



UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

ANDRÉ LUIZ MALUF CHAVES

OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E SENTENÇAS NORMATIVAS: limites e possibilidades para a atuação criativa do Supremo Tribunal Federal

NITERÓI - RJ

2022



UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

ANDRÉ LUIZ MALUF CHAVES

OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E SENTENÇAS NORMATIVAS: limites e possibilidades para a atuação criativa do Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Lagreca Casamasso.

NITERÓI - RJ

2022

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD
Gerada com informações fornecidas pelo autor

M236o Maluf, André Luiz
OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E SENTENÇAS NORMATIVAS : limites e possibilidades para a atuação criativa do Supremo Tribunal Federal / André Luiz Maluf. - 2022.
295 p.

Orientador: Marco Aurélio Lagreca Casamasso.
Coorientador: Eduardo Manuel Val.
Dissertação (mestrado)-Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Niterói, 2022.

1. Omissão Inconstitucional e Direito Comparado. 2. Sentenças Normativas. 3. Supremo Tribunal Federal e Corte Constitucional Italiana. 4. Parâmetros e Técnicas de Decisão. 5. Produção intelectual. I. Casamasso, Marco Aurélio Lagreca, orientador. II. Val, Eduardo Manuel, coorientador. III. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDD - XXX

Bibliotecário responsável: Debora do Nascimento - CRB7/6368

ANDRÉ LUIZ MALUF CHAVES

OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E SENTENÇAS NORMATIVAS: limites e possibilidades para a atuação criativa do Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Defesa em 28 de outubro de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marco Aurélio Lagreca Casamasso – Orientador
Universidade Federal Fluminense - UFF

Prof. Dr. Eduardo Manuel Val – Coorientador
Universidade Federal Fluminense – UFF e UNESA

Prof. Dr. Guilherme Braga Peña de Moraes
Universidade Federal Fluminense – UFF

Prof. Dr. Thiago Rodrigues Pereira – Professor Externo Convidado
Universidade Autónoma de Lisboa - UAL

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os meus familiares e amigos pelo apoio durante a minha trajetória profissional, em especial a minha mãe Érica Maluf, meu pai Rogerio Chaves e meu tio Walmar Chaves por todo o suporte e incentivo durante a minha vida e aos amigos Renato Barcellos e Matheus Meott.

Sou imensamente grato ao meu Orientador Prof. Dr. Marco Aurélio Casamasso pelas conversas, conselhos e pelos brilhantes insights durante o curso no PPGDC da UFF. Também ao meu Coorientador Professor Dr. Eduardo Val que desde à graduação se mostrou uma referência nos estudos de direito constitucional e internacional comparado. Igualmente agradeço aos Professores que gentilmente aceitaram compor a banca de qualificação e de defesa deste trabalho.

Não poderia deixar de agradecer aos Professores e Doutrinadores que fizeram parte da minha caminhada acadêmica, em especial aos Profs. Marco Antônio Ferreira Macedo, Thiago Rodrigues, Ademar Borges, Rodrigo Brandão, Helena Elias, Cláudio Prereira de Souza Neto, Guilherme Peña de Moraes e André Ramos Tavares.

Agradeço também aos colegas e amigos feitos no PPGDC pelos debates e aprendizado e igualmente aos diligentes professores da UFF pelo empenho durante todo o curso apesar das dificuldades enfrentadas na pandemia que passamos.

Por fim, agradeço a minha companheira Ana Patrícia Oliveira Rodrigues por todo o suporte, pelo carinho e incentivo durante a árdua caminhada acadêmica até a conclusão deste trabalho.

History will have to record that the greatest tragedy of this period of social transition was not the strident clamor of the bad people, but the appalling silence of the good people.

Martin Luther King Jr.

I luoghi più oscuri dell'Inferno sono riservati a coloro che si rendono neutrali in tempi di crisi morali.

Dante Alighieri - La Divina Commedia

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal profere decisões de caráter normativo? A Corte vem realizando criação judicial de direito de forma desmedida? Em quais casos e com qual intensidade? O conhecimento convencional sobre o instituto das omissões inconstitucionais permite avanços teóricos na matéria? Como estas indagações podem auxiliar no aprimoramento da atuação decisória do Supremo Tribunal Federal? Buscamos neste trabalho investigar tais questionamentos a fim de apresentar algumas possíveis respostas. O tema do trabalho é o instituto da omissão normativa inconstitucional e sua ligação com as sentenças normativas. A relevância se apresenta na medida em que decisões em casos paradigmáticos como união homoafetiva, aborto de fetos anencéfalos, criminalização da homotransfobia, direito de greve de servidores públicos, presos em condições degradantes, candidaturas femininas, entre outros, guardam alguma espécie de omissão e conteúdo normativo. O problema é analisar se o STF prolata sentenças normativas e se há excessos e parâmetros na sua atuação. A primeira hipótese é de que o Supremo Tribunal Federal prolata decisões normativas, mas o faz sem assumir o seu papel criativo, se valendo de outras técnicas de decisão como a interpretação conforme à Constituição. A segunda hipótese é que a Corte não possui parâmetros seguros de atuação criativa, de modo que acaba decidindo de forma casuística. Para tanto, realizou-se uma revisão bibliográfica, incluindo doutrina nacional e estrangeira, além de uma pesquisa composta por decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional italiana. O objetivo geral é analisar a jurisprudência do STF a fim de verificar se ela possui critérios definidos de atuação criativa, enquanto o objetivo específico é analisar o tema das omissões e trazer parâmetros de atuação com a entabulação de técnicas decisórias conforme o tipo da omissão enfrentada. O plano de trabalho é desenvolvido no início com a análise do fenômeno da omissão inconstitucional, suas razões históricas, conceito, classificação e marco teórico. Em seguida analisa-se o instituto das sentenças normativas, seus tipos e sua incidência na jurisprudência do STF e da Corte Italiana. Por fim, o último capítulo objetiva trazer parâmetros de atuação ao STF conferindo *accountability* e aperfeiçoamento decisório e institucional, contribuindo para o debate gerando possíveis reflexões sobre o tema.

Palavras-chave: Sentenças (manipulativas) normativas; Omissão Inconstitucional; Técnicas de Decisão; Jurisdição Constitucional; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

Does the Federal Supreme Court pronounce decisions of a normative nature? Has the Court been carrying out judicial creation of law in an excessive manner? In which cases and with what intensity? Does conventional knowledge about the institute of unconstitutional omissions allow theoretical advances in the matter? How can these inquiries help to improve the decision-making role of the Federal Supreme Court? In this work, we seek to investigate such questions in order to present some possible answers. The theme of the work is the institute of unconstitutional normative omission and its connection with normative sentences. The relevance is presented to the extent that decisions in paradigmatic cases such as homo-affective union, abortion of anencephalic fetuses, criminalization of homotransphobia, public servants' right to strike, imprisoned in degrading conditions, female candidates, among others, retain some kind of omission and content normative. The problem is to analyze whether the STF issues normative sentences and whether there are excesses and parameters in its performance. The first hypothesis is that the Federal Supreme Court issues normative decisions, but does so without assuming its creative role, using other decision techniques such as interpretation in accordance with the Constitution. The second hypothesis is that it does not have secure parameters for creative performance, so it ends up deciding on a case-by-case basis. For that, a bibliographical review was carried out, including national and foreign doctrine, in addition to a research composed by decisions of the Federal Supreme Court and the Italian Constitutional Court. The general objective is to analyze the STF jurisprudence in order to verify if it has defined criteria for creative action, while the specific objective is to analyze the theme of omissions and bring parameters of action with the establishment of decision techniques according to the type of omission. The work plan is initially developed with an analysis of the phenomenon of unconstitutional omission, its historical reasons, concept, classification and theoretical framework. Then, the institute of normative sentences, their possibility and the jurisprudence of the STF and the Italian Court is analyzed. Finally, the last chapter aimed at defining the role of the STF, conferring responsibility and decision-making and institutional updating, improved for the possible debate.

Keywords: Normative (manipulative) decisions; Unconstitutional omission; decision techniques; Constitutional jurisdiction; Federal Supreme Court.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC – Acre

ACP – Ação Civil Pública

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGU – Advocacia Geral da União

AI - Ato Institucional

AL – Alagoas

AM - Amazonas

AP – Amapá

BA - Bahia

CE - Ceará

CF – Constituição Federal

CFOAB – Conselho Federal da OAB

CNTS - Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DF – Distrito Federal

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

DL – Decreto Lei

DL – Decreto Legislativo

EC - Emenda Constitucional

ECI – Estado de Coisas Inconstitucional

ES – Espírito Santo

EUA – Estados Unidos da América

GO - Goiás

LC – Lei Complementar

MA – Maranhão

MC – Medida Cautelar

MG – Minas Gerais

MS - Mandado de Segurança

MS – Mato Grosso do Sul

MT – Mato Grosso

MI – Mandado de Injunção

Min – Ministro

MP – Medida Provisória

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

PA – Pará

PE – Pernambuco

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

Pet - Petição

PI – Piauí

PR – Paraná

RE - Recurso Extraordinário

RI - Regimento Interno

RJ – Rio de Janeiro

RN – Rio Grande do Norte

RS – Rio Grande do Sul

RO – Rondônia

RR – Roraima

SC – Santa Catarina

SP – São Paulo

SE - Sergipe

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SV – Súmula Vinculante

TCU – Tribunal de Contas da União

TO - Tocantins

TSE - Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1 – A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL COMO FENÔMENO JURÍDICO PRÓPRIO	22
1 - O que é uma Constituição?	22
1.1.1 - A concepção ontológica de Loewenstein	22
1.1.2 - A força normativa na concepção de Hesse	23
1.1.3 – O sentido jurídico na concepção de Kelsen	25
1.1.4 - A concepção de Ferrajoli e a Constituição da Terra.....	25
1.1.5 – O conceito unitário de Heller	27
1.1.6 - A ideia de Constituição em Oscar Vilhena: coordenação, compromisso e resiliência constitucional na Constituição brasileira de 1988.....	29
1.2 – Pressupostos para o estudo da omissão inconstitucional a partir do conceito de Constituição	32
1.3 - A celeuma da inconstitucionalidade por omissão na jurisdição nacional	35
1.4 - O desenvolvimento da omissão normativa inconstitucional e suas ferramentas de controle	38
1.5 - Em busca de uma definição material para o fenômeno da omissão normativa inconstitucional	45
1.5.1 - Princípios que regem o fenômeno da omissão	45
1.5.2 - Lacuna, silêncio eloquente e inércia <i>deliberandi</i>	52
1.5.3 - A omissão inconstitucional na doutrina consolidada	54
1.5.4 - A omissão inconstitucional no âmbito estadual	57
1.6 - Um possível conceito de omissão normativa inconstitucional	61
1.7 - Classificação da omissão normativa inconstitucional: uma nova proposta	65
CAPÍTULO 2 – SENTENÇAS NORMATIVAS E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA	76

2.1 – Jurisdição constitucional italiana e o controle de constitucionalidade: perspectivas de direito comparado	76
2.2 - Tipos de decisão da <i>Corte Costituzionale</i>	81
2.3 - Sentenças normativas.....	88
2.3.1 - Origem e desenvolvimento na Itália.....	90
2.3.2 - Requisitos e <i>iter</i> procedimental	93
2.3.3 - Tipologia específica das sentenças normativas: prestação, procedimento, princípio e garantia	96
2.4 – Decisões com conteúdo normativo prolatadas pelo STF.....	101
2.4.1 - Demarcação de terra indígena Raposa Serra do Sol.....	101
2.4.2 - Greve de servidores públicos.....	104
2.4.3 - Aborto de fetos anencéfalos	107
2.4.4 - União homoafetiva	112
2.4.5 - Revisão geral de vencimentos e isonomia (art. 37, X).....	116
2.4.6 - Presos em condições degradantes.....	119
2.4.7 - Criminalização da Homotransfobia.....	126
2.4.8 - Súmula Vinculante 33: aposentadoria especial de servidores públicos	131
2.4.9 – Alteração de prenome e gênero dos transgêneros no registro civil	133
2.4.10 – Fundo partidário e candidaturas femininas	134
2.4.11 – Renda básica de cidadania	137
2.5 – Críticas à atuação normativa do Supremo Tribunal Federal	142
2.5.1 – O STF não é uma Corte Constitucional <i>ad hoc</i>	142
2.5.2 – O STF somente pode atuar como legislador negativo: a equivocada interpretação do dogma kelseniano.....	144
2.5.3 – Violação da separação dos Poderes	149
2.5.4 – O déficit democrático do Tribunal Constitucional.....	159
CAPÍTULO 3 – PARÂMETROS E TÉCNICAS PARA A ATUAÇÃO CRIATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	163

3.1 – Quais os parâmetros do próprio STF para proferir decisões normativas? .	163
3.2 - O reconhecimento do papel criativo e a criação de parâmetros como condição para o <i>accountability</i> republicano	167
3.3 – Limites e possibilidades da atuação criativa do Supremo Tribunal Federal: proteção institucional do Judiciário e efetivação de direitos fundamentais	171
3.4 - Pressupostos negativos de criação	179
3.4.1 - Matérias de reserva absoluta do Poder Legislativo e soluções alternativas de controle fraco	179
3.4.2 - A possibilidade de interpretação conforme	183
3.5 - Posturas prévias de autocontenção dialógicas	186
3.5.1 - Decisão de <i>signaling</i>	188
3.5.2 - A fixação de prazo	188
3.6 - Parâmetros positivos de criação	191
3.6.1 – O texto da Constituição e a sua densidade normativa.....	193
3.6.2 – Proteção dos pressupostos necessários ao funcionamento da democracia ...	195
3.6.3 – Defesa de minorias vulneráveis	196
3.6.4 - Direitos materialmente fundamentais ligados ao mínimo existencial	197
3.6.5 - As capacidades institucionais do Judiciário: a análise das consequências práticas e o impacto orçamentário	199
3.6.6 - Hipótese de ampla margem de discricionariedade do Poder ou órgão omisso	206
3.6.7 – Análise das dificuldades político-institucionais	208
3.7 – Técnicas de decisão conforme o tipo de omissão	223
3.7.1 – Decisão normativa pura ou originária no caso de omissão inconstitucional total propriamente dita (explícita ou implícita)	224
3.7.2 – Decisão normativa reconstrutiva no caso de omissão inconstitucional superveniente decorrente de ablação	225
3.7.3 – Decisões normativas de garantia, de prestação ou de princípio no caso de omissão inconstitucional parcial e decorrente de vedação da proteção insuficiente	226

3.7.4 – Decisões normativas estruturantes no caso de omissão inconstitucional decorrente de falhas estruturais.....	226
3.7.5 – Há saída para a omissão anacrônica do Constituinte?	231
3.8 – Decisões normativas inconstitucionais e possíveis consequências da não observância dos parâmetros expostos.....	237
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	243
REFERÊNCIAS	278

INTRODUÇÃO

Em discurso na Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães afirmou em 05 de outubro de 1988 *“Nós os legisladores ampliamos os nossos deveres. Teremos de honrá-los. A Nação repudia a preguiça, a negligência e a inépcia. (...) Não esquecemos que na ausência da lei complementar os cidadãos poderão ter o provimento suplementar pelo Mandado de Injunção.”*.

O Constituinte, portanto, não conferiu ao Judiciário um papel de inércia na concretização de direitos necessários ao exercício da cidadania quando o legislador se mantiver inerte. Se cabe ao Judiciário proteger e garantir a observância dos direitos previstos na Constituição quando o Legislativo for omissivo, cabe a ele, igualmente, justificar, com o ônus argumentativo esperado, a tomada de uma decisão protetiva ou denegatória, de forma racional e sem casuísmos.

Com a crescente judicialização da política e das relações sociais e o aumento dos conflitos institucionais entre os Poderes, as Cortes e Tribunais Constitucionais são alçados ao centro do debate político, de modo que passam a ser chamados a decidir questões na ausência de atuação do Legislativo, tais como: aborto, pesquisa com células-tronco, nepotismo, homotransfobia, descriminalização de drogas, financiamento de campanhas entre outros temas polêmicos.

É nesse contexto de tensão entre a concretização de direitos e conflitos entre os Poderes que se insere este trabalho. A dificuldade em se solucionar o problema das omissões inconstitucionais acomete tanto a jurisprudência quanto a doutrina, não havendo um modelo definitivo e satisfatório de tratamento e solução da matéria.

Em sua origem a jurisdição constitucional não foi projetada para tratar da celeuma da inércia dos Poderes, cabendo às Cortes apenas o controle de constitucionalidade por ação.

O direito comparado desenvolveu algumas possíveis soluções para tratar do tema, como a utilização do apelo ao legislador na Alemanha, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão em Portugal, a atuação da Corte Constitucional do Equador como legislador suplente e precário, as decisões diretivas na Índia, o Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia, entre outros instrumentos.

No Brasil foi previsto o Mandado de Injunção e na Itália foram criadas pela jurisprudência as chamadas sentenças manipulativas. Estas últimas surgiram com o objetivo de conformar a legislação italiana fascista à Constituição do pós-guerra, bem como assegurar direitos não previstos no caso de omissões parciais que violassem a isonomia. Entretanto, seu uso se expandiu para resolver outros problemas.

A técnica de decisões criativas com conteúdo normativo encontrou farto campo de desenvolvimento na Itália, sendo amplamente aceita pela doutrina e reconhecida pela jurisprudência da Corte Constitucional como legítima. Portanto, a maturidade do modelo italiano com relativo sucesso sem uma anarquia institucional serve como um dos nortes para o presente trabalho, sem desconsiderar as peculiaridades e problemas da jurisdição nacional. Vale dizer, não se trata de um transplante acrítico de institutos, mas, sim, um estudo comparado a fim de contribuir para reflexões e aperfeiçoamentos da jurisdicional constitucional brasileira.

O texto busca analisar: i) o instituto da omissão inconstitucional com foco na omissão normativa; e ii) as sentenças normativas, bem como sua rica tipologia decisória na jurisdição constitucional italiana, as quais também são chamadas de manipulativas ou intermédias, face às dificuldades políticas e institucionais da jurisdição constitucional em lidar com os problemas decorrentes da omissão inconstitucional.

A relevância do tema se apresenta na medida em que decisões em casos paradigmáticos como união homoafetiva, aborto de fetos anencéfalos, criminalização da homotransfobia, direito de greve de servidores públicos, presos em condições degradantes, candidaturas femininas, entre outros, guardam alguma espécie de conteúdo normativo.

O problema é analisar se o STF prolata sentenças normativas e se há excessos na sua atuação. As hipóteses são as seguintes: o Supremo Tribunal Federal prolata decisões normativas, mas o faz sem assumir o seu papel criativo, se valendo de outras técnicas de decisão como a interpretação conforme à Constituição, além de não possuir parâmetros seguros de atuação criativa, de modo que atua de forma casuística.

O objetivo geral é analisar a jurisprudência do STF e se ela possui critérios definidos de atuação criativa, enquanto os objetivos específicos envolvem perscrutar, a partir do marco teórico proposto, o instituto da omissão inconstitucional e das sentenças

normativas, seu conceito, procedimento, tipologia e requisitos, além de trazer parâmetros de atuação com a especificação de técnicas decisórias criativas, conforme a espécie da omissão, por meio de uma nova classificação.

Com o escopo de analisar tais questões, o plano de trabalho foi organizado da seguinte forma: Inicialmente, foi estabelecido um marco teórico a partir de Karl Lowenstein, Hans Kelsen, Herman Heller, Konrad Hesse e Luigi Ferrajoli, além da doutrina já consolidada que trata da omissão - Luís Roberto Barroso, André Ramos Tavares, Alexandre de Moraes, Vezio Crisafulli, Lenio Streck, Gomes Canotilho, Victor Bazán e Dirley da Cunha Jr. -, a fim de enxergar o conceito de omissão como um fenômeno jurídico próprio - passando pelo histórico necessário -, sobretudo à luz da doutrina de Carlos Alexandre de Azevedo Campos e Gilmar Mendes. A ideia é propor uma principiologia e classificação singular para além de omissão total e parcial, englobando, também, outros tipos de omissão, como a omissão ablativa, decorrente de inercia, a omissão estrutural e a omissão anacrônica.

Em seguida, à luz do direito comparado, com enfoque na jurisdição e na jurisprudência comparada, realizou-se uma revisão bibliográfica, incluindo doutrina nacional e estrangeira, além de uma pesquisa composta por decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional Italiana para se estudar o instituto das sentenças normativas e como o STF as vêm aplicando, notadamente nos seguintes casos: Demarcação de terra indígena Raposa Serra do Sol; Greve de servidores públicos; Aborto de fetos anencéfalos; União homoafetiva; Revisão geral de vencimentos e isonomia (art. 37, X); Presos em condições degradantes; Criminalização da Homotransfobia; Súmula Vinculante 33: aposentadoria especial de servidores públicos; Alteração de prenome e gênero dos transgêneros no registro civil; Fundo partidário e candidaturas femininas; e Renda básica de cidadania.

O último capítulo objetiva traçar parâmetros para a atuação criativa do STF, conferindo *accountability* à Corte quando realiza o controle das omissões que violam a Constituição por meio de: i) parâmetros negativos - matérias de reserva absoluta do Poder Legislativo e soluções alternativas de controle fraco; e a possibilidade de interpretação conforme -; ii) posturas prévias de autocontenção dialógicas – decisão de *signaling* e cominação de prazo -; e iii) parâmetros positivos – O texto da Constituição, Proteção dos pressupostos necessários ao funcionamento da democracia, Defesa de

minorias vulneráveis, Direitos materialmente fundamentais ligados ao mínimo existencial, As capacidades institucionais do Judiciário: a análise das consequências práticas e o impacto orçamentário, Hipótese de ampla margem de discricionariedade do Poder ou órgão omissis e Análise das dificuldades político-institucionais.

