucional na América Latina não é tranquila. Isso refere-se a muitas mudanças que ocorreram com durante anos, o que transformou a relação existente entre a Separação dos Poderes, independência entre eles e os freios e contrapesos. Têm-se por conclusões gerais em relação ao momento e que entram em vigência essas Constituições. A maioria dos países da América Latina possuem um predomínio Legislativo. Esses países na América Latina ao formarem conjunto com aqueles países em que apresentam uma equilibrada separação das funções estatais, representa um número de 69, 3% na totalidade de países que possuem em sua característica o Presidencialismo. Esse predomínio do Parlamento ocorre por teorias relacionadas ao enaltecimento da representação política, a fim de criar leis. Todavia, o equilíbrio é o que se almeja para uma melhor teoria da separação das funções estatais. Entretanto, há casos paradigmáticos que diferem do que estabeleceu as teorias normativas, a

exemplo do Brasil, México e Chile. Com isso, nota-se que determinadas questões relacionadas aos problemas entre as instituições tem o dever de serem superados para o aperfeiçoamento do processo democrático (p. 97. A Separação de Poderes em Países Presidencialistas: A América Latina em Perspectiva Comparada (GROHMANN, 2001).

No tocante aos diálogos Institucionais entre o México e o Brasil, menciona Saul Tourinho Leal:

Falando sobre “Diálogos Institucionais” a partir da prática de diferentes Supremas Cortes e Cortes Constitucionais, Gargarella, trouxe quatro modelos inovadores cuja relevância em seus países, segundo o professor, foi do êxtase à descrença: 1) *Notwithstanding Clause* (cláusula do não-obstante) no Canadá; 2) *Meaningful engagement* (engajamento significativo) na África do Sul; 3) *Prior consultation* (consulta prévia) na Colômbia; e 4) *Public Hearings* (audiências públicas) no Brasil¹, Argentina e México.

Esses institutos, ao abrirem a jurisdição constitucional a atores diversos, ou ainda, ao entregarem a outros poderes- no caso, o Parlamento canadense- a última palavra quanto a certas matérias decididas pela Suprema Corte, estariam, no sentir de Gargarella, inovando no *Judicial review* e, com isso, permitindo que certos experimentalismos pudessem revestir essas esferas de poder de elementos outros àqueles que lhe são tradicionalmente reconhecidos, como o déficit democrático combinado com o caráter contramajoritário. Seria uma inovação interessante (TOURINHO LEAL, 2017).

Há um grande desafio a ser enfrentado no Brasil quanto a crise do sistema democrático. A disputa entre o Legislador moralmente decaído e o Juiz Heroico proposto na tese de Conrado Hubner Mendes tem gerado uma verdadeira crise institucional na engenharia da Separação dos Poderes.

Em uma democracia jovem, entretanto, turbulenta, é preciso estruturar uma contribuição para que as funções estatais atuem em colaboração. Deve-se, pois, adaptá-la a Constituição Federal e ao sistema democrático brasileiro.

No tocante a última palavra, entende-se que ela não existe. Temos uma última palavra provisória que oscila de acordo com o caso concreto. Não é correto pensar que o STF dá a última palavra ou que depois essa suposta última palavra seria derrubada por demais funções estatais. Ela é uma palavra, mas não a última.

Com a finalidade de evitar a eterna divergência entre o Legislativo e o Judiciário, contribui-se com os diálogos institucionais e um modelo de separação mais cooperativo, buscando a efetividade do objeto do Direito Processual Constitucional em seu estudo dos Tribunais Constitucionais, seus membros e sua vitaliciedade e inamovibilidade, o Controle de Constitucionalidade e suas Ações Constitucionais, assim como os Remédios Constitucionais para a garantia das Liberdades Individuais.

2.5 OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS, A SUPREMACIA DA CORTE NORTE AMERICANA E O JUDICIAL REVIEW

Consoante já explicado, a proposta da pesquisa é responder se o STF, no Brasil, deixou de ser um poder enfraquecido para igualar-se aos demais- Legislativo e Executivo - ou transformou-se em um “Quarto Poder”, em substituição ao antigo Poder Moderador. Para isso, deve-se buscar se a ele cabe a última palavra como guardião da Constituição Federal brasileira ou se funciona como um revisor, moderador, entre as demais funções do Estado.

Como ressalta Dantas (2010):

Analizados em capítulo anterior desde livro os conceitos de jurisdição e sua unidade, e instituindo em que Jurisdição e Processos Constitucionais são realidades distintas, uma interessante e fundamental questão pode ser, de logo, levantada, a saber: O Tribunal ou Corte Constitucional é um quarto poder ou controlador dos três poderes? A questão, não é tão simples, pois envolve, inclusive, a Tradicional Teoria Tripartite do Poder, de transição Multissecular (DANTAS, 2010, p. 205).

No que se refere ao Tribunal Constitucional, o primeiro que é reconhecido pela história foi criado em 1920, na Áustria, inspirado por Hans Kelsen. No ano de 1947 passou a existir na Itália, em 1949 na Alemanha. Na Espanha e em Portugal houve o seu ressurgimento nos anos 70 do século XX.

A pesquisa buscou uma análise, ainda, sobre a supremacia da Corte Americana no mundo e a inspiração para a atuação do STF e o fenômeno do Ativismo Judicial, tentando demonstrar que esse ativismo é uma realidade, independente de positiva ou negativa. E expressão Ativismo Judicial é polissêmica, mas o que deve acontecer é estabelecer limites para atuação do STF. A priori, para entender essa atuação, remete-se ao estudo da Suprema Corte Americana. De acordo com Campos (2016):

Como o próprio Schlesinger reconheceu, o Ativismo Judicial diz com disputas mais antigas sobre os limites da atuação da Suprema Corte norte-Americana [...]. Decisões da Corte podem ser identificadas como ativistas desde os primórdios da prática da *Judicial Review* e algumas são tão relevantes que transformaram não só o perfil da Suprema Corte, mas também a sociedade norte- americana. Aqui me refiro às decisões de *Marbury vs. Madison*, *Dread Scott v. Sandford* e *Lochner vs. New York*, exemplos clássicos e complexos do ativismo judicial pré-histórico na Suprema Corte (CAMPOS, 2016).

Já a respeito do Supremo Tribunal Federal Brasileiro e sua atuação, destaca Flávia Santiago Lima:

É importante ressaltar que o STF, como “guardião da Constituição”, concilia o exercício do complexo controle abstrato com a revisão judicial no controle difuso, que o converte numa “terceira instância judicial” – como usualmente o órgão é denominado dentre os juristas de profissão. Tudo isto sem prejuízo das amplas competências ordinárias, decorrentes do extensivo rol do art. 102 da CF/88. Distingue-se de “outras cortes constitucionais”, especialmente quando se compara as normas estabelecedoras de suas competências- os arts 102 e 103 da Constituição (LIMA, 2014, p. 229).

Ainda segundo Flávia Santiago Lima (2014):

Em outras democracias constitucionais, as competências previstas no art. 102 da CF/88 seriam distribuídas em três formatos de instituições judiciais: Tribunais Constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos em última instância. Ademais, a previsão do art. 60, §4º, permite ao STF afirmar deter a “última palavra” sobre temas constitucionais ... (LIMA, 2014).

É imprescindível ter-se em conta que o judiciário brasileiro e o exercício da Jurisdição Constitucional vêm ganhando tamanha importância no Brasil, assim como na esfera global. Esse fenômeno ocorre por diversos fatores, a exemplo da Judicialização da Política, dos mecanismos de Jurisdição Constitucional estabelecidos na Constituição de 1988, o Neoconstitucionalismo, a Dignidade da Pessoa Humana como carga axiológica e o STF e sua corrente Contramajoritária.

2.6 O LEGISLADOR NEGATIVO E A CORRENTE CONTRAMAJORITÁRIA

Em uma breve análise, a pesquisa busca estudar os contextos históricos das constituições do século XX e suas devidas exigências de uma prestação de serviço das funções pelo Poder Estatal. Para isso, as Constituições deveriam ser cartas que tinham por finalidade a garantia da organização e estrutura dos Poderes Estatais, assim como a mesma deveria ser dotada de Supralegalidade e Imutabilidade Relativa.

Para Ivo Dantas (2012):

Neste sentido portanto, pode-se dizer que *A Constituição é a Positivação do Direito*, que por sua vez, nutrirá a Ideologia Constitucional daquele momento, visto que cada sociedade, em cada momento histórico, tem seus valores que são transformados em normas de direito positivo que, caracterizadas por uma Supremacia, inserem-se na Constituição, enquanto esta própria, para lhes dar eficácia, marca-se com os elementos da *Supralegalidade e Imutabilidade Relativa*. Em consequência destes dois últimos elementos, é que se explicam os institutos do Controle de Constitucionalidade das Leis e Atos (inclusive jurisdicionais) e o Poder de Reforma (Manifestado pela Revisão e/ou Emendas Constitucionais (DANTAS, 2012, p. 34).

É a partir daí que, garante-se uma Supremacia Constitucional, com a finalidade de expurgar do Ordenamento Jurídico as normas que estavam em desacordo com a Magna Carta, como também sua função teria no século XX, ainda de maneira tímida, o surgimento de instrumentos que tinham a finalidade de sanarem essas condutas omissivas.

Segundo Hans Kelsen (2006, p. 246):

Por várias vezes se fez notar a particularidade que possui o direito de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se de forma a que uma norma apenas determine o processo por que a outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado ainda- em certa medida- o conteúdo da norma a produzir [...] essa outra norma representa o Fundamento de Validade daquela [...]. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo determinação legal daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de norma jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas uma ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato

de a validade de uma norma [...] até abdicar finalmente a norma fundamental (KELSEN, 2006, p. 246).

É diante dessa perspectiva que surge a Teoria da Pirâmide, na qual a norma fundamental encontra-se no topo do Ordenamento Jurídico e que a partir da Supremacia advinda da Supralegalidade e da Imutabilidade Relativa surge o controle de constitucionalidade como uma das maneiras de firmar os dispositivos no Ordenamento Constitucional.

A partir do embasamento na teoria da pirâmide, a Magna Carta estaria no topo do ordenamento jurídico e para isso, precisava-se de um controle que retirasse desse ordenamento toda norma não estaria de acordo com o que estava positivado nela. Daí surge o Controle de Constitucionalidade no Ordenamento Jurídico, com a finalidade de garantir: a supremacia do texto constitucional, a rigidez constitucional, a presunção absoluta de constitucionalidade das normas originárias, a presunção relativa de constitucionalidade das normas constitucionais derivadas e das normas infraconstitucionais, garantindo sua força normativa.

O Controle de Constitucionalidade deve ser realizado pelos Tribunais Constitucionais, ou seja, tribunais específicos para a guarda dessa constituição e para a retirada das normas em desacordo com ela. Esse Controle teve origem na Jurisdição Constitucional Concentrada, tendo por precursor o doutrinador Hans Kelsen. Com isso, o Controle de Constitucionalidade deveria ser realizado por esses juízes togados de legislação negativa. O Tribunal Constitucional seria o Legislador Negativo, ou seja, o dogma de que não poderia criar leis, não poderia inovar, deveria agir com base na lei positivada, apenas.

Em razão de toda amplitude quanto a Jurisdição Constitucional, há uma grande controvérsia se diante desse monopólio da Suprema Corte brasileira – o STF – através dos instrumentos de Jurisdição Constitucional Concentrada estaria agindo, ainda, como Legislador Negativo, ou se estaria agindo como um “quarto poder” o Moderador.

Outro debate refere-se ao STF, contudo, agir não como intromissão de um órgão em relação ao outro, mas sim realizando o que teria por legitimidade dada pelo Constituinte Originário de 1988. Nessa toada, realizaria, pois, o Controle de Constitucionalidade, agindo pelo princípio da divisão dos poderes, devendo haver, de maneira harmônica o controle recíproco entre o Legislativo, executivo e judiciário. “Dever-se-ia tratar do tema como divisão dos poderes” e não como princípio da “separação dos poderes”, de sorte a permitir o controle recíproco entre os poderes, garantindo um equilíbrio constitucional, na medida em que não se permitiria a concentração excessiva de poderes em um único órgão e se preservaria a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos. Nessa ótica, a instituição da jurisdição

constitucional seria a própria afirmação do princípio da divisão dos poderes (GUIMARÃES; SILVARES, 2016, p. 43).

O Tribunal Constitucional tem como função quanto às leis e os atos normativos, devendo respeito à hierarquia e a distribuição de competências, respeitando-se as divisões dos poderes. Diante do dogma do “Legislador Negativo”, a teoria de Hans Kelsen tem embasamento de que o Tribunal Constitucional, ao eliminar as leis, seria um órgão com força legislativa, porém, negativa. É imprescindível o entendimento de que o ordenamento jurídico de um Estado funciona, segundo Hans Kelsen, como uma pirâmide, encontrando-se a Constituição Federal em seu topo e qualquer norma que não converge com a Magna Carta deve ser extirpada do Ordenamento Jurídico.

Cabe a Constituição Federal a disciplina, a estruturação, a organização e a delimitação dos poderes. Segundo a tão famosa obra Teoria Pura do Direito, do professor Hans Kelsen, deve existir a célebre teoria piramidal em que o texto constitucional ocupa o topo e que as normais infraconstitucionais têm por dever estarem em conformidade com as diretrizes e princípios e aos comandos emanados pela Constituição.

2.7 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ATIVISMO JUDICIAL

A temática do Ativismo Judicial surgiu do debate quanto a legitimidade dos Tribunais Constitucionais em seus julgados. Vê-se até que limites a atuação dos juízes togados estariam no âmbito jurídico ou seriam meros discursos dentro de um campo em que a política prepondere o Direito. Seus primórdios ocorreram nos Estados Unidos, surgindo através de conflitos ideológicos, políticos, sociais e culturais que envolviam decisões consideradas ativistas pelos críticos da época. Isso acarretou o usufruto dos direitos fundamentais e uma interpretação não mais em conformidade com a literalidade constitucional, tentando acabar com o vácuo deixado pelo parlamento e pelo executivo. Tudo isso possui a devida finalidade de garantir a Supremacia normativa da Magna Carta.

A atuação dos Tribunais Constitucionais, que para a época era considerada ativista, desempenhou um começo de uma nova era, em que de maneira contramajoritária, favoreceu o direito das minorias, que até então ficavam a cargo dos daqueles legitimados por um processo eleitoral, onde prepondere o direito das majorias. A terminologia “Ativismo Judicial” gerou tremendas controvérsias, graças ao entendimento de que o judiciário não poderá ir além das funções típicas. Foi surgindo dúvidas a respeito do surgimento de um Tribunal Legislador,

que ao decidir conforme interpretações constitucionais de cada juiz togado, poderiam criar espaços dentro das lacunas para uma possível quebra da atuação típica de Legislador Negativo.

Ao traçar um momento em que surgiu o Ativismo Judicial, há embasamento histórico que foi no ano de 1947 na revista “*The Suprema Court*” que o “*Judicial Activism*” começou a desempenhar de maneira singela e gradual toda a inauguração de uma era rica em estudos, decisões judiciais inovadoras e divergências na doutrina. Neste contexto, havia uma indefinição do que seria Ativismo Judicial e seu caráter positivo ou pejorativo.

Nos anos 50 do século XX foi devido ao Ativismo Judicial que o judiciário exerceu um significado de atuação contramajoritária ao defender os direitos das minorias nos Estados Unidos. A atitude do Tribunal Constitucional tornou-se cada vez mais protagonista, como também polêmica para as tradicionais funções estatais da época. Nessa toada, passou-se a indagar se política e direito distinguiram-se ou passariam um ser gênero e o outro espécie. As inovadoras decisões servindo de base para a formação de políticas de combate à desigualdade social decorrente de sexo, etnia, religião e quaisquer outras discriminações.

Foi no ano de 1964 que entraram em vigor leis cujos dois objetivos principais eram os programas de incentivo a educação e a saúde, como também ao fomento da economia, a fim de prestar serviços de combate a marginalidade.

Ao relatar o apogeu da crítica em torno do Ativismo Judicial, os anos 50 do século XX foram marcados por uma indefinição se a terminologia possuía um caráter positivo ou pejorativo. Foi nessa mesma época que a Corte Constitucional americana exerceu forte atuação e foi considerada inovadora na defesa dos direitos das minorias sociais e raciais. Foi posto em prática ações afirmativas com finalidade de combater as discriminações de sexo, raça, etnia e religião.

No tocante as raízes históricas “A primeira vez que foi utilizada a terminologia Ativismo Judicial foi através do historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr.” (CAMPOS, 2014, p. 43). Em seu artigo para *The Supreme Court* no ano de 1947, foi analisado os juízes nomeados pelo presidente Roosevelt como ativistas devido a atuação da defesa dos direitos das minorias, juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade, juízes que defendiam uma restrição com base na lei, uma autorestrição e juízes que representavam o equilíbrio, um diálogo entre o ativismo e a autorestrição da Suprema Corte.

O historiador classificou o juiz Hugo Black como representante do Ativismo Judicial e o juiz Felix Frankfurter como representante da teoria da Autocontenção Judicial. Ambos são classificados como principais símbolos intelectuais das demais condutas já mencionadas. A temática que versa sobre o Ativismo Judicial teve seus primórdios apenas para diferir do

significado da Autocontenção. Quanto a atuação ativista da Suprema Corte Americana, classificava-se de ativista aquele que tinha por finalidade a promoção das transformações sociais, com embasamento de que não há linha rigorosa quanto ao direito e a política. A linha da Autocontenção é que política e direito se diferem de uma forma que a política não deve ser judicializada, não tendo o juiz togado caráter majoritário e não poderia atuar como legislador positivo.

O Ativismo Judicial começou a ser posto em prática desde o *Judicial Review*. Analisa-se, pois, decisões quanto à diferença entre Ativismo Judicial e a Autocontenção por questões tanto políticas, como também ideológicas e estratégicas. É citada e engrandecida pela doutrina a criação do Judicial Review a decisão de Marbury vs. Madison. Há, ainda, decisões que são criticadas pela história, sendo dada a elas a categoria de decisão retrógrada ou até mesmo uma barbárie, haja vista que as minorias tiveram seus direitos restritos. Surgia então a dúvida se o Ativismo Judicial era benéfico ou danoso, e as respostas ainda encontram seu ponto de divergência.

A decisão de Dread Scott vs. Sandford ao firmar o constitucionalismo da escravidão, no período em que voltou a exercer a judicial review e ao declarar inconstitucional uma Lei Federal. Foi à decisão em que ocorreu a invalidação dessa Lei Federal que proibia a escravidão, por violação ao devido processo legal material ao tentar desconstruir a tese de queo escravo era considerado propriedade, devendo submissão ao senhor de engenho, que era considerado seu dono. Isso ocorria pelo fato de as constituições não garantirem, naquela época, o gozo da cidadania aos escravos. Por isso, era inválida qualquer medida legislativaque ao menos tentasse a mudança do *Status quo*. O que ocorreu é que a Suprema Corte decidiu com uma visão tradicionalista. Essa foi a mais infame de toda a história, motivo para críticas da doutrina contrária ao Ativismo Judicial.

Até então, não se tinha posto em questão o quão danoso seria esse ativismo para erradicar direitos fundamentais. Por fim, há a decisão conhecida como caso Lochner, baseada na criminalização do excesso de trabalho da jornada de pedreiros que ultrapassassem sessenta horas semanais ou as dez horas diárias, garantindo o direito social ao trabalho sem a exploração, assim como os fundamentais da vida e da dignidade da pessoa humana. Com essa decisão, vale ressaltar a legitimidade do Parlamento para a garantia dos direitos dos trabalhadores e a criação da norma em torno da proteção do trabalhador e uma abertura para aliberdade contratual dos empregadores.

2.8 SURGIMENTO DA TERMINOLOGIA E SUAS DIVERGÊNCIAS

Ao vencer todos os primórdios em que permeiam a atuação da Suprema Corte Americana em suas condutas consideradas ativistas por grande parte da doutrina, deve-se lembrar que a temática Ativismo Judicial possui uma abordagem extremamente complexa quanto a sua terminologia. Deve-se, a priori, superar a problemática da indefinição conceitual, devido a seu sentido tanto positivo, por finalidade de garantir os direitos das minorias, geralmente não abarcados pelo Parlamento ao utilizar-se das garantias de legislador para atuar de forma majoritária, quanto sua terminologia em sentido pejorativo, ao relacionar-se com a dimensão ativista.

É imperiosa a percepção de que é prevalente a ideia pejorativa quanto a sua definição. Isso ocorre pelo fato de sua crítica referir-se aos limites desse ativismo e da ameaça à democracia e ao princípio da separação dos poderes, haja vista que há controvérsia se o Ativismo Judicial ocorre em garantia ao bem estar social ou seria um protagonismo do judiciário, ao acarretar por consequência a prevalência dos tribunais em detrimento dos outros poderes. Seria, pois, na concepção pejorativa do termo, uma forma branda para o judiciário atuar com excessos judiciais e garantir a supremacia perante outros poderes.

Existe uma boa parte da doutrina que advoga que as cortes atuam a fim de garantir liberdade, igualdade e direitos. Com isso, diante da inércia ou abuso de poder por parte dos atores políticos e em prol de um melhor diálogo entre instituições, ocorrendo uma omissão, teria a possibilidade dela ser sanada. Todavia, é preponderante a doutrina que critica o Ativismo Judicial, entendendo serem os juízes ativistas arbitrários.

A história Constitucional é marcada por intensas transformações, o que demonstra o fato de até o fim da segunda grande guerra mundial a cultura jurídica era voltada ao caráter legicêntrico. Ou seja, de maneira tal que os programas políticos declarados nas constituições deveriam servir de inspiração para o legislador sem, todavia, haver possibilidade de invocar o Judiciário para a defesa de direitos. Contudo, não se reconhecia nenhum papel importante dos Tribunais na realização do conteúdo da Constituição a nível de judicialização de políticas. O que ocorria era que os Tribunais Constitucionais se restringiam a tentativa de um direito em sua pureza e em uma letra fria da lei, embasado no positivismo jurídico. Conforme eram analisadas suas decisões, era de fácil percepção a falta de observância ao caso concreto, a realidade material e seus entornos, a exemplo da política, sociologia, filosofia e economia.

Sarmiento (2013, p. 112) explica que, durante o regime nazista, percebeu-se que as maiorias políticas poderiam perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, por conseguinte, as

novas Constituições precisaram incorporar ao novo arranjo institucional mecanismos refinados de proteção e garantias dos direitos fundamentais em face do legislador.

Com efeito, a guinada interpretativa que alavancou as constituições atribuindo supremacia formal e material, demandou do Judiciário uma interpretação abrangente e extensiva das normas constitucionais, desaguando no fenômeno conhecido como constitucionalização da ordem jurídica, o que expandiu a influência das constituições nos demais ramos do direito (SARMENTO, 2007, p. 88).

Para além, a evolução do espaço tradicional ocupado pelo Judiciário, deixando para trás o sentido de *legislador negativo* cunhada por Kelsen, está vinculada a “*abertura semântica das constituições, em sua contemplação principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais*” (TAVARES, 2012, p. 66).

Com o reconhecimento da sua força normativa, do caráter obrigatório e vinculativo das suas prescrições, ou seja, da imperatividade que é atributo das normas jurídicas, como já dito, houve a necessidade de iniciar mecanismos próprios de coerção.

Luis Roberto Barroso (2005, p.12) explica que essa mudança profunda na forma de interpretar as constituições pode ser vista a partir de dois aspectos, quais sejam, o filosófico e o teórico. Na quadra filosófica, destaca-se a superação de um modelo puro de ideias para um agrupamento difuso e abrangente, cujo rótulo genérico definido foi de pós-positivismo. As novas reflexões acerca do direito e sua função social e interpretativa foram fundadas na crença de uma justiça universalmente válidas. Embora não desprezasse o direito posto, o chamado pós-positivismo buscou ir além da mera legalidade estrita pautando a aplicação do direito, doravante empreendendo uma leitura moral do ordenamento jurídico.

Na quadra teórica, o Ministro do STF enfatiza a expansão da Jurisdição Constitucional:

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais. Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982) e também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia

(1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*. O caso francês será objeto de menção à parte. No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (BARROSO, 2005, p. 12).

No contexto acima exposto, o poder quase nulo, sendo, apenas, a mera “*boca que pronuncia as palavras da lei*”, consoante Montesquieu propugnava, o Judiciário emergiu a uma posição importante no modelo institucional do Estado contemporâneo, levando a afastar aquela leitura clássica da Separação de Poderes e os seus limites rígidos, cedendo espaço para análises e visões mais favoráveis ao ativismo judicial e defesa dos valores constitucionais.

2.9 O BRASIL EM ANÁLISE: ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA

Conquanto entenda que em certa medida justifica-se que, no Brasil, o ativismo judicial, em face daquelas situações de atuação em determinadas searas, tais como, proteção de minorias, tutela de direitos fundamentais e garantias de funcionamento da democracia.

Daniel Sarmento (2013, p. 114) adverte que:

Em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de auto-contenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço políticos, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito – como Economia, políticas públicas e regulação (SARMENTO, 2013, p. 114).

É perceptível, por fim, a análise sobre a influência do neoconstitucionalismo no Brasil:

Enfim, o neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso, depositando no Judiciário expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória. Um dos efeitos colaterais deste fenômeno é a disseminação de um discurso muito perigoso, de que voto e política não são tão importantes, pois relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais realizada pelo STF. Daí a dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda (SARMENTO, 2013, p. 114).

O Ativismo Judicial no contexto brasileiro enfrentou grandes problemáticas de ordem significativa, ou seja, ainda a questão da indefinição conceitual ou terminológica. Isso refere-se ao que de fato representa o termo ativismo judicial, em que medida pode-se considerar que determinada decisão é ou não ativista? Neste plano de discussão, poderia o Ativismo Judicial ser considerado pejorativo, em caso de não ser adaptado a realidade fática.

É bastante comum, a utilidade do termo para desqualificar determinada decisão ou, ainda, um julgador em específico ou a crítica recai sobre um Corte Constitucional. Para Ronald Dworkin (1999, p. 452), o ativista ignoraria “*o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que procuraram interpretá-la e as duradouras tradições da cultura política*”, ou seja, ignoraria tudo isso para, através do seu ponto de vista, impor aos outros poderes o que a justiça exige. Ressalta-se que os julgadores devem aplicar a Constituição através da interpretação, devendo as decisões ser ajustadas ao texto maior, e não a ignorar. Contudo, somente em caso concreto, pode-se verificar se os julgadores a ignoraram, ou simplesmente interpretaram o contexto da norma a realidade concreta. A questão do Ativismo Judicial deve ser observada em cada decisão, como também nas características de cada Corte Constitucional, ou ainda, sendo mais específico, nos votos de cada Juiz.

As críticas que são desferidas ao Judiciário, notadamente ao STF, sob o argumento de que houve violação ao princípio da Separação de Poderes, carece muitas vezes de esclarecimento quanto aos parâmetros técnicos adotados para tanto, uma vez que se apela genericamente ao usufruto dos princípios. Decerto, não há, nada obstante os diversos trabalhos já publicados no Brasil sobre o assunto, definição pacífica sobre quais seriam os limites da atuação judicial ou o real significado do termo ativismo judicial. Ao enfrentar o tema, sustentando que o critério de valoração das decisões não pode ser uma concepção abstrata. Deve-se sair do plano da indefinição conceitual do termo e aplicá-la na prática, na análise concreta das decisões dos Tribunais brasileiros. Dado que deve estar informada pela competência fixada na Constituição.

Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 74), posiciona-se no seguinte sentido:

Dizer que é ativista uma decisão que destoa do esperado num sistema com Separação de Poderes é o mesmo que apenas iniciar o exame do problema, já que requer o passo seguinte, nem sempre dado, de se definir o sistema de Separação de Poderes que se está cogitando. [...] Assim, o que seria uma invasão do Judiciário ao Legislativo em algum outro país pode não ser no Brasil, dada a ordem de competências dessas esferas de Poder delimitadas pelo constituinte pátrio (BRANCO, 2013, p. 74).

Para que isso ocorra, verificam-se os entornos do Ativismo Judicial na esfera brasileira, não importando os modelos do Ativismo Judicial dos outros países para essa realidade social. Deve-se usar sim como plano de estudo, raízes históricas ou comparações de modelos, todavia, não aplicar a realidade do que seria Ativismo Judicial de um país para outro. Seria implantado, neste caso, um modelo de estudo, comparações ou decisões não adaptáveis à realidade brasileira. O que seria uma usurpação de poderes em um país, poderia estar dentro das funções atípicas ou até típicas do judiciário de outro país.

Há pesquisas que aventam a tese de que o STF não é ativista, porquanto buscaram analisar as mais variadas questões que lhe foram levadas, como já foi dito, cada decisão e cada caso concreto, sem, todavia, ater-se a uma temática específica. Nesse sentido, dentre elas, destaca-se Flávia Santiago Lima (2014, p. 332), cujas análises restaram assim descritas:

Os resultados destas pesquisas sugerem, em linhas gerais, que o STF não é ativista, e mais, condicionado pelas demandas que lhe são dirigidas, sua atividade: a) concentra-se nos temas relacionados ao Direito Administrativo e não necessariamente à pauta constitucional de direitos fundamentais; b) tem como objetopreferencial a legislação estadual; c) ocupa-se de questões processuais, pois poucas são ações julgadas quanto ao mérito; d) as efetivas declarações de inconstitucionalidade correspondem a um baixo percentual das ações decididas. [...] Deste modo, a afirmação de que o STF é ativista, com amparo em decisões pontuais ou de uma percepção de sua atividade desgarrada de seus efetivos contornos, mais que colaborar, pode obstaculizar o debate. Compromete, ainda, o inevitável aspecto descritivo da Teoria Constitucional, a partir do qual constrói suas prescrições (LIMA, 2014, p. 332).

No Brasil o Ativismo Judicial tem inovado, não só pelos esforços da doutrina, mas pela atitude da Suprema Corte desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Isso foi uma consequência do reforço do papel do Tribunal Constitucional, que não age mais como um poder técnico em suas decisões, mas como coparticipante da aplicação da letra Constitucional a realidade do caso concreto, assim como os diferentes tipos de interpretação.

Ao analisar o histórico das Cortes Constitucionais em diversos países, foi percebido que o século XX foi considerado como uma era de Ativismo Judicial. Esse fenômeno não ocorre, pois, por um excesso dessa atitude, ou então por uma usurpação dos demais poderes, mas pelo vácuo normativo, principalmente na seara parlamentar, pela sua morosidade. No Brasil não é diferente, haja vista que seu nascedouro ainda pode ser considerado recente, ou seja, no contexto da redemocratização.

É perceptível que no período pós - ditatorial, tem-se relevantes mudanças não só nos campos políticos que inauguram uma nova ordem constitucional, contudo, há imensuráveis avanços no papel da função judiciária no Estado. Um exemplo disso é a ampliação do acesso a justiça através do fortalecimento da instituição do Ministério Público e algumas ações palpáveis ao usufruto do cidadão, como a ação popular. Neste período, tem-se também a criação de mecanismos de jurisdição constitucional a fim de sanar as omissões normativas, sendo eles o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Na redemocratização, houve também o acesso à justiça através da Defensoria Pública e dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e os Federais.

Diante de todo processo de redemocratização Brasileira, surge o papel da judicialização da política e toda sua semelhança com Ativismo Judicial, contudo, ambos não se confundem. O ativismo judicial seria um fenômeno intrinsecamente ligado e que merece uma análise apurada,

em razão de ser confundido em diversas oportunidades, já a judicialização da política surge em um contexto de maior inserção quantitativa e qualitativa do Judiciário na arena política.

No caso da judicialização da política, um debate que deveria ocorrer na esfera parlamentar foi levado ao judiciário, mas não de maneira a atacar o Princípio da Separação dos Poderes. O que ocorre é que pelo Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, o judiciário não poderá deixar de julgar nenhuma lesão ou ameaça de direito. Há ações, como também remédios constitucionais, que levam determinados assuntos ao judiciário, tornando-o legítimo para realizar julgamento. Já em questão do Ativismo Judicial é que deve-se observar os limites das decisões, ou seja, até que ponto o Supremo Tribunal Federal é legítimo para a tomada de cada decisão.

A hipertrofia do legislativo; a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político-decisório (VERBICARO, 2008, p. 441) podem ser citadas como molas propulsoras dessa transferência de arena deliberativa. Dessarte, “*a judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição*” (FILHO, 2010).

Outro ponto que deve levado em conta: a ampliação da legitimidade ativa à propositura das ações em sede de controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos (CARVALHO, 2004, p. 20).

A referida ampliação, notadamente a que foi conferida aos partidos políticos, possibilitou uma maior fiscalização da criação e execução de políticas públicas por parte daqueles que são oposição ao governo.

Entrementes, mesmo que as agremiações políticas tenham recebido, por parte da Constituição da República, legitimidade para provocar a jurisdição constitucional, isso não lhes oferta autorização para transformar o STF em uma espécie de “*terceira casa legislativa*” (VERBICARO, 2008, p. 40), fato que vem ocorrendo no nosso cotidiano. Deve-se, sim, respeitar as funções atípicas e seus limites, como também o Legislativo deve tentar erradicar a mora.

Em análise dos institutos trabalhados a respeito do Ativismo Judicial, segundo Luis Roberto Barroso (2014), determinadas questões de grande repercussão social ou política têm sido decididas pelo Poder Judiciário. É o fenômeno da judicialização, que, no entendimento do autor:

[...] envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. Três

causas para o fenômeno: a) a redemocratização do país, tendo como emblema a promulgação da Constituição Federal de 1988; b) a tamanha abrangência da Constituição em temas de aglutinação de direitos em seu texto; c) a estruturação do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, que congrega aspectos dos sistemas americanos e do europeu (PEREIRA, 2015, p. 291).

Quanto ao ativismo judicial, Barroso analisa que ele está intimamente relacionado ao fenômeno da judicialização, contudo não possuem a mesma gênese. Um não é gênero e o outro espécie, ambos se distinguem.

Na visão do autor, ao contrário da judicialização – que “*é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou*”, o ativismo judicial “*é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance*”, ou seja, no entender de Clarissa Tassinari (2013, p. 33), compreendendo o ativismo judicial como uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na efetivação dos valores constitucionalmente estabelecidos, há uma constatação lógica de “*uma ampliação do papel político institucional do STF*”.

Com a Constituição Federal de 1988, além de haver espaço para o fenômeno da judicialização da política, nas searas das 1ª e 2ª instâncias judiciais houveram decisões de interferência nas políticas públicas e sociais, no que tange a educação, meio ambiente, moradia, urbanização, saúde e sistema prisional (CAMPOS, 2014, p. 210). É notório o avançado poder judiciário, não só do Supremo Tribunal Federal, para uma atuação mais ativista, não por aderir poder das demais funções estatais, mas por agir em conformidade com uma hermenêutica da própria Constituição da República de 1988.

Diante da análise da redemocratização, é imprescindível ressaltar que nem sempre o Supremo Tribunal Federal agiu de maneira coparticipante com o contexto social, na garantia dos direitos fundamentais, sociais e das minorias. Um exemplo disso foi no período do Regime Militar, em que a própria ditadura restringia o Controle Concentrado de Constitucionalidade e por consequência o papel da Suprema Corte. Foi através da EC 16/65 que foi estabelecido o Controle Concentrado de Constitucionalidade, todavia, naquele período, limitava-se ao Procurador Geral da República, que possuía poderes para escolha das matérias que seriam levadas a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Outro período de retrocesso foi com o advento da Constituição de 1937 e a instauração do Estado Novo e da Era Vargas. Essa constituição foi considerada autoritária pelos historiadores e até por sua característica de outorgada, restringindo os poderes do Supremo Tribunal Federal no que se refere ao Controle de Constitucionalidade das leis. Não havia supremacia judicial e última palavra quanto a esse controle de constitucionalidade das leis, posto que as decisões que versavam sobre

inconstitucionalidade eram funções típicas do Presidente da República e se versasse sobre o interesse nacional, deveria ser levada à função parlamentar. Nota-se um poder judiciário altamente enfraquecido, período histórico que se pode criticamente avaliar como uma usurpação dos poderes das funções estatais do Judiciário e do Legislativo para o Poder Executivo.

Ao comparar as constituições do Regime Militar, da Era Vargas e da redemocratização, percebe-se que o judiciário não é um poder que torna-se enfraquecido e posteriormente ganha força por uma tendência política de supremacia institucional, mas por uma análise histórica, seu enfraquecimento e fortalecimento houve graças as constituições dessas diferentes épocas, e os limites que as mesmas garantiam. É notório que algumas restringiram os poderes da Suprema Corte e em contrapartida a de 1988 ampliou os seus poderes quanto aos Diretos Fundamentais, Sociais, Políticos; assim como inovou na jurisdição constitucional com a criação do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou sérias restrições por efeito de diversos imperativos constitucionais, em períodos que a ordem política era autoritária e por consequência houve restrições dos direitos fundamentais. Sua criação ocorreu no ano de 1890 e suas decisões ocorriam em semelhança aos diversos períodos históricos e políticos, não configurando o Supremo como um Tribunal Político ao invés de um tribunal constitucional, mas um tribunal que age, por uma análise histórica, de acordo com a ordem institucional inaugurada.

É a própria constituição que inaugura uma era, um período político, social e cultural, contudo, no Brasil, a Constituição Federal é dotada de força normativa. Daí a Supremacia Constitucional, característica que dita o corolário da clássica separação dos poderes proposta por Montesquieu, contudo, adaptada a diferentes realidades sociais e a contemporaneidade. Por isso, em alguns períodos históricos houve a restrição judicial, e nessa restrição a característica marcante foi que os imperativos constitucionais eram decididos com base na literalidade da norma, não adaptando ao contexto social. O direito era positivado, puro, afastado dos demais campos da política, economia, sociedade, história, sociologia e filosofia.

3 ATIVISMO JUDICIAL E O DOGMA DO LEGISLADOR NEGATIVO

Em primeira análise, a partir de um contexto histórico que as constituições do século XX foram marcadas pela exigência de uma prestação de serviços das funções pelo Poder Estatal. Com isso, elas deveriam ser cartas que tinham a finalidade a garantia da organização e estrutura dos poderes estatais, assim como a mesma deveria permanecer no topo do Ordenamento Jurídico. A partir daí, garante-se uma força normativa constitucional com a finalidade de

expurgar do Ordenamento Jurídico as normas que estavam em desacordo com a Magna Carta, como também sua função teria no século XX, ainda de maneira tímida, o surgimento dos instrumentos que tinham a finalidade de sanarem essas condutas omissivas.

Segundo Hans Kelsen (2006, p. 246):

Por várias vezes se fez notar a particularidade que possui o direito de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se de forma a que uma norma apenas determine o processo por que a outra norma de produzida. Mas também é possível que seja determinado ainda- em certa medida- o conteúdo da norma a produzir [...]essa outra norma representa o fundamento de validade daquela. [...] A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo determinação daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas uma ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma[...] até abicar finalmente a norma fundamental (KELSEN, 2006, p. 246).

É diante dessa perspectiva que Surge a Teoria da pirâmide em que a Norma Fundamental se encontra no topo do Ordenamento Jurídico e que a partir dela surge o controle de constitucionalidade como uma das maneiras de afirmar os dispositivos contidos no Ordenamento Jurídico Constitucional.

A partir do embasamento na teoria da pirâmide, a Magna Carta estaria no topo do ordenamento jurídico e para isso, precisava-se de um controle que retirasse desse ordenamento toda norma que estaria abaixo da Constituição e que não estaria de acordo com ela. Daí surge o Controle de Constitucionalidade no Ordenamento Jurídico, com a finalidade de garantir: a supremacia do texto constitucional, a rigidez constitucional, a presunção absoluta de constitucionalidade das normas originárias, a presunção relativa de constitucionalidade das normas constitucionais derivadas e das normas infraconstitucionais, garantindo sua força normativa.

O Controle de Constitucionalidade deve ser realizado pelos Tribunais Constitucionais, ou seja, tribunais específicos para a guarda dessa constituição e para a retirada das normas em desacordo com ela. Esse Controle teve origem na Jurisdição Constitucional Concentrada, tendo por precursor o doutrinador Hans Kelsen. Com isso, o Controle de Constitucionalidade deveria ser realizado por esses juízes togados de legislação negativa. O Tribunal Constitucional seria o Legislador Negativo, ou seja, o dogma de que não poderia criar leis, não poderia inovar, deveria agir com base na lei positivada, apenas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os instrumentos de Jurisdição Constitucional foram ampliados, ou seja, a própria Magna Carta deu legitimidade ao guardião da constituição para tanto retirar do ordenamento jurídico a norma que estava em desacordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como também sanar as Omissões

Normativas, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção.

Durante a elaboração da Constituição de 1988, a preocupação com a eficácia das normas constitucionais era tão grande que o constituinte resolveu criar duas diferentes ações para o enfrentamento judicial da omissão normativa inconstitucional: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (FONSECA, 2016, p. 49).

Em razão de toda amplitude quanto a Jurisdição Constitucional, há uma grande controvérsia se diante desse monopólio da Suprema Corte brasileira – o STF – através dos instrumentos de Jurisdição Constitucional Concentrada estaria agindo, ainda, como Legislador Negativo, como poderia estar exercendo o Controle de Constitucionalidade de declarar algum ato inconstitucional, deixando de aplicá-lo? Poderia, ainda, estar a Suprema Corte quebrando o dogma Kelseniano do “Legislador Negativo” e agindo como um Tribunal Legislador.

Outro debate refere-se ao STF, contudo, agir não como intromissão de um órgão em relação ao outro, mas sim realizando o que teria por legitimidade dada pelo Constituinte Originário de 1988. Nessa toada, realizaria, pois, o Controle de Constitucionalidade, agindo pelo princípio da divisão dos poderes, devendo haver, de maneira harmônica o controle recíproco entre o Legislativo, executivo e judiciário. “Dever-se-ia tratar do tema como divisão dos poderes” e não como princípio da “separação dos poderes”, de sorte a permitir o controle recíproco entre os poderes, garantindo um equilíbrio constitucional, na medida em que não se permitiria a concentração excessiva de poderes em um único órgão e se preservaria a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos. Nessa ótica, a instituição da jurisdição constitucional seria a própria afirmação do princípio da divisão dos poderes (GUIMARÃES; SILVARES, 2016, p. 43).

O Tribunal Constitucional tem como função quanto às leis e os atos normativos, devendo respeito à hierarquia e a distribuição de competências, respeitando-se as divisões dos poderes. Diante do dogma do “Legislador Negativo”, a teoria de Hans Kelsen tem embasamento de que o Tribunal Constitucional, ao eliminar as leis, seria um órgão com força legislativa, porém, negativa. É imprescindível o entendimento de que o ordenamento jurídico de um Estado funciona, segundo Hans Kelsen, como uma pirâmide, encontrando-se a Constituição Federal em seu topo e qualquer norma que não converge com a Magna Carta deve ser extirpada do Ordenamento Jurídico.

Cabe a Constituição Federal a disciplina, a estruturação, a organização e a delimitação dos poderes. Segundo a tão famosa obra Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, deve existir a célebre teoria piramidal em que o texto constitucional ocupa o topo e que as normais

infraconstitucionais tem por dever estarem em conformidade com as diretrizes e princípios e aos comandos emanados pela Constituição.

3.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO *VERSUS* LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

Ao tratar da história do Controle de Constitucionalidade e da teoria da pirâmide de Hans Kelsen, é impossível não mencionar o fenômeno da Omissão Inconstitucional e desenvolver a teoria do Tribunal Constitucional como Legislador Negativo, devendo extirpar do Sistema Jurídico as normas que estão em desacordo com a Magna Carta. Há, ainda, o fenômeno das Omissões Inconstitucionais e suas dimensões que manifesta-se em três: omissão de natureza político administrativa, inexistência do exercício típico da função legislativa e as omissões judiciais.

Ao ocorrer o fenômeno da Omissão Normativa, deverá ocorrer sua supressão, com a devida finalidade de sanar a inexistência da norma. Gera-se uma grande controvérsia ao discorrer sobre os mecanismos de erradicar as Omissões Inconstitucionais, posto que, deve-se ter por finalidade a garantia da Supremacia Constitucional da Lei Maior, garantindo-se, assim, a força normativa constitucional.

No período da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, foi uma grande preocupação dos juristas que o Poder Constituinte Originário criasse mecanismos que suprimisse as condutas omissivas do Legislativo, como também na seara Administrativa, antes mesmo da instalação da assembleia Nacional Constituinte de 1987-88- já se notava uma preocupação na comunidade jurídica com a criação de instrumentos processuais de controle da omissão inconstitucional.

Neste cenário, o importante anteprojeto constitucional da “Comissão Afonso Arinos” 142-143 previa os seguintes mecanismos para lidar com a inércia legislativa:

Art.10 Os direitos e garantias constates desta Constituição têm aplicação imediata. § 1º Na falta ou omissão da lei o juiz decidirá o caso de modo a atingir os fins da norma constitucional. § 2º Verificando-se a inexistência ou omissão da lei, que inviabilize a plenitude da eficácia de direitos e garantias assegurados nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao Poder competente aedição da norma que venha a suprir a falta (FONSECA, 2016, p. 60-62).

É notório que o problema das Omissões Normativas já desempenhava sérias consequências na seara jurídica, acarretando uma problemática tanto social, quanto política; para a garantia dos direitos fundamentais e sociais que viriam a fazer parte da nova Constituição

Federal, a de 1988. Para isso, o Constituinte Originário criou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

Conforme houve a amplitude da Jurisdição Constitucional, não era mais apenas a Ação Direta de Inconstitucionalidade em que tinha como objeto leis ou atos normativos federais ou estaduais que violassem a constituição. Ou seja, não tinha mais como a Suprema Corte agir somente como Legislador Negativo e retirar do ordenamento aquilo que estava em desconformidade com a constituição, pois não existia apenas o fenômeno da inconstitucionalidade por ação. Kelsen quando criou a teoria da pirâmide e com ela a função do Tribunal de Legislador Negativo, baseou-se na separação dos três poderes, teoria clássica de Montesquieu, contudo, essa teoria deverá ser adaptada a realidade constitucional que permeava os primórdios da redemocratização e influenciaram a Assembleia Nacional Constituinte.

Se na seara do controle de constitucionalidade ocorresse apenas com a existência da ADIN, poderia ainda cogitar-se a ideia apenas de Legislador Negativo. Todavia, essa teoria é superada quando o Supremo Tribunal Federal na posição de guardião da constituição, deverá garantir sua Supremacia Constitucional e para isso agirá conforme a legitimidade dada pelo próprio Congresso Nacional ao inovar na Constituição Federal de 1988 e trazer mecanismos de jurisdição constitucional para a resolução do grave problema das omissões.

Foi devido ao aumento da complexidade de casos e a tentativa de garantia de direitos fundamentais e sociais elencados na nova constituição, o STF deveria quebrar o dogma do Legislador Negativo. Contudo, ele não estaria exercendo aí um Ativismo Judicial, ele estaria simplesmente agindo como guardião da Constituição Federal que garantia tanto a ADIN, como a ADO e o MI. Seria uma inovação no plano constitucional, superando-se o Dogma Kelseniano do Legislador Negativo, entretanto, inovação essa dada pelo próprio Legislativo. Estaria o STF agindo de acordo com a legitimidade dada pelo próprio constituinte de 1988.

Para Barroso (2010):

a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial (BARROSO, 2010, p. 07).

O fenômeno do Ativismo Judicial seria, então, a forma como os Ministros do STF iriam exercer a competência do julgamento de determinados casos judicializados, de maneira concreto. Esses casos deveriam sim ser debatidos na esfera parlamentar, porém, não foram,

devido a sua inércia, devendo o STF seguir o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição em que a própria Constituição Federal determina que o judiciário não poderá afastar nenhuma lesão ou ameaça de direito. O Ativismo Judicial seria a atitude dos próprios membros do STF em diversos casos concretos em que se pode perceber uma hermenêutica constitucional e não simplesmente uma interpretação literal e positivada da lei. Neste caso, será vencida a teoria pura do direito em que o direito seria puro, sem a intervenção das influências políticas, sociológicas e filosóficas.

O que é percebido é o fato da realidade constitucional necessitar de julgados constitucionais conforme o caso concreto, contudo, com a finalidade de ter sua eficácia tanto *inter parts* como *erga omnes* e para isso, devido à pluralidade e a relevância de determinados casos, haver uma hermenêutica baseada na realidade, respeitando-se os direitos fundamentais e sociais, propostos na própria Constituição Federal de 1988.

É a partir daí que é dever do jurista ponderar quando um direito entra em choque com outro, escolhendo, pois, o meio mais razoável para o caso. Passa-se a perceber a realidade social. Conforme o exposto o direito não poderia ser uma ciência exata, devendo ser relacionada com as concepções políticas, sociais, econômicas de cada caso. O que está sendo exposto não é a ideia de que o direito é espécie do gênero política, ou então economia. Ele não seria um meio de discurso manipulado para finalidades políticas, mas sim uma ciência intercalada a outras ciências. Já é considerada vencida a teoria da pureza do direito, devendo ser quebrado também a ideia de um dogma quanto ao STF apenas agir como legislador negativo.

Foi-se o tempo em que existiam apenas as inconstitucionalidades por ações. A questão da inconstitucionalidade por omissão deve ser posta em debate como existente, assim como a legitimidade do STF para saná-las por Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

Quanto a desconstrução do Dogma do Legislador Negativo, em primeira análise, é imprescindível levar em conta a diferença entre o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política. Algumas questões tradicionalmente foram debatidas na esfera do Parlamento brasileiro, como por exemplo temas sobre a reforma política e o financiamento privado de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas. Contudo, essas questões foram judicializadas, e pelo próprio Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, o STF não pode afastar lesão ou ameaça de direito. Caberia sim uma análise sobre Ativismo Judicial, mas não na questão em si do Pretório Excelso ter julgado esses casos, mas sim no próprio embasamento dos votos dos ministros. Caberia uma análise nesses votos, o seu conteúdo, interpretação com base na Constituição ou alguma intenção de legislar.

Com a finalidade de obter o cerne da questão, estabelecendo os limites dados pelo Constituinte Originário, o ponto chave é a análise do discurso e dos votos de cada ministro. Essas questões de teor polêmico, ao serem judicializadas, não seriam consideradas Ativismo Judicial, mas sim toda uma era de encontrar o próprio limite entre uma interpretação a luz da Magna Carta ou uma tentativa de legislar. Porém, o caso das omissões normativas é uma exceção à regra de análise do ponto ténue entre Ativismo Judicial e Tribunal Legislador.

Neste caso, não resta dúvida quanto à quebra do Dogma do Legislador Negativo e da realidade de uma crise institucional. Não tem como buscar nesse caso um diálogo institucional por parte do STF e por isso ele estaria sendo um tribunal antes político que jurídico.

O diálogo institucional não poderia ser buscado pelo STF, mas sim pelo que dispõe a própria Constituição Federal, e o Tribunal Constitucional como guardião dela pode fazê-lo na medida em que o Constituinte Originário deu legitimidade para isso. O diálogo institucional não seria um jogo de vai e vem entre o Congresso Nacional, A Administração e o Supremo Tribunal Federal. Esse encontra seu cerne nos freios e contrapesos, mas não na Teoria Clássica de Montesquieu. Seria os freios e contrapesos adaptado a realidade constitucional brasileira, ou seja, o julgamento das Omissões Normativas seria simplesmente uma função atípica do Supremo Tribunal Federal dada pelo constituinte originário.

Não se fortifica mais o Dogma do Legislador Negativo, no sentido de que foi dado Legitimidade ao STF não só agir como Legislador Negativo retirando do Ordenamento Jurídico aquilo que estava em desconformidade com a Constituição Federal, mas quem inovou foi a própria Carta de 1988, com finalidade também de dar poderes para a Suprema Corte resolver a problemática constante da Inconstitucionalidade por Omissão.

Nota-se, pois, que o STF não está legislando, nem tampouco foi o mesmo que quebrou o Dogma do Legislador Negativo, foi a própria realidade social, que necessitava de uma constituição mais preparada nesse sentido, que trouxesse ainda a teoria dos freios e contrapesos em seu princípio, contudo, relativizando-a no sentido de trazer a tona funções atípicas de casa função do poder estatal.

3.2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No tocante a evolução histórica do constitucionalismo, o julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ocorrido em 1803, costuma ser um marco de grande importância em relação a primeira vez em que ocorreu a invocação da Superioridade Constitucional e o mais importante foi a permissão ao Judiciário expurgar uma lei do

ordenamento jurídico que fosse considerada Inconstitucional. A esse procedimento, deu-se o nome, no direito americano, de *judicial review* (revisão judicial) (Introdução ao Direito Constitucional e ao Controle de Constitucionalidade. EAD CNJ/STF).

O *judicial review* refere-se ao ato de examinar, realizado pelo Poder Judiciário, da compatibilidade existente entre a lei em caso concreto, presente no Ordenamento Jurídico e a Constituição. Sua correspondência relaciona-se com o nosso controle difuso de constitucionalidade. Surgido de início, todavia, apenas como controle difuso de constitucionalidade, a partir da noção de superioridade Constitucional, o controle de constitucionalidade evoluiu e percorreu diversas mudanças ao longo de mais de dois séculos presente na experiência dos regimes constitucionais democráticos.

No que se refere a relação ao Controle Abstrato de Constitucionalidade, que foi desenvolvido posteriormente, vem de bases relacionadas ao *judicial review*, de que o Poder Legislativo, inúmeras vezes, produz normas que estejam em desacordo com a Constituição e de que há uma competência relacionada à autoridade presente nessas normas. Situa essa autoridade, porém, em uma Corte Constitucional que deverá manifestar-se sobre a constitucionalidade das leis (Introdução ao Direito Constitucional e ao Controle de Constitucionalidade. EAD CNJ/STF).

É imperioso perceber que os conceitos de Corte Constitucional e de Órgão de Cúpula do Judiciário são distintos. No que se refere a Corte Constitucional ou Tribunal Constitucional, a sua atuação é de um órgão especializado para discutir a respeito da Constitucionalidade das Leis. A Corte Constitucional pode integrar a estrutura ordinária do Poder Judiciário, ou de forma paralela a esse. É o modelo Europeu, mais conhecido como modelo Austríaco.

No tocante ao órgão de cúpula do poder judiciário, também chamado de Suprema Corte ou Supremo Tribunal, é a última instância recursal nos regimes em que Juízes e Tribunais são Juízes e Tribunais Constitucionais. Esse é o modelo norte-americano, do *Judicial Review*, em que o órgão de cúpula do judiciário não funciona como uma Corte especializada, ou seja, aquele que dá a última palavra nas decisões judiciais.

O Brasil adota o Sistema Misto de Controle de Constitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal possui natureza de órgão de cúpula do judiciário e de guardião da Constituição Federal, não competindo a ele revisar os demais poderes ou ser a chave da organização política de cada um. Isso quebraria o modelo de freios e contrapesos adotado na Constituição Federal como princípio fundamental.

O Supremo Tribunal Federal de modo direto, tem sua competência originária, por meio de um recurso contra decisões de outros tribunais, a chamada competência recursal. Além dessas

competências, o Supremo Tribunal Federal acumula outras competências, que também são originárias, um exemplo disso é a ação penal originária contra aquelas que detêm o foro por prerrogativa de função.

No que se refere ao Controle Concentrado ou Controle Abstrato de Constitucionalidade da Lei ou de Ato Normativo em tese, o abstrato. Nesse caso, julga-se a validade da própria lei e não sua aplicação ao caso concreto. Faz-se a comparação do texto frio da lei ao texto Constitucional e se contrariar algum dispositivo da Constituição, a lei torna-se inválida, devendo ser retirada do Ordenamento Jurídico. É o chamado Controle Concentrado de Constitucionalidade, que ao invés de ser realizado de forma simultânea por outros órgãos do Poder Judiciário, é concentrado em um único órgão, o STF.

Ao analisar o significado da palavra, o Controle Concentrado e o Controle Abstrato de Constitucionalidade não significam a mesma coisa, entretanto, existe uma sobreposição que permite o uso intercambiável das duas expressões para referir-se a modalidade de Controle de Constitucionalidade.

Das ações presentes nesse controle, têm-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Já a Reclamação Constitucional seria um exemplo de ação que serve como modalidade de Controle de Constitucionalidade Concentrado, mas não abstrato. Mesmo que seja competência originária do STF e viabilize o exame de Constitucionalidade, refere-se a uma situação concreta.

No tocante ao Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do judiciário e a sua competência recursal, o Controle de Constitucionalidade faz-se por Recurso Extraordinário.

Nesse caso, uma questão Constitucional é levada ao STF após ter sido levantada no curso do julgamento de uma demanda concreta pelos demais Tribunais Estaduais e Federais. Essa modalidade é chamada de Controle de Constitucionalidade Concreto ou Difuso. Concreto porque é realizado no curso de uma demanda judicial qualquer, um caso concreto na qual uma questão constitucional foi suscitada. É difuso porque a apreciação da questão constitucional, no exame do caso concreto, não é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, mas distribuída por todos os juízes e tribunais pelos quais o processo passou antes de chegar ao Supremo. (Introdução ao Direito Constitucional e ao Controle de Constitucionalidade. CANALLI, Rodrigo. Curso do STF em parceria com o CNJ. EAD).

3.3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SEPARAÇÃO DOS PODERES

O Controle de Constitucionalidade é exercido pelo Poder Judiciário, e em especial pelo Supremo Tribunal Federal, é repressivo, sendo exercido somente após a vigência da lei. Ocorre

a posteriori pelo fato de ocorrer após a entrada das normas na Ordem Jurídica. É repressivo pelo fato de gerar a consequência a retirada do ordenamento jurídico.

É notório que está previsto na Constituição Federal outros mecanismos de Controle, que são exercidos pelas funções Legislativa e executiva. Esses são os chamados mecanismos preventivos, pois evitam que uma Lei Inconstitucional seja aprovada e entre em vigor.

No que se refere ao Poder Legislativo, há um papel crucial na elaboração e na aprovação das leis. No plano Federal, é feito pelo Congresso Nacional, que é formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal com a devida alteração do texto original deverá ser enviada ao Presidente da República, com a finalidade de vetar ou sancionar. Através da sanção, o Presidente da República deverá manifestar que concorda com a Medida Legislativa aprovada pelo Congresso Nacional. Quando ocorre a sanção, são completados os passos do Processo Legislativo, e, após, é publicada a lei.

Ao passar quinze dias desde o recebimento do projeto e não ocorrer manifestação do Presidente da República nem pela sanção e nem pelo veto, ocorre a sanção tácita. O Presidente da República poderá votar total ou parcialmente o projeto, se considerar no total ou em parte inconstitucional ou contrário ao interesse público, devendo ser comunicado ao Presidente do Senado os motivos do veto. Esse veto irá ser apreciado pelo Congresso Nacional, através de uma sessão conjunta e somente poderá ser rejeitado por maioria absoluta dos deputados e senadores.

3.4 O PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

É imperioso perceber que se existissem mecanismos preventivos de Controle de Constitucionalidade desempenhados pelo executivo e Legislativo no curso do Processo Legislativo, iria ocorrer em número bem maior de Leis Inconstitucionais aprovadas. Entretanto, se esse Controle Preventivo fosse eficaz de forma 100%, não haveria necessidade da realização do Controle Repressivo de Constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário.

No tocante ao Controle Difuso de Constitucionalidade, é realizado o controle das leis em decorrência da própria atividade do Poder Judiciário de aplicar as leis às situações concretas, que lhe são aumentadas no contexto de um Estado Constitucional.

É imprescindível perceber que no Contexto Histórico, de acordo com Rodrigo Canalli:

Na história do Constitucionalismo, o julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1803, costuma ser apontado como referência da primeira vez em que a Supremacia da Constituição foi invocada de modo a permitir que o Poder Judiciário afastasse a aplicação de uma lei tida por inconstitucional. Esse procedimento veio a ser chamado, no Direito americano de *Judicial Review* (revisão

judicial). O *judicial review* é o exame pelo Poder Judiciário da compatibilidade entre a lei em causa e a Constituição e guarda estreita correspondência com o nosso controle difuso de constitucionalidade [...] Surgindo inicialmente, portanto, apenas como Controle Difuso, a partir da noção de supremacia da Constituição, o Controle de Constitucionalidade evoluiu e diversificou-se ao longo de mais de dois séculos de experiências nos regimes constitucionais democráticos (Introdução ao Direito Constitucional e ao Controle de Constitucionalidade. Rodrigo Canalli. Curso do STF em Parceria com o CNJ/EAD).

No tocante ao modelo de Controle de Constitucionalidade desenvolvido a posteriori, é compartilhado as premissas apresentadas pela *Judicial Review*, de que o Poder Legislativo produz normas incompatíveis com a Constituição e que compete ao Judiciário declarar a inconstitucionalidade dessas normas.

Não é apenas ao editar lei incompatível com a Constituição que um órgão legislativo, como o Congresso Nacional, age de modo inconstitucional. Ela pode contrariar a Constituição simplesmente ao deixar de cumprir um comando constitucional para elaborar determinada lei. A Constituição contém diversas normas que configuram ordens destinadas ao Poder Legislativo, para que ele elabore a lei necessária para regular certa matéria ou proteger determinado direito. O descumprimento desse comando constitucional pelo legislador caracteriza uma inconstitucionalidade em si mesma, ainda que por omissão (introdução ao direito constitucional e ao controle de constitucionalidade. EAD CNJ/STF).

Ao mencionar o uso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e sua propositura perante o Supremo Tribunal Federal, que é órgão competente, de acordo com o artigo 102, I, a, da Constituição, para realizar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade. O artigo 103, §2º, da Constituição esclarece que a declaração de inconstitucionalidade também pode se dar por omissão. A partir da combinação desses dois preceitos, entende-se que a competência do STF para declarar a omissão legislativa (ausência de lei ou ato normativo) inconstitucional está implícita na sua competência para declarar a ação legislativa (lei ou ato normativo) inconstitucional. Dizendo de outra forma, o Supremo Tribunal é o órgão que possui competência para o julgamento da validade de um ato do Poder Legislativo, ao exemplo de uma lei, e deverá ser de acordo com a Constituição. Ainda assim, também é da Suprema Corte a competência para o julgamento da possível ocorrência de inconstitucionalidade no caso de omissão do Poder Legislativo a fim de atender a uma ordem da Constituição e respeitar o seu Valor Constitucional e sua força normativa. (o ato deveria ter sido praticado, mas não foi). No Supremo Tribunal Federal, é o Plenário do respectivo órgão, de composição dos onze Ministros da Corte, o órgão que realiza o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. No que tange as Turmas do STF, órgãos fracionários, compostas por cinco Ministros em cada uma delas, não atuam nos processos referentes ao controle concentrado de constitucionalidade (introdução ao direito constitucional e ao controle de constitucionalidade. EAD CNJ/STF).

Com o advento da República no Brasil, foi adaptado a realidade do país o controle difuso de constitucionalidade. Contudo, foi em 1965 através da adoção da Representação de Inconstitucionalidade que direito brasileiro passou a usufruir do controle concentrado de constitucionalidade.

No período da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88 já havia um modelo misto de controle de constitucionalidade. Foi graças ao advento da Constituição Federal de 1988 que se passou a dar mais ênfase ao controle concentrado de constitucionalidade e que todos os casos que referem-se ao direito constitucional seriam julgados pelo Supremo Tribunal Federal, dando-lhe um caráter de Tribunal Constitucional.

Houve, ainda, uma amplitude quanto aos mecanismos de jurisdição constitucional, dando legitimidade ao STF para julgar certas questões que foram judicializadas graças a esses instrumentos.

Assim, ao lado do amplo sistema difuso, que outorga aos juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação institutos do mandado de segurança coletivo, do mandado de injunção, do habeas data e da ação civil pública, consagra-se no sistema constitucional brasileiro: a) a ação direta de inconstitucionalidade do direito federal e do direito estadual em face da constituição, mediante provocação dos entes e dos órgãos referidos no art.103 da constituição; b) a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal em face da constituição federal, mediante provocação dos entes e dos órgãos referidos no art. 103 da Constituição; c) a representação interventiva, formulada pelo Procurador- Geral da República, contra ato estadual considerado afrontoso aos chamados princípios sensíveis ou, ainda, para assegurar a execução de leis federal; d) a ação direta por omissão, mediante provocação dos entes e órgãos referidos no art. 103 da Constituição. “É, portanto, nesse novo contexto que se aprecia o controle incidental ou concreto de normas” (MENDES, 2013, p. 1064).

No que refere-se a Legitimidade do Supremo Tribunal Federal, é imperioso demonstrar que para que haja uma maior celeridade processual, dotada da possibilidade de suspensão imediata do ato normativo inconstitucional, e a amplitude do controle de constitucionalidade, que poderia ser por ação ou por omissão, trazem a tona uma quebra do dogma do legislador negativo.

Kelsen (2015), afirmava que:

verifica-se que a existência de uma “lacuna” só é presumida quando a ausência de uma total norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação-logicamente possível - do Direito vigente é afastar essa razão político-jurídica e, por isso, a aplicação-logicamente possível- do direito vigente é afastada por essa razão político- jurídica, por ser considerada pelo órgão aplicador do direito como não equitativa ou descartada (KELSEN, 2015, p. 282).

Contudo, a problemática antes da Constituição de 1988 não era mais apenas retirar do Ordenamento Jurídico a norma desconforme com a constituição, e nem mesmo as omissões restringiam-se a omissões totais, havia também omissões parciais. Este cenário fez com que muitos juristas tivessem a preocupação de que o Constituinte Originário criasse mecanismos que sanassem essas omissões normativas, tanto no controle difuso, *inter parts*, quanto no modelo concentrado, *erga omnes*. Neste caso o STF ao julgar as Omissões Normativas, não está legislando, está julgando o caso através da legitimidade dada pela amplitude que a Constituição de 1988 deu a jurisdição Constitucional.

Analizando o Controle de Constitucionalidade em uma perspectiva histórica, nota-se que houve realmente uma expansão da Jurisdição Constitucional na Constituição Federal de 1988. Na Magna Carta de 1824 não havia a contemplação do Controle de Constitucionalidade, sendo função típica do Legislativo e não atípica de um Tribunal Constitucional.

Os critérios para a separação dos poderes eram calculados de maneira exata, ou seja, o próprio período histórico faz com que o positivismo prepondere a uma interpretação baseada na lei pura, positivada, da teoria dos freios e contrapesos de Montesquieu adaptada aquela realidade social e política da época, levada a Constituição ter sua força normativa na obediência das funções estatais, sem deixar que existissem funções atípicas ou até que em caso de supremacia de um poder, haja o freio do outro.

É imperioso perceber que naquela época, a supremacia de um poder sobre o outro não era resolvida pelo seu freio, através da função atípica, mas sim cada função estatal exercer aquilo que lhe é positivado constitucionalmente. A tarefa da de exercer um controle de constitucionalidade não estava em haver mecanismos de levar ao judiciário as normas inconstitucionais, mais sim do próprio Parlamento brasileiro, através da função majoritária, criar leis em conformidade com a constituição. Neste caso, não havia uma preocupação mais eficaz com a tutela dos direitos das minorias, mas sim das maiorias, através de um processo eleitoral e do voto popular. Cabia, pois, ao legislativo criar leis em conformidade com a constituição.

Foi através do advento da Constituição de 1891, que houve a introdução do controle de constitucionalidade no Brasil. O que havia antes não era um controle propriamente, mas a própria função legislativa de criar leis em acordo com a Constituição. Foi na Proclamação da República e em sua primeira constituição republicana que o judiciário passou a ter determinada a sua competência para controlar a constitucionalidade das leis.

Em decorrência disso, foi estabelecido o modelo difuso de controle de constitucionalidade, o americano, e o STF em última instância deveria analisar a inconstitucionalidade ou não das leis. Foi uma grande evolução na seara constitucional, saiu-se

de uma teoria clássica e fria de freios e contrapesos, positivada, para uma melhor adaptação a interpretação do que seria um freio de um poder sobre o outro. Deu-se o freio ao judiciário, de controlar a constitucionalidade no ordenamento jurídico das normas que estavam em desconformidade com a Magna Carta.

O poder supremo exercido sobre o ordenamento jurídico não estava mais nas mãos do Legislativo. O judiciário não seria apenas mero aplicador da lei, mas controlador de sua constitucionalidade. Fortalece-se, assim, a constituição, carta suprema do Estado brasileiro.

Com o passar dos anos, isso foi aperfeiçoando-se, o poder de dizer o direito constitucional e solucionar suas problemáticas só houve um aperfeiçoamento maior. Foi graças a isso que a Constituição de 1934 ampliou os significados constitucionais e teve por exigência a declaração de inconstitucionalidade pela maioria absoluta dos membros do tribunal, sendo, ainda, o ato de suspensão das leis determinado pelo Senado Federal.

A partir daí, surgiu um mecanismo de jurisdição constitucional denominado representação interventiva, cabendo ao Senado Federal iniciar a lei interventiva e o STF já examinava a sua inconstitucionalidade. Não necessariamente precisava que de maneira difusa chegasse ao Pretório Excelso, mas houve o avanço desse mecanismo provocar a jurisdição constitucional já no STF, de maneira concentrada.

Mesmo diante de singelas evoluções, a Constituição de 1937 não trouxe avanços para o constitucionalismo brasileiro, sendo considerada pela doutrina majoritária como um retrocesso. A lei declarada inconstitucional deveria ser apresentada pelo Presidente da República ao Legislativo, tirando o efeito da decisão do STF em situação das duas casas votarem por maioria de 2/3. Ou seja, mais uma vez foi reprimido os poderes do judiciário.

O controle difuso de constitucionalidade foi mantido pela Constituição de 1946 que inovou através da Emenda Constitucional nº 16/65, podendo-se arguir a inconstitucionalidade do ato ou lei, sendo limitado em relação às normas estaduais que fossem em contrário aos princípios constitucionais de observância obrigatória pelos estados membros. Com a Ditadura Militar e a Constituição de 1967 houve um retrocesso nas liberdades políticas dos cidadãos, contudo, na seara do controle de constitucionalidade, passou a ser atribuição do STF julgar a representação de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual judicializada através do Procurador Geral da República.

Foi através da redemocratização, que houve uma amplitude dos significados constitucionais e o sistema do controle de constitucionalidade foi intitulado híbrido ou misto, sendo de competência do STF processar e julgar ADINs, de leis ou atos normativos federais e estaduais, a ADC de lei ou ato normativo federal, ADO e o ADPF, por via Concentrada. E por

via incidental houve o surgimento do Mandado de Injunção, um remédio constitucional em caso concreto, podendo ser usufruído individualmente ou coletivamente, sendo por fim o judiciário dar ciência ao legislativo sobre a ausência de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e garantias constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

É através da Constituição de 1988 que se verifica o Estado Constitucional Democrático de Direito. Essa funciona para a organização da estrutura do estado e sua divisão de funções, sendo promulgada, estabelecendo os freios e contrapesos, a forma de democracia representativa, os direitos fundamentais e sociais e trazendo uma amplitude na esfera da jurisdição constitucional.

A Constituição de 1988 é dotada de força normativa, devendo ser expurgado do Ordenamento Jurídico aquilo que está em desconformidade com ela, como também ser sanada as Omissões Normativas, problemática de grande relevância que vem sendo enfrentada desde a redemocratização.

É de consequência do Controle de Constitucionalidade que atribui-se a supremacia constitucional, a proteção do arbítrio excessivo do estado no que tange as funções legislativas e executivas e a eficácia constitucional, como também a ideia de que ela é feita através de forças reais do poder. Contudo, sendo de difícil modificação, pois é a rigidez e o controle de constitucionalidade que garantem a sua supremacia.

É graças a essa supremacia constitucional que faz com que a Constituição seja a norma superior, esteja no topo do ordenamento jurídico. É através desse topo que a Magna Carta serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade. Essa rigidez e supremacia constitucional garantem uma segurança jurídica para o ordenamento. Contudo, para que essa segurança esteja garantida, é preciso que o ordenamento jurídico esteja em harmonia com a própria constituição. As funções estatais devem ser vinculadas a elas, agir perante a legitimidade dada pelo próprio constituinte originário, mediante as funções típicas e atípicas estabelecidas por ela. Deve-se existir um processo dificultoso de controle de constitucionalidade, com mecanismos capazes de realizar-se em conformidade com as diferentes problemáticas que foram judicializadas.

O Dogma do Legislador Negativo proposto pelo ilustre doutrinador Hans Kelsen ainda pode ser comparado a função da Ação Direta de Inconstitucionalidade, em que julga inconstitucional lei ou ato normativo federal ou estadual em face a Constituição. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal atua como Legislador Negativo, expurgando do Ordenamento Jurídico a lei ou ato normativo federal ou estadual em relação a Constituição.

Ainda assim, é imprescindível mencionar que para a Constituição Cidadã, não há só inconstitucionalidade no que se refere a normas em desconformidade com a Constituição. Para que ela seja dotada de Supremacia, foi estabelecido que sejam sanadas as Omissões Normativas através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção. Com isso, esta, pois, o STF agindo pela legitimidade dada pela própria constituição. Ainda assim, pelo Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, o STF não pode afastar nenhuma lesão ou ameaça de direito. Questões que antes eram debatidas no Congresso Nacional passaram a ser judicializadas. São inúmeros casos de judicialização da política, que demonstram como encontra-se em mora o Congresso Nacional.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 permite que através do Controle de Constitucionalidade seja garantida a vontade constitucional, a harmonia do ordenamento jurídico, a força dos direitos fundamentais das minorias, a retirada do ordenamento da norma que não esteja de acordo com ela, a tentativa de erradicar as Omissões Normativas e os poderes atuando de forma majoritária e quando necessário, contramajoritária. Para isso, são estabelecidos os freios e contrapesos nas funções atípicas, realizando uma melhor divisão dos poderes.

A problemática das Omissões Normativas surgiu de maneira tão intensa, que a própria constituição ampliou sua jurisdição constitucional a fim de que o legislador não seja omissor no cumprimento de seu dever constitucional de legislar. É preciso legislar na garantia dos direitos fundamentais, sociais; fazendo com que as minorias tenham sua força, através da função contramajoritária do STF. Os Parlamentares são eleitos através de um processo eleitoral, pelo voto direto e secreto do cidadão brasileiro. Entretanto, essa Democracia Representativa faz com que os direitos das majorias estejam sempre em gozo, contudo, é imperioso que haja a tutela desses direitos, e o STF, através de seus ministros, estão trazendo esses direitos de maneira contramajoritária, não legislando, mas sanando essas Omissões Inconstitucionais.

4 DAS OMISSÕES NORMATIVAS, SEUS INSTRUMENTOS DE COMBATE E SUAS DIMENSÕES

O fenômeno da Inconstitucionalidade por Omissão possui suas divergências quanto a sua frequência e o registro de seu surgimento. Menciona o mestre Canotilho que essa omissão não ocorre com frequência no plano comparativo-constitucional. Segundo o mestre, em 1976 a Constituição portuguesa foi uma das pioneiras que possibilitou o controle de constitucionalidade por omissão. Diverge do Min. Luís Roberto Barroso que advoga ter surgido de maneira tímida à inconstitucionalidade por omissão também nos anos 70 do século XX, contudo, a controvérsia gira em torno de ter havido em 1974 na Iugoslávia e só em 1976 é que surgiu em Portugal.

Defende o mestre J.J. Gomes Canotilho. “Vencendo a controvérsia, mesmo que de maneira singela, as Constituições do século XX foram marcadas da exigência de uma prestação de serviços das funções que garantem o Poder Estatal. Isso surge com o propósito de garantir força normativa a Constituição, mencionando-se novamente a teoria da pirâmide de Kelsen em que a Lei Maior deve estar ao topo do Ordenamento Jurídico. Havia os mecanismos de erradicar os atos comissivos, sendo vago os instrumentos de sanarem as condutas omissivas” (CANOTILHO, 2002).

Com o passar do século XX e a preponderante ideia de garantia da Força Normativa da Constituição, não se poderia deixar que toda teoria de Kelsen da Magna Carta no topo da pirâmide como forma de representação do Ordenamento Jurídico fosse um exemplo literário no mundo do dever ser. Era de extrema importância sua utilidade no plano do ser e para que isso ocorresse na prática, o direito constitucional contemporâneo não poderia mais embasar-se apenas no Dogma do Legislador Negativo de extirpar do Ordenamento Jurídico as normas que estavam indo de maneira evidente em contrario a Constituição.

Configurou-se imperioso o combate as Inconstitucionalidades por Omissão através de mecanismos garantidos pelo Constituinte Originário e isso não tem por foco usurpar a competência de outro poder, mas sim agir de maneira conforme a realidade contemporânea, isto é, agir não sobrepondo-se perante outro poder, pois o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são meramente funções de um Poder Estatal. Essas funções não estão sobrepondo-se umas as outras, mas agindo em conformidade com a divisão de suas funções, garantindo mais harmonia entre elas. Como consequência, surgiram mecanismos de ataque as omissões, já que era uma realidade as omissões dos poderes públicos e em especial o legislativo. Daí surge a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

É necessário entender, a priori, que as Omissões Normativas, chamadas também de Omissões Inconstitucionais ocorrem quando não há a efetividade de uma norma constitucional por uma ausência de normas, podendo ser total ou parcial. Ao considerar, então, que com a devida possibilidade de ocorrer a Omissão Inconstitucional, é de extrema necessidade o entendimento de que essa omissão é dividida em: Omissão Legislativa, Omissão Judicial e a Omissão político-administrativa.

Ao discorrer sobre o que seria as Omissões Inconstitucionais e suas dimensões, é imperioso analisar os instrumentos de combate às Omissões Normativas, que são o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

A Constituição da República Federativa do Brasil busca realizar aos objetivos previstos em seu artigo 3º, e em consonância com os princípios gerais do Estado e do bem estar social, contém um extenso número de direitos considerados fundamentais, colocando-se como essenciais também direitos relacionados às questões sociais. Para que os desejos propostos pelo Constituinte Originário, nesse campo se realizem na prática, é de dever do Poder Público a adoção de medidas que confirmem efetividade a tais direitos. O que ocorre na realidade, todavia, é uma omissão que ocorre por parte do Estado no realizar de forma positiva essas atividades. É de observância uma situação de omissão inconstitucional quando o poder público-tanto o executivo quanto o legislativo- deixa de realizar ações de maneira positiva, quando é constitucionalmente obrigado a sua realização. Conforme o exposto, levanta-se a ideia do usufruto de intervenção judicial para acabar com a omissão do Legislativo e do Executivo. Mesmo sendo admitido um atuar do Poder Judiciário nesse sentido, a questão é bastante, por conta da questão separação dos poderes, presente no artigo 2º da Constituição Federal (FALSARELLA, 2018, p. 40).

4.1 DAS CLASSIFICAÇÕES DAS OMISSÕES NORMATIVAS

As Omissões Normativas dividem-se em Administrativas, legislativas e de cunho judicial. No que tange as Omissões, ainda há a divisão em totais ou parciais. Defende Jader Ferreira Guimarães e Victor Soares Silveiras que: “A omissão será total ou absoluta quando o legislador, tendo o dever de legislar, queda-se totalmente inerte, não permitindo a concretização da norma constitucional” (GUIMARÃES; SILVARES, 2014, p. 83).

Ainda no tocante ao tema, defende Cléve (2000) que a omissão total:

Quando o legislador permanece inerte, sem qualquer ação no sentido de preencher o vazio normativo, cuja missão de elisão tenha-lhe sido designada pelo constituinte, tem-se o inadimplemento completo da obrigação constitucional. Neste caso, ter-se-á a inconstitucionalidade por omissão total (CLÉVE, 2000, p. 53).

No que refere-se às Omissões Parciais de acordo com Canotilho (2002):

Dá-se quando o legislador, apesar de regulamentar a norma constitucional, faz isso de forma incompleta, deixando de albergar, por exemplo, dada categoria e/ou grupo, podendo ela ocorrer tanto intencionalmente quanto em razão da incompleta apreciação dos fatos (CANOTILHO, 2002, p. 919).

Cléve (2000) dispõe ainda:

Mas quando o legislador adimplir seu dever de legislar, pode fazê-lo de modo inteiramente satisfatório ou de modo imperfeito. No primeiro caso, não haverá problema. No segundo, porém, o problema diminuiu de extensão, mas remanesce. Tem-se, então, a inconstitucionalidade por omissão parcial (CLÉVE, 2000, p. 53).

A omissão total seria uma falta de ação por completo na criação da norma, o que também é inconstitucional, já a parcial há uma ausência da norma relativa. A respeito da Omissão Total, o órgão responsável por sua criação não preencheu minimamente os requisitos para a criação da norma faltante. No caso da Omissão Administrativa, o Estado atua de forma deficiente, não obedecendo a Supremacia Constitucional. Todavia, em caso de Omissão Legislativa Total, o legislador escusa-se do dever de legislar, não produzindo qualquer norma destinada a preencher esse vácuo legislativo inconstitucional.

Assim menciona Monteiro (2015):

Neste caso é necessário identificar que, mesmo elaborando norma destinada a eliminar o vazio normativo, o cumprimento do seu dever constitucional não se deu de forma perfeita, isto é, continua espaços não regulados, impedindo a exequibilidade ótima da norma constitucional a regular. Pouco importa, nesse aspecto, qualquer conjuntura que tenha impedido a perfeita interpretação do dever constitucional. O que interessa é saber se o dever de legislar foi integralmente atendido ou não (MONTEIRO, 2015, p. 122).

É um dever Constitucional a observância da criação ou não da norma constitucional. Se não foi atendido, é sinônimo de Inconstitucionalidade por Omissão. Resta claro a diferença entre Omissões Totais e Parciais. No caso da total, há uma não observância ao dever de legislar, gerando por consequência uma total ausência de lei. Já as Omissões Parciais ocorrem em caso de manifesta ofensa ao Princípio da Igualdade.

No caso da Omissão Total, há ou não a criação da lei para regular a norma constitucional. No caso das Omissões Parciais, a norma atende ou não ao princípio da igualdade. No primeiro caso, o critério a observar-se é o quantitativo, se há ou não a existência dessa norma. No segundo, o critério é qualitativo, se foi atendido o princípio da igualdade.

Em caso da criação da lei, de maneira completa, editando-se inteiramente a norma constitucional, não existe a omissão, nem de cunho total e nem de cunho parcial. O que pode ocorrer é que, essa norma não atenda a Supremacia Constitucional, sendo uma inconstitucionalidade por Ação. Com isso, deve-se averiguar se houve inconstitucionalidade por Ação, ajuizando-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Assim, refere-se a temática Monteiro (2015):

O dever de legislar foi integralmente satisfeito com a produção de uma norma apta a regular a sua inteireza a realidade prevista no texto constitucional. Todavia, se a lei editada, de per se, implica violação ao princípio da igualdade, seja excluindo grupos beneficiados, haverá aí uma omissão relativa. Por isso mesmo, as omissões relativas tanto podem ser omissões parciais como omissões relativas em sentido estrito ou simples (MONTEIRO, 2015, p. 123).

O objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é a omissão inconstitucional de um fazer, ou seja, um realizar positivo da obrigação de legislar, ou de um fazer, uma atuação realizada de forma positiva da parte administrativa, ou seja, do Poder Executivo. Todavia, não é porque há omissão, que essa se tornará objeto de ADO. O que interessa é se essa omissão está sendo prejudicial a concretude de uma norma positivada na Constituição Federal (introdução ao direito constitucional e ao controle de constitucionalidade. EAD CNJ/STF).

4.2 A PROBLEMÁTICA DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS E O SEU ENFRENTAMENTO PELO STF

A grande parte daqueles direitos que estão sendo positivados na Constituição pode ser realizada, mesmo que não exista leis sobre em relação a ele. Chamamos as normas constitucionais que preveem esses direitos de autoaplicáveis [...] No que se refere as normas autoaplicáveis existe as que garantem uma manifestação livre do pensamento, que têm a eficácia plena. Essas são as normas que constitucionalmente garantem limitações para que o legislador atue com isso, garantem a positivação direitos que a lei não pode interferir. Ao invés de obrigar o legislativo uma obrigação de criar a lei, elas impõem um dever de não legislar. São vedações que o Legislativo restrinja direitos que estão presentes na Constituição (introdução ao direito constitucional e ao controle de constitucionalidade. EAD CNJ/STF).

Há também as normas que são autoaplicáveis, são as chamadas normas de eficácia contida. No exemplo em relação ao direito de propriedade, a lei pode estabelecer tributos sobre a transmissão da propriedade, como também, regras de zoneamento urbano, regras ambientais para a garantia do uso da propriedade, formas de perda de propriedade (usucapião), contudo

esse de propriedade em si já está garantido na Constituição. Ao momento da promulgação da Constituição, há a proteção desses direitos, mesmo assim, isso não impede que lei esclareça a carga valorativa desses direitos. A partir daí, a lei não tem o condão de limitar esses direitos, pois estaria incorrendo em inconstitucionalidade (introdução ao direito constitucional e ao controle de constitucionalidade. EAD CNJ/STF).

Nesses casos, a lei vem para delinear certos aspectos do direito, implementar algumas restrições- quando a Constituição o permitir- e organizar a sua proteção. O Poder legislativo pode até vir a editar uma lei sobre essas matérias, mas não é constitucionalmente obrigado a fazê-lo e, se não o fizer, isso não prejudica a efetividade da norma.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que normas autoaplicáveis não podem- justamente porque não precisam- ser tuteladas por ação direta de inconstitucionalidade por omissão. [...] Por fim, há normas de eficácia limitada, que não são autoaplicáveis porque dependem da existência de leis para concretizá-las. São essas, e só essas, que importam para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Por exemplo: a Constituição assegura aos trabalhadores um salário mínimo, mas não fixa o seu valor. Apenas diz que será fixado em lei. Nenhum trabalhador pode receber pagamento inferior ao salário mínimo. Mas, sem a existência de uma lei fixando o valor do salário mínimo (introdução ao direito constitucional e ao controle de constitucionalidade. EAD CNJ/STF).

É observado que a função judiciária e os seus limites em relação às omissões dos Poderes Executivo e Legislativo devem ser embasadas no que está previsto no ordenamento jurídico. A Constituição da República Federativa do Brasil prevê dois instrumentos destinados ao controle da omissão inconstitucional: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. O Constituinte Originário ao ter a preocupação de garantir instrumentos de combate as Omissões Normativas, teve por função o fornecimento mecanismos de jurisdição constitucional para contribuir ao Processo Constitucional, a fim de garantir os direitos proclamados pelo constituinte, de forma que não configurem mera pretensão sem qualquer aplicabilidade na prática (FALSARELLA, 2018, p. 40).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão está prevista no artigo 103, §2º, da Constituição Federal, que dispõe: "declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias". A medida se insere no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, de competência do Supremo Tribunal Federal, sendo sua disciplina processual estabelecida no Capítulo II-A da Lei n. 9868, de 10 de novembro de 1999, acrescentado pela Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009 (FALSARELLA, 2018, p. 40).

É preciso perceber que é dever observar que a omissão não precisa ser somente normativa. Isso ocorre porque permite-se a ação para acabar com a omissão na realização de atos de execução, desde essa omissão acarrete uma ofensa direta à constituição, relacionando-se com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto. O artigo 12-B da Lei

n. 9868/1999 é bastante claro em indicar o cabimento da ação tanto nos casos de omissão no cumprimento de dever constitucional de legislar quanto de omissão de um fazer positivo da Administração Pública. No reconhecimento da Omissão Inconstitucional, deve-se analisar quais os efeitos dessas decisões. Ao tratar de omissão atribuída a Administração Pública, será determinada as devidas providências para acabar com essa omissão, dando um prazo de trinta dias. Já no caso das Omissões Legislativas, deve ser dada ciência, o chamado "apelo ao legislador" (FALSARELLA, 2018, p. 42).

O Poder Judiciário atuava com a preservação da unicidade jurídica da Ordem Constitucional Vigente. Para que houvesse a garantia da Supremacia Constitucional, o STF teve que investir-se da sua legitimidade dada pela Constituição Federal quanto as questões judicializadas que versem sobre as Omissões Inconstitucionais.

Ao tratar desta problemática que vem se perdurando no ambiente jurídico, surgiram duas doutrinas. A denominada originalista ou declaratória defende que o STF é dotado de função atípica caracterizada por legislativa, ou seja, possui legitimidade popular, representativa, para a possível inovação no plano normativo. Neste caso, seria dotado de funções dos cargos eletivos (parlamentares), escolhidos majoritariamente, pela democracia representativa, o voto direto e o processo eleitoral.

Já outra parte da doutrina defende que essa legitimidade para inovar no Ordenamento Jurídico não foi dada pelo STF, mas sim pela própria Constituição, através do remédio constitucional do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Como consequência dessa legitimidade do STF para resolver a problemática das Omissões Normativas, houve um entricheiramento constitucional, para a garantia dos direitos fundamentais, das minorias e sociais. A própria Assembleia Nacional Constituinte dividiu melhor os poderes para garantir a constituição promulgada em 1988 uma melhor atuação material na teoria dos freios e contrapesos. Segundo essa teoria, a escolha democrática majoritária nas urnas, justificam a mora Legislativa quanto a questões que envolvem direitos sociais e fundamentais polêmicas. Ocorreu na prática no caso das greves dos servidores públicos, da aposentadoria especial, até a reforma política.

Por consequência, houve uma melhor resolução das temáticas controvertidas que encontravam-se em mora pelo Parlamento.

Assim defende Júnior (2013):

A função do STF é criativa, mas condicionada à existência do vácuo deixado pelo Legislativo, causador de chagas aos direitos constitucionais. Em casos difíceis

(“hard cases”) o legislador se abstém de julgar, como, v.g, no caso da greve dos servidores públicos, no caso Mira Estrela, na fidelidade partidária, no aborto de anencéfalos e no reconhecimento de união estável de homossexuais. Nessas situações, o Judiciário, e com mais proeminência a Suprema Corte, é chamado a se manifestar e tem de fazê-lo, sob pena do non liquet. Ao contrário da Corte norte-americana, que pode se abster de julgar quando entende que a sociedade ainda não está amadurecida para a decisão, a nossa é obrigada a decidir (JÚNIOR, 2013, p. 173).

Quando trata-se dos Direitos Fundamentais de primeira geração, deveria haver sim a preponderância das liberdades individuais em detrimento da atuação estatal. Contudo, foi devido aos direitos fundamentais de Segunda Geração e a prestação dos direitos sociais que houve uma maior exigência quanto a atuação legislativa, o que não ocorreu na prática.

A problemática das Omissões Normativas é tamanha que para a melhor divisão dos poderes, houve uma sobrecarga a Suprema Corte, dentro dos seus limites. Tornou-se bem mais comum a inconstitucionalidade por Omissão, havendo um acesso maior ao STF por meio da ADO e do MI.

Essa criação desses mecanismos de controle de constitucionalidade, tanto incidental, quanto concentrado, fortaleceram a expansão da jurisdição constitucional. Tudo isso com a finalidade de resolver toda hipertrofia legislativa que caracterizou a era da redemocratização.

De acordo com Haberle (2006):

A expansão institucional da jurisdição constitucional e sua consequente politização são realidades incontestáveis dos sistemas políticos atuais. A autoridade de suas decisões perante os demais poderes e a sociedade atrai por essa razão, a apreensão de organizações não governamentais, partidos políticos, sindicatos e especialistas no sentido de tomarem parte nos processos que ocorrem perante os órgãos de jurisdição constitucional. O direito processual adotado vem, assim, admitindo cada vez mais a participação dos autores sociais e políticos das mais diversas matrizes nas questões suscitadas em sede de controle de constitucionalidade. Aos poucos, constrói-se um ambiente de legitimação política de algum modo semelhante ao processo legislativo. Politizam-se as práticas e os procedimentos. A abertura do processo constitucional atual é, segundo Haberle, exatamente onde o Parlamento falhou (LEAL, 2006, p. 100- 101).

Devido a essa supressão das Omissões Normativas, o STF atua como proteção efetiva dos direitos por via tanto incidental, como concentrada. Com essa melhor divisão dos poderes, o STF atua equiparado ao Legislativo e Executivo, mediante a Teoria dos Freios e contrapesos adaptada a realidade. Tudo isso foi graças a criação do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

4.3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Não há Inconstitucionalidade apenas no ato de editar lei incompatível com a Constituição que o Congresso Nacional age de forma inconstitucional. Há a contrariedade a Constituição quando deixa-se de se cumprir um comando Constitucional de elaboração de determinada lei. A Constituição Federal possui diversas normas de ordens distintas ao Poder Legislativo, a fim de que, ele regule determinada matéria ou determinado direito. O descumprimento do Legislador, de forma omissiva, caracteriza-se pela Inconstitucionalidade por Omissão.

[...] o desrespeito à Constituição não se limita à atuação inconstitucional. Disse-se que tão grave quanto atuar em desconformidade com o texto supremo, é omitir-se em face de uma determinação nele contida. Assim, é tão inconstitucional uma ação normativa estatal em contraste com a Constituição, com uma omissão indevida em face desse mesmo diploma. Há, pois, omissão inconstitucional quando, devendo agir para tornar efetiva norma constitucional, o poder público cai inerte, abstendo-se indebitamente. Mas essa omissão pressupõe o não cumprimento de uma norma Constitucional individualizada, ou seja, certa e determinada (JÚNIOR, 2017, p. 267).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é proposta perante seu órgão competente, o STF, que segundo o artigo 102, I, a, da CF, para julgar a ADIn o artigo 103, §2º, da CF dispõe que a Inconstitucionalidade dar-se por Omissão, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

O STF é o órgão competente para julgar a validade de um ato do Poder Legislativo, que deverá ser interpretado à luz da Constituição Federal, como também a competência para julgar a ocorrência de inconstitucionalidade no caso de Omissão do Legislativo e atende uma ordem constitucional.

No STF é o Plenário, composto por onze Ministros da corte é o órgão que julga a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. A ADO tem por objeto o cumprimento de dever constitucional de legislar (Poder Legislativo) ou de adotar providências de caráter administrativo (Poder Executivo). Não é qualquer omissão que cabe ADO, é preciso que prejudique a efetividade da norma constitucional.

O que ocorre é que a maioria dos direitos que a Constituição prevê pode ser exercida independente de lei existente a respeito deles.

Chamamos as normas constitucionais que preveem esse direito de autoaplicáveis. Entre as normas autoaplicáveis há aquelas - como a que assegure a livre manifestação do pensamento, por exemplo- que têm o que chamamos de eficácia plena. São as normas constitucionais que estabelecem limites para a atuação do legislador e afirmam uma esfera de direitos que a lei não pode invadir. Em vez de impor ao legislador um dever de legislar, elas impõem um dever de não legislar. São vedações a que o legislador restrinja direitos assegurados na própria constituição. Outro tipo de normas autoaplicáveis são as normas de eficácia contida [...] Promulgada a Constituição, esses direitos estão protegidos, o que não impede que a lei venha a esclarecer o conteúdo desses direitos. Além disso, a lei não pode

limitar esses direitos ao ponto de descaracterizá-los sob pena de inconstitucionalidade (introdução ao direito constitucional e ao controle de constitucionalidade. EADCNJ/STF).

Quando isso ocorre, a lei resolve determinados aspectos do direito, assim como implementam algumas restrições de acordo com o permitido na Constituição e organiza a sua proteção.

É necessário perceber que o Supremo Tribunal Federal decidiu que as normas autoaplicáveis não podem ser tuteladas por Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, de que não se conhece, por ser autoaplicável o dispositivo constitucional (art. 20 do ADCT), cuja possibilidade de cumprimento pretende o requerente ver suprida (ADI297/DF, Relator Ministro Octavio Galloti, Tribunal Pleno, Julgamento em 25-4-1996).

Já as normas de eficácia limitada, que não são autoaplicáveis pelo fato de dependerem da existência de leis para concretizá-las. São essas que importam para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Somente essas normas constitucionais de eficácia limitada justificam que proponha a ADO. Em relação as demais normas, a sua previsão constitucional é suficiente para que seu cumprimento seja exigido.

No tocante a Legitimidade Ativa, podem propor ADO: O Presidente da República, a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Procurador Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Partido Político com Representação no Congresso Nacional e Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional.

Assim como ocorre com a Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ela é distribuída por sorteio a um dos ministros do Supremo Tribunal Federal que será seu relator. O Presidente é excluído da distribuição. O relator será o responsável por dar o andamento ao processo até que ele esteja pronto para julgamento e, como o nome diz, prepara o relatório para dar conhecimento do processo aos demais ministros. Avalia se há pedido de medida cautelar e a urgência na sua concessão, o que vai determinar os próximos passos e os prazos a serem concedidos para as manifestações das autoridades envolvidas (introdução ao direito constitucional e ao controle de constitucionalidade. EAD CNJ/STF).

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, sob marcada influência da Constituição portuguesa de 1976, criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para resolver, em sede abstrata, o grave problema da inatividade do poder público, o que se reconduz a solucionar, em última instância, a própria inação dos órgãos estatais que ameaça comprometer a efetividade da Constituição (JÚNIOR, 2019, p. 267).

No que se refere ao art. 103, §2º, a Constituição Federal dispõe que, 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, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. É preciso perceber que esse dispositivo referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão precisa ser interpretado junto com outros preceitos fundamentais para efetivar a Constituição [...] Conforme o exposto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão funciona como um mecanismo de jurisdição constitucional do Controle Concentrado de Constitucionalidade, a fim de sanar as Omissões Inconstitucionais. Foi perceptível que com a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, o Constituinte Originário teve uma preocupação no que se refere as Omissões Inconstitucionais, criando a ADO para sanar as omissões do Poder Público. A ADO possui a mesma natureza que a ADIN. A partir daí, instaura-se o controle abstrato de constitucionalidade. Já em relação a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, é utilizada para tornar efetiva uma norma constitucional. Não se pode deixar de afirmar que essa ação foi criada para combater os abusos relacionados ao Legislativo e ao Executivo, no tocante a omissão de legislar e do poder público, respectivamente, o que foi inspirado na Constituição portuguesa (JÚNIOR, 2019, p. 267).

No que se refere a ADO:

O objeto da ADO é a omissão no cumprimento de dever constitucional de legislar (Poder Legislativo) ou de adotar providências de caráter administrativo (Poder Executivo). Entretanto, não é qualquer omissão que abre as portas para a ADO. O determinante é que essa omissão prejudique a efetividade de uma norma constitucional [...] A maioria dos direitos previstos diretamente na Constituição poder ser exercida independentemente da existência de lei sobre eles. Chamamos as normas constitucionais que preveem esses direitos de autoaplicáveis.

Entre as normas autoaplicáveis há aquelas – como as que assegura a livre manifestação do pensamento, por exemplo- que tem o que chamamos de eficácia plena. São as normas constitucionais que estabelecem limites para a atuação do legislador e afirmam uma esfera de direitos que a lei não pode invadir. Em vez de impor ao legislador um dever de legislar, elas impõem um dever de não legislar. São vedações a que o legislador restrinja direitos assegurados na própria constituição[...]

Outro tipo de normas autoaplicáveis são as normas de eficácia contida. No caso do direito de propriedade, por exemplo, a lei pode estabelecer tributos sobre a transmissão da propriedade, regras de zonamento urbano, regras ambientais para o uso da propriedade, formas de perda da propriedade (usucapião), mas o direito de propriedade em si já está garantido na Constituição. Promulgada a Constituição, esses direitos estão protegidos, o que não impede que lei venha a esclarecer o conteúdo desses direitos. Além disso, a lei não pode limitar esses direitos ao ponto de descaracterizá-los sob pena de inconstitucionalidade [...] Por fim, há normas de eficácia limitada, que não são autoaplicáveis porque dependem da existência de leis para caracterizá-las. São essas, e só essas, que importam para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por exemplo: a constituição assegura aos trabalhadores um salário mínimo, mas não fixa o seu valor. Apenas diz que será fixado em lei. Nenhum trabalhador pode receber pagamento inferior ao

saláriumínimo. Mas, sem a existência de uma lei fixando o valor do salário mínimo, não seria possível reclamar do recebimento de um valor muito baixo, como se fosse inferior ao mínimo (introdução ao direito constitucional e ao controle de constitucionalidade. EAD CNJ/STF).

A propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão refere-se aos mesmos que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade [...]: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; 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; e confederação sindical ou entidade de classe no âmbito nacional.

Da mesma forma que acontece na ação direta de inconstitucionalidade, proposta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ela é distribuída por sorteio a um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que será seu Relator- o Presidente é excluído da distribuição.

O relator se responsabilizará pelo andamento processual até que ele esteja pronto para julgamento e irá preparar o relatório para dar conhecimento do processo aos demais Ministros. Com isso, é avaliado se existe pedido de medida cautelar e a urgência na sua concessão, o que irá garantir os próximos passos e os prazos a serem concedidos para as manifestações das autoridades envolvidas. Depois disso, após os prazos dessas manifestações, o Relator deverá lançar o relatório e solicitará ao Presidente do Tribunal a inclusão do processo para a pauta do Plenário. No tocante a sessão de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, encontra-se semelhanças com a ação direta de inconstitucionalidade. Com o relatório lido pelo Ministro que foi sorteado como Relator, é dada a palavra para que o autor da ação, as autoridades responsáveis pela edição do ato impugnado, o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da República e, se for o caso, os *amici curiae* apresentem suas razões. Em seguida, os Ministros expõem seus votos (introdução ao direito constitucional e ao controle de constitucionalidade. EAD CNJ/STF).

Ao ser julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir. Verificará se a norma constitucional referente ao pedido está ineficaz por conta da inércia da autoridade responsável e se era obrigação dela torná-la eficaz. Com isso, O Supremo Tribunal Federal irá declarar a Inconstitucionalidade por Omissão e deverá notificar o poder competente e responsável pela devida omissão para tomar as medidas necessárias e com isso, a ADO será julgada procedente. Se essa norma constitucional foi objeto de medida legislativa a fim de que seja dada eficácia, mas a medida não conseguiu

cumprir a Constituição, a inércia da autoridade responsável é parcial. O Tribunal declara a inconstitucionalidade por omissão parcial e deverá cientificar o poder competente da decisão para a adoção das providências complementares necessárias. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é julgada procedente ou parcialmente procedente, dependendo até onde vá o pedido. O STF entente que o Legislativo não está sendo omissor, a exemplo da ADO 22: julgou-a improcedente, ao entendimento de que a Lei 9.294/1996 não era omissa quanto à regulamentação da propaganda comercial de bebidas alcoólicas exigidas pelo artigo 222, §4º, da Constituição Federal (introdução ao direito constitucional e ao controle de constitucionalidade. EAD CNJ/STF).

Os preceitos da Lei 9.868/1999, referentes à ação direta de inconstitucionalidade, também valem para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A ADO 22 foi julgada improcedente na sessão plenária de 22-04-2015, por unanimidade, com o voto de oito ministros, atingindo assim o quórum mínimo de julgamento. Embora nove estivessem presentes à sessão, um deles estava impedido.

Contra a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal que julga a ação direta de inconstitucionalidade por omissão também não cabe recurso, salvo a oposição de embargos de declaração para esclarecer eventual ponto que tenha ficado omissor, contraditório ou obscuro no julgamento. O Procurador-Geral da República interpôs embargos de declaração no julgamento da ADO 22, por entender haver obscuridade quanto aos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal. Para ele, não estava claro se decisões anteriores do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que haviam proibido a publicidade de bebidas com teor alcoólico superior a 0,5°GL seriam atingidas pelos efeitos da decisão do STF na ADO 22. Os embargos declaratórios foram rejeitados pelo Plenário do STF, que afirmou não haver nenhuma dúvida sobre a eficácia vinculante da sua própria decisão e ressaltou que o Poder Judiciário e a Administração Pública não podem ampliar as restrições estabelecidas pela Lei 9.294/1996 para bebidas alcoólicas com teor inferior a 13°GL, porque apenas o Poder Legislativo tem autorização constitucional para criar novas restrições desse tipo (introdução ao direito constitucional e ao controle de constitucionalidade. EAD CNJ/STF).

O período que versou em torno da Constituição de 1824 até a Constituição de 1988 demonstrou que a pluralidade e dificuldade na resolução dos casos que estavam sendo judicializados. Isso teve por consequência a expansão da jurisdição constitucional. Assim, os casos que eram levados ao judiciário, na esfera constitucional, não necessitavam somente do usufruto de mecanismos traçados constitucionalmente para o controle incidental de constitucionalidade, ou então, na esfera abstrata, apenas declarar a inconstitucionalidade da norma. Havia a necessidade da observância e da concretude de determinados direitos fundamentais, prometidos pela própria Constituição, denominada Cidadã em sua esfera formal. Todavia, há de se mencionar que para que haja a concretude desses direitos fundamentais, sociais e políticos; era necessário que ocorresse a eficácia desses direitos no plano material.

Segundo Luís Roberto Barroso a Constituição terminou por “proclamar o que não era verdade e prometer o que não seria cumprido” (BARROSO, 2009, p. 270).

Para que a Magna Carta não mais fosse caracterizada como um documento de um direito posto, positivado; mas de difícil concretude, o próprio Legislador criou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a fim de que diante de um controle abstrato de constitucionalidade, essa ação tivesse a responsabilidade de atuar em combate as Omissões Inconstitucionais.

De acordo com o Min. Gilmar Mendes (2012):

É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno. Ela envolve não só o problema concernente à concretização da constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais. A ADI desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional? (MENDES; 2012, p. 1152, 2013).

É em resposta a essa indagação que é imperiosa a necessidade da criação de outro instrumento do Controle Abstrato de Constitucionalidade, referente ao longo dos anos que a experiência constitucional e os próprios juristas sabiam da necessidade do Constituinte Originário criarem uma ação via controle concreto de constitucionalidade que versasse sobre Omissões Normativas. Segundo o Min. Luís Roberto Barroso (2012):

O instituto em questão apresenta-se como um instrumento apto a resolver abstratamente os problemas de omissão, tratando-se de processo objetivo de guarda do ordenamento constitucional com o cunho de solucionar “lacuna” ou insuficiente regulação de normas de índole constitucional (Cf. BARROSO, 2012, p. 271).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é de extrema relevância para a garantia da Supremacia Constitucional, haja vista que na contemporaneidade, ela não é mais dotada de força normativa tão somente pela sua rigidez ou o controle de constitucionalidade na seara abstrata baseado somente da função de legislador negativo através da Adin. Foi imprescindível o entendimento do Legislador de que o próprio Parlamento ou a esfera Administrativa podem ser omissos e para garantir a Supremacia Constitucional, seria necessário a expansão da jurisdição constitucional. Criou-se ADO não somente para sanar a Omissão Inconstitucional, como para garantir a Supremacia Constitucional no Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988 sai da característica de promessas do mundo do dever ser, para ultrapassar barreiras do positivismo e tornar-se eficaz na esfera material.

É imprescindível notar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou negativa tem por consequência a inércia de qualquer órgão do poder que é omissor ou prática em parte o que a Constituição da República Federativa do Brasil exigiu. A ADO não se destina apenas, a proteção de sua finalidade na ordem jurídica.

Há a percepção de que a partir daí deve-se haver a comunicação ao Poder inerte, sendo ele legislativo ou administrativo, para serem criadas medidas que deem efetividade às normas constitucionais. Ou seja, ao dar ciência ao poder competente para tomarem as providências necessárias, evita-se que haja o dano causado. Diante do exposto, é notório que há o controle de constitucionalidade por omissão a partir da própria Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

É preciso perceber, portanto, que há omissões inconstitucionais tanto pelo legislativo, como também por via administrativa. Com isso, os casos judicializados através da ADO devem ser julgados pelo STF, nos limites dados constitucionalmente, exercendo, pois, aquilo que é de sua função atípica.

Ao tratar de Omissão Inconstitucional, é imprescindível notar que essa é consequência do não cumprimento do dever de legislar, não estando essa omissão garantindo a Supremacia Constitucional. Quando o legislador não toma as providências legislativas que seriam de suas funções típicas, havendo uma ausência total da norma, ocorre a omissão absoluta, como também há a existência da omissão parcial, quando o instrumento mais adequado a acabar com a inconstitucionalidade por omissão é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. A mesma é garantida pelo art. 103, § 2º, da Constituição Federal de 1988: “Declarada à 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, 2010).

É perceptível, portanto, o fato de que a omissão na seara administrativa apenas declara o vício, o que também ocorre na omissão legislativa. Ambas ofendem a supremacia constitucional e são passíveis de controle de constitucionalidade. A função da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão é dar ciência ao poder omissor, sendo do legislativo ou executivo. Dessa forma, ao ocorrer à declaração da omissão inconstitucional, deve-se dar ciência ao poder omissor, a fim de que o mesmo tome as medidas necessárias.

De acordo com Anna Candida da Cunha Ferraz (1999):

[...] ao lado do tradicional controle do ato institucional, a carta de 1988 criou o controle da "omissão" ou da "inércia" constitucional. Tal controle pode ter por objeto "a omissão dos poderes e órgãos administrativos, que deixa de criar normas ou de praticar atos requeridos pela própria constituição, para sua efetiva aplicação."

Esta omissão tanto pode ser do poder legislativo como do poder executivo (FERRAZ, 1999).

No que tange a Omissão Legislativa, o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão deverá dar ciência ao Legislativo, a fim de que o mesmo tome as providências necessárias. Cabe, então, ao Congresso Nacional atender ou não. É imprescindível, porém, que o legislativo ao utilizar-se de critérios políticos, em compatibilidade com a Constituição da República Federativa do Brasil.

Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes (2012):

Tal como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), o processo de controle abstrato da omissão (ADO) não tem outro escopo senão o de defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica: Não se pressupõe, portanto, a configuração de um interesse jurídico específico ou de um interesse de agir (MENDES, 2012).

E é em busca da defesa da Ordem Fundamental e em absoluta compatibilidade com a Constituição Federal diante de uma omissão legislativa, por exemplo, o legislativo não está cumprindo a ordem constitucional de legislar.

De acordo com o Douto Canotilho (2002):

As omissões legislativas inconstitucionais derivam do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito (vou averiguar se correta essa parte), ou seja, do não cumprimento das normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador a adoção de medidas legislativas concretizadas da constituição (CANOTILHO, 2002).