Por fim, buscou-se propor o uso de certas técnicas de decisão conforme o tipo de omissão à luz das classificações e parâmetros expostos. Não se nega a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal proferir decisões normativas. Parte-se, portanto, do pressuposto de que Cortes e Tribunais constitucionais produzem normas em sua atividade interpretativa, que não se confundem com o texto. A grande questão que se apresenta não é mais se Cortes e Tribunais Constitucionais podem, ou não, produzir direito, mas, “como” e “em quais situações” eles podem decidir em casos de omissão de Poderes que violem à Constituição.

A negação de que o STF profere decisões de conteúdo normativo não contribui para que a Corte decida dentro dos limites da moldura constitucional. Ignorar tal realidade, ao revés, estimula decisões casuísticas, gerando acirramento jurídico, institucional e social.

Com mais razão o argumento do reconhecimento se apresenta, na medida em que a partir do momento em que se reconhece tal papel às Cortes e Tribunais de forma clara e não velada, é possível que a doutrina reflita e faça o seu papel: contribuir, constranger e cooperar para o necessário aperfeiçoamento decisório dos Tribunais.

Não se trata de uma defesa cega do ativismo, tampouco um depósito de virtudes no Supremo Tribunal Federal como última trincheira de salvaguarda da Constituição em casos de omissões. A política e as demais instituições também devem cumprir e o seu papel no Estado de Direito, de maneira que em dadas situações a autocontenção e o diálogo são muito mais efetivos para a efetividade da Constituição do que o ativismo.

A necessidade de *accountability* e de parâmetros seguros de atuação é fundamental nesse contexto. Desse modo, se reconhece, de plano, que o STF não pode se arvorar na condição de Constituinte Originário, de modo que a sua atuação possui limites políticos, jurídicos e institucionais.

Assim, ao fim e ao cabo, o que se espera é que o trabalho contribua com vindouras reflexões acadêmicas sobre o tema, mas, sobretudo, que possa proporcionar a maior efetividade possível aos direitos fundamentais previstos na Constituição sem descuidar dos inerentes limites da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO 1 – A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL COMO FENÔMENO JURÍDICO PRÓPRIO

1 - O que é uma Constituição?

Dentro da ciência jurídica é extremamente complexo conceituar institutos face à ampla margem de significados que podem ser extraídos de quaisquer palavras, movimentos, conjunturas e modelos. Essa árdua tarefa é excepcionalmente mais desafiadora quando estamos falando de um possível conceito de Constituição, eis que tal ideia está intimamente ligada às grandes revoluções da história moderna e ao estabelecimento de diversas formas de poder desde à antiguidade, de modo que, a partir do prisma que se utilize, é possível extrair diversas conclusões.

Sendo assim, à luz da finalidade do presente estudo, sem qualquer pretensão de estabelecer uma verdade unívoca, buscaremos compreender o conceito de Constituição e como tal conceito se relaciona ao fenômeno da omissão inconstitucional a partir da concepção de autores consagrados que formularam, cada qual, suas ideias sobre o tema. A proposta não é mergulhar profundamente nas teorias dos autores, face à evidente impossibilidade neste espaço de estudo e o risco de simplificação de suas obras.

O objetivo central dessa parte inicial, portanto, é analisar como tais autores entendem o conceito de Constituição e como este pode contribuir para reflexões acerca do objeto investigado: o fenômeno da omissão inconstitucional e a utilização de sentenças normativas.

1.1.1 - A concepção ontológica de Loewenstein

Karl Loewenstein se consagrou ao apresentar uma visão ontológica ligando o conceito de Constituição à realidade do processo político¹. Trata-se, assim, de uma preocupação realista sobre a Constituição que não considera suficiente, apenas, o sentido jurídico. Para tanto, o autor estabeleceu uma classificação tripartite: Constituições normativas, nominais e semânticas. Segundo Loewenstein, as Constituições normativas se encontram caracterizadas quando todos os interessados a

1 LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. 2ª Ed. Trad.: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 217.

observam lealmente, estando integrada à sociedade e esta a ela. A Constituição e a sociedade passam por uma simbiose. Somente neste caso é possível falar em Constituição normativa: suas normas dominam o processo político e o processo político se adapta às normas da Constituição². A atuação dos detentores de poder, portanto, é pautada primordialmente pela Constituição.

Por outro lado, quando a Constituição se sujeitar ao processo político, de modo que este não se adapte às suas normas e a sociedade não a persiga, não poderá ser enquadrada como normativa, sendo, nestes casos, classificada como nominal. Em tais situações a norma será juridicamente válida, contudo, sem plena efetividade. Loewenstein é otimista no sentido de que a Constituição nominal pode, caso haja vontade de seus destinatários e detentores, ser educativa a fim de se converter em uma Constituição normativa³. O problema em tais casos, como aponta Marcelo Neves, é que a transição depende dos “donos do poder”, de modo que a falta de interesse pode gerar um bloqueio à mudança⁴.

Quanto à Constituição semântica, afirma que, embora ela seja aplicada, a sua caracterização se dá quando a realidade gera a utilização da Constituição em benefício exclusivo dos detentores de poder (um ditador, uma junta militar, uma comissão ou partido), desvirtuando a tarefa original da Constituição de limitação do poder político e estabilizando a intervenção dos dominadores do poder⁵. Em tal caso a Constituição é mero instrumento dos detentores de poder.

1.1.2 - A força normativa na concepção de Hesse

A ideia central que embasa o pensamento de Konrad Hesse envolve a chamada *Vontade da Constituição* a fim de que a Carta adquira força normativa. O conceito de

2 LOEWENSTEIN, Ibid., p. 217.

3 LOEWENSTEIN, Ibid., p. 218.

4 NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 107-108.

5 LOEWENSTEIN, Ibid., p. 218-219.

Constituição, assim, passa, necessariamente e intrinsecamente, pela ideia de força normativa⁶.

Para tanto, Hesse aduz que o Direito Constitucional não se basta a justificar as relações de poder dominante. Segundo ele, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social, portanto, determinada pela realidade e ao mesmo tempo determinante em relação a ela. A Constituição jurídica, portanto, adquire força normativa na medida em que ganha eficácia como Constituição real e a Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa quando impõe tarefas e elas são efetivamente realizadas⁷.

O autor afirma ainda que, via de regra, a Constituição deve se manter rígida “constituindo uma norma inquebrantável”, mas, ao mesmo tempo, é preciso que a Constituição seja permeável às mudanças das relações fáticas, de modo que se uma proposição normativa não pode mais ser realizada, a revisão constitucional ou a mudança de interpretação da Constituição pode, ou mesmo deve, ser realizada⁸.

Em outras palavras, a essência da Constituição reside na sua concretização na realidade, expressando um ser e paralelamente um dever ser que tenha aptidão para conformar elementos sociais, políticos e econômicos e incorporar as mudanças, o que irá assegurar a sua permanência no tempo⁹.

Nessa linha, a construção teórica de Hesse e seu método hermenêutico-concretizador, cuja lógica opta pela força normativa da Constituição se adéqua à ideia de que o Poder Judiciário pode criar direito nos casos de omissão normativa inconstitucional¹⁰.

6 HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Safe, 1991.

7 HESSE, Ibid., p. 04-12.

8 HESSE, Ibid., p. 16-17.

9 HESSE, Ibid., p. 14-15.

10 GÓES, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson de Moraes. A Hermenêutica do Desenvolvimento Nacional à Luz do Estado Democrático de Direito. Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 118 | pp. 321-364 | jan./jun. 2019, p. 344.

1.1.3 – O sentido jurídico na concepção de Kelsen

Em sua clássica obra, Kelsen emprega dois sentidos à Constituição: sentido lógico-jurídico e jurídico-positivo¹¹. Conforme o sentido lógico-jurídico, a Constituição retira seu fundamento de validade da norma hipotética fundamental (*Grundnorm*). A norma hipotética, assim, é um pressuposto lógico transcendental e não uma norma posta. Segundo o sentido jurídico-positivo, por sua vez, a Constituição funciona como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, no ápice de um escalonamento normativo, sendo, nessa concepção, norma positivada¹².

Nessa linha, a Constituição para Kelsen, ao fim e ao cabo, é a norma que determina como devem ser produzidas as normas gerais e, ao mesmo tempo, é a norma que vincula todo o ordenamento¹³.

Entretanto, Kelsen também aborda outras duas ideias de Constituição que complementam os sentidos analisados: Constituição em sentido material e em sentido formal. Para o autor, a Constituição material significa norma positiva, não necessariamente escrita, através da qual é regulada a produção de normas jurídicas gerais, enquanto a Constituição formal não só contém a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e preceitos que não podem ser revogados ou alterados pela mesma forma que as leis, mas somente através de processo especial mais severo¹⁴.

1.1.4 - A concepção de Ferrajoli e a Constituição da Terra

Luigi Ferrajoli escreve sobre constitucionalismo e democracia como um claro contraponto aos regimes totalitários nazi-fascistas, defendendo que a Constituição é um pacto social que constitui um sistema de regras, substanciais e formais, que servem de limites e vínculos a todo o poder, e também à maioria, servindo igualmente como

11 KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 222.

12 KELSEN, Ibid., p. 224-228.

13 KELSEN, Ibid., p. 221.

14 KELSEN, Ibid., p. 247-248.

programa político para o futuro¹⁵. A Constituição, assim, deve, necessariamente, garantir a divisão de poderes e os direitos fundamentais¹⁶.

Segundo Ferrajoli, o constitucionalismo nesse período ganhou força com a ideia de rigidez constitucional de normas hierarquicamente superiores à legislação ordinária vocacionada a assegurar direitos, estabelecendo princípios, e deixando de ser mera carta política que vincula à lei a sua vontade, o que constitui o garantismo constitucional defendido pelo autor¹⁷.

Ferrajoli defende, ainda, que é urgente a criação de uma Constituição da Terra¹⁸, ou uma Constituição Global, para lidar com problemas globais que afetam todas as nações cujo enfrentamento é imprescindível para a sobrevivência mundial, tais como aquecimento global, perigos de acidentes e conflitos nucleares, crescimento da pobreza e morte, o drama das migrações e, mais recentemente, a pandemia do Covid-19.

O autor destaca, contudo, que a ausência de um ordenamento global, de um povo global e de Estados soberanos são óbices à uma Constituição da Terra que necessitariam de revisão a fim de estabelecer um paradigma constitucional de nível internacional¹⁹.

Somado a isso, aduz que os Estados nacionais não inadequados, omissos e impotentes para lidar com esses desafios globais, destacando que as políticas são breves e voltadas às disputas eleitorais internas²⁰.

O autor sustenta que a lógica hobbesiana de pacto social e de proteção coletiva que fundou os alicerces do Estado moderno, podem ser aplicados à tal ideário, pois, na atual quadra da história, diferentemente das guerras e regimes totalitários, as catástrofes ecológicas e nucleares são irreversíveis. Ferrajoli afirma que a Carta da ONU e os

15 FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2008, p. 32-33.

16 FERRAJOLI. Ibid., 2008, p. 28.

17 FERRAJOLI, Luigi. A Democracia através dos direitos – O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político – tradução de Alexander Araújo de Souza Gomes. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015. p. 12 e 61.

18 FERRAJOLI, Luigi. Per una Costituzione della Terra. Teoria politica. Nuova serie Annali, 10 | 2020, 39-57.

19 FERRAJOLI. Ibid., 2020, p. 40.

20 FERRAJOLI. Ibid., 2020, p. 41.

Tratados de Direitos humanos e de Direitos internacionais são embriões dessa Constituição da Terra, de modo que a incorporação dessas regras seja feita pelos países como direito supranacional²¹.

A proposta do autor é criar uma Constituição da Terra à altura de tais desafios em três direções com a introdução de: i) um *constitucionalismo supranacional* que estabeleça uma nova separação de Poderes (com instituições de governo – para tomar decisões políticas executivas e legislativas - e instituições de garantia – vocacionadas à aplicação da lei e em particular à paz e aos direitos fundamentais, sobretudo do meio ambiente, – por meio de autoridades judiciárias), criando instituições globais supranacionais para atuar no combate àqueles problemas humanitários (meio ambiente, fome, guerras, problemas nucleares) que sejam financiadas por tributos globais de caráter progressivo; ii) um *constitucionalismo privado* para confrontar o “poder dos mercados”; iii) um *constitucionalismo de bens fundamentais globais*, criando acesso para todos usufruírem de bens comuns²².

Em síntese, a ideia de Ferrajoli é universalizar garantias e direitos fundamentais, já que o o constitucionalismo global já está dado, o que se deve concretizar são mecanismos de implementação das normas de direitos internacionais e mudança da sua interpretação a fim de efetivá-los. Ao fim e ao cabo, dependemos de instituições de garantia e de aplicação das normas existentes atuando em conjunto.

1.1.5 – O conceito unitário de Heller

Hermann Heller, buscou fazer um contraponto às teorias de Schmitt e Kelsen, sem criar uma dualidade conflituosa como fizeram os autores entre si. Vale dizer, a teoria da Constituição de Heller visava unificar as ideias daqueles autores: a Constituição seria política e normativa, não sendo possível existir uma Constituição política que não fosse ao mesmo tempo norma²³.

21 FERRAJOLI. Ibid., 2020, p. 41-42.

22 FERRAJOLI. Ibid., 2020, p. 43-47.

23 HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Editora Mestre Jou: São Paulo, 2000, p. 299.

Heller, assim, unificou na Constituição o mundo do ser e do dever ser²⁴, criando a ideia de Constituição total que inclui condutas não normadas, mas normalizadas e condutas normadas²⁵. Enquanto Kelsen, segundo ele, privaria as normas constitucionais do seu sentido de ser-dever ser, separada da realidade, Schmitt pecaria por subestimar a normatividade ao defender que a Constituição seria apenas uma “decisão”²⁶.

O autor identifica a Constituição como a soma dos fatores reais de poder, mas a enxerga em uma dinâmica constante, não estática, voltada a gerar unidade e conjugar, ser e dever ser, normatividade e normalidade²⁷.

É possível inferir que Heller compartilhava as bases de La Salle ao defender uma ideia de Constituição “real” que expressasse os fatores reais de poder, mas, agregou os contributos de Kelsen e Schmitt, evoluindo consideravelmente a teoria que o precedeu, conjugando as virtudes dos três autores citados.

Heller ainda traz uma última contribuição para a teoria da Constituição: o autor aborda que uma das principais formas de transformação constitucional é a mutação²⁸, de modo que, ao lado de Hesse, defende que a força normativa da Constituição depende de íntima conexão com as ações praticadas na sociedade. Assim, quando normalidade e normatividade são apartadas faz-se necessário modificar a Constituição, seja formalmente por emendas ou informalmente pela mutação²⁹.

Nessa linha, o grande mérito de Heller, em contraponto a Kelsen, foi reconhecer que a Constituição formal depende de uma reconciliação constante e dinâmica com a realidade social, ao compreender que a Constituição não engloba

24 HELLER, *Ibid.*, p. 296.

25 HELLER, *Ibid.*, p. 298.

26 HELLER, *Ibid.*, p. 299.

27 HELLER, *Ibid.*, p. 296.

28 Conforme Canotilho: “Considerar-se-á mutação constituticonal como transição constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto.” *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2007, p. 231.

29 SERAFIM, Matheus. A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR E AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS: CONTRIBUIÇÕES PARA A COMPREENSÃO DAS MODIFICAÇÕES INFORMAIS DA CONSTITUIÇÃO. *Revista Diálogo Jurídico*, Vol. 18, n. 1, Jan./Jul. 2019, p. 47.

apenas disposições normativas, mas também práticas e fatos sociais. Ou seja, a eficácia constitucional só pode ser realizada se concebida como documento jurídico-político³⁰.

1.1.6 - A ideia de Constituição em Oscar Vilhena: coordenação, compromisso e resiliência constitucional na Constituição brasileira de 1988

Segundo Vilhena, a Constituição é norma superior que aspira habilitar a competição política, regular o exercício do poder, assegurar o Estado de Direito e as regras básicas de justiça sendo que seu desempenho depende, sobretudo, da adesão e do autocomprometimento da sociedade e dos atores políticos e institucionais ao pacto constitucional, de modo que, quando isso não acontece, a Constituição perde eficácia e, no limite, entra em crise³¹. A Constituição assim, funciona como forma de coordenação política para assegurar direitos³².

À luz do presente estudo, sob uma perspectiva histórica, o autor destaca as críticas no sentido de que a simples proclamação de direitos, ou a adoção de uma Carta redefinindo o modo de exercer o poder, seria insuficiente para alterar uma realidade estruturada por costumes, tradições e antigas convenções arraigadas na cultura de um povo. As pessoas não deixariam de ser o que eram e as diferenças não desapareceriam com o advento de uma mera Carta política, de modo que a eficácia da Constituição é necessária para a mudança da ordem política e social³³.

Tal ponto se relaciona com várias questões relevantes como efetividade da Constituição, supremacia e mecanismos de controle. Vilhena afirma que no início do século XX o modelo constitucional foi marcado por um forte processo de “desencantamento” de modo que o conceito de Constituição passou a ser instrumentalizado para formar aquilo que o soberano estabelecia: a Constituição passou a ser adotada por regimes autoritários e totalitários de forma corrompida, como

30 SERAFIM. *Ibid.*, p. 47.

31 VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 69.

32 VIEIRA. *Ibid.*, p. 72.

33 VIEIRA. *Ibid.*, p. 83.

manifestação de uma clara erosão por meio de seus próprios procedimentos internos, como no caso de Weimar³⁴.

Após a segunda Guerra Mundial, a Constituição volta a ocupar papel central, a começar pela Lei Fundamental de Bonn, de modo que as novas Cartas passam a assegurar maior proteção aos seus princípios fundamentais por meio da criação de Tribunais e Cortes Constitucionais e de cláusulas pétreas³⁵. Essa lógica de superação do passado e de problemas estruturais levou as novas Constituições a incorporar regras voltadas à transformação das sociedades por meio de amplo rol de direitos e por diversas instituições de transformação social³⁶.

Nessa linha de mudança, as democracias ocidentais passam a ser pautadas pela regra da consensualidade, o que muda é o grau de consensualidade para que as decisões sejam consideradas válidas³⁷; vale dizer, em sociedades em que há um alto grau de confiança política e forte consenso do modo como deve se dar a disputa política, bem como em relação aos valores sociais estruturais para o povo, são desnecessárias regras constitucionais amplas e detalhadas, o que não ocorre em sociedades fragmentadas, com baixo grau de consenso e confiança política, de modo que o entrincheiramento de direitos e cláusulas pétreas funciona como seguro contra a maioria³⁸.

Do mesmo modo, o controle de constitucionalidade fora da política deve funcionar para aumentar o grau de consenso na democracia, de maneira a evitar que leis e atos do Legislativo ou do Executivo violem a Constituição sem consequência³⁹. Tanto a rigidez quanto o controle de constitucionalidade conferem suporte à ideia de Constituição como lei suprema, restringindo a simples regra da maioria dos poderes representativos e vinculando as decisões políticas à Constituição⁴⁰.

Apesar da jurisdição constitucional funcionar como protetora da democracia e da própria Constituição, a fim de garantir sua efetividade, o desempenho da

34 VIEIRA. Ibid. p. 86-87.

35 VIEIRA. Ibid. 90-91.

36 VIEIRA. Ibid. p. 92.

37 VIEIRA. Ibid. p. 93.

38 VIEIRA. Ibid. p. 96.

39 VIEIRA. Ibid. p. 97.

40 VIEIRA. Ibid. p. 99.

Constituição está condicionada a múltiplos fatores de ordem política, econômica, social e histórica, além da capacidade governamental de implementar os dispositivos constitucionais e receitas tributárias compatíveis com as obrigações criadas⁴¹.

Nessa linha, a Constituição de 1988 retrata um compromisso maximador com objetivos muito ambiciosos a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade, uma ampla carta de direitos e um sistema político consensual, que buscou conjugar o velho nacional-desenvolvimentismo com a redemocratização⁴² entrincheirando na Constituição interesses de vários atores e grupos⁴³.

Vilhena ressalta, por outro lado, a contradição interna que limita a liberdade da política cotidiana ao constitucionalizar diversos temas e políticas públicas, além de possibilitar o controle judicial, por transformar questões eminentemente políticas em questões de direito, o que, ao fim e ao cabo, transferiu questões altamente sensíveis para o Judiciário⁴⁴.

O compromisso maximador da Constituição, assim, foi formado pela consensualidade e coordenação de forças sociais e políticas, gerando um documento extenso e ambicioso que foi extremamente inclusivo.

As críticas, contudo, são várias. Em primeiro, sua ambição normativa levaria a uma frustração social já que o Estado não seria capaz de cumprir as promessas constitucionais (crítica da ineficácia material). As diversas imperfeições levariam a constantes crises e conflitos. Além disso, demandaria uma constante atuação do legislativo o que seria maximizada pela desconfiança no parlamento (crítica da confusão normativa). E também se apontava a amplitude temática e o detalhamento demandariam constantes reformas para atualização e havia o risco de um falecimento precoce (crítica do engessamento)⁴⁵.

Apesar de tais críticas, Vieira destaca que a Constituição vem se mostrando extremamente resiliente. A Constituição foi emendada mais de 100 vezes e a maioria

41 VIEIRA. Ibid. p. 112.

42 VIEIRA. Ibid. p. 134.

43 VIEIRA. Ibid, p. 148.

44 VIEIRA. Ibid, p. 135.

45 VIEIRA. Ibid. p. 156.

dessas reformas não atingiram o núcleo constitucional, o sistema político e a carta de direitos encontram-se preservados. Todavia, o autor ressalta que após 2014, e intensificado após 2018, a Constituição tem passado por grande estresse e um forte jogo duro constitucional tendo como consequência um mal estar constitucional⁴⁶. O detalhamento do texto, de forma contraditória, contribui para a estabilidade e a expectativa de vida da Constituição, pois eventuais pontos de tensão podem ser alterados pontualmente sem a necessidade de revisão ou de uma nova Constituição⁴⁷.