Ocorre que, já diante de uma omissão administrativa inconstitucional, a ADO é extensa aos órgãos Administrativos. Neste caso, não há falta de lei como ocorre no caso da inércia legislativa, mas não se executam as leis existentes, ocorrendo assim, uma ilegalidade por omissão. É permitido, porém, que essa ilegalidade por omissão, em caso de ADO, seja afastada. Porém, em casos de omissão legislativa, há uma ofensa constitucional e diante dela a ADO declara nulidade.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão funciona como solução para a inércia do Legislador, cabendo ao judiciário, legitimidade para suprir essa ausência de norma. Sem a criação delas, o ordenamento jurídico torna-se incompleto, em desacordo com a Magna Carta. Não se cumprem os direitos fundamentais, sociais; tornando o próprio ordenamento uma verdadeira bagagem de insegurança jurídica. Isso ocorre pelo fato da própria Constituição estabelecer que algumas normas devem ser criadas infra constitucionalmente e o legislador não o faz. A segurança jurídica é um dos pilares do Estado Constitucional Democrático, não podendo ser posto em prática os direitos inerentes a dignidade da pessoa

humana, valores sociais do trabalho, direito ao pluralismo, assim como os direitos fundamentais e sociais.

Além dos legitimados para o ingresso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, elencados no artigo 103 da Constituição Federal, a mesma também dispõe: “Art. 103, § 2º, CRFB/88 – 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, 2010).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi inspirada na Magna Carta portuguesa de 1976, que teve por escopo a introdução da questão da inconstitucionalidade por omissão. No Brasil, a Constituição de 1988 buscou introduzir que a inconstitucionalidade não versava somente na problemática da ação, ou seja, da norma criada, contudo, em desacordo com o Ordenamento Jurídico. Havia, ainda, a questão da inconstitucionalidade por omissão, acarretando o não cumprimento do texto constitucional.

Segundo Jader Ferreira Guimarães e Vítor Soares Silves (2014):

De acordo com Canotilho, a inconstitucionalidade por omissão não é muito frequente no plano comparativo-constitucional, sendo a Constituição portuguesa de 1976 um dos poucos textos constitucionais que consagram, expressamente, a possibilidade do controle por omissão. Luís Roberto Barroso, por sua vez, registra que o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão somente passou a ser previsto, timidamente, na década de 1970, estatuído na Constituição de 1974 da então Iugoslávia, e na de Portugal em 1976 (GUIMARÃES; SILVARES, 2014).

Vencendo a controvérsia do contexto histórico relacionado à inconstitucionalidade por omissão, no Brasil, a proposta da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é ser um instrumento com a finalidade de resolução das chamadas Omissões Inconstitucionais, atuando na defesa da Supremacia Constitucional, na integralidade de sua vontade e na proposta de declarar a mora legislativa ou administrativa. É preciso perceber, ainda, que além da mesma estar presente na Constituição Federal, possui uma norma que a regulamente, a Lei nº 12.063/2009, que teve por fim acrescentar normas processuais referentes a Lei nº 9.868/1999.

Para o melhor entendimento a respeito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, é necessário delimitar o seu objeto. O mesmo refere-se a omissão inconstitucional por parte do poder competente para a criação daquela norma, ou seja, tanto pode ser legislativa, quanto administrativa. Essa omissão ocorre por o não cumprimento do Poder Público responsável pela competência da criação da norma, tanto quanto a função de editar determinada norma, o que não o fez.

Em relação ao *Amicus Curiae*, é admitida a sua participação na ADO. Após decorridos os prazos para as manifestações, o Relator irá lançar o relatório e solicitará ao Presidente do Tribunal a inclusão do processo na parte do Plenário. Após a leitura do relatório pelo relator, é dada a palavra ao autor da Ação, as autoridades responsáveis pela edição do ato impugnado, ao Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da República e o *Amicus Curiae*, se for o caso, a fim de que apresentem as suas razões. Posteriormente, os ministros expõem seus votos.

O STF pode declarar a Inconstitucionalidade por Omissão Total, ou por Omissão Parcial ou declarar a ausência de Omissão Inconstitucional. No tocante ao quórum, o julgamento depende da presença em sessão de pelo menos oito ministros, devendo haver a necessidade de seis votos para que seja declarada a Inconstitucionalidade por Omissão.

No que se refere a recorribilidade contra a decisão que julga a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, não cabe recurso, salvo os embargos de declaração para esclarecer determinado ponto que ficou omissos, contraditório ou obscuro no julgamento.

4.4 DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Ao traçar um contexto histórico para o surgimento do Mandado de Injunção, é válido mencionar que na realidade brasileira, com o advento da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LXXI delineia: “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, a soberania e a cidadania.” Contudo, de acordo com João Francisco N. da Fonseca:

Na Inglaterra do século XIV, criou-se um remédio chamado *injunction* para aplicação da *equity*, no lugar do *common law*, nos casos para os quais este não era capaz de dar uma solução adequada. A petição era inicialmente dirigida ao rei, que submetia ao *Lord Chancellor*. Ulteriormente, o grande número de petições dirigidas ao monarca foi responsável pela criação da *Court of Chancery*, que foi- até meados do século XIX- o tribunal competente para julgar as causas com base no juízo de equidade. Com os *judiciary Acts* de 1873-75, houve a fusão entre os tribunais de *common law* e a *Court of Chancery*. Nesse sistema unificado, que passou a vigorar desde então, todos os órgãos julgadores podem conceder *injunctions*, sejam fundadas no *common law*, sejam na *equity* (FONSECA, 2014).

Na doutrina há uma imensurável discussão de onde originou-se o Mandado de Injunção. Há doutrinadores que sustentam seu surgimento no direito português, onde foi realmente o seu primórdio. Todavia, existem bases doutrinárias que advogam seu surgimento no direito anglo- saxão, pois os mecanismos de sanar as omissões no século XX não eram

utilizados com a devida frequência, entretanto usava-o de maneira frequente a fim de garantir a Supremacia da Lei Maior, sanando as omissões.

Na Constituição Federal o Mandado de Injunção apresenta-se como um remédio constitucional que possui seu rito processual de maneira própria, devendo haver com seu uso o controle concreto das omissões legislativas. Segundo o Min. Gilmar Mendes (2002):

A Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático da *declaração de inconstitucionalidade* sem a pronúncia da nulidade, na medida em que atribuiu particular significado ao controle de Constitucionalidade da chamada *omissão do legislador*. O art. 5º, LXXI, da Constituição previu, expressamente, a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Como bem revela estudo sobre a origem do mandado de injunção, o instituto foi criado com vistas a sanar o problema da ineficácia das disposições constitucionais que concediam direitos sociais, em particular daquelas definidoras das obrigações estatais no plano da educação pública. Daí ser correto afirmar que o mandado de injunção surgiu “a partir da necessidade de elaborar-se instituto jurídico- processual, com assento na Constituição, para a defesa do direito à Educação (MENDES, 2002).

Era notório, ainda, a preocupação da comunidade jurídica na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88 da criação de um *writ* que funcione como um remédio constitucional via controle incidental. Naquela época, não houve uma renovação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e como afirma Renata de Marins Jaber Maneiro:

Cabe destacar que, sobretudo no que se refere ao tipo de provimento, a construção da compreensão da Suprema Corte foi realizada em uma longa trajetória, com o entendimento inicial de que se trataria de uma decisão declaratória de inconstitucionalidade por omissão- à época, muito criticada, já que reduzia a utilidade do *writ* à notificação [...] (MANEIRO, 2016).

É claramente perceptível que esse remédio constitucional, não teve em seus primórdios característica de Mandado. Era apenas um remédio para declarar a inconstitucionalidade por omissão, fazendo o STF permanecer-se um Tribunal que atuasse a priori, como um Legislador Negativo declarando inconstitucionalidades, agora não mais por ação, mas também por omissão. Entretanto, graças a enormidade de casos que versem sobre direitos e liberdades oprimidos no histórico constitucional, havia a necessidade de relativizar a teoria clássica de Montesquieu da Separação dos Poderes. Nesta esteira, não seria necessário o STF ultrapassar aquilo que lhe foi garantido como sua competência perante a Constituição Federal de 1988. Era necessário sim, que interpretasse o que a própria constituição estabelecera na época, ao traçar os institutos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção.

Conforme exposto, o Mandado de Injunção passaria, naquela época a ter característica de Mandado, não apenas de declaração de inconstitucionalidade. É notório que em ausência de norma, há uma inconstitucionalidade por omissão, não necessitando só o Tribunal Constitucional brasileiro declarar aquilo que é evidente. O Pretório Excelso não estaria sequer realizando uma função atípica de sanar a Omissão Normativa, ele na época, simplesmente declarava a omissão; sendo isso função não de um tribunal, mas da própria crítica da doutrina constitucional, de criar teses a respeito do que seria ou não uma inconstitucionalidade por omissão. Para o STF exercer sua função atípica, não bastava declarar apenas a inconstitucionalidade por Omissão, já que não era isso que tinha por escopo a Injunção. Essa seria uma ordem para alguém fazer ou deixar de fazer alguma coisa, não simplesmente declarar uma omissão. Contudo, não é de se esperar outra consequência, haja vista que a Corte brasileira na redemocratização não se modificou.

Na seara constitucional brasileira, após a redemocratização, existiam três posições em relação a esse remédio, sendo elas: Função de encaminhar avisos aos órgãos omissos de inércia normativa, doutrinas baseadas em feitura de uma norma ou a questão da efetivação dos direitos na sentença judicial e parte dos doutrinadores ainda advogam, minoritariamente, que em caso de descaso relevante, deveria ser legítimo o STF emitir norma de eficácia erga omnes para sanar a omissão.

O Mandado de Injunção, mediante toda essa controvérsia levantada pela doutrina majoritária e minoritária é um remédio constitucional que funciona como um artifício de inversão da Teoria Clássica de Montesquieu. Esse deveria cumprir agora a função de um mecanismo de jurisdição constitucional que atuasse de maneira ativista em prol da violação dos direitos fundamentais, pela evidente omissão dos poderes públicos, atuando o STF de maneira contramajoritária. Caberia ao Mandado de Injunção fazer com que o juiz, segundo no Brasil, ao ser positivado na Constituição de 1988, o Mandado de Injunção sofreu diversas alterações. Vale ressaltar que, após 28 anos da Constituição de 1988 ser promulgada, era a única ação constitucional que não tinha norma que a regulamentasse. Até então, seria passível de suposição, sem respaldo probatório, de que essa ausência de regulamentação gerasse uma certa abertura para o STF usufruir desse remédio, não obedecendo os limites garantidos constitucionalmente.

Segundo João Francisco N. da Fonseca (2016):

Esperava-se da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 criatividade para encontrar meios eficazes de enfrentamento do complexo problema da inconstitucionalidade por omissão normativa. Neste ponto, é possível dizer que ela

superou as expectativas ao dar à luz o mandado de injunção, remédio judicial inédito e alhures (FONSECA, 2016).

Nos primórdios da República Constitucional Democrática, foi apresentado pelo Senador Ruy Barcelar uma sugestão de uma norma que garantisse o direito público subjetivo à educação, ampliando, por consequência, a ação do mandado de segurança. Dentre as alterações ainda do período da Assembleia Nacional Constituinte para a CR'88 a não utilização dos remédios constitucionais já tradicionais no Brasil, porém, a criação do Mandado de Injunção. Ainda no âmbito da Constituinte, foi proposto que em caso de ausência de norma, o juiz teria legitimidade para agir em prol de garantir a Supremacia Constitucional utilizando-se do mecanismo de jurisdição constitucional do Mandado de Injunção. No último projeto, tem-se o Mandado de Injunção para as garantias das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Ao discorrer sobre o Mandado de Injunção, não seria possível deixar em aberto a sua finalidade que seria assegurar as liberdades constitucionais que não estão regulamentadas, assim como direito constitucional individual, coletivo, político ou social não regulamentado e as prerrogativas quanto a nacionalidade, a soberania e a cidadania. É daí que dar-se o seu objeto, diante de uma notável abrangência de sua temática, sendo o sanar das omissões legislativas apenas uma de suas feições. Para uma parcela da doutrina, o Mandado de Injunção não deve ser utilizado só para tratar de atos normativos, mas para a utilização de normas de natureza administrativa como as leis, os decretos, as portarias instruções, resoluções, despachos administrativos podem dar ensejo ao Mandado de Injunção ao tratar das prerrogativas de nacionalidade, soberania e cidadania.

No tocante ao Mandado de Injunção, seus legitimados para a sua propositura podem ser qualquer pessoa, desde que tenha seu direito, sua liberdade ou suas prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, no caso de ausência de norma regulamentadora. É imperioso perceber que esse remédio constitucional para as garantias das liberdades individuais, objeto do Processo Constitucional, pode ser impetrado tanto por pessoas físicas como por pessoas jurídicas. No caso da legitimidade passiva será o responsável pela edição da norma e em se tratando de legitimidade ativa será toda e qualquer pessoa, singular ou coletiva, tem o direito de ajuizá-la desde que haja a pendência de regulamentação de algum direito fundamental.

O Mandado de injunção tem previsão constitucional no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, que admite a concessão da medida “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 a cidadania.” Trata-se de instrumento inovador de garantia dos direitos e das liberdades individuais. Não há alguma identificação no direito estrangeiro que teria inspirado a sua criação. Em relação ao processo e o julgamento do mandado de injunção, seja individual ou coletivo, é disciplinado pela Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Seu objetivo é o de enfrentar a mora legislativa relativa às situações especificadas, para viabilizar o exercício da norma que dependa de regulamentação. Dessa forma, igualmente o mandado de injunção tem cabimento na presença de normas de eficácia limitada (FALSARELLA, 2018, p. 42).

Ainda em relação ao Mandado de Injunção:

A omissão inconstitucional se verifica sempre que o legislador ou a autoridade administrativa, obrigado (a) a agir, deixa de fazê-lo, negando. Assim, eficácia à Constituição. No caso dos direitos sociais prestacionais, quando o legislador ou o administrador, por sua passividade, deixa de tomar as providências normativas ou materiais necessárias à efetivação desses direitos. Apesar de não ser o único instrumento judicial apto à efetivação de direitos sociais prestacionais, como já exposto ao longo da dissertação, possivelmente o mandado de injunção é o mais adequado, uma vez que³ é apto a conferir segurança jurídica à atuação judicial, [...] que a decisão prolatada no bojo desse instrumento gera efeitos erga omnes. (ARAÚJO, 2013, p. 101).

No entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal é o que mostra mais relacionado à eficácia do mandado de injunção e que, dessa forma, o instrumento adequa-se magistralmente para sanar as omissões legislativas inconstitucionais, inclusive no que concerne aos direitos sociais prestacionais (ARAÚJO, 2013, p. 107).

A priori, o Mandado de Injunção era garantido constitucionalmente, contudo, não detinha uma norma regulamentadora. Foi no ano de 2016 que o *writ* passou a ter previsão normativa. A priori, era apenas garantido constitucionalmente, o que poderia servir de ataque aos críticos do Ativismo Judicial, haja vista que poderiam relacionar a ausência dessa norma regulamentadora geradora de um ativismo judicial. Seria então o Mandado de Injunção um remédio constitucional que trataria de sanar uma omissão na falta de uma norma regulamentadora que versasse a respeito da inviabilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania. Contudo, como esse remédio constitucional resolveria a ausência de norma regulamentadora se nem ele era regulamentado? Necessitou-se, então, que fosse criada a norma regulamentadora do Mandado de Injunção, sendo ela a Lei 13.300/2016.

Ao tratar da evolução constitucional, havia aspectos polêmicos a respeito do mandado de injunção, posto que na toada de sua evolução, houve diversas posições a seu respeito. A primeira foi à posição não concretista em que o STF não tinha competência para sanar essa

omissão normativa. Isso ocorria graças à teoria clássica da separação dos poderes, que não era dotada de uma interpretação atual e condizente com a realidade.

João Francisco N. Da Fonseca (2016), afirma que:

Logo após a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, invocando a doutrina clássica da separação dos Poderes, praticamente equiparou o mandado de injunção a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Essa posição, chamada de não concretista [...] (FONSECA, 2016, p. 128).

Ainda assim, não determinava prazo para que o Legislativo criasse a lei, sendo a sentença declaratória de omissão normativa. Ou seja, não tinha caráter de mandado, de ordem de criação, nem sequer de injunção. Esse posicionamento foi considerado clássico por parte da doutrina, não garantindo a eficácia das reais intenções e finalidades do remédio. Com a evolução constitucional, outra posição, a concretista, o STF passou a garantir maiores poderes ao Mandado de Injunção, ou seja, referentes ao real motivo para qual o mesmo foi criado.

Em regra, determinou que o Tribunal Constitucional sanasse a omissão normativa, garantindo efeitos erga omnes a decisões de controle incidental que ora tinha efeitos *inter parts*. Não se confunde com Legislador Positivo, pois não é uma criação de uma norma, mas sim a modulação dos efeitos dela, de *inter parts* para *erga omnes*. Posteriormente, surgiu a posição concretista individual direta, que o STF aplicaria por analogia lei existente para a resolução de caso específico, contudo, essa decisão seria *inter parts*. Ou seja, na ausência de lei, aplicar-se-ia uma já existente, ocorrendo isso devido a consequência da mora parlamentar. Há, também, a posição concretista intermediária que de acordo com ela, a Suprema Corte tanto comunicaria a omissão ao órgão omisso, como estabeleceria um prazo para que criasse essa norma.

Com o advento da lei 13.300/2016, o Mandado de Injunção passou a tratar não só da falta de norma regulamentadora, entretanto, passou a tipificar que essa ausência de norma pode dar-se em caráter total ou parcial. Passa a relacionar-se com a realidade constitucional da atualidade, haja vista que a omissão normativa possui caráter tanto total quanto parcial. Esse mandado, essa ordem de cobrar que haja uma norma regulamentadora para determinados casos estabelecidos constitucionalmente ampliou a legitimidade ativa para o Ministério Público e para a Defensoria, além dos partidos políticos, das organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento a pelo menos 1 ano, nos casos do Mandado de Injunção Coletivo.

O objeto do Mandado de Injunção abrange os direitos e liberdades constitucionais pendentes de regulamentação. São exemplo deles: o art. 7º, X, XI, XXIII; o art. 37, VII, art. 40, § 4º, I, II e III da Constituição Federal. O artigo 7º da Constituição Federal trata do direito

referente aos trabalhadores urbanos e rurais e suas melhores condições sociais. Essa ausência de regulamentação refere-se à proteção do salário na forma da lei, assim como a participação nos lucros e resultados e o adicional de remuneração. Havia também outro direito pendente de e também o direito referente à aposentadoria especial.

A lei 13.300/2016, disciplina tanto o processo quanto o julgamento do mandado de injunção, sendo ele individual e coletivo. Houve uma inovação quanto ao texto constitucional, que tratava, antes, pela concessão do remédio quanto à falta de norma regulamentadora, e a lei específica que a mesma pode ser total ou parcial. Será considerada parcial quando a for insuficiente a regulamentação das normas editadas pelo órgão legislador competente. Ou seja, a lei trata a questão de maneira mais atual, no contexto da omissão total ou parcial. Depois de 28 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, não era de se esperar que a lei tratasse a questão com de maneira mais detalhada.

Foi estabelecido que o legitimado ativo para a sua propositura as pessoas naturais e jurídicas que se afirmarem titulares desses direitos cuja haja falta de previsão normativa e o impetrado continuou sendo o Poder, o órgão ou a autoridade questão com atribuição para editar a norma regulamentadora. Isso já estava estabelecido pela constitucionalmente, contudo, agora sim o Mandado de Injunção não precisa mais ser equiparado ao Mandado de Segurança no que tange a questão processual. Outra inovação foi que a petição referente ao *writ* deve ser instruída, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ela integra, ou aquela que ele está vinculado. O Ministério Público atuara como fiscal da lei, quando findo o prazo para a apresentação das informações, podendo opinar em dez dias, com ou sem parecer, os autos conclusos para a decisão.

O mais importante dessa lei, e de sua regulamentação, foi estabelecer os limites do órgão julgador. Ao ser reconhecido o estado de mora legislativa, a injunção deverá estabelecer prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora, como também estabelecer as condições para o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas que foram reclamadas, para o fim de que haja uma norma tratando a respeito da questão. Deverá estabelecer, se for o caso, as condições em que o interessado promova ação provisória, querendo exercer esses direitos, caso não seja suprida a omissão legislativa em prazo determinado.

É imprescindível, ao traçar os limites das decisões em sede de Mandado de Injunção, mencionar a sua eficácia, sendo subjetiva, limitada as partes, produzindo efeitos até a edição da nova norma regulamentadora. Contudo, foi estabelecido que o judiciário poderá garantir

eficácia ultra partes à decisão, quando haja uma indispensabilidade ao exercício dos direitos, das liberdades ou até das prerrogativas objeto da impetração.

Ainda assim, pode-se traçar por limite de decisão a extensão dos efeitos aos casos análogos por decisão monocrática do relator. Poderá também ocorrer o julgamento mesmo diante do indeferimento do pedido, por insuficiência de provas, pois não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios. Além disso, sem prejuízo dos efeitos produzidos, por tratar de segurança jurídica, essa decisão poderá ser revista a pedido de qualquer interessado, em casos de relevantes modificações de fato e direito.

A presente lei dispõe, ainda, que a nova norma regulamentadora, criada com o propósito de sanar determinada omissão, produzirá efeitos *ex nunc* quanto aos beneficiados da decisão que transitou em julgado. A lei 13.300/2016 dispõe também a respeito do Mandado de Injunção Coletivo. Além dos legitimados ativos a poder impetrá-lo, houve uma abertura para a Defensoria Pública e o Ministério Público, quando esse último não atuar como fiscal dalei. São legitimados ativos, além desses dois, o partido político com representação no Congresso Nacional, assim como a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento a pelo menos 1 ano. Ainda assim, a lei traz que o Mandado de Injunção Coletivo faz coisa julgada apenas aos integrantes da coletividade, grupo, classe ou categoria substituídos pelo impetrante.

Ao tratar do Mandado de Injunção, deve-se mencionar sua autoaplicabilidade. Isso dar-se por sua aplicação direta e imediata no que tange a problemática das omissões normativas. Nos primórdios do usufruto desse remédio, o Supremo Tribunal Federal, diante da ausência de uma norma regulamentadora para tratá-lo, aplicava analogicamente o Mandado de Segurança.

Assim dispõe João Francisco N. da Fonseca (2016):

Curiosamente, porém, a vagueza e a parcimônia do dispositivo constitucional que o instituiu despertaram dúvidas a respeito de sua própria eficácia. Diante das controvérsias iniciais, o Supremo Tribunal Federal decidiu- em conhecido *leading case*- que a aplicabilidade do mandado de injunção “não depende de norma jurídica que o regule, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança.” Esse entendimento está correto, alinhando-se a diversos precedentes em que se admitiu a utilização de ações constitucionais, independente da legislação disciplinadora de seu procedimento, tal como ocorrera com o mandado de segurança e a ação direta de inconstitucionalidade (FONSECA, 2016, p. 95).

Com o advento da Lei 13.300/2016 o Mandado de Injunção passou a ser tratado por uma norma regulamentadora, além do tratamento dado constitucionalmente. A grande questão

é que, agora, o *writ* que tratava da ausência de norma regulamentadora, agora possui essa norma.

A lei 13.300/2016 não tratou a respeito da competência, função realizada pela Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal apresenta a competência para julgar originalmente o Mandado de Injunção, nos casos em que a ausência de norma regulamentadora seja responsabilidade do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, assim como as Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores e do STF. Todavia, essa competência não recai somente ao STF. Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar originalmente o mandado de injunção:

quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da justiça do Trabalho e da Justiça Federal” (art. 105, I, h) (BRASIL, 2010).

Ao relacionar a questão da competência para julgar o Mandado de Injunção, é necessário demonstrar que a Constituição Federal estabeleceu competência para a Justiça Federal Julgar esse remédio constitucional. No que tange a Justiça Estadual, todos os estados brasileiros deram competência aos Juízos Estaduais para julgar o *writ*. Torna-se imprescindível, além de tudo, estabelecer que a competência estabelece-se em razão da autoridade coatora.

Ao discorrer sobre Mandado de Injunção, deve-se mencionar a legitimidade ativa e passiva para figurarem em juízo. A lei nº 13.300/2016 estabeleceu legitimidade ativa para impetrar o Mandado de Injunção as pessoas naturais e jurídicas que tenham tido seus direitos fundamentais oprimidos face a ausência de norma regulamentadora. Já a Legitimidade Passiva é a autoridade ou o órgão coator, aquele que tinha a competência para criar a norma regulamentadora e não o fez. Deverá ser o poder e ainda especificar o órgão referente a ele. Atualmente, é legitimado passivo tanto o órgão omissor, quanto a pessoa responsável por ele, tratando-se de um litisconsórcio passivo facultativo.

O processo do Mandado de Injunção trás algumas peculiaridades, ou seja, o litisconsórcio tanto pode ser passivo facultativo, como também há a possibilidade de haver um litisconsórcio ativo. Esse litisconsórcio tem característica de Ativo Facultativo e funciona para que em caso de omissão normativa, e duas ou mais pessoas afirmem ser titulares desses direitos que seriam provenientes da criação dessa norma. Já a legitimidade passiva facultativa

ocorre em razão de evoluções jurisprudenciais, a fim de que o órgão e a pessoa responsável por ele sejam parte integrante da lide, no polo passivo.

A questão processual do Mandado de Injunção limita o seu julgamento aos fatos expostos nos autos. Deve o autor desse remédio constitucional demonstrar qual o seu direito constitucional foi tolhido graças a ausência de norma regulamentadora para tratar do mesmo. Deverá o autor alegar a omissão normativa, e para isso o Tribunal competente deve limitar-se aos fatos descritos pelo autor. Percebe-se, pois, que a própria norma regulamentadora restringe qualquer tipo de atividade ou interpretação além da Constituição Federal ou da lei 13.300/2016. Trata-se, pois, da observância dos julgados com base em uma interpretação constitucional e da lei a luz de seus limites.

Para que seja impetrado o Mandado de Injunção, é necessário que o mesmo possua um objeto. São todos os pedidos feitos ao juiz, assim como as demandas referentes a omissão normativa. Esses pedidos giram em torno dessa omissão normativa, a fim de que o impetrante possa usufruir de seu direito. Assim, restringe-se o objeto ao pedido feito pelo impetrante, referente à ausência de norma regulamentadora. No que tange ao seu procedimento, a lei 13.300/2016 não estabeleceu prazo para que o remédio seja impetrado, sendo uma novidade, haja vista que quando era aplicada analogicamente a lei do Mandado de Segurança, havia um prazo de cento e vinte dias.

5 A JURISPRUDÊNCIA O STF NO TOCANTE AS OMISSÕES NORMATIVAS: UMA ANÁLISE SOBRE A APLICAÇÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E DO MANDADO DE INJUNÇÃO

5.1 A OMISSÃO NORMATIVA E O CASO DA APOSENTADORIA ESPECIAL

Cumprir realizar uma breve análise de algumas decisões em sede de Mandado de Injunção no que tange a aposentadoria especial do art. 40, § 4º, da CF. No MI 795 o STF julgou parcialmente procedente o pedido impetrado contra a autoridade coautora, o Presidente da República, por uma servidora do Ministério da Saúde para garantir seu direito à contagem diferenciada de tempo e serviço pela insalubridade do trabalho, que analogicamente tem por parâmetro o regime geral de previdência privada. Como foi observado, não foi criada uma norma, mas aplicou-se técnica analógica a outro regime de previdência, qual seja, o privado. A impetrante havia trabalhado mais de 25 anos em atividade insalubre e pleiteava o suprimento da falta de norma regulamentadora para aposentadoria especial, devido à insalubridade de seu trabalho (VALE, 2016).