Como visto, a Constituição é incompleta e aberta, de modo que há necessidade de constante atuação do legislador, o que leva, também, à constante atualização de sentido da Constituição por sentenças judiciais, sem a necessidade de alteração do texto⁴⁸. Tal conjuntura se agrega às propostas de Hesse e Heller já expostas, no sentido de que a Constituição depende de constante atualização para estar de acordo com o sentimento e a realidade social.

Parece, assim, que a agregação de atores institucionais associada ao forte corporativismo são engajados a garantir a sobrevivência da Constituição, ainda que não em sua integralidade; o processo constituinte está em constante construção, e a sua incompletude manteve os atores políticos em permanente disputa para determinar o sentido da Constituição⁴⁹.

1.2 – Pressupostos para o estudo da omissão inconstitucional a partir do conceito de Constituição

Partindo das concepções de Constituições analisadas, podemos identificar pontos de contato pertinentes ao objeto do presente estudo, notadamente no que tange à Constituição de 1988 e ao fenômeno da omissão e seu controle.

A partir da classificação ontológica de Loewestein, podemos classificar a Constituição brasileira vigente como nominal, eis que: i) não guarda a plena efetividade

46 VIEIRA. Ibid, p. 157/158.

47 VIEIRA. Ibid, p. 158.

48 VIEIRA. Ibid, p. 159.

49 VIEIRA. Ibid, p. 160.

que se espera de uma Constituição normativa; ii) não há um espírito cívico-constitucional aglutinador que pregue e gere o respeito à Constituição, o que é causado, também, pela inefetividade de suas normas, o que, por sua vez, não contribui para a criação de um sentimento constitucional, mas, sim, para um sentimento de utopia⁵⁰; e iii) embora não se possa afirmar cabalmente que o processo político não se adapte às suas normas, não há, tampouco, vontade política dos “donos do poder” de efetivamente concretizar a Constituição: tal afirmativa pode ser comprovada, sob o ponto de vista quantitativo, em razão dos dispositivos que aguardam regulamentação passados mais de 30 anos da vigência da Carta, conforme informação pública da Câmara dos Deputados⁵¹, verifica-se que a Constituição possui um total de 415 dispositivos passíveis de regulamentação, sendo que 263 foram regulamentados e o total de normas não regulamentadas é de 152.

Ainda sob o ponto de vista da efetividade, verifica-se que o conceito de Constituição de Kelsen, que se divide em norma hipotética e norma positiva, ainda que tenha a extrema valia de colocar a Carta em uma posição hierarquicamente superior à lei, o que abriu caminhos para a sedimentação da ideia de supremacia da Constituição e do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, não dá conta de resolver a celeuma da ineficácia do texto da Constituição e o problema das omissões.

Dessa maneira, a concepção de força normativa de Hesse e da teoria unitária de Heller contribuíram sobremaneira para o avanço da teoria constitucional e do controle das omissões, possibilitando o surgimento de mecanismos para conferir efetividade à Carta para além do dever ser kelseniano, incluindo a possibilidade de modificações informais por meio da utilização da mutação constitucional.

A concepção de Oscar Vilhena, sob a ótica da política, também contribui para o estudo da omissão à luz da realidade nacional, sobretudo quando destaca a constante necessidade de modificação do texto da Constituição de 1988, por sua incompletude inerente, ora pelo legislador ou mesmo pelo Judiciário, sendo que a jurisdição

50 SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003, p. 276.

51Disponível em: <
<https://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/LeginfraNao.htm> > Acesso em 31 de março de 2021.

constitucional funciona como garantidor da estabilidade e garantidor da resiliência da Constituição, inclusive mediante alteração do sentido sem alteração do texto.

Sobre o conceito de Luigi Ferrajoli a ideia da Constituição como um pacto social de limitação do Estado e garantia de direitos que vincula a todo o poder, muito mais do que apenas reforçar a concepção original da revolução francesa, demonstra que ao gerar vinculação para todos os Poderes, a Constituição comanda e exige atuação, inclusive a nível global dentro de uma ideia de ubiquidade e cooperação.

Assim, se há obrigação dos três Poderes para com a Constituição, dentro dessa ideia de vinculação, se insere a possibilidade de controle de atos de qualquer poder omissos que não observe as regras vinculantes da Carta que demandem atuação.

Por fim, quanto a proposta de uma Constituição da Terra, a teoria é válida na medida em que coloca o problema das omissões como um problema global, demonstrando que a inefetividade dos Estados e dos respectivos governos para combater problemas supranacionais vai além das fronteiras e das suas Constituições, gerando impactos no âmbito internacional, como nas omissões que geram dano ambiental em razão da ubiquidade geográfica. Entretanto, como o próprio autor alerta, a ausência de um ordenamento global, de um povo global e de Estados soberanos são óbices à uma Constituição da Terra que necessitariam de revisão a fim de estabelecer um paradigma constitucional de nível internacional⁵².

Destarte, à luz dos conceitos estudados, uma teoria que objetive conferir efetividade à Constituição e controlar as omissões que a violem deve, necessariamente, partir dos seguintes pressupostos teóricos: i) a Constituição é um documento político e jurídico; ii) há supremacia formal e material da Constituição sob o ponto de vista jurídico; iii) a Constituição possui força normativa; iv) há uma vinculação de todos os Poderes e órgãos ao que determina a Constituição independentemente de um dever de legislar; v) deve se perseguir a plena normatividade, condicionando os detentores de poder a sua concretização; vi) há um dever de conformação e efetivação das suas normas na realidade, a fim de mantê-la sólida ao longo do tempo, o que pode ser instrumentalizado mediante processos formais informais de alteração da Constituição;

52 FERRAJOLI. *Ibid.*, 2020, p. 02.

vii) o processo de construção e modificação do sentido da Constituição é feito pelo Legislativo e também pelo Judiciário.

1.3 - A celeuma da inconstitucionalidade por omissão na jurisdição nacional

Em junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da ADO 26⁵³ e do MI 4.733⁵⁴, oportunidade na qual reconheceu uma omissão inconstitucional legislativa, culminando na equiparação da homotransfobia a espécie contemporânea de racismo.

Em inúmeros outros casos paradigmáticos, o Supremo Tribunal Federal prolatou decisões em julgamentos que envolviam, direta ou indiretamente, alguma espécie de omissão que violava a Constituição, tais como aborto de fetos anencéfalos (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54⁵⁵), financiamento de campanhas eleitorais (Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4650), união homoafetiva (ADPF 132/RJ⁵⁶ e da ADI 4277-DF⁵⁷), direito de greve de servidores públicos (Mandados de Injunção 708, 712, 670⁵⁸), entre outros.

Os temas que foram objeto de decisão por parte do Tribunal chamam a atenção, sobretudo pelo fato do Judiciário se imiscuir em áreas polêmicas que inerentemente sofrem profundos desacordos morais e debates sociais. Esse deslocamento decisório sobre temas sensíveis decorre de múltiplos fatores.

Há uma certa consciência jurídica e social de que os Poderes representativos por excelência não possuem mais a capacidade para evocar a vontade popular e cumprir as promessas da Constituição a tempo e hora⁵⁹. Tal consciência se revela em certa

53 ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 13/6/2019.

54 MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 13/6/2019.

55 ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Dj. 12/04/2012, Dje. 20/04/2012.

56 STF, ADPF 132-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011.

57 STF, ADI 4277-DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011.

58 STF: MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, Dje. 31/10/2008; STF, MI 670, Rel. Min. Maurício Corrêa, Redator para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, Dje. 31/10/2008; STF, MI 718, Rel. Min. Eros Grau, j. 25 / 10 / 2007, Dje. 31/10/2008.

59 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (SYN)THESIS, v. 5, n. 1, 2012, p. 32.

medida, eis que a costura de acordos políticos, seja para a elaboração de uma Lei ou de uma política pública, envolve uma série de entraves e negociações que burocratizam o processo, o que não necessariamente pode ser etiquetado como uma patologia, mas apenas um sintoma.

Por outro lado, em outras situações, a omissão é de fato intencional, já que a exposição, a fim de adotar uma posição política X ou Y, poderia gerar desgastes com o eleitorado de base, o que não se revela politicamente interessante. Vale dizer: é menos oneroso e mais vantajoso para a política, deliberadamente, deslocar temas polêmicos para que o Judiciário tenha a palavra final, evitando o desgaste de tomar uma posição *a priori*, agindo, assim, *a posteriori*, do que se expor politicamente.

Com tal conjuntura, às vezes desejada, às vezes circunstancial, cria-se um vácuo no poder e no ordenamento, de modo que o Judiciário, e notadamente o STF, ao ser provocado sobre temas sensíveis, se vê compelido a atuar, em razão da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV da Constituição) e da ideia de supremacia e efetividade da Constituição, já debatida por Heller, Kelsen e Hesse.

Somado a isso, a judicialização e o conseqüente deslocamento de soluções para a Corte Constitucional parece ser um reflexo da conjuntura apresentada, maximizada por inúmeros fatores na realidade nacional: i) a democracia e o pluralismo político; ii) o federalismo e a separação de Poderes; iii) a perda de confiança popular nas instituições majoritárias; iv) o amplo catálogo de direitos previsto na Constituição; v) o controle de constitucionalidade que mescla elementos de matriz concentrada e difusa; vi) as amplas vias de acesso ao Tribunal Constitucional; vii) o extenso rol de competências da Corte; e viii) a dificuldade do processo de reforma constitucional⁶⁰.

O Brasil possui uma jurisdição constitucional propícia para a judicialização de temas que envolvem alguma espécie de omissão, com um modelo de controle difuso e concentrado, ferramentas próprias para o controle das omissões como o Mandado de Injunção - MI, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, contando com a previsão

60 BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013.

expressa da corrente concretista intermediária na Lei do Mandado de Injunção (art. 8º, I e II)⁶¹.

Portanto, a omissão inconstitucional na pós-modernidade tangencia o estudo de grandes temas como supremacia constitucional, força normativa, o princípio da proporcionalidade, conflitos institucionais entre os Poderes, políticas públicas, os papéis da jurisdição constitucional e a atuação das Cortes Constitucionais na colmatação de omissões que violam à Constituição.

Esse fenômeno exige atenção daqueles que se debruçam sobre o estudo da jurisdição constitucional, e dos próprios julgadores, diante dos desafios e riscos nos quais a Corte Constitucional se coloca em situações limite, como as que envolvem criação normativa, abrindo espaço para que sofra uma grande exposição pública e midiática ou mesmo ataques institucionais.

A problemática envolve ainda, essencialmente, uma dificuldade de ordem democrática – déficit de legitimidade popular – e uma dificuldade de ordem técnica – ausência de capacidade institucional. Diante da complexidade do tema⁶², é preciso que a doutrina passe a reconhecer a omissão inconstitucional como um fenômeno jurídico próprio, com principiologia e critérios específicos de aplicação e interpretação.

Nesta senda, nos próximos tópicos buscaremos analisar o fenômeno da omissão inconstitucional com o objetivo descritivo e prescritivo a partir das reflexões realizadas, e das ideias dos autores já tratados, sobretudo de Kelsen, Hesse e Heller, bem como de autores que tratam especificamente do fenômeno da omissão como Carlos Alexandre de Azevedo Campos e Gilmar Mendes, de modo a: i) descrever o desenvolvimento do instituto e sua visão clássica na doutrina já consolidada; e ii) prescrever um possível conceito de omissão inconstitucional com principiologia específica e classificação própria que possa contribuir para debates sobre o tema.

61 MALUF, André Luiz. Reflexões sobre o projeto aprovado pelo Senado que regulamenta o Mandado de Injunção. Carta Forense, Junho, 2016. Disponível em: < <https://uff.academia.edu/AndréLuizMaluf> > Acesso em: 08/12/2021.

62 Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco realizam vários questionamentos: Quando se caracterizaria uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de complemento dessa lacuna? Qual seria a eficácia da decisão da Corte Constitucional que declara a omissão inconstitucional do legislador? Quais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão? MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1152.

1.4 - O desenvolvimento da omissão normativa inconstitucional e suas ferramentas de controle

Inicialmente a jurisdição constitucional não foi concebida para resolver os problemas relativos às omissões dos Poderes Representativos, mas somente para deixar de aplicar a regra ao caso concreto. A ideia era apenas a realização de um controle comissivo, ou seja, uma atuação ativa de expurgo de norma infraconstitucional incompatível com o texto da Constituição.

Em que pese as propostas de Emmanuel Sieyès⁶³ para a criação de um Tribunal Constitucional na França revolucionária do século XVIII - a fim de evitar “leis irresponsáveis” do parlamento, reconhecendo, assim, que a Constituição é norma e poderia ser violada -, nenhum controle judicial de constitucionalidade ocorreu na origem do constitucionalismo francês. Isso se mostra relevante na medida que tal peculiaridade é ignorada nos estudos acadêmicos que exaltam o dogma da separação dos Poderes como barreira intransponível a mudanças e experimentalismos institucionais.

Como denuncia Ackerman, Montesquieu não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório⁶⁴. Contudo, o autor também concede os méritos devidos: Montesquieu, assim como Locke, havia separado três funções governamentais em um modelo de separação funcionalista de poderes.

Exponente deste movimento, Rousseau⁶⁵ acreditava que o legislador era, sob todos os pontos de vida, um homem extraordinário, de modo que, representando o povo soberano, não poderia fazer leis injustas, por serem estas, atos da vontade geral, que

63 SIEYÈS, Emmanuel. *Escritos y Discursos de la Revolucion*. Ed. de R. Maiz. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 248/276.

64 ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *RDA – revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, jan./abr. 2014, p. 14.

65 ROUSSEAU, J. J. *O contrato social*. 3ª Ed. São Paulo. Martins Fontes, 1996, p. p. 33/50.

seria sempre reta. A tese rousseuniana, assim, se fundava em uma ideia de soberania do povo.

Como ressalta Prieto Sanchís⁶⁶, na prática, o que se deu após a Revolução francesa foi uma prevalência do Parlamento em detrimento do povo, criando uma soberania estatal e não popular. Em outras palavras, se confiava na consciência do “bom legislador”, não havendo uma Constituição normativa. Nesta linha, o caráter supremo da lei, a centralidade do Parlamento e a subordinação do Judiciário ao Legislativo eram a marca da mística de Rousseau que fundou o dogma da Separação dos Poderes naquele período.

Como visto, na França não foi adotado qualquer contraponto aos excessos ou abusos do Parlamento que era soberano na elaboração normativa com base na incontestável ideia de vontade geral⁶⁷. O receio de um governo de juízes com excessivo poder estatal que poderia ameaçar o legislador, fez com que a França, desde 1789, se apegasse ao princípio da separação dos Poderes com forma de tolher qualquer possibilidade do Judiciário exercer o controle de constitucionalidade das leis⁶⁸. O Estado francês, cujo princípio da separação dos Poderes é utilizado para limitar a atuação do Judiciário era em verdade muito mais um Estado Legal (*État légal*), do que um Estado de Direito (*État de Droit*).

A França somente passou a adotar um modelo de controle de constitucionalidade em 1958 com a Constituição de 4 de outubro e somente na década de 80 o Conselho Constitucional francês declarou a Constituição como centro do ordenamento, de modo que apenas a partir deste marco a constitucionalidade substituiu a legalidade⁶⁹. Tal realidade é extremamente diversa do modelo norte-americano de separação dos Poderes, no qual ao Judiciário cabia o controle de constitucionalidade.

Nos Estados Unidos, as ideias de Montesquieu não foram integralmente transplantadas, uma vez que o projeto saído da Convenção que criou a Constituição de

66 PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 77/78.

67 LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. p. 338-378. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 343/343.

68 LAQUIÈZE, Alain. Ibidem. p. 353.

69 LAQUIÈZE, Alain. Ibidem. p. 366.

1787 estabelecia um Judiciário atuante distante do juiz “boca da lei”⁷⁰. O modelo norte-americano, além do controle judicial de constitucionalidade, primava por um paradigma de supremacia da Constituição, em contraposição ao modelo francês de supremacia da lei⁷¹.

A distinção é relevante, na medida em que o histórico da realidade norte-americana rechaçava veementemente o legislador inglês, que reiteradamente impunha uma série de taxas sobre os produtos locais; enquanto na França os juízes, em sua maioria, eram alinhados ao *ancient regimen*. Por isso, justifica-se o desejo do constituinte dos EUA de criar um Poder que evitasse abusos do Legislativo, e na França, ao revés, havia um temor que os magistrados aplicassem a lei contrariamente à vontade do povo.

Ressalte-se que não há, e nem havia, previsão expressa do controle judicial de constitucionalidade pela Suprema Corte dos EUA na Carta de 1787⁷², mas, esse papel lhe foi atribuído pelo sistema constitucional⁷³, sendo consagrado no paradigmático caso *Marbury v. Madison*.

Assim, o ponto chave deste modelo era o prestígio de mecanismos de *checks and balances*, com controle recíproco entre os três Poderes, sem conferir uma primazia do Parlamento sobre os demais. Esse contexto é essencial para o entendimento e compreensão da história institucional brasileira e do desenvolvimento da omissão inconstitucional, na medida em que o modelo de jurisdição dos EUA influenciou o modelo nacional de forma muito mais intensa do que o modelo francês.

70 NÚÑEZ, Claudio Felipe Alexandre Magioli; QUINTANA, Fernando. Repúblicas em conflito: A separação dos poderes *made in America*. Revista de Informação Legislativa. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014, p. 157.

71 PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ibidem*. p. 65.

72 O dispositivo mais relevante da Constituição que trata da Corte Suprema não prevê qualquer controle judicial de constitucional e está assim redigido: ARTIGO III Seção 1 O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.

73 ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Defending judicial supremacy: a reply. *Constitutional commentary*, v. 17: 455, p. 455/482, 2000, p. 459.

Todavia, nenhuma das matrizes analisadas dá conta de resolver o intrincado e complexo sistema de competências e separação dos poderes brasileiro⁷⁴, tampouco de conflito entre Poderes e debates sobre o fenômeno da omissão inconstitucional. A Constituição podia ser violada, portanto, diante de uma ação. Não se falava em inconstitucionalidade por omissão.

A evolução do Direito Constitucional e da jurisdição constitucional com a ampliação de direitos previstos nos textos das Cartas no século XX levou ao desenvolvimento de técnicas de decisão diante do surgimento de demandas não cogitadas nas origens do controle de constitucionalidade.

Com a criação de Constituições prevendo direitos sociais (Constituição Mexicana de 1917 e de *Weimar* em 1919) o Estado passa a ser demandado para a promoção e efetivação de tais direitos. Contudo não havia qualquer previsão de instrumento para o controle das omissões estatais. Na Constituição de Weimar, a propósito, negava-se quaisquer pretensões contra o legislador⁷⁵.

Nesse período surgiram os Tribunais constitucionais *ad hoc* na Europa competentes para exercer o controle de constitucionalidade como legisladores negativos – sob forte influência de Kelsen, prevendo o inédito controle concentrado. Não se falava expressamente, contudo, em controle de omissões⁷⁶.

Em 1949, surge a Lei Fundamental alemã e, no ano de 1951, a doutrina de Bachoff passa a admitir a responsabilidade estatal decorrente de ato normativo. Nessa linha, a Corte Constitucional do país é levada a analisar um caso de omissão legislativa. Assentou-se que o cidadão não teria legitimidade para questionar a omissão do Parlamento, contudo abriram-se as portas para a discussão do tema⁷⁷.

⁷⁴ MALUF, André Luiz.; CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. SEPARAÇÃO DOS PODERES NA ENGENHARIA INSTITUCIONAL BRASILEIRA: UMA CRÍTICA À LUZ DO PAPEL NORMATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. In: Clarissa Brandão Kowarski, Eduardo Manuel Val, Marco Aurélio Lagreca Casamasso. (Org.). Estado de Direito temas contemporâneos. Iaed.Rio de Janeiro: Processo, 2022, v. , p. 255.

⁷⁵ Voto do Min Gilmar Mendes na ADO 3.682-3/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 09.05.2007 (DJ 06.09.2007), p. 287.

⁷⁶ O próprio Kelsen em 1911 já ressaltava que era inadmissível o controle do dever estatal de editar determinada lei. Voto do Min Gilmar Mendes, ADO 3.682-3/MT, Ibidem, p. 287.

⁷⁷ Voto do Min Gilmar Mendes, ADO 3.682-3/MT, Ibidem, p. 288.

Em sequência, 1957 e 1958, a Corte passou a admitir expressamente o cabimento de medida judicial contra omissão parcial do legislador, por violação da isonomia (BVerfGE 6, 257) e reconheceu a omissão do legislador em garantir remuneração mínima aos servidores públicos, diante da alteração dos custos de vida, sem pronunciar a nulidade, com o consequente efeito de agravamento da situação (*Unvereinbareklärung*)⁷⁸.

Diante da impossibilidade de substituir-se ao legislador, a Corte desenvolveu a relevante técnica do apelo ao legislador⁷⁹ “*Appell-Entscheidungen*” (expressão original), que, segundo Gilmar Mendes, é uma decisão onde o Tribunal avisa que a norma ainda se afigura constitucional, pugnando pela atuação do Legislador para evitar uma situação de inconstitucionalidade. Esse modelo, entretanto, mostrou-se insuficiente diante das Constituições de cunho diretivo e analítico, com inúmeros conceitos indeterminados, surgidas no pós-guerra, fato potencializado pela inércia dos Poderes Representativos.

Na Itália, após a Constituição de 1947, foram desenvolvidas as sentenças manipulativas (substitutivas e aditivas) com o objetivo de salvar a lei de uma declaração de inconstitucionalidade e/ou evitar uma perigosa lacuna no ordenamento⁸⁰. Jorge Miranda aduz que a primeira Constituição que instituiu expressamente a inconstitucionalidade por omissão foi a da República Socialista Federativa da Iugoslávia de 1974⁸¹. Na Iugoslávia criou-se, ainda, a intimação ao Legislativo Nacional, após constatada omissão do órgão competente, inclusive no caso de violação por omissão da Constituição e de leis federais (art. 377)⁸².

Em Portugal – art. 283 - foi prevista a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – modelo que foi importado para o Brasil - e a possibilidade de indenização no

78 Voto do Min Gilmar Mendes, ADO 3.682-3/MT, *Ibidem*, p. 289/290.

79 O STF já reconheceu a técnica de apelo ao legislador *especialmente nas situações imperfeitas ou no "processo de inconstitucionalização das leis"*. Ver, STF, AI 563484, 2ª Turma, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 27/09/2006, publicado em DJ 13/10/2006

80 MALUF, André Luiz. Omissão Legislativa Inconstitucional e a Tipologia das Sentenças Aditivas: Novas Reflexões à Luz do Direito Italiano. RJLB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, v. 4, p. 1243-1277, 2018, p. 1259.

81 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3ª ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, 5 T, p. 512

82 CUNHA JR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 327.

caso de omissão estatal – art. 22⁸³. O Brasil inovou no sistema de combate às omissões inconstitucionais, por meio do Mandado de Injunção – Lei 13.300/16 - com a adoção da corrente concretista intermediária⁸⁴. Francisco Segado destaca que o Brasil inovou buscando superar o “falseamento” das previsões constitucionais e das omissões legislativas, sobretudo no que tange a direitos sócio-econômicos⁸⁵.

No Equador foi criada por Emenda à Constituição a possibilidade de atuação da Corte Constitucional como legislador suplente e precário⁸⁶ - artigo 436, inciso 10 - em frontal hipótese de criação abstrata de regras pela via judicial⁸⁷.

O modelo de criação direta também foi adotado na Índia, com a Constituição de 1949, arts. 32 e 226, que confere à Suprema Corte e à Corte Superior o poder de emitir diretivas, ordens ou *writs* para atingir os objetivos dos referidos artigos para propósitos variados⁸⁸.

83 Ver capítulo 3: MALUF CHAVES, André Luiz.; DOUGLAS, William.; ARAÚJO, Eugênio Rosa de. Omissão Inconstitucional e Revisão Geral Anual dos Servidores Públicos. 1 a ed, Niterói: Impetus, 2014.

84 Constada a omissão, o Tribunal deve conceder prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora faltante, na linha de alguns julgados do STF (Cf. MI 715). Isso pode ser extraído da leitura do art. 8º, parágrafo único, que permite a dispensa da concessão de prazo quando já tiver sido impetrado Mandado de Injunção anterior e a omissão não tenha sido sanada. Em outras palavras, a regra geral é que a decisão concretista do Tribunal somente terá efeitos (art. 8º, II) após o fim do prazo razoável para edição da norma (art. 8º, I).

85 SEGADO, Francisco Fernandez. El Control de las Omisiones Legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. Estudios Constitucionales, Año 7, n. 2, 2009, p. 53.

86 A grande inovação e relevância do dispositivo repousa na parte final: persistindo a omissão, a Corte, provisoriamente, expedirá a norma ou executará o ato em omissão, nos termos da lei. V. MALUF, André Luiz; MEOTT, Matheus. Omissões Legislativas na Corte Equatoriana: um horizonte para o Brasil. Resumo Expandido apresentado no I Seminário de Jurisdição Constitucional e Justiça Dialógica na América Latina. UFF Niterói, Junho, 2015.

87 SAGÜÉS, Néstor Pedro. NOVEDADES SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN: LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR COMO LEGISLADOR SUPLENTE Y PRECARIO. Estudios Constitucionales, Año 7, Nº 2, 2009, pp. 71-79.

88 MORO, Sergio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia. 1ª Ed, São Paulo: RT, 2004, p. 251/252. E continua: “Por exemplo, em *Vishaka v. State of Rajasthan*, de 1997, a Suprema Corte baixou diretivas para implementar a igualdade entre os sexos no ambiente de trabalho que estaria ameaçada por assédio sexual às mulheres em virtude da ausência de legislação a esse respeito: ‘Em vista do acima exposto e da ausência de lei promulgada para garantir a igualdade sexual e a proteção contra o assédio e o abuso sexual, mais particularmente contra o assédio sexual em ambiente de trabalho, nós baixamos as linhas e normas especificadas a seguir para serem devidamente observadas em todos os locais de trabalho ou em outras instituições, até que seja promulgada legislação com esse propósito. Isto é feito no exercício do poder disponibilizado pelo artigo 32 da Constituição para efetivação de direitos fundamentais e enfatizamos que isto deve ser tratado como lei declarada por esta Corte sobre o artigo 141 da Constituição’”.

Na Colômbia, a Corte Constitucional é vanguardista no reconhecimento do *Estado de Coisas Inconstitucional*, poderosa arma institucional como possibilidade de enfrentamento de omissões estatais, estruturais, que impliquem não apenas a falta de efetividade dos direitos fundamentais, mas sim um quadro de violação massiva desses direitos⁸⁹. Tal tese foi encampada pelo Supremo Tribunal Federal no reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional da situação carcerária dos presídios no Brasil – MC, ADPF, Pleno, 347, 09/09/15, Rel. Min. Marco Aurélio – determinando a realização de audiências de custódia e descontingenciamento do Fundo Penitenciário.

Não há consenso sobre qual o melhor modelo ou ferramenta a ser adotada, de modo que a nosso sentir as possibilidades devem ser analisadas à luz da realidade institucional, cultural e normativa de cada país. A conjuntura de forte constitucionalização do ordenamento atrelada à mudança paradigmática do constitucionalismo do pós-guerra, com uma reaproximação entre o Direito e a moral, sobretudo nos chamados *hard cases*, aumentaram a complexidade da problemática.

As dificuldades institucionais e políticas, notadamente de crise de representatividade, burocracia e promessas normativas excessivas, incrementadas no modelo brasileiro pelas relações e atritos entre Executivo e Legislativo, contribuem para a ocorrência de omissões inconstitucionais que não mais se restringem a um mero não fazer decorrente de um comando expreso previsto na Constituição, quando se fala de normas de eficácia limitada.

Tais fatores, somados à mutabilidade das relações entre os Poderes e as novas exigências da sociedade pós-moderna, bem como o avanço institucional da jurisdição constitucional, alçam o debate sobre omissões a um nível mais refinado de discussão que exige uma nova visão própria para o enfrentamento dos inéditos desafios.

89 CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1ª Ed, Salvador: Juspodvm. 2016.

1.5 - Em busca de uma definição material para o fenômeno da omissão normativa inconstitucional

1.5.1 - Princípios que regem o fenômeno da omissão

Em que pese os princípios elencados a seguir não sejam princípios exclusivamente restritos ao fenômeno da omissão inconstitucional, seu estudo parece ser pertinente para a efetiva construção de um conceito, a partir da extração de elementos relevantes que possibilitem um avanço no tratamento da matéria.

O primeiro princípio é o da *supremacia da Constituição*. A ideia de Supremacia da Constituição nos remonta ao caso *Marbury v. Madison*, no qual a Suprema Corte dos EUA inaugurou o controle de constitucionalidade pelo Judiciário (*judicial review*), considerando a Constituição como ápice do ordenamento, de modo que a legislação infraconstitucional deveria ser com ela compatível. Três ideias contribuíram para essa construção nos Estados Unidos: a superioridade hierárquica da Constituição, o contrato social e uma Constituição escrita⁹⁰.

Qualquer lei ou ato normativo só são válidos se editados em conformidade com a Constituição, seja sob o aspecto formal ou material. O debate remonta aos aspectos teóricos elaborados por Hans Kelsen em sua teoria constitucional: i) a Constituição é a norma que determina como devem ser produzidas as normas gerais e, ao mesmo tempo, é a norma que vincula todo o ordenamento⁹¹; e ii) a Constituição material significa norma através da qual é regulada a produção de normas jurídicas gerais, enquanto a Constituição formal não só contém a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e preceitos que não podem ser revogados ou alterados pela mesma forma que as leis, mas somente através de processo especial mais severo⁹².

Dentro dessa lógica, a aproximação das ideias de constitucionalismo e democracia na segunda metade do século XX, maximizada pela massiva violação de

90 GINSBURG, Tom. The Global Spread of Judicial Review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. The Oxford handbook of law and politics. Nova York: Oxford University Press, 2008. p. 82.

91 KELSEN, Ibid., p. 221.

92 KELSEN, Ibid., p. 247-248.

direitos humanos na Segunda Guerra Mundial, trouxeram a consolidação do Estado Democrático de Direito e da ideia de supremacia da Constituição, sendo que, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, criado em 1951, teve forte influência na fortificação dessa nova ótica do Direito Constitucional⁹³.

Assim, são dois os principais institutos jurídicos que garantem a supremacia da maioria das Constituições ocidentais do pós-guerra: i) a rigidez constitucional que traz um processo mais difícil de alteração de seu texto⁹⁴, prevendo limites formais de mudança e até mesmo cláusulas pétreas que não podem ser objeto sequer de deliberação – *e.g.* art. 60, §4º da CF/88; e ii) o controle de constitucionalidade exercido pela jurisdição constitucional⁹⁵.

Se a Constituição goza de supremacia vertical, ela se impõe de forma cogente ao ordenamento e à sociedade, de modo que qualquer aplicação, interpretação de lei ou ato normativo, seja por ação ou omissão, deve passar necessariamente pelo filtro de compatibilidade com a Constituição.

A ideia tanto de supremacia quanto de mutação remete à análise do caso *McCulloch v. Maryland* no qual restou sedimentada a teoria dos poderes implícitos como decorrência da supremacia da Constituição e dos deveres que ela impõe aos órgãos competentes para efetivá-la, de modo que o sentido da Constituição pode também ser alterado também por meio de processo informal sem a necessidade de alteração de seu texto⁹⁶.

Em outras palavras, à luz do presente estudo, se a Constituição impõe um comando (de forma explícita ou implícita) e há um descumprimento de tal ordem, resta violada sua supremacia, o que, a reboque, gera um enfraquecimento de sua força normativa.

93 BARROSO, Luís Roberto. O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 190/200.

94 Apesar de haver a mutação constitucional pela via judicial, a rigidez é tida como garantia da supremacia.

95 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 15.

96 GRABER, Mark A. A New Introduction to American Constitutionalism-Oxford Universit Press (2013), p. 7/8.

Nessa linha, o segundo princípio é o da *força normativa da Constituição* o que remonta ao estudo de Hesse. Como visto, Konrad Hesse aduz que o Direito Constitucional não se basta a justificar as relações de poder dominante (fazendo um frontal contraponto à La Salle). Segundo ele, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social, portanto, determinada pela realidade e ao mesmo tempo determinante em relação a ela. A Constituição jurídica, portanto, adquire força normativa na medida em que ganha eficácia como Constituição real e a Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa quando impõe tarefas e elas são efetivamente realizadas⁹⁷.

O caso *Lüth*⁹⁸, julgado pela Corte Constitucional alemã em 1958, é célebre, pois expressa de forma cristalina a mudança desse marco teórico da nova conjuntura de constitucionalização do Direito. Na sua histórica decisão, o Tribunal assentou que a Lei Fundamental não é um documento neutro; sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, gozando de eficácia.

A importância central dessa modificação se torna clara quando analisamos alguns exemplos do passado. Basta verificar que a Carta de 1824 estabelecia que a “lei será igual para todos”, todavia, concomitantemente, perduravam os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. No mesmo sentido, a Carta de 1969 assegurava um rol de “liberdades públicas” e impunha às autoridades, no art. 153, § 14, o respeito à integridade física e moral dos detentos e presidiários. Apesar

97 HESSE, Konrad. *Ibid.*, p. 04/12. O autor afirma ainda que via de regra a Constituição deve ser manter rígida “constituindo uma norma inquebrantável”, mas, ao mesmo tempo, é preciso que a Constituição seja permeável às mudanças das relações fáticas, de modo que se uma proposição normativa não pode mais ser realizada a revisão constitucional ou a mudança de interpretação da Constituição pode, ou mesmo deve, ser realizada (*Ibidem*, pág. 16/17).

98 “Tratava-se de discussão relativa à legitimidade de um boicote contra um filme dirigido pelo cineasta *Veit Harlan*, notório colaborador do regime nazista, organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, *Erich Lüth*, em 1950. A produtora e a distribuidora do filme insurgiram-se contra o boicote e obtiveram decisão injuntiva da Justiça Estadual de Hamburgo, determinando a sua cessação, com base no art. 826 do Código Civil alemão, segundo o qual “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”. Irresignado com o julgamento, *Lüth* interpôs queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) para o Tribunal Constitucional. Este acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que cláusulas gerais do Direito Civil, como os “bons costumes” referidos no art. 826 do BGB, têm de ser interpretadas de acordo com a ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo”. Ver: SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

disso, é público e notório que centenas de pessoas foram presas arbitrariamente, torturadas e mortas sem qualquer aplicação da Constituição⁹⁹.

Nessa senda, a conjuntura europeia gerou forte influência para o desenvolvimento do neoconstitucionalismo no Brasil. No modelo nacional, uma das principais inovações teóricas do constitucionalismo brasileiro pós-88 repousa na ideia de que a Constituição tem *força normativa* e por isso deve ser efetivada¹⁰⁰. Logo, a partir do momento em que a Constituição dispõe de tal *força*, cumpre ao intérprete garantir sua eficácia¹⁰¹.

Se a Constituição tem força normativa, de modo que suas normas possuem vinculação para toda a sociedade e para os Poderes constituídos, é decorrência lógica que a desobediência de um comando constitucional viola a Constituição, já que estar-se-á deixando de fazer algo que a Lei Maior ordena que se faça. A ideia, portanto, é de descumprimento de uma norma que tem força normativa cogente, seja por ação ou por omissão. O reconhecimento definitivo da força normativa da Constituição, assim, é uma das principais conquistas do constitucionalismo contemporâneo e sua relevância é indissociável do estudo das omissões inconstitucionais.

O terceiro princípio é o *princípio da efetividade das normas constitucionais*, ou máxima efetividade, também considerado como método de interpretação da Constituição: o intérprete da Constituição, ao aplicar ou interpretar a norma constitucional, deve buscar extrair todas as suas potencialidades¹⁰². Após o advento da Constituição de 1988, surge no Brasil a chamada *doutrina brasileira da efetividade*, que busca tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa¹⁰³.

Com a finalidade de sustentar esse propósito, o movimento se valeu de três mudanças no paradigma do Direito Constitucional brasileiro: i) no plano *jurídico*, atribuiu efetividade plena à Constituição, que se tornou fonte de direitos e obrigações;

99 BARROSO, Luís Roberto. O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 28.

100 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. Ibid., 2012, p. 1825.

101 CUNHA, JR. Dirley da. Ibid., 2014, p. 186.

102 CUNHA JR, Ibid., 2014, p. 184.

103 BARROSO, Luís Roberto. O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 28/29.

ii) no plano *científico*, reconheceu a autonomia do Direito Constitucional com objeto próprio; iii) no plano *institucional* contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, com a expansão da jurisdição constitucional e fortalecimento do Judiciário na efetivação de valores e direitos constitucionais¹⁰⁴.

A intenção da *doutrina da efetividade* é garantir, na prática, que nas hipóteses em que a Constituição tenha assegurado direitos subjetivos¹⁰⁵, como por exemplo, direitos sociais, políticos, individuais ou difusos, eles possam ser exigidos judicialmente diretamente do Poder Público ou de particular como decorrência da necessária efetividade das normas constitucionais. Assim, defendem que a plena eficácia da Constituição possa a ser realizada, também, pelo Poder Judiciário¹⁰⁶.

A efetividade nada mais é do que a manifestação no mundo real daquilo que está previsto e que se espera do texto constitucional. Assim, remontam-se às ideias de Heller, Hesse e Loweinstein que, ao fim e ao cabo, prezam pela conformação das normas constitucionais à realidade, de modo a se atingir à Constituição normativa. A efetividade da Constituição, assim, depende da íntima conexão das suas normas com as ações praticadas na sociedade, sendo determinada pela realidade e ao mesmo tempo determinante em relação a ela. A Constituição adquire força normativa na medida em que ganha eficácia como Constituição real e a Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa quando impõe tarefas e elas são efetivamente realizadas. A lógica, portanto, é de que não basta a Constituição ter supremacia formal e material, tampouco força normativa, se não for plenamente efetivada.

Em seguida, há que se analisar o *princípio da presunção de constitucionalidade das normas e atos*. Trata-se de prerrogativa que goza o legislador *a priori*. Ou seja, presume-se que as leis editadas pelo parlamento são constitucionais. Essa presunção é *juris tantum*, portanto, é válida até que haja uma declaração posterior de inconstitucionalidade.

104 BARROSO, Luís Roberto. O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 29.

105 Corroborando tal argumentação, à luz da efetividade imediata das normas constitucionais, vale mencionar o exemplo da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha aduz em seu art. 1º, item 3, que: “Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”.

106 BARROSO, Luís Roberto. O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 29.

Os principais fundamentos teóricos para a presunção de constitucionalidade são a democracia e a separação de Poderes. Dita presunção expressa a deferência devida aos atos emanados dos órgãos eleitos pelo povo¹⁰⁷. A ideia inicial, portanto, é a de autocontenção judicial.

Derivam da presunção de constitucionalidade das leis: i) o ônus argumentativo da inconstitucionalidade pertence a quem a alega – *in dubio pro legislatore*; ii) obrigatoriedade de utilização da interpretação conforme à Constituição para se salvar a lei de uma declaração de inconstitucionalidade; iii) a inconstitucionalidade só deve ser reconhecida quando for essencial para o julgamento de uma lide¹⁰⁸.

O princípio da presunção de constitucionalidade, apesar de soar contraditório quando pensamos em uma omissão, - pois se há lei, então não haveria omissão - guarda importância para o fenômeno no caso de vazios perigosos decorrentes de uma sentença ablativa e também nos casos em que se comporta a interpretação conforme.

O último princípio abordado é o da *proporcionalidade*. Para que o princípio da proporcionalidade possa ser aplicado, devemos nos valer de procedimento trifásico de verificação¹⁰⁹: i) *adequação*; ii) *necessidade*; iii) *proporcionalidade em sentido estrito*.

A adequação leva em conta o alcance da finalidade da medida tomada, ou seja, se atingiu, ainda que parcialmente, os fins colimados; a necessidade sopesa se outra medida menos gravosa pode ser tomada para que se atinja o mesmo fim, com igual eficiência; e a proporcionalidade em sentido estrito, faz uma ponderação entre os direitos conflitantes, de modo a decidir qual deles mostra-se mais relevante.

Portanto, para que uma medida jurídica seja considerada proporcional, ou não, é essencial que ela seja posta à prova do teste trifásico da proporcionalidade, seguindo necessariamente a ordem exposta. Caso seja reprovado em algum deles, não há que se falar em proporcionalidade.

Tradicionalmente, tal princípio foi concebido como medida de controle de excessos. Contudo, a evolução do princípio da proporcionalidade, como princípio de

107 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Ibid., 2012, p. 371.

108 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Ibid., 2012, p. 371/372.

109 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, Revista dos Tribunais, 798 – 2002.

interpretação da Constituição e de garantia dos direitos fundamentais, fez com que a clássica análise da compatibilidade de uma norma com a proporcionalidade fosse insuficiente diante da complexidade dos direitos fundamentais.

Assim, conforme Gilmar Mendes¹¹⁰, a compatibilidade de uma medida, ou a análise de uma omissão, com os direitos fundamentais, à luz do teste da proporcionalidade, se desdobra em duas vertentes: uma *proibição do excesso* (*Übermassverbote*) e ainda uma *proibição de proteção insuficiente ou imperativo de tutela* (*Untermassverbote*).

A ideia é de que o Estado atuará legitimamente somente se oferecer proteção suficiente aos direitos fundamentais. Do contrário haverá violação de tal princípio. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, é possível encontrar aplicação para tal princípio nos casos de omissão do Estado legislador, de modo que, para cumprir com seu dever de proteção, esse deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência)¹¹¹.

Em matéria penal, o STF vem aplicando esse princípio na vertente da proteção deficiente. Cite-se o emblemático caso envolvendo a Lei Maria da Penha (ADC 19 e ADI 4424, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Dj. 09/02/12). O Tribunal entendeu pela inconstitucionalidade da ação penal ser condicionada à representação da mulher ofendida no caso de lesão corporal no âmbito da violência doméstica, de modo que, à luz da ideia de proteção insuficiente, conferiu interpretação conforme, determinando que a ação penal deveria ser pública e incondicionada.

110 Voto no HC 104.410, 2ª Turma, rel. min. Gilmar Mendes, j. 6-3-2012, 2ª T, DJE de 27-3-2012.

111 “O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência). (...) É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis (...).”(Tribunal Constitucional alemão - BverfGE 88, 203, 1993). Cf. Voto no HC 104.410, 2ª Turma, rel. min. Gilmar Mendes, j. 6-3-2012, 2ª T, DJE de 27-3-2012.

Em outras palavras reconheceu a inconstitucionalidade por proteção deficiente e estabeleceu uma nova regra em substituição (ação penal pública e incondicionada) à previsão anterior (ação penal ser condicionada à representação)¹¹².

1.5.2 - Lacuna, silêncio eloquente e inércia *deliberandi*

Antes de adentrarmos em uma proposta de conceito, é preciso analisar os institutos da lacuna, do silêncio eloquente e da inércia *deliberandi*, a fim de se estabelecer um conceito negativo.

A *lacuna* ocorre quando há um vácuo na lei ou no ordenamento – não necessariamente violador da Constituição – que prejudica a completude e a sua unicidade; caso afronte o texto constitucional será uma omissão inconstitucional e não uma lacuna¹¹³. Esse fenômeno é inerente à vida em sociedade, diante da incapacidade de a legislação prever as inúmeras questões que vão surgindo constantemente na vida.

Por exemplo, imaginemos uma situação social inédita que envolva novas tecnologias e gere repercussão jurídica. Quando a questão for levada ao Judiciário mediante a inafastabilidade do controle jurisdicional e pela vedação do *non liquet*, (art. 4º da LINDB), o juiz será obrigado a atuar por analogia, costumes ou princípios gerais do Direito, colmatando a lacuna através desses instrumentos.