É válido salientar que há ainda o Mandado de Injunção 795/DF cuja relatora foi a Ministra Cármen Lúcia. O impetrante utilizou-se do Mandado de Injunção com pedido de liminar para a falta de norma regulamentadora do art. 40, § 4º, da Constituição Federal, cuja iniciativa seria do Presidente da República, sendo o mesmo a autoridade coautora. O impetrante alega omissão, haja vista que trabalhou 36 anos, 1 mês e 27 dias, sendo 25 anos de trabalho estritamente policial, alegando ser uma atividade perigosa e insalubre. Pleiteava a concessão de aposentadoria nos termos da Lei Complementar Federal n. 51/85 c/c Lei Complementar Federal

n. 776/94, que obteve por resposta que só poderia usufruir da aposentadoria especial aos 60 anos de idade. Foi alegado que havia uma omissão quanto à ausência de norma regulamentadora do art. 40, § 4º, não tendo reconhecimento por vias administrativas.

Dispõe o art 40, §4º:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o dispositivo neste artigo (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003).

(...)

§4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime que trata esse artigo, ressalvados, nos

termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 47, de 2005)

- Portadores de deficiência;
- Que exercem atividades de risco;
- Cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde e a integridade física (BRASIL, 2010).

Da mesma maneira, outros Mandados de Injunção foram impetrados no STF a respeito da carência de norma regulamentadora desse artigo 40, § 4º, inviabilizando o exercício dos direitos constitucionais dos servidores públicos e suas condições de periculosidade e insalubridade, que prejudicasse suas aposentadorias. Há os Mandados de Injunção n. 879 da relatoria da Ministra Carmem Lúcia, 781, 786, 791 E 792, Rel. Min. Eros Grau; 780, 785 e 793, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; 788 e 796, Rel. Min. Carlos Britto. Após todos esses Mandados de Injunção impetrados versando sobre o direito a aposentadoria especial, que surgiu a Súmula Vinculante 33 que dispõe sobre as normas do regime geral de previdência social na hipótese de aposentadoria especial do servidor público. Essa aposentadoria especial pode ser uma atenuação quanto à redução de idade, cumprimento de tempo de serviço público e tempo de exercício de cargo.

O Ministro Gilmar Mendes então apresentou a PSV 45, e dessa forma surgiu a Súmula Vinculante 33 do STF, dispondo a aplicação do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial, no que se refere ao artigo 40, § 4ª, III, da Constituição Federal, em caso de omissão, enquanto não for editada lei complementar específica. Percebe-se, pois, que não a usurpação do poder pela Suprema Corte, ao contrário, a mesma está agindo perante sua função legítima de aplicabilidade dessa norma enquanto há omissão. Essa Súmula Vinculante dispõe que o servidor público irá pleitear a aposentadoria especial em condições insalubres com embasamento no artigo 57, § 1º da Lei 8213/91.

No que se refere ao Mandado de Injunção 795/ DF, já aqui citado, nas palavras de José Cretella Júnior, a concessão do mandado de injunção ocorre:

Sempre que a falta de norma regulamentadora, já existente ou a ser editada, isto é regra jurídica ordinária federal, complementadora de dispositivo elaborado pelo constituinte, torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, e das prerrogativas inerentes a nacionalidade, à soberania e a cidadania, (...). Desse modo, aqueles direitos liberdades podem ser exercitados por quem quer que seja detentor do respectivo direito subjetivo, público ou privado, mas que não possa exercê-los por falta de regra jurídica ordinária” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 724.” Ou seja, a própria Constituição Federal dispõe que na falta de norma regulamentadora para o exercício dessas liberdades constitucionais, deve-se ter o cabimento do Mandado de Injunção, foi o que ocorreu diante da ausência de norma regulamentadora quanto a aposentadoria do artigo 40, § 4º (CRETELLA JÚNIOR, 2010).

Sendo assim, dispõe o Ministro Marco Aurélio:

Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do legislativo. Em síntese, ao agir, o judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, da viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas à nacionalidade, soberania e cidadania. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo. É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do Mandado de Injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante a prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão. Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão da omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania. Busca-se o judiciário na crença de lograr a supremacia da lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador.

Conforme foi visto, o Judiciário no que tange as Omissões Normativas, encontrava-se tímido quanto a suas decisões, o que o excesso de zelo poderia causar uma frustração quanto à prestação dessas liberdades constitucionais. Foi pensando na prestação dessas liberdades constitucionais que surgiu a Súmula Vinculante 33. O primeiro julgado após essa Súmula foi o Mandado de Injunção impetrado por Augusto Cavalcanti Reis que alegou a omissão no que diz respeito ao artigo 40, § 4º, da Constituição Federal. O mesmo é segurança da guarda municipal e requereu a analogia do Regime Privado de Previdência Social.

É preciso perceber, portanto, que o Mandado de Injunção não configura uma prática para o advento de excesso judicial. O Ativismo Judicial não configura-se pelo excesso ou a supremacia de um poder sobre o outro. Contudo, nesse caso, o Mandado de Injunção é um remédio constitucional para sanar as omissões negativas, gerando limites para o seu usufruto. Deve-se ao julgar o instituto, evidentemente, observar o que dispõe a Constituição Federal e agora a sua nova norma regulamentadora, a Lei 13.300/2016. O órgão julgador deve ater-se a legitimidade da omissão alegada, assim como levar em conta o caráter provisório da decisão. Nota-se que esse remédio não configura excesso judicial, pois trata-se de uma decisão em caráter provisório, bastando o poder omissivo sanar a mora legislativa.

5.2 ADO 26/DF – A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA A LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A IDEOLOGIA CONSTITUCIONAL

O presente tópico tem por temática a análise da ADO nº 26/DF e tentar perceber se ele é fruto de uma decisão Iluminista ou se a Ideologia Constitucional trás na Constituição de 1988 esse valor. Para isso, busca-se uma análise tanto histórica quanto sociológica sobre o tema.

De acordo com Ivo Dantas (2012):

O raciocínio aqui desenvolvido, apesar de ser mais sociológico do que propriamente jurídico no sentido estrito, é profundamente indispensável para uma correta compreensão do conteúdo do Direito Constitucional em suas diversas fases de evolução histórica. Em outras palavras: só através de tais análises, poder-se-á identificar a Ideologia Constitucional e sua presença no conceito material de Constituição, já que esta deve representar a ordem jurídica como um todo [...] entendimento segundo o qual, o Direito (= processo ou ordenamento, sistema) está condicionado e relacionado com a História (também=processo) do tempo em que é legislado (DANTAS, 2012, p. 45).

Para isso, é imprescindível, antes de tudo, buscar o contexto histórico da criminalização da antiga e errônea denominação antiga: homoxessualidade, e entender que isso surgiu em Portugal, da época em que o Brasil era sua colônia. Havia, nesta época, a punição do crime sodomia

Ao desembarcarem em terras brasileiras, os europeus trouxeram consigo o preconceito contra as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, e ficaram espantadas ao descobrir que na colônia, já se praticava o “pecado” da sodomia, espanto este compreensível visto que muitos àquela época acreditavam que a sodomia era um “vício italiano”⁴⁴ Existem relatos de viajantes europeus de que algumas tribos ameríndias já praticavam atos homossexuais na época do descobrimento do Brasil [...]

Assim como em Portugal, a punição da Sodomia no Brasil pertenceu a três jurisdições simultaneamente. A jurisdição secular (DEL PRIORE, p. 119-120), representada pelas ordenações portuguesas, à jurisdição eclesiástica, e à jurisdição do Tribunal do Santo Ofício da Inquisição. Apesar de a colônia não ter possuído uma sede do Tribunal Inquisitorial, o Santo Ofício se fez presente no além-mar através das visitas inquisitoriais, e alguns bispos exerceram funções tipicamente do tribunal.⁵¹ A falta de um Tribunal Inquisitorial não significou que a colônia tenha sido deixada à revelia no que diz respeito ao movimento disciplinar que acontecia na Europa⁵². (História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo (PRETES; VIANA, 2007, p. 336).

Com o advento do Iluminismo, na Europa, não cabia mais criminalizar as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, contudo, não era fruto de debates, naquela época, criminalizar a homofobia. É notório que era enraizado nos costumes o preconceito quanto a conduta, mesmo que não mais tipificado.

De acordo com Érica Aparecida Pretes, Túlio Viana:

Na Europa, em função dos resquícios do movimento iluminista e por mudanças sociais propiciadas pelas grandes revoluções europeias, proliferava o discurso científico de que não cabia à lei punir as relações sexuais entre as pessoas do mesmo sexo (TREVISAN, 2000, P. 166; FRY, 1985, P.64, SPENCER 1995,p. 273,

GREEN, 2006, P. 198-199). O Brasil seguiu à risca o exemplo francês de não incluir na legislação criminal de 1983, o tipo penal de Sodomia (TREVISAN, 2000, P. 166). Contudo, a não inclusão de um tipo penal taxativo não significou que o Brasil ou mesmo os países europeus haviam se libertado dos preconceitos morais referentes às relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo (GREEN 2006, p.191; FRY, 1985, p. 67) (PRETES; VIANA, 2007, p. 348).

Busca-se, pois, realizar uma análise a posteriori sobre a criminalização da Homofobia a Luz dos Direitos Fundamentais da Constituição de 1988, sendo os mesmos a positivação dos Direitos Humanos na Carta Constitucional brasileira.

Essa análise da ADO/26 busca realizar uma análise da criminalização da homofobia mediante a perspectiva dos Direitos Fundamentais e entender que o julgado foi realizado por meio da sua necessidade quanto ao Valor da Constituição de 1988.

Segundo Ivo Dantas (2012):

Dizendo de outro modo: nesta perspectiva do relacionamento *Constituição Política e Constituição Social* observa-se que nos instantes em que não ocorre a adaptação e harmonia das normas constitucionais às novas realidades, ocorre o que temos denominado de ***Hiato Constitucional***, ou fenômeno a que, impropriamente, se tem chamado de *Desconstitucionalização*, termo tão a gosto de Bidart Campos e Hugo Palacios Mejia e equivalente ao divórcio entre a realidade social e a norma constitucional jurídico positiva (DANTAS, 2012, p. 42).

No tocante a Dignidade da pessoa Humana, menciona Ana Carla Costa Pinto

O princípio da dignidade da pessoa humana, desde a Declaração Universal de Direitos do Homem, [...] adquiriu contornos universais. O artigo 1º desta declaração proclamou que todos os seus humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Podemos dizer após as consequências de grande guerra mundial este princípio foi inserido em inúmeros textos constitucionais, passando o ser humano, a figurar como o ponto principal de Direito e do Estado (BARBACENA, 2011, p. 25).

No Brasil, o Princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se no centro de nossa ordem jurídica, uma vez o legislador constituinte (p. 26) o elevou a princípio fundamental, uma vez que foi concebido a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para o Direito:

Art.1º: como princípio fundamental da Constituição Federal, há que se estender sua abrangência a todos os direitos dos cidadãos estabelecidos como direitos e garantias fundamentais e direitos individuais e coletivos, expressos no art. 5º. E como tal deve permear e assegurar tais direitos como: vida, saúde, integridade física, honra, liberdade física, honra, liberdade física e psicológica, nome, imagem, intimidade, propriedade (BARBACENA, 2011, p. 27).

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado e à sociedade o dever de respeitar, proteger e promover as condições que viabilizam a vida com dignidade. Impõe o dever de abstenção e de condutas positivas tendentes e efetivas a proteger a pessoa humana, no sentido em que ela possa viver em harmonia e em paz com a sociedade, sendo tratado como humano e não como coisa, tendo direitos e deveres iguais e devendo ser respeitado não só por seu povo, como também pelo Estado, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana norteia outros princípios que garantem a estabilidade entre o cidadão e o Estado.

Ao mencionar o Princípio da Igualdade, dispõe o Ministro Eros Grau:

[...], o princípio da igualdade constitucional determina que se dê tratamento igual aos que se encontram em situação equivalente a que se trate de maneira desigual os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. Significa dizer que “a lei pode, ser violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribuía a outro” (ADI 2716, Rel. Min. Eros Grau, j. 29-11-07, Plenário, DJE) de 7-3-08).

No que se refere ao princípio da Liberdade, dispõe Ana Carla Costa Pinto:

O princípio da liberdade constou artigo 4º da Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789: A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que assegure aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei 21.

Autonomia de escolha é considerada como elemento essencial da dignidade da pessoa humana baseado na crença do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida. A autonomia privada assim é considerada como instrumento de realização do princípio da liberdade e consequentemente da própria dignidade da pessoa humana [...] (BARBACENA, 2011, p. 33).

5.2.1 O voto: um ativismo judicial ou uma legitimidade do stf para sanar a omissão pela ADO?

A ADO nº 26/DF foi votada pelo Ministro Alexandre de Moraes, sendo proposta pelo Partido Popular Socialista-PPS, com a finalidade de obter a criminalização de todas as formas de Homofobia e Transfobia, no tocante a violência a ofensas individuais e coletivas, homicídios, agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta da vítima.

É por este motivo de identidade da vítima real ou suposta e das agressões e discriminações motivadas pela orientação ou identidade de gênero, decorrência da própria Ordem Constitucional de legislar em relação ao racismo, pelo artigo 5º, XLII, CF; ou subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais do art.5º, XLI e de forma subsidiária o art. 5º, LIV, da CF/88.

É bastante transparente a presença dos Direitos Fundamentais da Constituição Cidadã presentes no julgado.

Art.5º, XLII, CF: a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão nos termos da lei;

Art.5º, XLI, CF: a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Art. 5º, LIV, CF: ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal.

Além do STF demonstrar pelo texto constitucional a presença dos direitos fundamentais, o Ministro em seu voto faz relação a Inicial:

Narra a peça inicial que a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras que se identificam com o próprio gênero). Acrescenta que a homofobia e a transfobia inequivocamente se enquadram no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, donde enquadradas, nesta hipótese subsidiária (caso não se as entenda como espécies do gênero racismo), no disposto no art. 5º, inc. XLI, da CF/88, que, no presente caso, impõe a elaboração de legislação criminal que puna tais condutas. Argumenta ainda que considerado o princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição de proteção deficiente, tem-se que é necessária a criminalização específica das ofensas [...], dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima porque o atual quadro de violência e discriminação contra a população LGBT tem tornado faticamente inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero das pessoas LGBT em razão do alto grau de violência e discriminação contra elas perpetradas na atualidade, donde inviabilizado, inclusive, o direito fundamentais à livre orientação sexual e à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero das pessoas LGBT em razão do alto grau de violência e discriminação contra elas perpetradas na atualidade, donde inviabilizado, [...], o direito fundamental à segurança desta população.

A Inicial levanta a tese que todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor da Lei do Racismo, a fim de fazer uma analogia e não de hierarquizar opressões. Requer que se supere a legalidade estrita parlamentar, pois se continuar desta forma, estaria hierarquizando opressões. Com essa Omissão Normativa, decorrente da mora parlamentar, levanta-se o argumento voltado a realidade social de que o Parlamento nega a Supremacia Constitucional, no tocante aos direitos fundamentais e a Ideologia Constitucional ao ser moroso quanto a criação da norma.

Por fim pediu:

- Seja reconhecido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constante do art. 5º, inc. XLII, da CF/88, já que elas inferiorizam pessoas LGBR relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras ou, subsidiariamente, reconhece-las como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar constante do art. 5º, inc. XLI, da CF/88;
- Seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e transfobia;
- Cumulativamente, seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima;

É notório que a partir do embasamento da Teoria da Pirâmide de Hans Kelsen, a Constituição Federal está no topo do Ordenamento Jurídico e os anseios da Assembleia

Nacional Constituinte, precisou-se de um controle que além de retirar as normas em desacordo com a Constituição, também sanasse as Lacunas Normativas. Isso garante, pois, a supremacia do texto constitucional, a rigidez constitucional, a presunção absoluta de constitucionalidade das normas originárias, a presunção relativa de constitucionalidade das normas constitucionais derivadas e das normas infraconstitucionais, garantindo a sua força normativa.

Em razão da amplitude da Jurisdição Constitucional para sanar as Omissões Inconstitucionais, nesse caso através da ADO, estaria o Supremo Tribunal Federal sendo ativista ou agindo mediante sua legitimidade constitucional democrática? Entende-se que, por enquanto, o STF agiu mediante a Legitimidade dada pelo Constituinte Originário para sanar essa omissão do Congresso moroso quanto ao tema, tendo em vista que não foi criada uma norma, não agiu como Legislador Positivo. Agiu mediante a corrente contramajoritária de garantia dos Direitos das Minorias, através de uma analogia ao crime de racismo, haja vista q mora evidente do Congresso Nacional que atua em defesa das minorias, sendo as bancadas e comissões que defendem as minorias um tanto esmagadas.

O STF não está agindo neste julgado com intromissão em relação ao Congresso Nacional brasileiro, ele tinha legitimidade de julgar esse caso, não podendo afastar nenhuma lesão ou ameaça de direito, tendo em vista que o mesmo além de ter sido provocado, agiu mediante aos seus limites:

- VOTAR, para conceder interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e §1º, da Constituição Federal, à Lei nº 7.716/89, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional.

Ao ocorrer o fenômeno da Omissão Inconstitucional, deverá ocorrer a sua supressão, a fim de sanar a inexistência da norma. É imprescindível entender que a Assembleia Nacional Constituinte de 87/88 foi dada grande importância pelos juristas que surgissem mecanismos que suprimissem as Lacunas. O anteprojeto constitucional “Comissão Afonso Arinos” 142-143 previa como lidar melhor com a inércia legislativa:

Art. 10. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata.

§1º Na falta ou omissão da lei o juiz decidirá o caso de modo a atingir os fins da norma constitucional. §2º Verificando-se a inexistência ou omissão da lei, que inviabilize a plenitude da eficácia de direitos e garantias asseguradas nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao Poder competente a edição da norma que venha a suprir a falta (FONSECA, 2016, p. 60-62).

Nota-se que desde sempre o problema da Omissão Inconstitucional gerava grandes preocupações na seara jurídica, por isso a fim de garantir direitos fundamentais e sociais que viriam a fazer parte da nova Constituição Federal, o Constituinte Originário criou dentre seus mecanismos de jurisdição constitucional, a Ação Direta de Inconstitucionalidade de Omissão, tendo cabimento claro para este caso.

Ao mencionar esta problemática de grande perturbação no ambiente jurídico, é necessário entender que as Omissões Normativas ocorrem quando não há uma efetividade de uma norma constitucional por ausência de normas, podendo essa omissão ser total ou parcial. É imprescindível perceber que essas omissões são divididas em: Omissão Legislativa, Omissão Judicial e a Omissão político-administrativa. De acordo com J.J. Gomes Canotilho, ao vencer a divergência, mesmo que de forma mais simples, as Constituições do século XX tiveram por sua grande característica a exigência de uma prestação de serviços das funções que garantem o Poder Estatal. Isso surge para garantir a força normativa da Constituição. Tudo isso se remete a teoria da pirâmide de Kelsen em que a Lei Maior deve estar no topo do Ordenamento Jurídico. Havia os mecanismos de erradicar os atos comissivos, sendo vago os instrumentos de sanarem as omissões normativas” (CANOTILHO, 2002).

Com a Constituição de 1988, e no ambiente político marcado pela estabilidade institucional, verificaram-se os elementos facilitadores para uma expansão judicial do STF. Assim, em várias ocasiões, a Corte tem solucionado controvérsias de elevada complexidade, proferindo decisões com dimensões nitidamente ativistas[...]. Por essa razão, aparentemente, o constitucionalismo contemporâneo teria como corolário o protagonismo judicial das Cortes em detrimento das instâncias de representação política. Como resultado indesejado, o “terceiro gigante” se converteria numa superinstância, desfrutando de primazia no processo de interpretação do documento constitucional. No entanto, considerando que não é razoável, no âmbito de um Estado Constitucional, falar em instituição legítima de forma apriorística e em termos absolutos, discute-se em terceira via, baseada numa relação interorgânica entre jurisdição constitucional e instâncias majoritárias. Além disso, por mais que existam críticas contundentes contra a jurisdição constitucional, ao menos naqueles países onde esta prática já está consolidada, como é o caso do Brasil, é pouco provável que tais críticas sejam fortes o suficiente para haver uma redução substancial das competências ligadas à jurisdição constitucional, notadamente o controle de constitucionalidade das normas. Para se chegar a tal ponto, aliada a uma profunda descrença em relação aos juízes e Tribunais, teríamos que depositar boa dose de confiança nos atores políticos, situação que não parece se configurar no momento. Por isso, em vez de se optar por um ativismo judicial excessivo ou por uma democracia *majoritária*, tem-se iniciado um profícuo debate sobre as teorias que rediscutem a supremacia judicial e que propõem um diálogo constitucional com os demais poderes. A metáfora “diálogo”, presente, em particular, nos debates entre acadêmicos norte-americanos e canadenses, servem para designar as possíveis relações a serem estabelecidas entre Cortes e Parlamentos na construção coordenada de significados constitucionais. Como ponto de partida, entende-se que nenhuma instância de poder possui a prerrogativa de se assenhorar a Constituição, assumindo o monopólio da sua interpretação. Esse pressuposto tem como consequência afastar posições tanto a favor da supremacia parlamentar, quanto da supremacia judicial. A virada para uma teoria dos diálogos tem sido apontada como um caminho equilibrado que, sem considerar a relevância

da jurisdição constitucional, não lhe outorga um papel diferenciado e superior na concretização da Constituição, bem como permite resgatar a importância das instituições representativas, promovendo, ao final, uma reconciliação entre democracia e constitucionalismo. Como destacado por Mark Tushnet, o debate em torno dos diálogos institucionais se tornou uma questão central do pensamento constitucional contemporâneo acerca da jurisdição constitucional 371 (LEITE, 2017, p. 214-215).

É imperioso perceber, portanto, que a corte protege determinadas condições em relação ao processo de formação da vontade democrática, protegendo mediante a corrente contramajoritária os direitos das minorias e impedindo a tirania dos direitos das minorias. A corte age com Supremacia Judicial, analisa o caso concreto e o insere dentro da sua jurisprudência, além de ser menos falível em questões de princípios e está mais próxima da resposta correta, integrando o sistema democrático do Poder estatal, dividindo-o em três funções: executivo, legislativo e judiciário.

Contudo, segundo Samuel Sales Fonteles:

Não se pode divinizar o judiciário. Juizes em suas torres de marfim não estão posicionados em um ambiente favorável para captar os valores de quem habita nos rincões mais longínquos deste país continental. Alguns Ministros do STF têm a ousadia de dizer que possuem uma **função iluminista**, no sentido de promover saltos históricos na humanidade, comportando-se como líderes messiânicos que resgatariam esta sociedade medieval do obscurantismo descrito na caverna de Platão.

Para Conrado Hubner:

A representação é um recurso pragmático para contornar dificuldades que tornaram inviável a adoção do padrão democrático original. Nas sociedades modernas, dadas sua dimensão e complexidade, indivíduos não podem ocupar-se da política o tempo todo. A magnitude do *demos* e a extensão geográfica dos estados nacionais, ademais, não permitem reuni-los numa assembleia [...]. O povo se faz presente por meio das eleições, e governa, ainda que indiretamente, por intermédio de seus representantes. Mesmo que a ideia de “vontade da maioria” possa ser problemática, o parlamento é representativo e isso basta para rejeitar uma instituição judicial que, se não é necessariamente contra-majoritária, é contra-representativa.

Contudo, diante da hipertrofia Legislativa e de sua mora na redemocratização, menciona Harbele:

A expansão institucional da jurisdição constitucional e sua consequente politização são realidades incontestáveis dos sistemas políticos atuais. A autoridade de suas decisões perante os demais poderes e a sociedade atrai por essa razão, a apreensão de suas organizações não governamentais, partidos políticos, sindicatos e especialistas no sentido de tomarem parte nos processos que ocorrem perante os órgãos de jurisdição constitucional. O direito processual adotado vem, assim, admitindo cada vez mais a participação dos atores sociais e políticos das mais diversas matrizes nas questões suscitadas em sede de controle de constitucionalidade. Aos poucos, constrói-se um ambiente de legitimação política de algum modo semelhante ao processo legislativo. Politizam-se as práticas e os procedimentos. A abertura do processo constitucional atual é, segundo Harbele, exatamente onde o Parlamento falhou (LEAL, 2006, p. 100-101).

Mesmo diante da mora Parlamentar, deve-se entender que o Parlamento representativo é o mais próximo do ideal de democracia direta, sendo a maioria a decisão que versa sobre a moral e a igualdade e a mesma maioria é quem limita o poder. Percebe-se, no decorrer da discussão, argumentos favoráveis ou não, tanto em relação ao Parlamento, quando ao STF. Então, é imperioso perceber que, há duas correntes para quem deva realizar a interpretação constitucional. Temos a corrente da supremacia judicial e a corrente da soberania popular.

No que diz respeito a Supremacia Judicial o Judiciário é mais confiável quanto a não falhar do que o Legislativo. Por não ser eleito pelo povo e não garantir as minorias e precisar vencer nas urnas de forma majoritária, ela distante das paixões políticas. Deve proteger a constituição e garantir o direito das minorias através de uma corrente contramajoritária em prol da garantia dos Direitos Fundamentais. Todavia, em relação a Soberania Parlamentar os parlamentares são eleitos pela vontade popular, dando ao povo o poder de governar em si mesmo.

5.2.2 Diálogos institucionais: uma solução para o presente caso?

Para responder a pergunta, deve-se entender que para Barroso (2010):

a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de um ativismo judicial (BARROSO, 2010, p. 07).

É notório que esses casos deveriam sim ser debatidos na esfera parlamentar, porém, não foram, devido a sua inércia, devendo o STF seguir o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição em que a própria Constituição Federal determina que o judiciário não poderá afastar nenhuma lesão ou ameaça de direito. O que é percebido é o fato da realidade constitucional necessitar de julgados constitucionais conforme o caso concreto, contudo, com a finalidade de ter sua eficácia tanto *inter parts* como erga omnes e para isso, devido à pluralidade e a relevância de determinados casos concretos, deve-se ponderar quando o direito entra em choque com o outro, escolhendo, pois, o meio mais razoável para o caso. Passa-se a perceber a realidade social. Conforme o exposto, o direito não poderia ser uma ciência exata, devendo ser analisada as concepções políticas, econômicas e sociais de cada caso concreto, considerando que essas são questões bastante sensíveis.

Com a finalidade de obter o cerne da questão, estabelecendo os limites dados pelo Constituinte Originário, é preciso perceber que a corrente da Supremacia Judicial está em declínio e o Legislativo ainda permanece inerte quanto a questões sensíveis.

De acordo com Samuel Sales Fonteneles:

Até então, a resposta para a pergunta sobre quem estaria melhor posicionado para interpretar a Constituição seguiu um raciocínio binário “Corte/Parlamento”, de maneira *disjuntiva* (uma coisa ou outra). Contudo, de maneira criativa, alguns juristas perceberam que seria possível uma solução intermediária para o dilema que apresentamos, alicerçados na premissa de que, em uma democracia, não existe uma última palavra. Por que pensar em legislativo ou judiciário (raciocínio disjuntivo), se é possível conjugar a colaboração de ambos (raciocínio aditivo)? À luz da **Teoria dos Diálogos Institucionais, a interpretação constitucional não deveria ser encerrada pelo judiciário ou pelo Legislativo, mas sim amadurecida dialeticamente por eles.**

Por isso, em vez de se optar por um ativismo judicial excessivo ou por uma democracia *majoritária*, tem-se iniciado um profícuo debate sobre as teorias que rediscutem a supremacia judicial e que propõem um diálogo constitucional com os demais poderes. A metáfora “diálogo”, presente, em particular, nos debates entre acadêmicos norte-americanos e canadenses, servem para designar as possíveis relações a serem estabelecidas entre Cortes e Parlamentos na construção coordenada de significados constitucionais. Como ponto de partida, entende-se que nenhuma instância de poder possui a prerrogativa de se assenhorar da Constituição, assumindo o monopólio da sua interpretação. Esse pressuposto tem como consequência afastar posições tanto a favor da supremacia parlamentar, quanto da supremacia judicial. A virada para uma teoria dos diálogos tem sido apontada como um caminho equilibrado que, sem considerar a relevância da jurisdição constitucional, não lhe outorga um papel diferenciado e superior na concretização da Constituição, bem como permite resgatar a importância das instituições representativas, promovendo, ao final, uma reconciliação entre democracia e constitucionalismo. Como destacado por Mark Tushnet, o debate em torno dos diálogos institucionais se tornou uma questão central do pensamento constitucional contemporâneo acerca da jurisdição constitucional (LEITE, 2017, p. 214-215).