Os vazios podem significar ainda um *silêncio eloquente do legislador*, no sentido de que este não deseja tratar daquela matéria, estando dentro da sua esfera de discricionariedade, e, portanto, não existindo omissão inconstitucional¹¹⁴. É o que ocorre na criação de tipo penal e as diversas possibilidades de punição, por exemplo.

A *inertia*, por sua vez, ocorre quando o órgão legiferante se abstém de continuar o processo legislativo (deliberação e votação), após iniciado, de modo que a norma resta *ad aeternum* aguardando a conclusão da tramitação.

112 Entendemos que a Corte adotou uma nítida sentença normativa reconstrutiva (substitutiva) – fase inicial ablativa e fase posterior reconstrutiva – no intuito de proteger a mulher diante da previsão legal insuficiente da Lei 11.340/06

113 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 435/436.

114 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 437.

Não há prazo na Constituição que sirva de *standard* para regular a *inertia*, todavia, existem dispositivos expressos onde a Carta estipula o prazo, criando um termo final para a atuação do legislador; o qual, findo sem a devida atuação, configurará a omissão.

Como visto, o prazo configurador da omissão deve ser analisado de acordo com o que a própria Constituição determina, o que facilita a sua identificação. O problema reside quando inexistente previsão legal ou constitucional. Nestes casos, entendemos que deve ser adotada a razoabilidade, nos termos da Lei 9.868/99¹¹⁵, levando-se em conta o possível enfraquecimento da eficácia normativa da Constituição e os danos causados pela não exequibilidade de suas normas.

Muitos dos dispositivos constitucionais possuem projetos de lei tramitando no Congresso buscando sua efetivação, todavia, estes aguardam *ad aeternum* por uma conclusão, o que pelo decurso do tempo passam a configurar uma omissão que viola a Constituição.

Não é outro o entendimento do STF, no sentido de que a mera existência de projeto de lei não é suficiente para superar a ocorrência de omissão inconstitucional diante da óbvia possibilidade de o projeto de lei não se concretizar em dispositivo legal, perdurando, assim, a mora. É o que restou firmado no célebre precedente julgado pela Corte: ADO 3.682-MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dj. 06/08/2007.

Também é preciso ressaltar que algumas obras legislativas de alta complexidade técnica, ou alto grau de desacordo moral ou político, necessariamente, geram dificuldades na formação de consensos no Parlamento e, portanto, a decisão do STF quando da análise da *inertia deliberanti* configuradora da omissão deve ponderar as peculiaridades do caso.

A questão de se verificar se estamos diante de *inertia* e omissão deve levar em consideração a falta de consenso político, a complexidade da norma a ser elaborada, a polêmica envolvida no tema, bem como as regras regimentais de tramitação envolvendo

115 Neste sentido, a Lei 9.898/99 parece ter seguido o mesmo entendimento, eis que prevê a possibilidade excepcional de determinação de prazo razoável no caso de imputação de providências ao órgão administrativo omissor (art. 12-H, §1º).

aditivos, respostas, mensagens, pareceres, comissões, entre outros fatores políticos e institucionais.

É preciso verificar se há, ou não, uma obrigação do Legislativo para regulamentar aquele tema, o que neste último caso configuraria uma omissão, ou se a regulamentação/criação estaria dentro da margem de escolha do legislador. Nem sempre tais situações estão prontamente bem definidas, mas o conceito e a classificação da omissão que serão propostos podem auxiliar nessa tarefa.

1.5.3 - A omissão inconstitucional na doutrina consolidada

Como visto no histórico da evolução do controle das omissões, trata-se de fenômeno recente na cronologia de desenvolvimento do Direito e da Teoria Constitucional em comparação com a própria jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade.

Segundo a doutrina já consolidada, é possível violar a Constituição praticando atos contrários a ela, seja através de uma ação ou uma omissão¹¹⁶. André Ramos Tavares esclarece que a omissão inconstitucional no Brasil pode ser normativa ou não normativa, avançando em relação ao modelo português que previu apenas a omissão legiferante¹¹⁷. Para Alexandre de Moraes, a inconstitucionalidade por omissão consiste na conduta negativa do Poder público diante de uma conduta positiva determinada pela Constituição¹¹⁸. Logo, a incompatibilidade entre o que a Carta Magna exige e a atuação do Poder Público configura a omissão inconstitucional.

Luís Roberto Barroso¹¹⁹, ao tratar da omissão legislativa, adverte que a simples inércia, ou seja, o mero *não fazer*, não configura, por si só, uma omissão inconstitucional, eis que o legislador tem sua margem de discricionariedade política

116 BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro - 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 53.

117 TAVARES, André Ramos. Os Instrumentos Judiciais Específicos de combate à omissão inconstitucional no Brasil e sua contextualização socioeconômica. In. TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco. Omissão Inconstitucional. Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Jurisdição Constitucional. PUC-SP. Editora Max Limonad, 2018, p. 07/08.

118 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30ª Ed. São Paulo, Atlas, 2014, p. 798.

119 BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro - 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 56.

para legislar. Todavia, nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma regulamentadora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima, configurando, assim, inconstitucionalidade por omissão.

Tal argumentação se mostra em consonância ao entendimento de Vezio Crisafulli, no sentido de que a ocorrência de uma omissão inconstitucional pressupõe uma obrigação derivada da Constituição: *a rime obbligate*¹²⁰.

Lenio Streck aduz que, estipulada uma conduta na Constituição para que o Executivo ou o Legislativo atue, verifica-se uma inércia/omissão quando o responsável não realiza a obrigação imposta pela Constituição¹²¹. Canotilho explicita que a omissão legislativa deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional¹²². Ou seja, derivam do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito.

Victor Bazán¹²³ expõe que a inconstitucionalidade por omissão consiste na falta ou na insuficiência de desenvolvimento de uma disposição constitucional pelo legislador, e de maneira excepcional pelo Executivo, quando existe um mandamento constitucional exposto a respeito e daquela inação total ou atividade deficiente, em um lapso razoavelmente extenso, deriva uma situação jurídica contrária à Constituição.

Dirley da Cunha Jr. afirma que há omissão inconstitucional quando, devendo agir para tornar efetiva norma constitucional, o Poder Público se abstém ao não cumprir a determinação de uma norma constitucional individualizada¹²⁴. Afirma o autor¹²⁵ que a Constituição não precisou o momento de ocorrência de uma omissão inconstitucional, logo, busca traçar parâmetros para reconhecer esse momento através dos estudos de Jorge Miranda. Sintetizando, ele conclui que são pressupostos da inconstitucionalidade

120 CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*, II, Padova, 1984, p. 408.

121 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013, p. 891.

122 CANOTILHO, *Ibid.*, p. 1089.

123 BAZÁN, Victor. *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 103.

124 CUNHA JR., *Ibid.*, 2014, p. 311.

125 CUNHA JR, *Ibid.*, p. 319.

por omissão: i) violação da Constituição decorrente do não cumprimento de norma certa e determinada; ii) que se trate de norma de eficácia limitada;¹²⁶iii) ausência de medidas necessárias para tornar exequível a norma da Constituição em debate; e iv) o decurso de tempo razoável¹²⁷.

Sob o aspecto normativo, a redação do art. 103, §2º, da Constituição estabelece que a inconstitucionalidade por omissão pode recair sobre qualquer Poder, já que se trata de qualquer “medida para tornar efetiva norma constitucional” devendo ser “dada ciência ao Poder competente”¹²⁸. A Lei do Mandado de Injunção (13.300/16) traz, ainda, a distinção entre omissão total e parcial em seu art. 2º, parágrafo único¹²⁹.

Ante o exposto, conforme a doutrina já consolidada, podemos inferir que, quando a Constituição impõe determinado comando ao Legislativo e/ou ao Executivo, quando da sua iniciativa, (*a rime obbligate*, ou seja, envolve uma ordem de edição legal - norma de eficácia limitada) e estes Poderes se abstém de realizá-lo, total ou parcialmente, praticando uma conduta negativa diante de uma ordem certa e expressa emanada da Constituição, após decurso de tempo determinado ou razoável, incorre em hipótese de omissão legislativa inconstitucional.

Essa seria uma definição já consolidada do primeiro tema objeto desse trabalho à luz do modelo federal que comumente é objeto de maiores discussões quando se trata do fenômeno da omissão. Entretanto, a fim de realizar maiores incursões e contribuições para a discussão, parece que o tema deve estudado em consonância com a rica matriz

126 Aqui o autor utiliza a notória classificação de José Afonso da Silva, que, a nosso sentir, encontra-se superada, basta pensar que algumas normas de eficácia plena precisam de normatividade e atuação do Poder Público para serem eficazes (direitos sociais).

127 Sobre a questão do tempo razoável, ela deve ser analisada de acordo com o que a própria Constituição determina, ou seja, em alguns casos o prazo necessário está previsto no texto constitucional: v. MC, ADO 24, Rel. Min. Dias Toffoli, Dj. 01/07/2013 e MI 232-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, Dj 27/03/92. Deve ser adotada a razoabilidade, levando-se em conta o vigente/possível enfraquecimento da eficácia normativa da Constituição e os danos causados pela não exequibilidade de suas normas. Reiteram-se os comentários já realizados quando da análise da inércia e da sua configuração.

128§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

129 Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

estadual, a fim de se demonstrar a necessidade de evolução do paradigma tradicional a partir de reflexões que as Constituições Estaduais podem oferecer.

1.5.4 - A omissão inconstitucional no âmbito estadual

As Constituições Estaduais trazem regras específicas sobre a omissão inconstitucional¹³⁰. Além de abordarem a competência da ação direta e do mandado de injunção no âmbito da jurisdição estadual, seus prazos e efeitos, algumas preveem sanções para a omissão dos órgãos administrativos e um *Controle Administrativo Prévio da Omissão* no caso da violação de direitos constitucionais¹³¹.

Todas as Constituições Estaduais possuem a previsão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO, seja mediante disposição clara e objetiva, seja através da denominação de *ação de inconstitucionalidade* ou *representação de inconstitucionalidade nos casos de omissão*. Da mesma forma, o Mandado de Injunção – MI encontra-se presente em todas as Cartas. As exceções são a Lei Orgânica do Distrito Federal, que não prevê nem a ADO, tampouco o Mandado de Injunção, e a Constituição do Tocantins, que não prevê a ADO.

Quanto à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF¹³², vale ressaltar que as Constituições do Mato Grosso do Sul (art. 123, §3), do Acre (art. 95, I, “f”), Alagoas (art. 134, *caput*) e Rio Grande do Norte (art. 71, I, “a”) trazem o instrumento de forma inovadora em âmbito Estadual.

Além disso, é possível notar a existência da previsão de *preferência de julgamento* do Mandado de Injunção (Constituições do Amazonas, art. 3º, §2; Mato

130 MALUF, André Luiz. O regime jurídico da omissão inconstitucional nas Constituições Estaduais e o controle administrativo da omissão. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, n. 54, jul/set, 2016.

131 MALUF, André Luiz. O controle administrativo da omissão inconstitucional. JOTA, Novembro de 2016. Disponível em: < <https://www.jota.info/especiais/o-controle-administrativo-da-omissao-inconstitucional-03112016> > , Acesso em: 08/12/2021.

132 Ressalte-se a posição de Clèmerson Merlin Clève que sustenta a possibilidade de ajuizamento de ADPF para combater a omissão. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 25/30. Vale ressaltar que o STF admite o ajuizamento de ADPF para controle de omissões. ADPF 272, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-068 DIVULG 09-04-2021 PUBLIC 12-04-2021.

Grosso – art. 10, XIX -; Santa Catarina, art. 4º, V) e da Ação de Inconstitucionalidade (Constituição do Amazonas, art. 3º, §2).

Ademais, podemos ver em diversas Constituições a necessária diferenciação entre *omissão decorrente da ausência de ato administrativo e omissão legiferante* (Constituições do Maranhão art. 92, §3; Paraíba art. 107; Piauí art. 124; art. 88, §3, da Constituição de Rondônia; Constituição do Estado de São Paulo, art. 90, §4; Constituição de Minas Gerais art. 118, §4 e art. 113, §1, da Constituição do Paraná).

Vale ressaltar que inúmeras Constituições, ao abordarem os efeitos da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, preveem a *responsabilidade em sentido amplo* do órgão administrativo que continua incorrendo em omissão mesmo após a declaração da inconstitucionalidade pelo Tribunal de Justiça em controle abstrato.

Ressalte-se a previsão de *crime de responsabilidade* na Constituição do Piauí (art. 124, §3)¹³³, ao invés de simplesmente *responsabilidade em sentido amplo*, como em outras Constituições analisadas (a exemplo da Constituição do Estado do Mato Grosso no art. 10), demonstrando a intenção clara da natureza jurídica-política sancionatória. Em uma análise perfunctória, diante do objeto do presente texto, parece existir violação à competência privativa da União para legislar sobre a definição dos crimes de responsabilidade, notadamente em razão da violação da Súmula 46 do STF. Tal questão, contudo, não é o enfoque deste texto.

O que nos parece inovador é o chamado *Controle Administrativo Prévio da Omissão*¹³⁴ que está previsto em algumas Constituições e que revela a necessidade de um avanço na doutrina tradicional: i) Constituição do Mato Grosso, art. 10, parágrafo único; ii) Constituição da Paraíba, art. 3º, §1; iii) Constituição do Piauí, art. 5º, §1; iv) Constituição do Amazonas, art. 3º, §1; v) Constituição do Pará, art. 5º, §2; vi) art. 4º, §1, da Constituição de Minas Gerais; vii) art. 10 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro; e viii) art. 4º, I, da Constituição de Santa Catarina.

133 Art. 124. § 3º – Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma desta Constituição, a decisão será comunicada ao poder competente para a adoção das providências necessárias à prática do ato ou início do processo legislativo e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias, sob pena de crime de responsabilidade, em qualquer dos casos.

134 MALUF, André Luiz. O regime jurídico da omissão inconstitucional nas Constituições Estaduais e o controle administrativo da omissão. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, n. 54, jul/set, 2016, p. 13 e seguintes.

Em síntese, o *controle administrativo prévio da omissão inconstitucional* é um instituto que possibilita um diálogo entre o cidadão e ao agente público omissor, de modo que este terá prazo para sanar a omissão, sob pena de responsabilidade. É uma ferramenta de participação popular e de controle da atuação do Poder público.

Inicialmente, é oportunizada à autoridade competente a possibilidade de sanar a omissão inconstitucional, dentro do prazo a contar do requerimento do interessado. A legitimidade passiva sempre recai sobre o *agente administrativo competente* – requerido - para a prática do ato inexistente que está inviabilizando (ou obstaculizando) o exercício de direitos constitucionais. A Constituição do Mato Grosso também estabelece como legitimado passivo o *agente legislativo ou judiciário quando sua omissão inviabilizar ou obstaculizar o pleno exercício de direitos constitucionais*.

Quanto ao objeto, também há divergência. A Constituição do Mato Grosso fala em “*omissões dos Poderes do Estado que inviabilizem ou obstaculizem o pleno exercício dos direitos constitucionais*”. A Constituição do Rio de Janeiro afirma que são passíveis de controle administrativo: “*As omissões do Poder Público na esfera administrativa, que tornem inviável o exercício dos direitos constitucionais*”.

As Constituições do Amazonas e de Santa Catarina falam em “*omissões do Poder Público que tornem inviável o exercício dos direitos constitucionais*”; vale ressaltar que ambas as Constituições ressalvam que somente são controláveis por meio do *controle administrativo* as omissões administrativas, de modo que as legislativas ficam a cargo do Judiciário. Por fim, as Constituições da Paraíba, Piauí, Pará e Minas Gerais não trazem objeto específico, mas falam, tão somente em “*omissão inviabilizadora do exercício de direito constitucional*.”

Iniciado o controle administrativo da omissão, as Constituições divergem sobre o prazo que o legitimado passivo dispõe para saná-la. As Constituições do Mato Grosso e de Santa Catarina trazem o prazo de 30 dias, enquanto as demais estipulam o prazo de 90 dias. A exceção é a Constituição do Rio de Janeiro que prevê a fixação do prazo em lei.

Quanto às sanções, as Cartas trazem punições diversas. A Constituição do Mato Grosso afirma que será destituído do mandato administrativo ou do cargo ou função de direção na Administração Direta ou Indireta, se o agente integrar o Poder Executivo, e

que haverá previsão de medida semelhante na Lei de Organização Judiciária e no Regimento Interno da Assembleia Legislativa, referentes aos agentes dos Poderes Judiciário e Legislativo, respectivamente.

As Constituições da Paraíba, Piauí, Pará, Amazonas e Minas Gerais afirmam que incide na penalidade de destituição de mandato administrativo, de cargo ou função de direção, em órgão da administração direta ou indireta, o agente público que deixar, injustificadamente, de sanar omissão inviabilizadora do exercício de direito constitucional.

As Constituições do Rio de Janeiro e Santa Catarina falam somente em responsabilidade da autoridade competente no caso de permanecer em mora após o decurso do prazo, sem prejuízo da utilização de medidas judiciais.

Vale ressaltar que as Constituições do Mato Grosso, Rio de Janeiro e Santa Catarina não preveem uma *cláusula de justificção*. Isto é, nas demais Constituições, somente haverá responsabilidade do agente após o prazo caso deixe de sanar *injustificadamente* a omissão. Logo, havendo *justificativa razoável*, coerente, por razões de fato ou de direito, não há que se falar em responsabilidade.

A *cláusula de justificção*, portanto, é um instrumento que oportuniza uma chance para autoridade justificar as razões pelas quais não cumpriu seu dever constitucional, contudo, não pode servir de escudo jurídico para que o responsável não confira efetividade à Constituição.

Por outro lado, as Constituições que não possuem tal cláusula, acabam ensejando uma possibilidade extremamente ampla de responsabilização da autoridade. O que se espera do *controle administrativo da omissão* é que o agente público competente pratique o ato que está inviabilizando (ou obstaculizando) o exercício de um direito constitucional. Ainda que se discorde da amplitude ou do conteúdo das normas analisadas, verifica-se que as previsões estaduais enriquecem o paradigma federal, trazendo novas luzes sobre o debate que envolve o controle das omissões na doutrina tradicional.

1.6 - Um possível conceito de omissão normativa inconstitucional

De todo o esforço feito, pode-se inferir que o arcabouço jurídico e institucional demonstra uma instrumentalização própria do fenômeno da inconstitucionalidade por omissão. Como visto, é possível extrair que o conceito de omissão inconstitucional previsto nas Cartas Estaduais vai muito além de uma mera falta de legislação específica decorrente de um comando constitucional, incluindo a divisão entre omissão total e parcial, legiferante e administrativa.

A inconstitucionalidade por omissão passível de controle, assim, decorreria de quaisquer *omissões dos Poderes Públicos que inviabilizem ou obstaculizem o pleno exercício dos direitos constitucionais*. Tal ampliação prevista nas Constituições Estaduais, por si só, já seria suficiente para demonstrar que um conceito restrito de omissão inconstitucional não encontra mais guarida ou assonância com o ordenamento jurídico nacional.

Nesta linha, é necessário que realizemos esforços para se avançar na problemática. A doutrina tradicional já consolidada enxerga que a omissão legislativa só restaria caracterizada quando há um dever específico e determinado de agir, ou seja, há uma dependência de uma norma de eficácia limitada com um comando específico para o Legislador ou o Executivo atuar.

À luz do objeto do presente estudo, Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹³⁵ propõe uma nova forma de olhar o instituto tendo por alicerce a força normativa superior dos direitos fundamentais em face de mera interpretação jurídico-semântica. Defende, assim, que a efetividade dos direitos fundamentais, a cargo de todos os Poderes, extrapola os argumentos de ordem estritamente semântico-estrutural. Não importa como os enunciados constitucionais foram estruturados, ainda que classificados como normas autoaplicáveis. Segundo ele, o dever constitucional de legislar como pressuposto necessário da omissão inconstitucional também se configura no caso de proteção deficiente de direitos e liberdades fundamentais, independentemente da estrutura do enunciado normativo¹³⁶.

135 CAMPOS, Carlos Alexandre de. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador: Juspodvm. 2016.

136 CAMPOS, Ibid., p. 57.

Em outras palavras, o bloqueio de enunciados normativos constitucionais, ainda que autoaplicáveis, quando exigirem a intermediação legislativa podem caracterizar a omissão legislativa inconstitucional, ainda que não haja norma expressa de eficácia limitada determinando um comando de legislar.

Nessa linha, Jane Reis e Gabriel Accioly destacam que a implementação de direitos sociais é matéria com íntima conexão com o tema das omissões, de modo que o STF tem apreciado uma série de questões envolvendo omissões não normativas tendo como parâmetro normas programáticas, de modo que a sedimentar a rejeição de uma visão de dependência legislativa para produzirem efeitos e se tornarem vinculantes, o que altera a visão legiscêntrica da omissão inconstitucional¹³⁷.

A ideia, portanto, é de que a concretização material dos direitos fundamentais independe de uma ordem expressa dirigida ao legislador para que atue especificamente. Gilmar Mendes também já afirmava tal posição à luz do BVerfG, no sentido de que o dever constitucional de legislar deriva não só de mandados concretos, mas, também, de princípios decorrentes da interpretação¹³⁸.

Tal concepção tem íntima ligação com o princípio da proporcionalidade na vedação da proteção insuficiente, de modo que o autor advoga pela possibilidade da ocorrência de uma omissão legislativa inconstitucional em razão de uma proteção legislativa insuficiente. A configuração da omissão inconstitucional deixa de ser uma questão de haver o legislador ou o administrador cumprido ou não comandos constitucionais específicos, e passa a envolver o grau de proteção normativa ao sistema de direitos fundamentais. A tutela insuficiente seria uma violação a esse sistema, configurando, desse modo, a omissão inconstitucional¹³⁹.

Essa visão mais moderna nos parece mais adequada ao constitucionalismo contemporâneo e não anula a concepção tradicional já consolidada. Em verdade a complementa, a fim de servir como instrumento último de concretização de direitos

137 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. *Revista Juris Poiesis*, ano 18, n° 18, jan./dez. 2015, p. 145.