Deve-se pois, analisar que o melhor é buscar um diálogo institucional, pois segundo Bruno Galindo:

Aí é de se perguntar: e como sair desse impasse? Como dar efetividade ao dispositivo constitucional mencionado e combater criminalmente a homofobia e, ao mesmo tempo, não permitir uma perigosa juristocracia e não piorar o já combalido sistema de freios e contrapesos no Brasil, prestigiando a Constituição em vez de abrir uma Caixa de Pandora para permitir maiores violações de suas normas, apesar de poder ocasionar um avanço tópico de uma delas, como no caso?

Minha aposta é no diálogo institucional genuíno[...] (Criminalização da homofobia, omissões inconstitucionais e diálogos institucionais, Bruno Galindo, site Justificando).

Ainda, de acordo com Bruno Galindo:

No Brasil atual, precisamos repensar seriamente a jurisdição constitucional e “desarmar” com reciprocidade legislativo e judiciário, consubstancialmente aqui no Congresso Nacional e no STF. O primeiro precisa entender que, em muitos casos, possui mais do que competência, possui obrigação, dever de legislar, como no caso em questão; para tal algum modo de pressioná-la a isso precisa existir e as decisões proferidas em ADOs e Mis não podem ser inócuas e inefetivas. Já o segundo, sem voltar ao não concretismo dos primeiros anos de vigência da CF/1988, necessita entender que não pode simplesmente se substituir ao Congresso, devendo ter um

comportamento de autocontenção em relação à atuação prioritária do parlamento com *locus* da atividade legislativa típica. Isso é mais necessário ainda no Âmbito extremamente delicado do direito penal, como dito (GALINDO, 2019).

É imperioso perceber, portanto, que no tocante as Omissões Normativas, o STF atua com a proteção efetiva dos direitos por via tanto incidental, como concentrada. Contudo, para evitar tanto que decisões sensíveis sejam julgadas só na esfera judicial, como também o Legislativo incorra em mora, contribui-se com a teoria dos Diálogos Institucionais. Considera-se um avanço, pois sai-se do combate entre as funções estatais para um processo mais cooperativo entre elas.

5.3 ADO 22 E A REGULAMENTAÇÃO DAS PROPAGANDAS DE BEBIDAS ALCOÓLICAS COM TEOR INFERIOR A 13º GAY LUSSAC

O objeto da presente ação é a alegada omissão parcial inconstitucional do Congresso Nacional em regulamentar a propaganda de bebidas alcóolicas com teor inferior a 13º Gay Lussac.

Foi sustentado pelo autor que embora previsto no artigo 220, §4º, da Constituição da República que "a propaganda de bebidas alcóolicas estará sujeita a restrições legais, incluída advertência sempre que necessário sobre os malefícios decorrentes de seu uso", redação presente na Lei Nacional nº 9294/1996, sobre a matéria e está estabelecida apenas uma regulamentação parcial, tendo em vista que a própria lei restringiu seus efeitos àquelas bebidas que possuem um teor alcoólico superior a 13º graus (13º GL).

O art. 220, § 4º CF dispõe: Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observando o disposto nesta constituição [...] §3º-Compete à Lei Federal: II- Estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programação de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. §4º A propaganda comercial de Tabaco, bebidas alcóolicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

É imprescindível ressaltar que esse assunto não é inédito no STF, pois através da ADIN nº 1755/DF, de relatoria do Ministro Nelson Jobim, o Plenário do STF e através do voto ressaltou-se:

O dispositivo impugnado define o âmbito de aplicação das regras limitadoras da propaganda comercial. Leio. Art. 1º. Parágrafo único. Consideram-se bebidas alcóolicas, para efeitos desta lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac [...] Vê-se, desde logo, que o pedido, nesta ação, importa em pretender transformar o STF em legislador positivo. Se declararmos a

inconstitucionalidade da lei a âmbito por ela não alcançado o desejado [...] E ainda continua. “... Ao Supremo Tribunal Federal, em sede de controle normativo abstrato, somente assiste o poder de atuar como legislador positivo. Não lhe compete, em consequência, praticar atos que importem em invasão de caráter legislativo, tal como a modificação já fixada pelo Congresso Nacional para a realização de eleições municipais” (ADI 779, CELSO DE MELLO).

Neste caso, pode-se entender que há uma omissão no Congresso Nacional na disciplina da propaganda das bebidas com teor alcoólico inferior a 13º Gay Lussac. O pedido do Partido Liberal é pela Declaração de Inconstitucionalidade do dispositivo. Sobre esse tema já enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, em 2001, o Min. Sepúlveda Pertence enfatizou:

Não conheço da ação direta pois de fato, o que se tem é uma imputação de inconstitucionalidade por omissão: pretende o Partido que se deveria ter restringido, também, a publicidade de bebidas alcoólicas de menor alcoólico [...]. Gramaticalmente, sim, daria para cortar palavras. Mas, na verdade, o que se pretende é abranger hipótese que o Legislador não quis compreender na norma proibitiva. Indaga-se: a Constituição manda estendê-la? Não, a Constituição submete a propaganda de bebidas alcoólicas às restrições de lei: não obriga a existência de tais restrições; e, sobretudo, não se pode obrigar a que as restrições da lei sejam estendidas à universalidade das bebidas alcoólicas. O legislador será o juiz do alcance das restrições que estabelecer (DJ 18.5.2001).

Nesse julgamento exposto, o STF decidiu por sua maioria pelo não cabimento da ação, fundamentando que não lhe compete agir como Legislador, para ampliar as restrições afetas à propaganda de bebidas alcoólicas.

No tocante à ADO 22 o Advogado-Geral da União também se manifestou sobre a ausência de omissão. “Todavia, tal omissão não se verifica. Isto 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 alcoólicas.”

A Ministra Carmén Lúcia em seu voto afirma que não demonstra omissão inconstitucional na espécie. Ainda no voto foi citada a ADI nº 8713/93 e nela ressaltam a impossibilidade do Supremo Tribunal Federal atuar como Legislador Positivo.

O STF como Legislador Negativo: A Ação Direta de Inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda a virtual criação de outra regra legal substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador (ADI 8713/93).

Parece, pois, evidente a impossibilidade de acolhida do pedido formulado na inicial, mas importaria, ainda que em matéria mínima (tendo em vista o pedido consistir na declaração da Omissão Legislativa) em convalidar condições de Legislador Positivo dos membros do Poder Judiciário em absoluto descompasso com o afirmado reiteradas vezes pelo STF (ADO 22/DF).

No item 17 do voto, mesmo considerando os argumentos de cunho social trazidos pelo autor em relação a saúde pública e a família, foi demonstrada que a questão novamente trazida a apreciação do STF está afeta ao Poder Legislativo, em que segundo a Constituição Federal determina que o Congresso Nacional é legítimo em sua competência. Por isso, em seu voto, considerou-se a inexistência da Omissão Inconstitucional e a Ministra votou pela improcedência da ação.

5.4 MANDADO DE INJUNÇÃO DAS FORÇAS ARMADAS E O PODER MODERADOR

Outro presente caso analisado e talvez o mais paradigmático é o Mandado de Injunção nº 7311 de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

O Mandado de Injunção refere-se ao Processo Constitucional e a função das Forças Armadas, como à ideia da Separação dos Poderes e se teria função de Poder Moderador.

O remédio constitucional requer a regulamentação do artigo 142 da Constituição Federal de forma a estabelecer a função das Forças Armadas em períodos de ameaças a Democracia e se teria função moderadora, de revisar demais poderes, tendo condão de moderar instabilidades ou crises.

De acordo com o voto do relator, Ministro Luís Roberto Barroso:

Nos quase 30 anos de democracia no Brasil, sob a Constituição de 1988, as Forças Armadas têm cumprido o seu papel constitucional de maneira exemplar: profissionais, patrióticas e institucionais. Presta um desserviço ao país quem procura tirá-las no varejo da política. 4. O Poder Moderador só existiu na Constituição do Império de 1824 e restou superado com o advento da Constituição Republicana de 1891. Na prática, era um resquício do absolutismo, dando ao Imperador uma posição hegemônica dentro do arranjo institucional vigente. Nas democracias não há tutores.

5. Sob o regime da Constituição de 1988 vigora o sistema de freios e contrapesos (checks and balances), no qual os Poderes são independentes, harmônicos e se controlam reciprocamente. Não se deve esquecer, tampouco, a importância do controle social, de grande relevância nas sociedades abertas e democráticas. 6. Nenhum elemento de interpretação – literal, histórico, sistemático ou teleológico – autoriza dar ao art. 142 da Constituição o sentido de que as Forças Armadas teriam uma posição moderadora hegemônica. Embora o comandante em chefe seja o Presidente da República, não são elas órgãos de governo. São instituições de Estado, neutras e imparciais, a serviço da Pátria, da democracia, da Constituição, de todos os Poderes e do povo brasileiro. 7. Interpretações que liguem as Forças Armadas à quebra da institucionalidade, à interferência política e ao golpismo chegam a ser ofensivas. Em mais de uma manifestação oficial, o Ministro da Defesa, que fala em nome do Exército, da Marinha e da Força Aérea, já se manifestou pela liberdade, pela democracia e pela independência dos Poderes. Assim é, porque assim deve ser (BRASIL, 1988).

O voto do relator discorre que o Poder Moderador existiu apenas na Constituição do Império de 1824 e funcionava como a chave da organização política e o Monarca colocava-se como o chefe da organização política, como um poder moderador.

No voto, explica-se que o Poder Moderador foi extinto em 1891 com a República. No tocante à Constituição de 1988 há o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), em que há a independência e harmonia entre os poderes e ambos se controlam. Com isso, não se pode interpretar que qualquer das funções estatais aja como revisora das demais, pois ocorreria a quebra da institucionalidade e a ideia dos freios e contrapesos.

É imperioso perceber que na Democracia não há uma última palavra, tem-se uma oscilação do pêndulo, em que um momento o STF dá a palavra e em outros as demais funções. No tocante as Forças Armadas, não seria possível dizer que funciona como revisora, pois não faz parte das três funções estatais; legislativo, executivo e judiciário.

Ao discorrer o voto, o Ministro afirma que o Poder Moderador foi presente na Constituição do Império de 1824 e funcionava como a chave da organização política do Estado e o monarca colocava-se como chefe da organização política como um moderador. Com a proclamação da República e o advento da Constituição de 1891, o Brasil passou a usar o sistema de freios e contrapesos em que as funções estatais agem com harmonia e independência e uma freia a outra, em caso de se sobrepor.

Ao utilizar-se a ideia de que as Forças Armadas agem como a chave da organização política e como função moderadora, há uma quebra na perspectiva estabelecida na Constituição Federal dos freios e contrapesos e das funções estatais do legislativo, executivo e judiciário e como consequência, perde-se o equilíbrio. Haveria, aí, uma ruptura com o estabelecido na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

Para manter o resguardo da Separação dos Poderes, o legislativo deveria continuar aprovando e rejeitando as leis, o STF e o Judiciário deverão continuar realizando o Controle de Constitucionalidade e legalidade com a perspectiva de que todo Juiz é Constitucional e compete ao executivo o governo do País. As Forças Armadas, função de grande importância para o Brasil e sua segurança, não faz parte das três funções estatais estabelecidas pela Constituição Federal e nem sequer age como moderadora.

O presente Mandado de Injunção refere-se ao Processo Constitucional, a função das Forças Armadas, a Separação dos Poderes e se ela seria um Poder Moderador. O Remédio Constitucional requer a regulamentação do artigo 142 da Constituição Federal em períodos de ameaça a Democracia, contudo, não possui o condão de moderar e revisar funções estatais. É necessário entender que não funciona como moderador, pelo fato de moderar as instabilidades

ou crises. Isso não quebraria o sistema de freios e contrapesos estabelecidos na Constituição Federal.

De acordo com o voto do Ministro Luis Roberto Barroso do MI nº 7311:

1. Mandado de Injunção por meio do qual se requer a regulamentação do art.142 da Constituição, de forma a estabelecer o escopo e o modo de atuação das Forças Armadas, em situações de ameaça a Democracia.
2. O art. 142, caput, da Constituição é norma de eficácia plena, que não suscita dúvidas sobre a posição das forças armadas na ordem constitucional [...]
3. Nos quase 30 anos da democracia no Brasil, sob a Constituição de 1988, as Forças Armadas tem cumprido o seu papel constitucional de maneira exemplar: profissionais, patrióticas e institucionais. Presta um desserviço ao país quem procura tirá-las no varejo da Política.
4. O Poder Moderador só existiu na Constituição de 1824 e restou superado com o advento da Constituição Republicana de 1891. Na prática, era resquício do absolutismo, dando ao Imperador uma posição hegemônica dentro do arranjo institucional vigente. Nas democracias não há tutores.
5. Sob o regime da Constituição de 1988 vigora o sistema de freios e contrapesos (checks and balances), no qual os Poderes são independentes, harmônicos e se controlam reciprocamente. Não se deve esquecer, tampouco, a importância do controle social, de grande relevância nas sociedades abertas e democráticas.
6. Nenhum elemento de interpretação- literal, histórico, sistemático ou teleológico- autoriza dar ao art. 142 da Constituição o sentido de que as Forças Armadas teriam uma posição moderadora hegemônica. Embora o comandante em chefe seja o Presidente da República, não são elas órgãos de governo. São instituições de Estado, neutras e imparciais, a serviço da Pátria, da Democracia, da Constituição, de todos os Poderes e do povo brasileiro.
7. Interpretações que liguem as Forças Armadas à quebra da institucionalidade, à interferência política e ao golpismo chegam a ser ofensivas. Em mais de uma manifestação oficial, o Ministro da Defesa, que fala em nome do Exército, da Marinha e da Força Aérea, já se manifestou pela liberdade, pela democracia e pela independências dos Poderes. Assim é, porque assim deve ser.
8. Mandado de Injunção a que se nega seguimento.

O presente Mandado de Segurança foi ajuizado por um cidadão em face ao Congresso Nacional, requerendo que o Supremo Tribunal Federal para “convocação das Forças, por qualquer um dos poderes”, quando ocorresse risco a ordem democrática. A ação visa tratar as Forças Armadas como o extinto Poder Moderador, para revisar as demais funções estatais, moderando, em caso de conflito entre os poderes.

De acordo com o Mandado de Injunção 7311/DF:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas. [...]

2. Conforme dicção constitucional expressa, a ação de mandado de Injunção é cabível, sempre que “a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e à cidadania” (CF, art. 5º, LXXI). Esse não é o caso do art. 142, caput, da Constituição, cuja aplicação não demanda regulamentação. Trata-se de norma de eficácia plena, que não suscita dúvidas sobre a posição das Forças Armadas na ordem constitucional. A lei mencionada pelo art. 142, §1º, a seu turno, corresponde à Lei Complementar nº 97/1999. Não há, portanto, que se falar em omissão inconstitucional.

Apesar de não ser reconhecida a Omissão Inconstitucional através do Mandado de Injunção, pela temática relacionada ao Poder Moderador e as Omissões, é imprescindível a sua análise. O Poder Moderador estava presente na Constituição do Império de 1824 e era um resquício do absolutismo. Ele era atribuído ao Monarca, que era a chave da organização política, moderando e revisando o legislativo, executivo e judiciário.

O antigo Poder Moderador teve por seu fim com o advento da Constituição Republicana de 1891, período em que ocorreu o fim dessa mediação e revisão dos poderes, para a aderência do sistema de Freios e Contrapesos. Com a Constituição Federal de 1988 e a redemocratização brasileira, o poder militar foi submetido ao poder Civil e todos os poderes foram submetidos à Constituição Federal.

Quando o Poder Moderador estava presente na Constituição Federal de 1824, colocava o Monarca acima de todos os poderes. Extinto desde o advento da Constituição Republicana de 1891 e com o passar dos anos e das demais constituições, chegou-se a Constituição Federal de 1988. De acordo com o MI 7311:

Desde então, passaram-se mais de 30 anos, dois impeachments presidenciais, uma intervenção federal, inúmeras investigações criminais contra altas autoridades (inclusive contra Presidentes da República), sem que se tenha cogitado jamais da utilização das Forças Armadas ou de um inexistente Poder Moderador. Todas as crises institucionais experimentadas pelo país, ao longo dos governos democráticos anteriores, foram solucionadas sem rupturas constitucionais e com respeito ao papel de cada instituição – e não se pode afirmar que foram pouco relevantes. Portanto, a menos que se pretenda postular uma interpretação retrospectiva da Constituição de 1988 à luz da Constituição do Império, retroceder mais de 200 anos na história nacional e rejeitar a transição democrática, não há que se falar em poder moderador das Forças Armadas. Para constatá-lo, basta recorrer a qualquer dos elementos de interpretação (MI 7311, p. 4).

Em relação a isso, não há nenhuma menção no artigo 142 da Constituição ou qualquer outro dispositivo na Constituição que tenha um Poder Moderador ou que o mesmo seja exercido pelas Forças Armadas. Além disso, o MI 7311 ainda refere-se que nem sequer nos anais da Constituinte encontra-se qualquer resquício histórico ou qualquer intenção de tratar do Poder Moderador. A Constituição Federal de 1988 buscou a transição para o poder Civil, ao invés do Militar. Percebe-se em toda Magna Carta os mecanismos de freios e contrapesos

que permitem a melhor divisão e harmonia entre os poderes Legislativo, Executivo e o Judiciário e as decisões tomadas para o Estado brasileiro sejam consequência do equilíbrio alcançado por tal interação. E para a Constituição Federal as Forças Armadas possuem o condão de defender a Pátria e garantir os Poderes Constitucionais e não se afirmar ou revisar os demais.

Segundo o MI 7311/DF:

Medidas extraordinárias, em situações de emergência ou de grave distúrbio da ordem pública, tais como intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio, são igualmente reguladas pela Constituição e pelas leis. Exigem, para sua decretação, a observância de requisitos taxativamente previstos na Constituição, sujeitando-se a controle judicial e a crime de responsabilidade, em caso de atuação abusiva (arts. 34 e 136 a 139, CF). Em nenhuma hipótese, a Constituição submete o poder Civil ao poder militar. É simplesmente absurda a crença de que a Constituição legítima o descumprimento de decisões judiciais por determinação das Forças Armadas [5]. Significa ignorar valores e princípios básicos da teoria constitucional. Algo assim como um terraplanismo constitucional.

8. O entendimento aqui explicitado é, ainda, chancelado pelo comportamento de todos os Chefes do Executivo passados, que jamais cogitaram de convocação das Forças Armadas, a despeito das crises que enfrentaram; bem como por pronunciamentos atuais do Poder Legislativo e de múltiplos órgãos da sociedade civil, aos quais igualmente compete a interpretação e aplicação da Constituição. De fato, sobre o tema, assim se manifestaram, a título meramente ilustrativo, o Presidente da Câmara dos Deputados, a Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação dos Magistrados Brasileiros:

PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

“(2) O art. 142 da Constituição não autoriza a realização de uma ‘intervenção militar constitucional’, ainda que de caráter pontual. [...]. (3) Nenhum dispositivo constitucional e legal faz qualquer referência à suposta atribuição das Forças Armadas para o arbitramento de conflitos entre poderes. No papel de garantia dos poderes constitucionais, o Presidente da República apenas deve, em ato vinculado, atender a requisição dos Presidentes dos demais poderes [...]. (4) Eventuais conflitos entre os Poderes devem ser resolvidos pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes no texto constitucional, ao estabelecer controles recíprocos entre eles. [...]”.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

“Em nenhum desses mecanismos é dado às Forças Armadas atuar como uma instância decisória suprema localizada acima dos demais poderes, ou seja, como uma espécie de Poder Moderador. (...) A estrita obediência à lei é de todo incompatível com uma suposta posição de árbitro ou moderador dos conflitos entre poderes. Como instituição que detém o poder das armas, as Forças Armadas agem sob o comando das autoridades competentes e nas hipóteses legalmente autorizadas. Removidos tais limites e condições, que sabiamente informam a atuação das corporações militares, expõe-se a ordem jurídica e política ao risco bem descrito por Seabra Fagundes: o desvirtuamento do uso das armas e a negação da missão constitucional das forças militares”.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS:

“O Poder Judiciário é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Sua independência é condição para a existência do regime democrático. Por isso, os signatários deste texto, representantes legítimos das funções essenciais à realização da Justiça e da sociedade civil, repudiam os ataques e ameaças desferidas contra o Judiciário por grupos que pedem desde a prisão dos ministros do Supremo Tribunal Federal até a imposição de uma ditadura” [9]. 9. Na mesma linha, destaque-se, foi o teor de Nota Oficial expedida pelo Ministério da Defesa: “As Forças Armadas

cumprem a sua missão Constitucional. Marinha, Exército e Força Aérea são organismos de Estado, que consideram a independência e a harmonia entre os Poderes imprescindíveis para a governabilidade do País (...) As Forças Armadas estarão sempre ao lado da lei, da ordem, da democracia e da liberdade. Este é nosso compromisso.

10. Não falam em nome das Forças Armadas, portanto, os intérpretes heterodoxos da Constituição. A atribuição a elas de um impróprio poder moderador, com o risco grave da contaminação política, não eleva as Forças Armadas, mas, ao contrário, diminui o seu papel de defesa da Pátria – não de governos – e de garantia dos Poderes, sem riscos de facciosismo.

11. Por todo o exposto, com base no art. 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento ao presente mandado de injunção. Não há dúvida acerca do alcance do art. 142 da Constituição, ou omissão sobre o nobre papel das Forças Armadas na ordem constitucional brasileira.

Para demonstrar a ideia dos freios e contrapesos presente na Constituição Federal, é de competência do Poder Executivo o governo do país e o Comando das Forças Armadas, conforme o respeito aos comandos Constitucionais e Legais e realizar também a indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Em relação ao Poder Legislativo, compete aprovar ou rejeitar as leis, julgar impeachments contra o Chefe do Poder Executivo ou contra os membros do STF e aprovar o orçamento da remuneração e o funcionamento de todos os membros de poderes e de seus servidores. Quanto ao Supremo Tribunal Federal e ao Poder Judiciário, incumbe o Controle de Constitucionalidade e de legalidade dos atos realizados pelo legislativo e executivo. Os excessos de poder serão corrigidos de forma constitucional, através dos freios e contrapesos, em que em caso de um poder querer dar a última palavra ou sobrepor-se, será freado pelos demais poderes.

6 CONCLUSÃO

É imprescindível entender que diante da análise de todos esses julgados percebe-se que no caso do uso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, no Controle Abstrato de Constitucionalidade e no Mandado de Injunção no Controle Difuso de Constitucionalidade; o Supremo Tribunal Federal atuou com Legitimidade Constitucional dada pela Constituição Federal de 1988.

Entretanto, deve-se analisar minuciosamente os argumentos utilizados nos votos, a fim de perceber se o Supremo Tribunal Federal não está atuando em busca de uma Supremocracia.

Ocorre que várias foram as escolhas institucionais que concentram as funções ao STF. A Constituição Cidadã ambicionou mecanismos de jurisdição constitucional com uma determinada desconfiança no Legislador. Sua ambição relacionou-se a questões sociais, econômicas, políticas e públicas.

Como já foi mencionado em relação a expansão da Jurisdição Constitucional, houve uma preocupação dos Constituintes no tocante a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

Foi o que aconteceu em relação a ADO 26/DF. Foram utilizados como argumentos para a criminalização da Homofobia pelo Supremo Tribunal Federal a equiparação ao crime de racismo e o fato dele constituir crime inafiançável e imprescritível e por estar sujeito a pena de reclusão. Outro argumento sustentado pelo Supremo Tribunal Federal foi o fato da lei que deverá punir qualquer discriminação atentatória dos Direitos e Liberdades Fundamentais.

O STF utiliza-se como argumento de que a homofobia e a transfobia constituem espécie do gênero racismo e que esse seria toda e qualquer ideologia que pregue superioridade dos grupos perante os demais e inferioridade dos outros perante àqueles.

Isso gerou grandes discussões na doutrina jurídica brasileira a analogia feita pelo STF para criminalizar a homofobia e a transfobia se enquadraram no conceito de discriminações atentatórias aos Direitos e Liberdades Fundamentais.

Há uma parte da Doutrina que afirma que o Supremo Tribunal Federal atuou como Legislador Positivo. Todavia, no caso analisado, concluiu-se que o STF não está agindo nesse julgamento com intromissão ou na tentativa de embate com o legislativo. O Supremo Tribunal Federal agiu mediante os seus limites ao votar para conceder interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV, 5º, XLI, XLII e §1º, da Constituição

Federal, a lei nº 7.716/89, no sentido integral de aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas até que seja editada a lei específica pelo Congresso Nacional.

No tocante ao Mandado de Injunção nº 7311 sobre as Forças Armadas serem ou não Poder Moderador, vem requerer a regulamentação do artigo 142 da Constituição Federal. O cerne da questão presente no Mandado de Injunção é requerer o artigo 142 da CF venha a estabelecer se é função das Forças Armadas em períodos de ameaça a democracia deveria agir como Poder Moderador.

O Remédio Constitucional buscou a tentativa de estabelecer que as Forças Armadas em períodos de ameaça a democracia atuem como função moderadora, sendo a chave da organização política, a fim de moderar, revisando o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. O Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso, acertadamente, votou no sentido de que quase 30 anos de Democracia seria um desserviço ao país retirar as Forças Armadas do seu cumprimento do papel institucional para atirá-lo na política.

Isso seria uma quebra total a Ideologia Constitucional da Constituição Federal de 1988, haja vista o Poder Moderador só exista na Constituição do Império de 1824 e foi completamente superado em 1891. Ele apenas foi usado na Constituição de 1824 por ser um resquício do absolutismo, tendo em vista que o Brasil era colônia de Portugal antes da Constituição de 1824 e não era independente.

A ideologia da Constituição Cidadã de 1988 vigora o sistema de freios e contrapesos em que os poderes são independentes, harmônicos e se controlam reciprocamente. O Supremo Tribunal Federal, nesse Mandado de Injunção, agiu mediante a legitimidade constitucional dada pela CR'88 e pela própria expansão da jurisdição constitucional que garante o uso do Mandado de Injunção e o STF não poderá esquivar-se de julgar nenhuma lesão ou ameaça de direito.

O Supremo Tribunal Federal não poderia acatar esse pedido, tendo em vista que assim as Forças Armadas iria atuar como chave da organização política e como função moderadora. Isso quebraria totalmente o cerne da Constituição Federal que utiliza a Separação dos Poderes em que os três são harmônicos e independentes entre si e cabe aos demais frear o que se sobrepõe perante os demais.