138 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional (O controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha)*, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2005, p. 274.

139 CAMPOS, *Ibid.*, p. 77/78.

fundamentais. Conforme Clèmerson Merlin Clève¹⁴⁰, em uma dimensão subjetiva, os direitos fundamentais desempenham três funções: i) *função de defesa*, de modo que o particular pode ser opor à atuação do poder público em desconformidade com um mandamento constitucional; ii) *função prestacional*, exigindo do poder público a atuação necessária para a efetividade daqueles direitos fundamentais; e iii) *a função não discriminatória*, reclamam que o Estado coloque à disposição do particular os bens e serviços necessários e indispensáveis ao seu cumprimento, de forma isonomia e sem discriminação.

Desta forma, conjugando o que foi exposto, ao conferir um conceito mais amplo à omissão inconstitucional, estar-se-á conferindo, também, maior amplitude à defesa de direitos fundamentais, eis que a sua proteção independeria necessariamente de uma norma de eficácia limitada, passando a levar em conta o enfraquecimento da supremacia da Constituição, à luz das ideias de Hesse, Heller e Vieira, e dos direitos fundamentais em razão de um não fazer.

Outra possibilidade que demonstra a independência da omissão inconstitucional à necessidade de uma norma específica que traga um comando de legislar ou iniciar o processo legislativo é a ocorrência de uma omissão decorrente de ablação. Por exemplo, no caso da declaração de inconstitucionalidade pelo STF de uma norma estadual que cria uma Unidade de Conservação. A ausência normativa, ainda que ausente comando constitucional para legislar, violaria o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), prejudicando a proteção ambiental diante do vácuo normativo criador de uma proteção deficiente, conforme destaca Ademar Borges em livro fruto de Dissertação no Programa de Mestrado em Direito Constitucional da UFF - PPGDC¹⁴¹. Dessa forma, o princípio da presunção de constitucionalidade e o princípio da proporcionalidade na vertente da vedação da proteção insuficiente serviriam para proteger o ordenamento de um vazio perigoso.

Por fim, a fim de extirpar qualquer dúvida sobre a prescindibilidade de uma norma constitucional de eficácia limitada para a ocorrência de uma omissão inconstitucional, tem-se o chamado Estado de Coisas Inconstitucional – já reconhecido

140 CLÈVE, Ibid., p. 22/23.

141 SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 35/35.

pelo STF MC na ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio -, que revela a omissão decorrente de falhas estruturais dos Poderes Públicos – notadamente Executivo e Legislativo em conjunto - independente de um comando normativo específico, sendo que tal omissão estrutural implica em ausência de normas e de políticas públicas.

Partindo dessa nova ideia e, também com base no modelo estadual visto, podemos definir a omissão normativa inconstitucional como o fenômeno jurídico autônomo de enfraquecimento da supremacia e da força normativa constitucional que pode se manifestar de forma originária ou superveniente, em razão de um não agir proveniente de qualquer Poder ou órgão que se abstém, cria ou mantém um vazio normativo violador da Constituição e que por conseguinte obstaculiza ou gera deficiência ao pleno exercício dos direitos constitucionais, independentemente de uma regra específica de legislar.

Optou-se por usar o termo omissão normativa em vez de omissão legiferante, ou legislativa, a fim de evitar a confusão ou restrição equivocada de que a omissão apenas poderia recair sobre o Poder Legislativo, eis que outros órgãos ou o Poder Executivo também podem ensejar omissões de cunho normativo.

Não há, tampouco, que se confundir tal conceito com a omissão de medida administrativa, ou de implementação de política pública, muito embora, na essência, se trate da mesma violação, pois, também envolve fenômeno autônomo de enfraquecimento da supremacia e da força normativa da Constituição, que pode se manifestar de forma originária ou superveniente, em razão de um não agir proveniente de qualquer Poder ou órgão que se abstém de agir e/ou criar uma medida administrativa, ou política pública, que viola a Constituição, ou que mantém medida insuficiente, a qual obstaculiza ou gera deficiência ao pleno exercício dos direitos constitucionais.

O objeto do presente texto, contudo, envolve apenas a omissão normativa inconstitucional, muito embora em dadas situações de omissão estrutural possa haver ao mesmo tempo uma omissão legiferante acompanhada de uma omissão administrativa, pois se trata de falha estrutural de vários Poderes. Há que se delimitar o tema objeto deste estudo com o objetivo de analisar as sentenças normativas como ferramentas para o controle e colmatação da omissão normativa inconstitucional. O que não impede, entretanto, que o conceito exposto possa ser aproveitado para futuros estudos sobre a

omissão administrativa que viola a Constituição, bem como para solução de omissões estruturais.

Apesar da amplitude daquele conceito, que poderia gerar questionamentos quanto ao seu mau uso ou à ampla margem de abertura para o controle jurisdicional, o conceito por si não deve ser rechaçado. Deve-se, sim, evitar arbitrariedades e casuísmos por parte do Judiciário, diante da ampla gama de direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, com conceitos indeterminados e vasta margem principiológica.

Por isso, ainda que reconhecida uma omissão, nem sempre o Judiciário poderá atuar para colmatar essa omissão diante dos limites da jurisdição constitucional. Logo, apesar de juridicamente cognoscível, nem sempre será tutelável pela via dos instrumentos de controle, como ocorre na hipótese de criação de tipos penais.

A proposta de nova concepção da omissão inconstitucional se revela importante para a efetividade da Constituição e para o seu estabelecimento como um instituto próprio, a merecer tratamento diverso e específico pela doutrina e pela jurisdição constitucional.

1.7 - Classificação da omissão normativa inconstitucional: uma nova proposta

Consoante exposto, a omissão normativa inconstitucional é o fenômeno jurídico autônomo que independe de uma norma de eficácia limitada, ou de qualquer regra específica de legislar, podendo atingir quaisquer Poderes ou órgãos. A omissão também pode ocorrer como fruto de uma proteção deficiente, ou de uma sistemática violação estrutural de direitos fundamentais.

Dessa concepção surgem diversas possibilidades de configuração da inconstitucionalidade por omissão que não mais se adéquam à mera distinção entre omissão total, parcial relativa e propriamente dita. Assim, apresentamos uma nova proposta de classificação não estanque. Vale dizer, é possível que haja intersecção entre elas, *e.g.*, em uma dada situação ocorra omissão implícita, total, e decorrente de proteção insuficiente, ou uma omissão decorrente de proteção insuficiente e ao mesmo tempo decorrente de ablação.

De início, dentro da classificação proposta, a *omissão pode ser expressa ou implícita*. A omissão normativa inconstitucional pode ser expressa no caso de um comando a *rimme obligate* dirigido ao Poder ou órgão omissão por meio de uma norma de eficácia limitada. Tal ideia estaria em consonância com a doutrina tradicional de omissão inconstitucional.

Indo além, é possível ainda a ocorrência de uma omissão inconstitucional *implícita* quando a efetividade ou a materialização de direitos fundamentais depender de um atuar de Poder ou órgão para que haja proteção suficiente, correção de um vazio perigoso, ou uma falha estrutural, ainda que não haja comando específico por meio de norma de eficácia limitada. Aqui incide a nova concepção da omissão proposta, que independe de um comando específico para sua caracterização, tratando-se de uma omissão implícita.

A omissão inconstitucional pode ser *total propriamente dita* ou *parcial*, à luz do entendimento doutrinário tradicional. A omissão inconstitucional total ocorre quando há um vazio normativo da matéria¹⁴². No direito italiano, há entendimento no sentido de classificar a omissão do legislador como *omissão absoluta*, que ocorre no caso de inércia do legislador diante de preceito constitucional que imponha incondicionalmente uma intervenção legislativa e a *omissão total*, se dá quando o legislador não realiza uma obrigação/programa determinado pela Constituição¹⁴³.

Assim, a *omissão inconstitucional total propriamente dita* ocorre quando o Poder ou órgão não realiza de forma indiscutível o que a Constituição determinou, havendo, portanto, um vazio normativo. Podemos citar como exemplo a regulamentação do art. 7º, XXIII que trata do direito aos adicionais de penosidade, periculosidade e insalubridade, na forma da lei, sendo que aquele primeiro, até o momento em que este texto foi escrito, não foi objeto de criação legislativa¹⁴⁴.

142 BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro - 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 59/60.

143 IANNUCILLI, Loris. Profili storici e teorici. In: Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale, Vilnius – 2, 2008, p. 14.

144 Foi impetrado Mandado de Injunção no STF diante de tal omissão total - Mandado de Injunção 5.229/DF – com parecer favorável da PGR à declaração de mora do legislativo em regulamentar o referido adicional

A *omissão parcial propriamente dita* ocorre quando o legislador atua de modo insuficiente relativamente à obrigação que a Constituição impôs, de modo que falta algo ao texto legal para que seja compatível com a Carta¹⁴⁵. A *omissão parcial relativa* se verifica diante de uma atuação legislativa insuficiente, prejudicando, por conseguinte, o princípio da igualdade¹⁴⁶, ou seja, aqui ocorre um desenvolvimento parcial e incompleto do preceito constitucional¹⁴⁷.

No julgamento da ADI 2652/DF¹⁴⁸ o Supremo julgou caso que versava sobre a interpretação do parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil¹⁴⁹. Analisando o julgado¹⁵⁰, percebe-se que a Corte entendeu que havia uma violação ao princípio da isonomia e do livre exercício da profissão, gerando, portanto, uma discriminação aos advogados vinculados a entes estatais por prever uma exclusão de multa somente aos advogados particulares. Assim, o Tribunal julgou procedente o pedido dando interpretação conforme ao texto e afirmando que a expressão "*ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB*" alcançava a todos os advogados.

Entretanto, como visto, a omissão inconstitucional não ocorre apenas no caso de omissão de lei ou ato normativo total ou parcial. É possível ocorrer, ainda, *omissão inconstitucional superveniente decorrente de ablação* na hipótese de uma declaração de inconstitucionalidade feita pela Corte Constitucional, causando, assim, um vazio no

145 IANNUCCILLI, Ibid., 2008, p. 14

146 BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro - 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 60.

147 IANNUCCILLI, Ibid., 2008, p. 14.

148 STF, ADI 2652/DF, Rel. Min. Mauricio Correa, j. 08/05/2003, DJe. 14/11/2003.

149 Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001) (...)V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.(Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001) (...) Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

150 O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado na inicial da ação para, sem redução de texto, emprestar à expressão "*ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB*", contida no parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, com a redação imprimida pela Lei federal nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, interpretação conforme a Carta, a abranger advogados do setor privado e do setor público.

ordenamento. A omissão, neste caso, é decorrência de uma declaração de inconstitucionalidade por ação. Em breve síntese: em um primeiro momento a Corte declara a norma inconstitucional (fase demolitória ou *abblativa*), de modo que se cria um vazio no ordenamento. Todavia tal declaração de inconstitucionalidade cria um prejuízo maior¹⁵¹, verdadeira omissão que viola a Constituição por ausência normativa.

Não há dúvida, contudo, que se trata de uma espécie autônoma de omissão que não é congênita, mas, sim, superveniente e derivada do controle de constitucionalidade por ação. Na ADI 4650 - financiamento público de campanhas - o caso envolvia tal espécie de inconstitucionalidade por omissão¹⁵², eis que após a declaração de inconstitucionalidade pleiteada, tendo em vista o vazio normativo gerado, o CFOAB requereu, no caso de mora do Congresso Nacional, que o TSE regulasse provisoriamente a questão pelo risco do vazio normativo perigoso que violaria a Constituição.

A regulação provisória pelo STF de questões objeto de omissão é comumente realizada pelo STF pela via da interpretação da Constituição, como ocorreu no caso Raposa Serra do Sol e do nepotismo que culminou na Súmula Vinculante 13¹⁵³. Citemos ainda o caso mencionado de declaração de inconstitucionalidade pelo STF de uma norma estadual que cria uma Unidade de Conservação. A falta normativa, ainda que ausente comando constitucional para legislar, violaria o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) em razão do superveniente vazio, o que, prejudica a proteção ambiental diante do vácuo normativo criador de uma proteção deficiente¹⁵⁴.

151 Essa omissão acaba violando a Constituição de modo que a Corte pode reconstruir o conteúdo a fim de evitar o perigoso vazio: é o que se chama de sentença substitutiva. O Tribunal, de forma “criativa”, determina a regra que irá reger a matéria ocupando aquele espaço de acordo com as normas constitucionais (fase reconstrutiva). MALFATI, Elena.; PANIZZA, Saule.; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia Costituzionale*. 4a Ed, Giappichelli Editore, Torino, 2013, p. 136.

152 MALUF, André Luiz. Sentenças manipulativas do direito italiano e a ADI 4.650 sobre financiamento de campanhas. Disponível em: < <https://uff.academia.edu/AndréLuizMaluf> > Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.

153 BREWER-CARIAS, Allan. R. GENERAL REPORT Subject IV.B.2 CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS IN COMPARATIVE LAW, *XVIII International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law Washington July 26-30, 2010*, p. 161

154 SOUSA FILHO, *Ibid.*, 2016, p. 34/35.

Outra classificação envolve a *omissão inconstitucional decorrente de inertia deliberandi*. Partindo do pressuposto que há um dever de agir, uma *inertia deliberandi* pode se converter em omissão inconstitucional. Como visto, muitos dos dispositivos constitucionais possuem projetos de lei tramitando no Congresso buscando sua efetivação, todavia estes aguardam *ad aeternum* por uma conclusão, o que pelo decurso do tempo passa a configurar uma omissão, seja parcial – no caso da ausência violar a isonomia ou não atender por completo o comando constitucional – ou mesmo total, quando não atende de modo algum o comando constitucional. O entendimento do STF é sedimentado de que a mera existência de projeto de lei não é suficiente para superar a ocorrência de omissão inconstitucional diante da óbvia possibilidade de o projeto de lei não se concretizar em dispositivo legal, perdurando, assim, a mora. (ADO 3.682-MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dj. 06/08/2007).

Essa espécie de omissão, portanto, é uma omissão congênita, que foi interrompida com o início do processo legislativo, mas que, após o transcurso do prazo irrazoável ou constitucional para sua aprovação, converte-se em omissão inconstitucional. A *omissão inconstitucional* pode ainda ser *definida* (no caso de uma única solução constitucionalmente adequada) ou *indefinida* (hipótese de inúmeras soluções compatíveis com a Constituição)¹⁵⁵, a exemplo dos julgamentos que ensejaram a edição da Súmula Vinculante 33¹⁵⁶.

Pode ocorrer, ainda, uma *omissão inconstitucional decorrente de vedação da proteção insuficiente*. Como visto, a ocorrência de uma omissão inconstitucional implícita tem íntima ligação com o princípio da proporcionalidade na vertente da vedação da proteção deficiente. Quando a efetividade ou a materialização de direitos fundamentais depender de um atuar de Poder ou órgão para que haja proteção suficiente, ainda que não haja comando específico por meio de norma de eficácia limitada, estaremos diante de uma omissão normativa inconstitucional.

155 A título de elucidação dos efeitos práticos na jurisdição constitucional, a depender do caso, a *Corte Costituzionale* da Itália se vale de um ou de outro tipo de técnica decisória, *e.g.*, no caso de uma omissão inconstitucional definida a Corte da Itália pode se valer de uma sentença normativa construtiva (aditiva) tradicional, enquanto no caso de uma omissão inconstitucional indefinida ela utiliza uma sentença aditiva de princípio diante da margem de discricionariedade do legislador. Cf. IANNUCCILLI, *Ibid.*, 2008, p. 16.

156 SV 33: Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

A ideia é a de salvaguarda de direitos fundamentais, independentemente da existência de uma norma expressa. Apesar de extremamente relevante e inovadora, a configuração da omissão inconstitucional decorrente da vedação da proteção insuficiente a direitos fundamentais deve ser metodologicamente coerente a fim de evitar arbitrariedades e casuísmos por parte do Judiciário, diante da ampla gama de direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, com conceitos indeterminados e vasta margem principiológica.

Em outras palavras, ainda que reconhecida uma omissão decorrente de proteção insuficiente, nem sempre o Judiciário poderá atuar para colmatar essa omissão. Logo, apesar de juridicamente cognoscível, nem sempre será tutelável pela via dos instrumentos de controle, como ocorre na hipótese de criação de tipos penais. Os limites e possibilidades da criação judicial, bem como forma de diálogos para se resolver as celeumas em casos que a Corte deve ser autocontida serão abordados em capítulo específico. Por ora, buscaremos trazer alguma racionalidade para a aplicação deste princípio à luz da celeuma exposta.

Como já visto quando do estudo do princípio da proporcionalidade devemos seguir o teste trifásico para analisar se há ou não uma omissão inconstitucional decorrente da violação deste princípio. Gilmar Mendes leciona que o ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção¹⁵⁷.

Em complementação, elucida Carlos Alexandre de Azevedo Campos que quando o Estado se abster, total ou parcialmente, de adotar alguma medida que favoreça a promoção ou a proteção de um determinado direito fundamental ou objetivo de envergadura constitucional, caberá indagar: a) se a omissão ou atuação deficiente contribui para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); b) se não existia outro meio menos prejudicial ao direito fundamental que favorecesse, em igual intensidade, o citado objetivo (subprincípio da necessidade); e c) se a promoção do

157 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ibid.*, 2012, p. 585/586.

referido objetivo compensa, sob o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito)¹⁵⁸.

Entendemos que a adequação deve se ligar a ideia de causalidade. Ou seja, a ausência de norma deve ser adequada a gerar prejuízo ao exercício de um direito, ou, a *contrario sensu*, deve ser inadequada à proteção de um direito fundamental. Ademais, deve-se analisar se tal omissão deliberada tem alguma função, ou seja, se contribui para a promoção de algum direito ou objetivo.

Em caso afirmativo, se a ausência de norma tem alguma finalidade justificável – por exemplo, não criminalização de uma determinada conduta em razão da política criminal administrativa mais efetiva -, não haveria omissão por proteção insuficiente. Tal não fazer contribui para a promoção de um objetivo, o que reprova a suposta omissão no teste da proporcionalidade.

Quanto à necessidade, entendemos que ela está ligada à menor intervenção. Em suma, se já há previsão normativa que tutele ou proteja de forma menos conflituosa o direito fundamental em questão de igual modo, ou o proteja/efetive ainda mais, não seria possível falar em omissão inconstitucional por violação da proporcionalidade na vedação da proteção insuficiente.

Novamente a título de exemplo ilustrativo, imaginemos que uma onda de homicídios em série por motivo específico ligados à religião esteja ocorrendo em vários Estados do país. Poder-se-ia indagar que haveria uma omissão legislativa ao não criar um tipo penal específico para tratar de tais casos. Segundo o teste da necessidade, contudo, não haveria omissão. Isso se dá em virtude de já existir norma penal tratando do tema de forma suficiente, inclusive na Lei de Crimes Hediondos, de modo que a atuação do legislador não seria necessária para tutelar o direito fundamental violado (vida).

De qualquer forma, ainda que não houvesse a lei mencionada para tutelar a proteção da vida, não se poderia cogitar do Poder Judiciário criar norma penal por via de decisão judicial, tampouco se valer de analogia. Trata-se de evidente hipótese na qual

158 CAMPOS, Ibid.. 2016, p. 86.

a Corte Constitucional pode até reconhecer uma omissão em matéria penal (como o fez no caso da homotransfobia), mas deverá se abster de atuar, estabelecendo mecanismos de diálogos constitucionais para que o órgão ou Poder omissor atue. Vale reiterar: mesmo que o conceito de omissão seja mais abrangente, existem limites à atuação da Corte.

Por fim, ultrapassadas as etapas anteriores, a proporcionalidade em sentido estrito leva em conta: i) se a ausência vinculada à promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão; ii) se a ausência normativa viola um direito fundamental propriamente dito por não protegê-lo de forma suficiente.

Aqui há, na prática, um conflito entre o direito a ser protegido e a justificativa de não atuar e um conflito entre a ausência normativa e a exigência de proteção. Tal análise deve ser feita à luz do caso concreto. Assim, violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se a falta de norma deixar de satisfazer a proteção exigida pela Constituição, ainda que tal ausência tenha um objetivo, ou, havendo norma, se esta deixar de proteger o direito de forma completa.

Caminhando na classificação, é possível, ainda, ocorrer *omissão inconstitucional decorrente de falhas estruturais*. A ideia por trás deste tipo de omissão está ligada à ocorrência de falhas estruturais do Poder Público¹⁵⁹ de cunho normativo e administrativo. Trata-se da falta de coordenação entre legislador, órgãos e entidades públicas do Executivo responsáveis por garantir/regulamentar/dar concreção a comandos legais o que resulta em uma falência do sistema¹⁶⁰.

Via de regra essas falhas decorrem de deficiências na formação e execução de políticas públicas o que gera uma falta de medidas administrativas, legislativas e orçamentárias voltadas à superação de problemas estruturais, de modo que haverá

159 As decisões estruturais serão analisadas no último capítulo. Todavia, desde logo, adianta-se que a ocorrência de omissão por falhas estruturais, com decisões diretivas por parte da Corte Constitucional, contudo, não é exclusividade da jurisdição constitucional colombiana, ocorrendo, também, na Índia, África do Sul e Estados Unidos. Cf. DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Faculdade de Direito. 2017.

160 CAMPOS, Ibid., 2016, p. 93.

omissão quando a falta dessas políticas públicas encerrem uma proteção insuficiente de direitos fundamentais¹⁶¹.

Tais falhas estruturais sistêmicas podem ensejar o chamado Estado de Coisas Inconstitucional - ECI. Os pressupostos para a caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional no paradigma colombiano são¹⁶²: i) violação massiva e generalizada de Direitos fundamentais – aqui não há mera proteção insuficiente, mas sim uma situação mais ampla e grave; ii) omissão reiterada e persistente de autoridades públicas decorrente de falhas estruturais – administrativas, legislativas e orçamentárias: ideia de deficiência estrutural do Estado em concretizar políticas públicas; iii) alcance orgânico do conjunto de medidas necessárias para a superação do quadro de violação massiva de direitos, ou seja, a redução ou eliminação requer atuação coordenada e conjunta de diversos órgãos; e iv) potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, o que poderia produzir grave congestionamento da máquina judiciária: ideia aqui de eficiência e resolver a situação afetando o maior número possível de prejudicados.

Como exposto, este instituto foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em relação à situação carcerária dos presídios no Brasil – MC na ADPF, 347, 09/09/15, Rel. Min. Marco Aurélio – caso onde a Corte determinou a realização de audiências de custódia e descontingenciamento de recursos do Fundo Penitenciário. Nota-se que os efeitos da decisão visaram corrigir, em alguma medida, as falhas estruturais do Executivo e também do Legislativo.

Por fim, há a *omissão anacrônica do Constituinte*. Tal hipótese de omissão não é fácil de ser combatida, embora possa ser verificada. A omissão anacrônica do Constituinte vai ocorrer em situações nas quais se constata de forma clara e evidente, que a Constituição não mais revela a realidade social, estando, assim, atrasada e desconectada do seu tempo e da atual geração.

Em outras palavras, na omissão anacrônica a sociedade evoluiu, mas o texto constitucional não. Ou seja, trata-se da ausência de uma necessária Emenda à Constituição. Dessa forma, há uma omissão do Constituinte derivado em atualizar,

161 CAMPOS, Ibid., 2016, p. 93.

162 CAMPOS, Ibid., p. 177/178.

revitalizar e fazer com que o texto da Constituição reflita a sociedade atual de modo a se compatibilizar com novas realidades não previstas originariamente pelo Constituinte Originário.

Tal ideia se adéqua as ideias de Heller e Hesse, no sentido de que a força normativa da Constituição depende de íntima conexão com as ações praticadas na sociedade e que quando normalidade e normatividade são apartadas faz-se necessário modificar a Constituição, seja formalmente ou informalmente, preservando o seu sentido ao longo das gerações, de modo a garantir sua perenidade.

A título de exemplo, pode-se mencionar o julgamento conjunto da ADPF 132/RJ¹⁶³ e da ADI 4277-DF¹⁶⁴ (união homoafetiva), em razão do texto da Constituição falar que “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher”. Buscou-se através das referidas ações constitucionais conferir interpretação conforme ao artigo 1723 do Código Civil¹⁶⁵ tendo em vista o artigo 226 e seus respectivos parágrafos¹⁶⁶.

Analisando o acórdão verifica-se que o fundamento da decisão se baseou na violação da isonomia (discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem e mulher, seja na orientação sexual de cada um deles). E aqui é preciso destacar um ponto importante. Está presente na ementa o seguinte trecho: “Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse de seu fundamental atributo de coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quando a orientação sexual das pessoas”.

Nitidamente havia uma omissão do Constituinte derivado em compatibilizar o texto constitucional com a nova realidade social. Não haveria que se falar em silêncio eloquente na hipótese, pois não se tratava de discricionariedade do legislador para conferir dignidade aos homossexuais que desejassem formar uma união estável

163 STF, ADPF 132-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011.

164 STF, ADI 4277-DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011.

165 Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

166 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (...)

homoafetiva. A inexistência de um comando específico de legislar consubstanciado em uma norma de eficácia limitada não impede, tampouco, o reconhecimento de uma omissão inconstitucional (anacrônica) no caso.

A decisão inegavelmente contribuiu para a ruptura de um paradigma na sociedade brasileira, contudo, gerou clara exposição da Corte e divergência social, bem como críticas doutrinárias quanto à adequação da técnica decisória utilizada¹⁶⁷ e à competência democrática do STF para decidir a respeito do tema.

Há que se analisar “se”, “quando” e “como” o STF poderá atuar em casos de omissão anacrônica, de modo que o estabelecimento de parâmetros se revela essencial, tarefa buscada no último capítulo. Ao fim e ao cabo, a identificação da alocação das decisões contramajoritárias da Corte no caso de omissões, assim, é fundamental para seu pleno e saudável funcionamento sem ataques, desgastes e enfraquecimentos institucionais, garantindo, assim, a efetividade de direitos fundamentais.

167 No caso vertente, a Corte, como no julgamento de aborto de fetos anencefálicos, prolatou decisão criativa sob o nome de interpretação conforme. Contudo, neste caso, atribuiu eficácia de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (negativa da interpretação que inviabilize o reconhecimento da união homoafetiva como família atribuindo a esta o mesmo direito dos casais heterossexuais). A nosso sentir, o dispositivo presente no Código Civil não poderia ter sido declarado inconstitucional eis que reproduzia literalmente o texto constitucional.

CAPÍTULO 2 – SENTENÇAS NORMATIVAS E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA

2.1 – Jurisdição constitucional italiana e o controle de constitucionalidade: perspectivas de direito comparado

Sob uma vertente metodológica jurídico-dogmática de avaliação das estruturas internas do ordenamento jurídico e dos institutos jurídicos¹⁶⁸, no caso, das sentenças normativas e da omissão inconstitucional, à luz da doutrina pertinente, bem como um estudo comparado envolvendo a jurisdição constitucional italiana e a jurisprudência da Corte Constitucional da Itália, realizamos investigação do tipo jurídico-comparativo¹⁶⁹ para identificar similitudes das normas, tipologia decisória e da jurisdição daquela Corte em relação ao modelo brasileiro e o Supremo Tribunal Federal. Portanto, trata-se de avaliação segundo o método de direito comparado do núcleo comum¹⁷⁰, funcional, da jurisdição italiana e da jurisprudência das Cortes brasileira e italiana

A ideia de utilizar a jurisdição constitucional italiana e a jurisprudência da Corte Constitucional da Itália como parâmetros de comparação tem íntima relação com o histórico de sucesso do modelo italiano, na medida em que aquela Corte tem desempenhado um papel normativo no controle das omissões de forma institucionalmente exitosa sem grandes atritos com os demais Poderes. Portanto, o *case* de sucesso da experiência italiana, parece ser acertado para servir como objeto de comparação e indutor de aprimoramento judicial e institucional.

A criação de um Tribunal Constitucional na Itália, específico para exercer o controle de constitucionalidade, resguardar direitos, dirimir conflitos federativos e julgar o Presidente, surge como resposta às atrocidades cometidas durante a 2ª guerra mundial¹⁷¹.

¹⁶⁸ GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Tereza. (Re)pensando a pesquisa jurídica. Del Rey, 2010, p. 21.

¹⁶⁹ GUSTIN Miracy; DIAS Marcia T. Op. Cit. p. 28.

¹⁷⁰ DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 189 – 212, p. 204.

¹⁷¹ AMADEI, Leonetto. Intervento su Parlamento e Corte Costituzionale. Collana “1956-2006, Cinquant'anni di Corte Costituzionale” (Obra Coletiva), Tomo II, Ed, Corte Costituzionale, 2006, p. 785.

Após o fim da segunda guerra, em resposta ao regime fascista anteriormente adotado com a proeminência do Executivo¹⁷², a Constituição italiana de 1948, nos termos do art. 138, consagrou no país uma Jurisdição Constitucional rígida garantindo estabilidade ao sistema, tornando necessário quórum específico para sua alteração. Ademais, foi responsável pela criação¹⁷³ de uma nova *Corte Costituzionale*, arts. 134 a 137¹⁷⁴.

Dentro do desenvolvimento da jurisdição constitucional italiana após o advento da nova Constituição, em um primeiro período (dos anos cinquenta até ao início dos anos setenta) pode ser definido como “concretização da Constituição” ou de “promoção das reformas”¹⁷⁵ a Corte viu-se reiteradamente no papel de substituir o Parlamento, que avançava com lentidão e hesitação na reforma da legislação e tinha entrado em conflito com a suprema magistratura, em particular, com a Corte di Cassazione e com o Conselho de Estado, segundo os quais as normas constitucionais programáticas não poderiam ser utilizadas como parâmetro de controle¹⁷⁶.

A professora Tania Groppi¹⁷⁷ informa que a segunda fase situa-se entre meados dos anos setenta até meados dos anos oitenta e foi definida como a fase da “mediação de conflitos sociais e políticos”: trata-se de um período no qual, terminada a obra de “limpeza” da legislação anterior à Constituição, o objeto das decisões de

172 Isso naturalmente nos remete ao embate teórico travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, cujo estudo se mostra relevante para compreender o surgimento do Tribunal Constitucional na Itália pós-guerra e o desenvolvimento das sentenças normativas. Carl Schmitt em sua obra *O Guardião da Constituição* (SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007), pautado sobre a tese de que a Constituição é emanada de um poder constituinte, sobrepõe a parte política à jurídica, diferenciando, daí, a existência de Constituição e leis constitucionais, de modo que aquelas correspondem a uma decisão política fundamental. Acredita que o seu guardião deve ser alguém que possua o poder neutro, que é capaz de harmonizar todos os demais poderes. A democracia de Schmitt, ainda, é baseada em uma ótica homogênea, rebatendo o pluralismo, de modo que a democracia não tem uma relação direta com o parlamentarismo. São esses os pressupostos para enxergar no presidente do Reich o guardião da Constituição, visto que será a pessoa capaz de atender a todos os requisitos. Não se busca aqui adentrar ou problematizar o conceito de Político defendido por Schmitt, em virtude da óbvia complexidade do tema, sob pena de desvirtuar o presente estudo.

173 Vale ressaltar que o Tribunal só iniciou seus trabalhos de fato em 1956.

174 Em razão do regime fascista, ela tem competência para exercer o controle de constitucionalidade, dirimir conflitos federativos de atribuição e aqueles envolvendo acusações contra o Presidente da República, bem como zelar pela aplicação das normas constitucionais.

175 GROPPI, Tania. *A Justiça Constitucional em Itália*. Publicado originalmente em *Subjudeice*. p. 71-77, jan./jun. 2001. In: *DIREITO PÚBLICO* Nº 4 – Abr-Maio-Jun/2004 – *DOCTRINA ESTRANGEIRA*, p. 84.

176 GROPPI, Tania. *Op. Cit.* p. 85.

177 GROPPI, Tania. *Op. Cit.* p. 85.

constitucionalidade é representado por leis recentes, elaboradas e aprovadas pelo Parlamento republicano. Deste modo, o papel do Tribunal assume uma carga política mais elevada e caracteriza-se essencialmente pela procura de um equilíbrio e de uma mediação entre os diversos interesses e valores envolvidos na questão de constitucionalidade, através da “técnica do balanceamento”. Assim, o Tribunal foi alterando lentamente o caráter da sua decisão: não se tratava apenas de aplicar o tradicional silogismo, comparando a norma inferior com a superior, mas sim considerar os valores constitucionais que estão em jogo, avaliar o seu peso e estabelecer não tanto qual deles deve prevalecer, mas sim qual o melhor equilíbrio possível entre os mesmos.

Em seguida, sobrevém uma terceira fase, denominada “de eficiência operativa”, que vai desde meados dos anos oitenta até meados dos anos noventa. O objetivo principal desta nova fase era a redução da duração da decisão de constitucionalidade e do número de questões pendentes, através da declaração de inadmissibilidade, com disposição, de um grande número de questões manifestamente inadmissíveis ou claramente infundadas e através da seleção dos casos sobre os quais se deveria concentrar a atenção do Tribunal. Para tal, o juiz constitucional introduziu numerosas inovações de procedimento¹⁷⁸.

A última fase analisada por Groppi, a partir da metade dos anos noventa até o ano de dois mil e um, destaca a preocupação do Tribunal com os aspectos práticos das decisões e as consequências financeiras dos acórdãos, inclusive envolvendo impactos de atuação normativa à luz do princípio da igualdade entre pessoas em situações aparentemente desiguais e de direitos sociais que gerem impactos financeiros ao Estado¹⁷⁹. Além disso, o Tribunal passa também a preocupação política do Tribunal com envolvendo decisões que afetam competências dos Poderes de Estado e questões de participação democrática direta via referendo, de modo que o Tribunal passa a exercer um papel arbitral de conflitos políticos e constitucionais¹⁸⁰.

¹⁷⁸ GROPPi, Tania. Op. Cit. p. 87.

¹⁷⁹ GROPPi, Tania. Op. Cit. p. 88.

¹⁸⁰ GROPPi, Tania. Op. Cit. p. 89.

Esse modelo de justiça constitucional, instaurado na Itália é creditado a Kelsen¹⁸¹ o qual atribui a um tribunal *ad hoc* o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, que pode ou não pertencer ao Poder Judiciário.

No caso brasileiro o Supremo Tribunal Federal (STF) é órgão do Judiciário e desempenha tanto a função de Tribunal Constitucional quanto de instância recursal, dentre outras inúmeras competências originárias¹⁸². No tocante à *Corte Costituzionale* ela segue em parte o modelo kelseniano, ou seja, não pertence ao Poder Judiciário¹⁸³.

A Corte constitui-se de 15 juízes, com mandato por nove anos, sendo um terço indicado pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento e um terço pelas magistraturas supremas, ordinárias e administrativas. São escolhidos magistrados pertencentes a qualquer grau de jurisdição, professores universitários titulares de Universidades de Direito e advogados com pelo menos 20 anos de atividade profissional¹⁸⁴.

O controle de Constitucionalidade na Itália é concentrado, sendo realizado unicamente pela *Corte*. Tem como objeto somente leis e atos normativos com força de lei (*legge ordinarie; legge costituzionale; legge di revisione costituzionale; decreti legislativi; legge delle provincie autonome e decreti leggi*)¹⁸⁵, podendo ser realizado de duas formas : i) o Estado ou regiões podem pedir diretamente para que a *Corte* se manifeste sobre a inconstitucionalidade de uma lei, ou ato normativo com força de lei, seja regional ou Estatal (via direta); ii) quando na análise de um caso concreto o juiz

181 Para Kelsen, por sua vez, o ordenamento jurídico se pauta num escalonamento de normas, estando a Constituição no seu topo e as normas infraconstitucionais sempre em conformidade com aquela. Este, portanto, é o pressuposto do controle de constitucionalidade, que verá em um Tribunal Constitucional o órgão competente a exercê-lo.

182 STRECK, Ibid., 2013, p. 422.

183 Veremos posteriormente que o Constituinte italiano adotou fundamentos diversos para a criação de um tribunal *ad hoc*, de modo a desqualificar o dogma de legislador negativo criado por Kelsen, pois este não considera a existência de conceitos abertos e normas de princípios, circunstâncias tais que segundo ele levariam a uma atuação criativa da Corte.

184 STRECK, Ibid., 2013, p. 422.

185 *Legge ordinaria* é a lei aprovada pelo Parlamento de forma usual, seja em âmbito nacional, provincial e regional; *legge costituzionale* nada mais é do que uma emenda constitucional que traz conteúdo novo à Constituição, equipara-se à emenda constitucional que adiciona texto à Constituição que não existia no texto originário; *legge di revisione costituzionale* seria a emenda constitucional que altera o texto originário; *decreto legislativo* se compara ao decreto legislativo do Congresso Nacional; *legge delle province autonome* são leis especiais de regiões da Itália que não tem compatibilidade com o direito brasileiro; e *decreto legge* é compatível à Medida Provisória, que tem origem no próprio Direito italiano.

verificar que a norma objeto da lide pode ser inconstitucional, deverá submeter tal decisão ao crivo da *Corte*¹⁸⁶. Em suma, embora concentrado, existe controle por via incidental.

Especificamente quanto ao controle pela via incidental, que constitui a maioria dos casos julgados pelo Tribunal, este ocorre quando um magistrado ou tribunal ao visualizar uma possível inconstitucionalidade submete esta à apreciação da *Corte Costituzionale*, de forma fundamentada através de uma *ordinanza di rinvio*, desde que haja *rilevanza e non manifesta infondatezza*. *Rilevanza* significa que o magistrado não pode julgar a questão sem avaliar a constitucionalidade e *non manifesta infondatezza* refere-se ao mínimo de fundamento jurídico que sustenta tal dúvida. Na prática, o juiz foca sua argumentação quase que exclusivamente na *non manifesta infondatezza* buscando trazer argumentos que sustentem a suposta inconstitucionalidade¹⁸⁷.

Questão peculiar que merece nota é a possibilidade do juízo dar interpretação conforme buscando evitar o envio do caso à *Corte*, ou seja, uma lei pode ser declarada inconstitucional não porque é possível fazê-lo, mas sim por ser inviável dar uma interpretação conforme à Constituição (sentença n. 356, *Corte Costituzionale*, 1996). Percebe-se, assim, a importância de se “salvar” a lei na jurisdição italiana¹⁸⁸. Vale ressaltar que na Itália não há formas de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, de modo que o papel do magistrado como filtro das questões que são levadas ao juízo constitucional torna-se crucial.

Com o passar das décadas e a frequente atuação da *Corte Costituzionale* no exercício do controle de constitucionalidade¹⁸⁹, surgiram debates envolvendo a possibilidade de atuação do Tribunal constitucional quando verificada uma inconstitucionalidade por omissão capaz de ensejar a ineficácia da Constituição e o óbvio enfraquecimento do ordenamento.

186 AMADEI, *Ibid.*, p. 786-787.

187 ARCIDIACONO, L.; CARULLO, A.; CASTORINA, E. *Diritto Costituzionale*. 2a Ed. CEDAM, 2013, p. 487-488.

188 ARCIDIACONO; CARULLO; CASTORINA. *Ibid.*, p. 490

189 Aqui vale ressaltar que a Itália não dispõe de mecanismos de combate à omissão inconstitucional como o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, tampouco o apelo ao legislador.

Uma das técnicas mais relevantes desenvolvidas pelo direito italiano que repercutiu em países como Portugal, Espanha e Alemanha é a chamada sentença manipulativa. Léo Brust¹⁹⁰ discorre sobre o desenvolvimento das sentenças manipulativas na jurisdição constitucional italiana afirmando que a lógica da evolução do sistema italiano progrediu gradualmente, desde a necessidade inicial para a legitimidade do Tribunal, que o levou a dar preferência pelas sentenças estimativas - para forçar o Judiciário a obedecê-los - e, em seguida, a sentenças, interpretativas, manipulativas e a modulação dos efeitos temporais de suas decisões. Uma vez consolidado integralmente o seu papel institucional, o Tribunal aceitou um maior protagonismo aos juízes, permitindo que estes decidam questões constitucionais, que anteriormente eram mantidas como sua competência exclusiva.

Ante o exposto, como objetivo de estudar as sentenças normativas, e em especial as aditivas, vejamos, brevemente, o desenvolvimento das inúmeras decisões na *Corte* italiana a fim de compreender a sua rica tipologia decisória que pode contribuir para reflexões sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de omissões normativas e sua parametrização.

2.2 - Tipos de decisão da *Corte Costituzionale*

O Tribunal Constitucional italiano pode adotar três tipos de decisões, nos termos da Lei 87/1953 que regulamenta a sua atuação, quais sejam: i) *sentenze*; ii) *ordinanza*; e iii) *decreto*. Em geral a *Corte* atua definitivamente através das *sentenças*, todos os outros provimentos de sua competência são realizados mediante *ordens*, com exceção dos atos do Presidente que são adotados por meio de *decretos*¹⁹¹.

O Tribunal tem pronúncias de caráter processual ou de mérito quando se trata de controle de constitucionalidade¹⁹². Em suma, não havendo vícios processuais, passa-

190 BRUST, Leo. La Sentencia Constitucional en Brasil. Universidad Salamanca. Facultad Derecho. Tesis Doctoral. 2011, p. 33.

191 MALFATI, Elena.; PANIZZA, Saule.; ROMBOLI, Roberto. Ibid., 2013, p. 123-124.

192 Com as decisões *processuais* ela avalia questões de ordem procedimental. Ao revés, no caso das decisões de *mérito* o Tribunal analisa a arguição/exceção de fato, que pode ser *fondata* ou *infondata*, levando a uma decisão de *accoglimento* ou *rigetto* da inconstitucionalidade. BELLOCCI, M.; GIOVANETTI, T. Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte Costituzionale.

se à análise do mérito, podendo ocorrer acolhimento ou rejeição da arguição/exceção de inconstitucionalidade.

Quanto às decisões *processuais*, três podem ser suas hipóteses de ocorrência: i) *restituição dos autos ao juízo a quo* (via incidental); ii) *inadmissibilidade simples ou manifesta* (via incidental ou direta); e iii) *extinção do processo*.

Na *restituição dos autos ao juízo a quo*, que tem origem jurisprudencial, a Corte, mediante *ordem*, pode determinar o envio dos autos para que o juiz analise elementos já existentes, ou seja, que já tinha condições de avaliar, mas que não foram devidamente perscrutados, ou ainda no caso de novos elementos que surgiram no decorrer do feito.

Essa segunda hipótese é a mais recorrente dentro desse tipo de decisão processual, pois geralmente ocorre nos casos de *jussupervenians* (*ordinanza* n. 247, *Corte Costituzionale*, 2014), eis que inúmeras vezes o direito constitui o objeto da questão de constitucionalidade¹⁹³. Outra possibilidade ocorre ainda quando o *iussupervenians* incide sobre o parâmetro de constitucionalidade indicado¹⁹⁴.

Quanto à decisão processual de *inadmissibilidade (simples ou manifesta)*, ela sempre é empregada quando a Corte reconhece que não pode adentrar ao mérito da questão (*sentenza*, n. 248, *Corte Costituzionale*, 2014)¹⁹⁵.

A jurisprudência do Tribunal assentou que existem hipóteses de *inadmissibilidade manifesta* o que ensejaria a utilização de *ordinanza* e não *sentenza*, implicando, formalmente, em uma fundamentação mais sucinta. Na prática, a própria *Corte* não possui uma separação bem definida entre ambas, de modo que ora se vale de uma ora de outra sem alteração da *ratio decidendi*¹⁹⁶. Em resumo, ambas são utilizadas quando algum vício procedimental impossibilita a análise do mérito do feito.