A Constituição Federal de 1988 tem por fundamento a Separação dos Poderes e com isso, o STF entendeu por não reconhecer a Omissão Inconstitucional, pois o Poder Moderador teve seu fim com o advento da Constituição de 1891 e ocorrendo o fim da ideia de chave da organização política, não teria como o STF reconhecer a Omissão Inconstitucional. Nota-se, clarevidente, que o STF não agiu mediante o Ativismo Judicial e nem sequer usurpou função

legislativa. Teria feito se aceitasse que havia Omissão Inconstitucional e com isso, não só entraria fricção com o Legislativo, como iria em contrário a Constituição Federal e o fundamento da Separação dos Poderes.

Em relação a ADO nº 22 e a regulamentação das propagandas de bebidas alcoólicas com teor inferior a 13º Gay Lussac em que foi alegada Omissão Parcial Inconstitucional do Congresso Nacional no que tange a regulamentação da propaganda de bebidas alcoólicas com teor inferior a esse mencionado.

Percebe-se que nesse caso não houve um atrito entre o legislativo e o Judiciário, pois o STF decidiu em sua maioria pelo não cabimento da ação, justamente pelo fato de nãocompetir ao STF a função legislativa, haja vista não caber ao STF a ampliação das restrições em relação as propagandas de bebidas alcoólicas. Percebe-se que o STF agiu mediante a legitimidade constitucional que cabe a ele, julgando o Mandado de Injunção, já que não pode julgar lesão ou ameaça de direito, mas não utiliza-se disso para usurpar função legislativa.

No que se refere ao Supremo Tribunal Federal em relação a sua atuação na questão da Omissão Normativa e o caso da aposentadoria especial, o STF não agiu sequer com excesso judicial. O remédio constitucional do Mandado de Injunção observou a Constituição Federal a sua norma regulamentadora, a lei nº 13.300/2016.

O julgamento desse mandado de injunção não configurou excesso judicial, apenas agiu mediante um caráter provisório. Trata-se da viabilização do direito, do exercício das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes a nacionalidade, a soberania e cidadania. Houve um zelo quanto ao julgamento dessa causa, em que o judiciário garantiu a Supremacia da Constituição e afastou as consequências nefastas da inércia do legislador.

A própria Constituição Federal dispõe em seu artigo 40, §4º a respeito da vedação a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria em relação aos abrangidos pelo regime tratado pelo artigo em ressalva aos termos definidos em leis complementares quando aqueles servidores que são portadores de deficiência, aos que exercem atividade de risco e àqueles que as atividades são exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde e a integridade física.

Com essa devida preocupação e a não manifestação do legislador, foi editada a Súmula Vinculante 33 para regular o cerne dessa omissão em relação as normas do regime geral de previdência social na hipótese de aposentadoria especial pelo Servidor Público, podendo ocorrer a atenuação quanto à redução de idade, cumprimento do tempo de serviço público e tempo de exercício de cargo. Não houve usurpação de função legislativa, o legislador é que permaneceu inerte.

É preciso perceber, portanto, que a expansão da Jurisdição Constitucional foi necessária, graças ao número de *hard cases*, que versavam desde os direitos fundamentais aos sociais. Foi uma preocupação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88 a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção. Era notório que os juristas da época tinham uma imensurável preocupação com a Supremacia Constitucional e a redução de omissões, que naquela época já era um grave problema.

Em todos esses momentos, percebeu-se o recorrer ao Supremo Tribunal Federal, que realiza a função de guardião da Constituição. Com isso, deve concretizar a Constituição Federal e fazer prevalecer os Direitos Fundamentais e possui o dever de resguardar o que está na Constituição Federal e com isso, proteger a democracia. Há um debate que o judiciário fragiliza a autoridade dos governos e do parlamento, entretanto, o que ocorre aqui são atritos perante o Legislativo, Executivo e Judiciário.

Entretanto, diante de tudo o que foi exposto, é imperioso perceber que isso não quer dizer que o Supremo Tribunal Federal esteja atuando como Legislador ao sanar as Omissões Normativas. Não se pode dizer também que o STF atua como Função Moderadora, sendo uma chave da organização política brasileira atual. O STF tem natureza de órgão de cúpula do Judiciário e de Guardião da Constituição, cabendo a ele dar a palavra embasada no que representa o Valor da Constituição e no que está positivado nela. Dizer que o STF atua como função revisora dos demais poderes seria realizar uma quebra no Valor Constitucional dos freios e contrapesos, presente do sistema da Constituição Federal de 1988.

A priori, a própria evolução constitucional não se caracterizava mais pela ideia apenas de Legislador Negativo, adjetivo referente ao STF antes da redemocratização. Não havia apenas a Inconstitucionalidade por Ação e a garantia da Supremacia Constitucional através da retirada do Ordenamento Jurídico de normas em desacordo com a Constituição de 1988.

É perceptível que de um lado o próprio legislador na Assembleia Nacional Constituinte entrincheirou na Constituição o máximo de direitos e garantias fundamentais, ainda que por meio das Emendas Constitucionais. Diversas foram as legitimidades dadas ao Supremo Tribunal Federal, pela Magna Carta. Isso dar-se pela própria natureza ambiciosa da Constituição Federal de 1988, possui um caráter de expansão da jurisdição Constitucional e desconfiança com o legislador, já moroso desde aquela época.

Para a Constituição de 1988 adequar-se a realidade social, não sendo apenas um documento formal, foi garantida a ocorrência da judicialização da política, e alguns casos que deveriam ser debatidos no Congresso Nacional passaram a ser julgados pelo STF. Foi dado ao Tribunal Constitucional função atípica para decidir sobre esses casos políticos. Foi a chamada

Judicialização da Política, que difere do Ativismo Judicial. A primeira eram os casos políticos judicializados e o segundo era uma atuação, atitude do tribunal referente a cada caso concreto. Para que isso ocorra, dar-se o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição em que o Tribunal Constitucional não poderá afastar nenhuma lesão ou ameaça de direito.

Com a inovação traçada pela judicialização da política e a expansão das funções atípicas do STF, em casos de mora Administrativa ou Legislativa, esses casos eram judicializados a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção.

Com embasamento nos casos práticos em que se impetravam o Mandado de Injunção ou Ajuizavam-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, foi constatado que o Ativismo Judicial não se referia a uma criação de leis pelo STF. O Tribunal Constitucional não estava legislando, mas sim agindo diante dos limites dados pelo Constituinte Originário.

É percebido, contudo, que o Ativismo Judicial se encontra nos casos concretos, nos votos de cada julgado, e não nessa judicialização desses casos através de ADO e MI. O Ativismo Judicial ocorre quando cada Ministro do STF em seu voto atua como advogado da Constituição. Pode-se na análise de cada voto, encontrar posicionamentos ativistas ou não. Entretanto, em casos de sanar as Omissões Normativas através desses mecanismos de Jurisdição Constitucional, o STF atua dentro de seus limites., os chamados instrumentos de combate as Omissões Normativas são a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

A ADO encontra respaldo constitucional no art. 103, § 2º, da Constituição Federal. Seu cabimento e para sanar as Omissões Inconstitucionais, possui por efeitos a ciência ao poder competente para o cumprimento da prestação de legislar e a legitimidade Passiva seria apessoa ou órgão responsável pela omissão da norma exigida constitucionalmente.

O Mandado de Injunção está presente no art. 5º, LXXI, CF e já desde 5 (cinco) anos atrás, possui norma regulamentadora, a Lei 13.300/2016. Seu objeto configura-se pelo pleno exercício dos direitos e liberdades constitucionais. É um remédio de controle difuso de Omissões Legislativas, sempre que os efeitos dessa lacuna inviabilizem determinados direitos fundamentais. Possui por legitimidade ativa toda pessoa singular ou coletiva que esteja inviabilizada do usufruto desses direitos fundamentais. Quanto a legitimidade passiva é o responsável, a autoridade coatora que tinha por função a edição da norma.

É preciso ao traçar o debate sobre o Ativismo Judicial perceber que o STF nesse caso das Omissões Inconstitucionais estaria usurpando o poder e o dever do Legislativo ou da Administração Pública de criar a norma, o que não tem acontecido em certos casos mais

polêmicos, de forma proposital, para aqueles que participam da política majoritária serem reeleitos e não é isso que ocorre.

O que acontece aqui é que questões que foram judicializadas por ausência de norma e que deveriam ter sido. Essas são resolvidas através dos mecanismos de Jurisdição Constitucional, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal não age como um quarto poder revisando as demais funções executivas, legislativas e judiciárias.

O Supremo Tribunal Federal possui legitimidade constitucional para sanar as Omissões Normativas. O que ocorre aqui é que há uma norma de eficácia limitada, que não são autoaplicáveis, pois dependem da existência de leis para concretizá-la. São essas normas que dependem da existência de leis para concretizá-las e quando não há existência dessas é que cabe a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Por conta disso, o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade constitucional para sanar essas omissões, pois de fato, realmente essas normas precisam de leis para serem concretizadas, tendo em vista que não são autoaplicáveis.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que as normas autoaplicáveis não precisam ser tuteladas por ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de que não se conhece, por ser autoaplicável o dispositivo constitucional (art. 20 do ADCT), cuja possibilidade de cumprimento pretende o Requerente ver suprida. (ADI 297/DF, Relator Ministro Octavio Galloti, Tribunal Pleno, julgamento em 25-4-1996, Dje 8-11-1996).

A maioria dos direitos que estão previstos na Constituição Federal poderão ser exercidos independente da existência de lei sobre eles. São as normas constitucionais que preveem os direitos autoaplicáveis. Entre essas normas autoaplicáveis há as de eficácia plena. São àquelas asseguradas pela livre manifestação de pensamento. São as normas constitucionais que estabelecem os limites para a atuação do legislador e determinam uma esfera de direitos que a lei não poderá invadir, impondo ao legislador um dever de não legislar, a fim de que ele não restrinja direitos assegurados na própria constituição.

Há também outras normas que são autoaplicáveis que são as normas de eficácia contida. Ao promulgar a Constituição, os demais direitos são protegidos, entretanto, não se impede que a lei deva esclarecer o conteúdo desses direitos e mesmo assim essa não pode limitar esses direitos ao ponto de descaracterizá-los, pois haveria uma inconstitucionalidade.

A lei passa a dispor determinados aspectos do direito, como também passa a determinar certas restrições, quando forem permitidas pela Constituição, assim como poderá organizar a sua própria proteção. O poder legislativo poderá editar uma lei sobre essa matéria,

contudo, não é constitucionalmente obrigado a fazê-lo e caso não faça, não irá prejudicar a efetividade da norma.

Além dessas, há a existência das normas de eficácia limitada, sendo essas não aplicáveis, pelo fato de dependerem da existência de lei para concretizá-la. Essas leis são as importantes para a questão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. A Constituição poderá assegurar um determinado direito que precise de um complemento, como a fixação de um valor de um salário mínimo. Na Constituição, será estabelecido que algo deverá ser fixado em lei. Todavia, sem a existência de uma lei fixando o que deverá fazer, não seria possível assegurar determinados direitos.

São essas normas constitucionais de eficácia limitada que justificam o uso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Já as outras normas possuem uma previsão constitucional suficiente para que seu cumprimento seja exigido.

Na decisão, o Supremo Tribunal Federal poderá: Declarar a inconstitucionalidade por omissão total, declarar a inconstitucionalidade por omissão parcial e declarar a ausência de omissão inconstitucional.

Ao declarar a inconstitucionalidade por omissão total, caso a norma constitucional seja completamente ineficaz, por consequência da inércia da autoridade responsável pela adoção da medida para torná-la eficaz e o Tribunal deverá declarar a inconstitucionalidade por omissão e deverá cientificar o poder competente. Esse será da esfera legislativa ou administrativa, para realizar a adoção de providências necessárias e a ação direta de constitucionalidade por omissão deverá ser julgada procedente.

O Supremo Tribunal Federal poderá também declarar a Inconstitucionalidade por Omissão Parcial. Ocorre quando a norma constitucional foi objeto de medida legislativa que visou conferir a eficácia, todavia, essa medida se mostra insuficiente para atender ao que a Constituição requer em relação a inércia ou omissão em relação a autoridade responsável pela adoção da medida, que ocorreu de maneira parcial.

O Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade por omissão parcial e deverá dar ciência ao poder competente da decisão para realizar a adoção das providências que sejam complementares e necessárias. Com isso, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é julgada procedente ou parcialmente procedente, dependendo da extensão do pedido. Além disso, o Supremo Tribunal Federal poderá declarar a ausência de omissão inconstitucional. O Tribunal entende que os demais poderes não estão em dívida quanto a edição da lei que deverá tornar eficaz a norma constitucional e julga improcedente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é bem menos usada do que a Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois existem um número limitado de normas constitucionais que estabelecem deveres específicos de legislar. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão configura-se um meio imprescindível de pressão ao Poder Legislativo e a Administração Pública a tomarem as medidas necessárias a fim de proteger os direitos fundamentais e em especial os direitos políticos.

No que se refere ao Mandado de Injunção, a própria Assembleia Nacional Constituinte realizou um debate acerca da criação desse mecanismo desse remédio constitucional, o que para o Direito Processual Constitucional funciona como garantia das liberdades constitucionais dos cidadãos. O foco naquela época da criação da Constituição Cidadã era efetivar normas constitucionais que irão definir os direitos fundamentais, a fim de uma busca de aplicabilidade imediata dessas normas constitucionais e garantia dos direitos e das liberdades constitucionais inerentes a nacionalidade, soberania e cidadania.

Foi uma preocupação dos juristas sanar as omissões advindas do legislativo, moroso já desde muito tempo, como também tentar resolver a questão da Omissão da Administração Pública. Era necessário a criação de um mecanismo de jurisdição constitucional para permitir o controle judicial dessas omissões e ao mesmo tempo garantir os direitos fundamentais.

Foi da vontade do constituinte a criação desse mecanismo de jurisdição constitucional a fim de apresentar como instrumento de controle das omissões do poder público e a partir daí criou-se esse remédio, para a garantia dos direitos fundamentais violados em face as omissões públicas.

O Mandado de Injunção, apesar de ser um Remédio Constitucional de garantia do sanar das Omissões Normativas no âmbito do Controle Difuso de Constitucionalidade, não possuía norma regulamentadora. O próprio remédio constitucional de sanar as omissões normativas e resolver a questão no âmbito judicial de regulamentação da norma e garantia desses direitos, não possuía norma regulamentadora.

Foi em 23 de junho de 2016 que foi elaborada a lei nº 13.3000 que passou a regulamentar o Remédio Constitucional do Mandado de Injunção. Essa lei, vigente a 5 anos, passou a regular o processo e o julgamento de mandados de injunção de forma individual ou coletiva.

No tocante a legitimidade ativa, toda pessoa, sendo ela nacional ou estrangeira, física ou jurídica, capaz ou incapaz, que seja titular de um direito fundamental que não esteja

podendo ser exercido mediante a omissão do poder público em criar a norma regulamentadora, possui legitimidade para propor o Mandado de Injunção.

Já em relação aos Mandados de Injunção Coletivos, possui legitimidade ativa os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as organizações sindicais e as entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento ao menos por um ano. Já em relação aos direitos difusos ou coletivos, o Ministério Público possui legitimidade para interpor o Mandado de Injunção e essa legitimidade também não impede terceiros.

A lei nº 13.300/2016 atribuiu legitimidade para a impetração do mandado de injunção individual as pessoas que são naturais ou jurídicas titulares dos direitos. São legitimados para propor o Mandado de Injunção as pessoas naturais ou jurídicas que sejam as titulares dos direitos e das liberdades ou prerrogativas inerentes a nacionalidade, a soberania e a cidadania.

Já o Mandado de Injunção Coletivo deverá ser promovido pelo Ministério Público, por Partido Político com Representação no Congresso Nacional, por Organização Sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento a pelo menos 1 (um) ano a fim de assegurar o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade de seus membros ou associados e, por fim, pela Defensoria Pública.

Quanto a legitimidade passiva, o Supremo Tribunal Federal entendeu que ela é exclusivamente daquela autoridade ou do órgão responsável pela expedição da norma regulamentadora. É importante entender que o STF não admitiu o litisconsórcio passivo entre autoridades ou órgãos particulares que são obrigados a cumprirem essa norma.

O Supremo Tribunal Federal, até a promulgação da Constituição Federal de 1988 atuava como Legislador Negativo. Conforme houve a expansão da Jurisdição Constitucional, o debate acerca da Legitimidade do STF para sana-las já devia dar-se por vencido.

O Poder Judiciário atuava com a preservação da unicidade jurídica da Ordem Constitucional Vigente. Para que houvesse a garantia da Supremacia Constitucional, o STF teve que investir-se da sua legitimidade dada pela Constituição Federal quanto as questões judicializadas que versem sobre as Omissões Inconstitucionais.

Ao tratar da problemática das Omissões Inconstitucionais, há duas doutrinas. A primeira delas é a originalista ou declaratória e o STF deverá através de sua função atípica legislativa, ou de sua legitimidade representativa ou popular, passar a inovar no plano jurídico. Sendo o caso, seria dotado de função daqueles que foram eleitos pelas maiorias, sendo eles os parlamentares e a Administração Pública.

Há a existência de outra parte da doutrina que afirma que essa legitimidade de inovar não foi dada pelo STF, mas pela própria Constituição Federal através dos mecanismos de Jurisdição Constitucional já citados anteriormente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção. Com isso, houve a preocupação de resolver a problemática das Omissões Normativas a fim de garantir os direitos fundamentais, das minorias e sociais.

Foi através da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 que fez com que a Constituição promulgada em 1988 trouxesse uma melhor atuação tanto formal quanto material no que tange a teoria dos freios e contrapesos. Segundo ela, a escolha das maiorias nas urnas através do processo eleitoral justifica a mora do legislativo em relação a essas questões fundamentais e sociais mais polêmicas, a fim de que aqueles que foram eleitos pelas maiorias não toquem nessas questões sensíveis e corram o risco de não serem eleitos. Por consequência, houve uma resolução das temáticas sensíveis que encontravam-se em mora pelo Parlamento e pela Administração Pública.

A problemática das Omissões Normativas é tamanha que para a melhor divisão dos poderes, houve uma sobrecarga a Suprema Corte, dentro dos seus limites, o que gerou a insegurança nos juristas se o STF estaria sendo ativista ou não.

Quando trata-se dos Direitos Fundamentais de primeira geração, deveria haver sim a preponderância das liberdades individuais em detrimento da atuação estatal. Contudo, foi devido aos direitos fundamentais de Segunda Geração e a prestação dos direitos sociais que houve uma maior exigência quanto a atuação legislativa, o que não ocorreu na prática.

Essa criação desses mecanismos de controle de constitucionalidade, tanto incidental, quanto concentrado, fortaleceram a expansão da jurisdição constitucional. Tudo isso com a finalidade de resolver toda hipertrofia legislativa que caracterizou a era da redemocratização, configurando uma Legitimidade Constitucional do STF para sanar essas omissões normativas através da ADO e do MI, a fim de uma melhor contribuição com a realidade democrática.

Devido a essa supressão das Omissões Normativas, o STF atua com a proteção efetiva dos direitos por via tanto incidental, como concentrada, a fim de garantir uma divisão dos poderes, o STF atua equiparado ao Legislativo e Executivo, mediante a Teoria dos Freios e contrapesos adaptada a realidade e ao que dispõe a própria Constituição Cidadã ao criar o Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

É preciso perceber, portanto, que a expansão da Jurisdição Constitucional foi necessária para uma melhor concretização da realidade democrática e para a aderência da Ideologia social, econômica e política daquele momento histórico, o que garantiu a Ideologia

Constitucional da Constituição de 1988, que junto com a Suprelegalidade e a Imutabilidade relativa, garantem a Supremacia Constitucional e para que essa permaneça no topo do ordenamento jurídico, é necessário haver o controle de Constitucionalidade e a própria Constituição proporciona tanto o Controle de Constitucionalidade Concentrado como o Controle de Constitucionalidade Difuso.

A priori, a própria evolução constitucional não se caracterizava mais pela ideia apenas de Legislador Negativo, mas isso não quer dizer que passou-se ao estágio de legislador positivo. Isso ocorreria através de criação de norma e isso, restringindo-se aos debates acerca das Omissões Constitucionais o STF não fez. Se fosse tratar dos Limites ao Ativismo Judicial, isso seria outro debate, a fim de ser realizado no âmbito das Dimensões do Ativismo Judicial, para traçar determinados limites como Precedentes Judiciais, Letra fria da lei, Hermenêutica Constitucional ou o novo Consequencialismo garantido pela LINDB e sua atuação na esfera do Direito Público, a partir da criação dos artigos 20 ao 30.

O que requer aqui é a demonstração para uma melhor adequação da Constituição de 1988 adequar-se a realidade social e a própria Ideologia histórica, social e política que influenciou a Ideologia Constitucional e a Constituição não ser apenas um documento formal ou uma mera folha de papel e não garantir os direitos individuais e as liberdades constitucionais inerentes a nacionalidade, soberania e cidadania ou resolver a questão das Omissões normativas na esfera do Controle Concentrado de Constitucionalidade.

Foi nesse caso que foi dado ao STF função atípica para decidir sobre esses casos políticos. Foi a chamada Judicialização da Política, que difere do Ativismo Judicial. A primeira eram os casos políticos judicializados e o segundo era uma atuação, atitude do tribunal referente a cada caso concreto. Para que isso ocorra, dar-se o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição em que o Tribunal Constitucional não poderá afastar nenhuma lesão ou ameaça de direito.

É percebido, aqui, nesse ponto de resolver as Omissões Normativas, não há a presença Ativismo Judicial, tendo em vista que esse encontra-se nos casos concretos, nos votos de cada julgado, e não nessa judicialização desses casos através de ADO e MI. O Ativismo Judicial ocorre quando cada Ministro do STF em seu voto atua como advogado da Constituição. Pode-se na análise de cada voto, encontrar posicionamentos ativistas ou não. Entretanto, em casos de sanar as Omissões Normativas através desses mecanismos de Jurisdição Constitucional, o STF atua dentro de seus limites.

A ADO encontra respaldo constitucional no art. 103, § 2º, da Constituição Federal. Seu cabimento e para sanar as Omissões Inconstitucionais e Mandado de Injunção está

presente no art. 5º, LXXI, CF e desde 5 anos atrás, possui norma regulamentadora, a Lei 13.300/2016. Seu objeto configura-se pelo pleno exercício dos direitos e liberdades constitucionais. Ambos configuram instrumentos de jurisdição constitucional provenientes da expansão da jurisdição constitucional advinda da Constituição Federal de 1988, o que garante ao Supremo Tribunal Federal sanar as omissões normativas com esses seus instrumentos de combate, através de sua legitimidade constitucional e da melhor garantia à divisão dos poderes e a realidade democrática.

REFERÊNCIAS

AMBROSINI, Diego Rafael. **Do poder moderador: uma análise da organização do poder na construção do Estado Imperial brasileiro**. Dissertação (Mestrado em ciência política). São Paulo, Universidade de São Paulo (USP), 2004.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. **Ativismo judicial e seus limites**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2017.

ASSIS, Christiane Costa. O Supremo Tribunal Federal como poder moderador: uma análise discursiva. **Revista Direito Público (DPU)**, Brasília, 47, p. 60-70, set./out., 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 outubro 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 23 setembro 2018

BASTOS, Eurico Araújo. **STF e poder moderador: política à margem do Poder Constituinte na atuação do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba. Juruá, 2015.

BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. Tradução de Marcio Pugliesi. São Paulo: Acone, 2006.

BONAVIDES, Paulo e Andrade, Paes de. **Historia constitucional do Brasil**. 4. ed. Brasília: OAB, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio - O ativismo judicial**. In: FELLET, André Luiz Fernandes et al (Org.) *As Novas Faces do Ativismo judicial*. Salvador: JusPodium, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (1988). Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp>? Acesso em: 10 dezembro 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BUENO, Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. Vol. 4. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1883-1902.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Eder Aparecido de; GILENO, Carlos Henrique. Reflexões sobre o Poder Moderador nas Instituições Políticas Brasileiras: o pretérito e o presente. **Revista em Tese**, v. 15. n. 1, Araraquara, 2018.

CLEVE, Clemerson Merlin. **A Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT. 2000.

CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 2, n.3, setembro/ dezembro, Curitiba, 2015.

CONTE, Amedeo G. **Decision, completude, cloture**. A propos des lacunes em Droit et probleme des lacunes em Droit. Bruxelles: Bruylant, 1968.

COSTA, Susana Henrique da. Controle judicial de Políticas públicas. Relatório Geral do Brasil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 57, jul/set, Rio de Janeiro, 2015.

CUNHA, Jr, Dirley. **Controle de constitucionalidade - teoria e pratica**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/>. Acesso em: 10 dezembro 2020.

DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ, Ana Carolina da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão – Uma proposta para a constituinte. **Revista de Informação Legislativa**. v. 36, n. 142, p. 279-296, abr/jun, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONSECA, Rafael Campos Soares da; FONSECA, Leonardo Campos Soares da. et al. Apontamentos sobre o perfil do juiz a partir da Constituição Federal de 1988. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XX, n. 68, p. 21-27, jan./abr. 2016.

GALINDO, Bruno. **Criminalização da homofobia, omissões inconstitucionais e diálogos institucionais**. Justificando Mentes inquietas. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/02/25/criminalizacao-da-homofobia-omissoes-inconstitucionais-e-dialogos-institucionais/>. Acesso em: 10 dezembro 2020.

GARGARELLA, Roberto. **O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos**. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GUIMARÃES, Jader Ferreira. **A (in)eficácia das decisões do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão**. Jader Ferreira Guimarães, Vitor Soares Silveiras (org.). Belo Horizonte: Fórum, 2014.

JÚNIOR, Antônio Veloso Peleja. **Processo constitucional**. In: FUX, Luiz, (Coord.) *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade**. Teoria e Prática. Salvador, JusPODIVM, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: Do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. São Paulo: Lumen Juris, 2017.

LIMA, Flavia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: Ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba. Juruá: Editora. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente e decisão do recurso diante do Novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI ADC e ADO**. Comentários a Lei 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB. Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro-LINDB – Lei nº 13.655/2018, p. 43-61, nov. 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MONTEIRO, Arthur Maximus. **Controle de constitucionalidade das omissões legislativas**. Curitiba: Ed. Juruá, 2015.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: o contencioso português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio**. Coimbra: Coimbra, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assunção, **Ações constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NOGUEIRA, Octaciano; BALEIRO, Aliomar; POLETTI, Ronaldo et al. **A coleção constituições brasileiras**. Incluindo textos constitucionais de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967/1969 e 1988. 3. ed. Senado Federal: Coordenação de Edições Técnica.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo Judicial e Direito a Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas – Uniceub**. Brasília, vol. 5, n. especial. p. 291-309, 2015.

PRADO, Joao Carlos Navarro de Almeida. **A responsabilidade do poder judiciário frente ao ativismo judicial**. In: AMARAL JUNIOR, Jose Levi Mello do (Coord). Estado de Direito e Ativismo Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. **História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo**. Iniciação Científica: Destaques, 2007. Disponível em: <https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/historia-da-criminalizacao-da-homossexualidade-no-brasil-da-sodomia-ao-homossexualismo-tc3balio-l-vianna.pdf>. Acesso em: 10 dezembro 2020.

RODRIGUES, Ernani. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista de Sociologia e Política. n. 23, Curitiba, 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/issue/view/CARVALHO>. Acesso em: 11 janeiro 2020.

ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional**. São Paulo: Editora Renovar, 2006.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção judicial contra omissões Legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003.

SOUZA JR. Antônio Umberto. **O supremo tribunal federal e as questões políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

STRECK, Lênio. Aplicar a “letra da lei”. **Revista Nej-Eletrônica**, vol. 15, n 1, p. 158- 173, jan-abr 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em 12 janeiro 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes:** da transição da democracia ao mal-estar constitucional. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal.** Jurisprudência Política. São Paulo: Malheiros, 2018.