Podem ser citadas as seguintes hipóteses (não exaustivas): i) vício de *relevanza* no juízo *a quo* (*ordinanza* n. 462, *Corte Costituzionale*, 2006); ii) falta de legitimidade

QUADERNO PREDISPOSTO IN OCCASIONE DELL'INCONTRO DI STUDIO CON LA CORTE COSTITUZIONALE DI UNGHERIA. 2010, p. 04.

193 BELLOCCI, M.; GIOVANETTI, T., *Ibid.*, p. 04-05.

194 MALFATI, PANIZZA, ROMBOLI, *Ibid.*, p. 123/124.

195 MALFATI, PANIZZA, ROMBOLI, *Ibid.*, p. 128

196 MALFATI, PANIZZA, ROMBOLI, *Ibid.*, p. 128/129

ou incompetência do juízo *a quo* (*ordinanza* n. 388, *Corte Costituzionale*, 2006); iii) defeito de motivação pela ausência de individualização do dispositivo legal ou do parâmetro de constitucionalidade (*ordinanza* n. 210, *Corte Costituzionale*, 2006); ausência de tentativa de interpretação conforme à Constituição pelo juízo *a quo* (*ordinanza* n. 178, *Corte Costituzionale*, 2009); envio de questão que envolva escolha discricionária do legislador (*ordinanza* n. 198, *Corte Costituzionale*, 2009)¹⁹⁷.

Não se deve olvidar que o efeito preclusivo de nova provocação do Tribunal Constitucional somente ocorre em relação às decisões processuais de *inadmissibilitàde*, muito embora no caso da *restituição dos autos* tal efeito esteja ausente, o juízo *a quo* deve promover novo incidente de inconstitucionalidade perante à *Corte* trazendo novos fundamentos nos termos anteriormente determinados, sob pena de *inadmissibilitàde* (*ordinanza* n. 297, *Corte Costituzionale*, 2007)¹⁹⁸.

Por fim, cabe mencionar a existência das *decisões de extinção do processo*, que comumente ocorrem em casos de desistência da continuidade do feito, o que enseja a simples declaração da *Corte* neste sentido (*ordinanza*, n. 246, *Corte Costituzionale*, 2014).

Ultrapassadas as decisões *processuais*, vejamos as decisões de *mérito*. Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que a doutrina italiana não possui uma classificação uníssona no tocante às decisões de mérito da *Corte* (o que influencia diretamente na tipologia das sentenças normativas). Portanto, com o fito de racionalizar este estudo, buscamos utilizar a classificação adotada pela doutrina analisada neste tópico.

Como visto anteriormente, no caso das decisões de *mérito* o Tribunal analisa a arguição/exceção de fato, que pode ser *fondata* (fundada) ou *infondata* (infundada), levando a uma decisão de *accoglimento* (acolhimento) ou *rigetto* (rejeição) da inconstitucionalidade. A primeira decisão de mérito é a chamada *decisão de rigetto (por infondatezza semplice ou manifesta infondatezza da questão)*. Com a decisão de *rigetto* por *infondatezza semplice* a *Corte* declara que a suposta inconstitucionalidade suscitada pelo juízo *a quo* é infundada, ou seja, ocorre a rejeição da arguição/exceção de inconstitucionalidade.

197 BELLOCCI, GIOVANETTI, *Ibid.*, p. 07

198 MALFATI, PANIZZA, ROMBOLI, *Ibid.*, p. 129.

Há que se mencionar também a decisão de manifesta *infondatezza*, prevista no art. 29 da Lei 87/1953, feita mediante *ordinanza*. Assim como no caso de inadmissibilidade a própria *Corte* não possui uma separação bem definida entre a decisão de *rigetto* por *infondatezza semplice* ou *infondatezza manifesta*, de modo que ora se vale de uma ora de outra¹⁹⁹. Contudo, a doutrina entende que essa seria utilizada quando a exceção de inconstitucionalidade é de fácil constatação, ou de pronta solução, não havendo critérios precisos para sua utilização²⁰⁰.

Consequentemente, a questão que se impõe envolve a própria discricionariedade da *Corte* em analisar ou não alguns temas, de tal modo que a decisão de *manifesta infondatezza*, por não ter requisitos definidos, se torna um cheque em branco com o fito de agilizar os trabalhos do Tribunal, eis que, como a decisão ocorre através de *ordinanza*, basta uma manifestação sucinta²⁰¹.

Ambas as pronúncias, contudo, têm eficácia *inter partes*, isto é, o dispositivo questionado pode ser levado à *Corte* novamente por outro juízo ou pelo mesmo juízo em outro processo. Portanto, uma questão de inconstitucionalidade já declarada infundada através de rejeição, pode vir a ser posteriormente acolhida e declarada inconstitucional, em virtude de possíveis mudanças sociais ou jurídicas. Citemos como exemplo a mudança de orientação do Tribunal quanto à criminalização do adultério somente da esposa prevista no código penal, passando posteriormente a reconhecer a sua inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade (*sentenza*, n. 64, *Corte Costituzionale*, 1961 e *sentenza*, n. 126, *Corte Costituzionale*, 1968)²⁰².

Em seguida, temos as *decisões interpretativas de rigetto*. Tais decisões são as primeiras que representam uma alternativa criativa à simples declaração de *fontatezza* ou *infondatezza* da inconstitucionalidade (*sentenza*, n. 46, *Corte Costituzionale*, 2010)²⁰³.

199 BELLOCCI, GIOVANETTI. *Ibid.*, p. 9/10.

200 MALFATI, PANIZZA, ROMBOLI. *Ibid.*, p. 131.

201 MALFATI, PANIZZA, ROMBOLI, *Ibid.*, p. 132.

202 BELLOCCI; GIOVANETTI, *Ibid.*, p.09.

203 BELLOCCI; GIOVANETTI, *Ibid.*, p. 09-10.

Nessa hipótese a Corte realiza uma decisão de *rigetto* por *infondatezza semplice*, todavia, fornece ao mesmo tempo uma interpretação à disposição questionada idônea à salvá-la da inconstitucionalidade. Em outros termos, a questão de inconstitucionalidade somente pode ser declarada infundada desde que o Tribunal Constitucional dê uma interpretação conforme à Constituição²⁰⁴.

A sentença *interpretativa di rigetto* surge como uma alternativa para salvar a lei da declaração de inconstitucionalidade, evitando, assim, um vácuo normativo, de modo a preservar não só o ordenamento jurídico, mas também os princípios constitucionais e a presunção de constitucionalidade da norma (*sentenza*, n.8, *Corte Costituzionale*, 1956)²⁰⁵. Geralmente se reconhece tal tipo de decisão em razão de previsão no dispositivo da sentença afirmando a subordinação da rejeição à necessidade de interpretação conforme: “*Nei sensi di cui in motivazione*”²⁰⁶. Roberto Romboli ressalta que tal técnica de decisão vem perdendo espaço em razão da inovação jurisprudencial criada pela *Corte Costituzionale*, ou seja, trata-se já mencionada necessidade do juízo *a quo* realizar interpretação conforme antes de enviar a questão ao Tribunal, sob pena de inadmissibilidade.

Em outros termos, caso o juiz não realize interpretação conforme, caberia à Corte fazê-lo mediante decisão *interpretativa di rigetto*, todavia, a sua jurisprudência atual não permite que isso ocorra em razão daquele requisito jurisprudencial, ensejando, assim, como visto, a *manifesta inammissibilità* em sede processual²⁰⁷.

Como tal espécie de decisão é uma criação jurisprudencial, o juiz *a quo* não está obrigado a seguir o entendimento criado pela Corte para salvar a norma da inconstitucionalidade, contudo, se não o fizer, deverá novamente enviar o caso ao Tribunal para que ele declare a norma inconstitucional. Tal fenômeno é chamado de “*doppia pronuncia*” eis que a *Corte* é obrigada a se manifestar duas vezes sobre o mesmo feito, daí a afirmação de Romboli no sentido de que o juiz deve colaborar com o

204 BELLOCCI; GIOVANETTI, *Ibid.*, p. 10.

205 BELLOCCI; GIOVANETTI, *Ibid.*, p. 10

206 MALFATI; PANIZZA; ROMBOLI, *Ibid.*, p. 133.

207 MALFATI; PANIZZA; ROMBOLI, *Ibid.*, p. 133.

Tribunal Constitucional com o objetivo de evitar a simples declaração de inconstitucionalidade e a criação de um vazio no ordenamento²⁰⁸.

Analisadas as decisões que declaram a constitucionalidade da lei, passemos as decisões que declaram a inconstitucionalidade, adentrando, portanto, nas sentenças normativas. A primeira delas já foi mencionada inúmeras vezes, trata-se da decisão de *accoglimento (incostituzionalità)*, que, em síntese, declara a inconstitucionalidade seja *total* ou *parcial*.

Para tanto, a *Corte* sempre se vale de *sentenza* afirmando que a disposição questionada está em desconformidade com a Constituição, nos termos do art. 136 do Texto Maior italiano. A lei perde seu efeito no dia seguinte à publicação no diário oficial e a decisão tem eficácia *erga omnes*, obrigando todos os juízes a não aplicar a norma declarada inconstitucional²⁰⁹.

Dentro da categoria de decisão de *accoglimento* podemos individualizar dois subtipos: i) *accoglimento total*; ii) *accoglimento parcial* (que se subdivide em *textual* e *interpretativo*). *Inconstitucionalidade total* ocorre quando o Tribunal elimina do ordenamento a norma sem qualquer possibilidade de significado compatível com a Constituição²¹⁰. Ao revés, a *inconstitucionalidade parcial* pode ser subclassificada como: i) *ilegitimidade parcial textual*; e ii) *ilegitimidade parcial interpretativa*.

A primeira ocorre quando se realiza a redução do texto normativo²¹¹, seja de frases, palavras ou locuções, onde comumente é especificado no dispositivo da sentença “*limitatamente alle parole*” (*sentenza*, n. 71, *Corte Costituzionale*, 2008).

A segunda seria quando a *Corte* tem uma pronúncia declarativa inconstitucional de dada disposição *na parte em que prevê, estabelece, ou dita um certo comando normativo, ou ainda na parte em que se refere* a certo caso. Em outras palavras, o dispositivo permanece inalterado, havendo uma mera redução de seu

208 MALFATI; PANIZZA; ROMBOLI, *Ibid.*, p. 135.

209 BELLOCCI, GIOVANETTI, *Ibid.*, p. 12.

210 BELLOCCI, GIOVANETTI, *Ibid.*, p. 12.

211 Poderíamos comparar tal decisão à declaração de inconstitucionalidade parcial com redução de texto.

conteúdo normativo ou seu âmbito de aplicação em razão da inconstitucionalidade (*sentenza*, n. 123, *Corte Costituzionale*, 2009)²¹².

Ainda com relação às decisões de *accoglimento*, cumpre ressaltar a existência da decisão *interpretativa di accoglimento*²¹³ que consiste em uma declaração de inconstitucionalidade de uma determinada interpretação daquele dispositivo, deixando, portanto, o juiz livre para seguir qualquer uma das outras²¹⁴.

Tal espécie de decisão foi utilizada inicialmente nos primeiros 10 anos de atuação da *Corte*, como resposta ao não cumprimento das *decisões interpretativas di rigetto*. Ou seja, como naquelas a Corte indicava que havia uma inconstitucionalidade, contudo, ao realizar interpretação conforme conseguia salvar a lei, nestas o Tribunal declara a inconstitucionalidade exatamente daquela interpretação que havia sido objeto em sede de decisão *di rigetto*, não totalmente, mas somente de uma dada interpretação²¹⁵. Logo, surgiu como uma forma de racionalizar os trabalhos diante da “*doppia pronuncia*” e também de fazer valer suas decisões.

Como se trata de decisão de *accoglimento* tem efeitos *erga omnes* e vinculantes. Todavia, atualmente é quase abandonada pela *Corte* em razão da teoria do direito vivente e também pela ausência de decisões interpretativas *di rigetto* mencionadas, o que acaba ensejando a simples declaração de inconstitucionalidade (total ou parcial)²¹⁶.

212 BELLOCCI, GIOVANETTI, *Ibid.*, p. 13.

213 A nosso sentir, parece que tal técnica de decisão é compatível à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto presente no Direito pátrio.

214 MALFATI, PANIZZA, ROMBOLI, *Ibid.*, p. 135.

215 BELLOCCI, GIOVANETTI *Ibid.*, p. 14.

216 BELLOCCI, GIOVANETTI, *Ibid.*, 14

2.3 - Sentenças normativas

Existem decisões de *accoglimento* (inconstitucionalidade) que merecem maior destaque, são as chamadas, *decisões manipulativas*, as quais se dividem em *aditivas*, *substitutivas*, havendo doutrina que ainda traz como espécie as *reduativas*²¹⁷.

Na doutrina italiana, conforme lição de Paiva²¹⁸, houve, durante algum tempo, extensa divergência acerca do correto termo a ser utilizado. Delfino chamou-as decisões criativas, Rizza, decisões intermédias, Paladin definiu-as como decisões integrativas²¹⁹.

Tais sentenças são assim denominadas em virtude da possibilidade de adição, substituição ou redução do conteúdo normativo do preceito questionado, não havendo um consenso sobre a terminologia. Autores como Rui Medeiros e Jorge Miranda adotam o termo “modificativas” e ainda existem aqueles que afirmam serem estas decisões criativas²²⁰.

A par de tais definições, era majoritária a referência às decisões estimatórias interpretativas e integrativas; contudo, por fim, formou-se um consenso relativo no sentido de defini-las como espécie do gênero decisões manipulativas²²¹.

Destarte, as sentenças manipulativas em contraposição às sentenças simples - *rigetto* ou *accoglimento* –, consistem em decisões que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento.

Por meio das *decisões manipulativas* a *Corte*, após declarar a inconstitucionalidade da norma, procede a uma modificação e integração da disposição

217 Há doutrina nacional e estrangeira que inclui às sentenças manipulativas as chamadas sentenças de redução, junto das aditivas e das substitutivas (STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. RT. 2013, p. 759 e TAVARES, André Ramos. *Justiça Constitucional e suas fundamentais funções*. Revista de Informação Legislativa - Brasília a. 43 n. 171 jul./set. 2006, p. 38/39). Todavia, adotamos o entendimento de que a sentença redutiva seria mais próxima de uma declaração de inconstitucionalidade por ação.

218 PAIVA, Paulo Frederico. *Decisões com perfil aditivo não contrariam Constituição*. Revista Conjur, 01 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-01/decisoes-perfil-aditivo-nao-sao-contrarias-constituicao>> Acesso em: 22 novembro de 2021.

219 São também chamadas de sentenças intermédias exatamente porque se situam entre as decisões de simples acolhimento ou de rejeição da inconstitucionalidade.

220 BRUST, Leo. *A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas*. Rev. direito GV [online]. 2009, vol.5, n.2, pp. 507-526

221 PAIVA, Op. Cit.

em questão, de modo que a norma sai do Tribunal com um conteúdo diverso daquele originário²²².

Para fins de conceituação inicial, a chamada sentença manipulativa de efeitos aditivos é uma das técnicas mais relevantes para “salvar” a lei de uma inconstitucionalidade ou assegurar direitos não exequíveis por uma omissão, tendo seu berço no direito constitucional italiano. As sentenças aditivas na tradição italiana adicionam conteúdo normativo a algo que já existe, ou seja, complementam a legislação em vigor para que seja compatível com a Constituição quando há um comando *a rime obbligate*. Já as sentenças substitutivas possuem, uma dupla fase: i) primeira ablativa de declaração de inconstitucionalidade; e ii) uma segunda criativa de substituição do vazio perigoso.

Há entendimento de que a expressão “manipulação” do conteúdo normativo ou “sentenças/decisões manipulativas” gera uma carga negativa à atuação jurisdicional²²³, de modo que Zagrebelsky sugere a utilização do termo “reconstrutivas”.

Em âmbito nacional, Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello²²⁴ também defendem que o termo “manipulativas” traz uma carga negativa, e estabelecem a seguinte classificação: a decisão “construtiva” é gênero, e seriam suas espécies a decisão aditiva e a decisão substitutiva. Concordamos com os autores em parte, mas acreditamos que a razão se encontra no meio termo, pelos seguintes fundamentos.

O termo “reconstrutivo”, contudo, parece que se adequa melhor à decisão substitutiva, devendo funcionar como espécie e não como gênero, eis que nesta decisão, por natureza, há uma fase demolitória e outra reconstrutiva. A ideia de reconstrução, a nosso sentir, tampouco se adéqua às sentenças aditivas, parecendo melhor utilizar o termo construtivas para este tipo de decisão, eis que na tradição italiana, a sentença aditiva adiciona conteúdo normativo à lei ou norma já existente, de modo que não

222 MALFATI, PANIZZA, ROMBOLI, Op. Cit., p. 136

223 ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2018. p. 229-230.

224 BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. PAPEL CRIATIVO DOS TRIBUNAIS – TÉCNICAS DE DECISÃO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. *Revista da AJURIS – Porto Alegre*, v. 46, n. 146, Junho, 2019, p. 310.

haveria como se falar em reconstrução para esta espécie de decisão sem uma fase prévia ablativa.

Assim, acreditamos que a nomenclatura de decisões normativas, em vez de manipulativas, como gênero e, construtivas (aditivas) e reconstrutivas (substitutivas) como espécies, se amolda melhor à ideia de criação judicial do Direito, que, ao fim e ao cabo é a consequência dessas espécies decisórias, e possibilita uma melhor identificação e adequação às suas subespécies, refletindo, assim, não só o efeito da decisão (construir conteúdo normativo, ou reconstruir conteúdo normativo), mas também seus pressupostos (se já existe lei ou norma, ou se há uma fase prévia ablativa/demolatória e uma fase posterior reconstrutiva). Entretanto, em razão dos termos já serem consagrados pela doutrina e jurisprudência, podem igualmente ser utilizados os termos originais: sentença manipulativas como gênero, e aditivas e substitutivas como espécies.

Tendo em vista a crescente atuação do STF de forma criativa, e levando em conta a profundidade do instituto, cumpre analisar de forma ordenada, sua origem, desenvolvimento, bem como os requisitos para que possa ser prolatada na jurisdição italiana.

2.3.1 - Origem e desenvolvimento na Itália

Primeiramente, tendo em vista a tipologia do instituto, utilizaremos a nomenclatura de *sentenças aditivas* em referência às “*sentenças aditivas tradicionais*”. Nesta parte inicial, optamos por utilizar a nomenclatura clássica, sem alterar a concepção cunhada pela doutrina italiana e pela Corte Constitucional da Itália, a fim de analisar as bases e o desenvolvimento do instituto em sua concepção original.

Optamos pela seguinte nomenclatura e classificação acompanhando parte da doutrina italiana²²⁵: sentença manipulativa é gênero que tem como espécies a sentença substitutiva e a sentença aditiva. Além disso, existem quatro subespécies de sentenças aditivas: i) sentença aditiva de prestação; ii) sentença aditiva de procedimento; e iii) sentença aditiva de princípio; iv) sentença aditiva de garantia.

225 Adotamos como base a doutrina já citada de BELLOCCI, GIOVANETTI, e MALFATI, PANIZZA, ROMBOLI.

A sentença aditiva (clássica ou tradicional) surge diante da omissão do Parlamento italiano em conformar a antiga ordem infraconstitucional fascista com a Constituição de 1947, haja vista a permanência desta legislação pré-constitucional mesmo depois da entrada em vigor da nova Carta²²⁶. Logo, através dela, buscou remover, de forma menos traumática à estrutura do ordenamento, a legislação residual fascista²²⁷.

Parece que por não dispor de instrumentos constitucionais específicos para tratar da inconstitucionalidade por omissão (como ADO e o MI) a Corte acabou criando tal técnica de decisão. Além disso, a prolação de sentenças aditivas buscou resguardar a própria presunção de constitucionalidade das leis, de modo a evitar uma declaração de inconstitucionalidade que pudesse vir a gerar uma perigosa lacuna no ordenamento no caso de uma norma deficiente²²⁸.

Vale dizer, neste período podemos verificar sua utilização no caso de omissão inconstitucional parcial. Roberto Romboli²²⁹ esclarece que a jurisprudência constitucional da Corte, sempre com a finalidade de evitar a rígida opção de declaração de inconstitucionalidade ou falta de fundamento, elaborou as chamadas sentenças manipulativas para que pudesse modificar ou integrar as disposições submetidas a sua jurisdição de um modo que estas passassem pelo juízo constitucional com um alcance normativo e um conteúdo diferente do originário.

Como destaca Israel²³⁰, mais do que uma forma de integração e preservação do ordenamento, as sentenças aditivas ganharam força principalmente na Itália em razão do dogma da soberania das leis nunca ter gozado de grande tradição nem força, o qual cedeu facilmente à supremacia da Constituição. De maneira adicional, os vícios negativos do regime parlamentarista italiano golpearam com mais força do que qualquer outra democracia ocidental o prestígio do legislador. Cujas atividades foram marcadas pela

226 CAMPOS, Carlos Alexandre de. Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa. DPU Nº 42 –Nov-Dez/2011, p. 25.

227 ANGELONE, Ibid., p 563.

228 ANGELONE, Ibid., p. 566.

229 ROMBOLI, Roberto. El Control de Constitucionalidad de las leyes in Italia. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, num. 4. 2º semestre, 1999, p. 14.

230 ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos. Revista da PGBC – v. 5 – n. 2 – dez. 2011, p. 27.

‘partidocracia’ e inércia. A jurisdição constitucional não permitiu que ocorresse, em momento algum, o típico temor do ‘governo de juizes’ já que o Tribunal Constitucional italiano conquistou um papel estelar na realidade democrática em que atua e, à diferença de outros Tribunais Constitucionais europeus, não se preocupa em dissimular seu poder criativo: reconhece sem receios sua jurisprudência como fonte de Direito; tende a se desligar com facilidade das regras de interpretação e entende a interpretação constitucional desde o realismo jurídico, sobre métodos dedutivos, em particular histórico-evolutivo²³¹.

A *Corte Costituzionale* tem uma atuação reconhecidamente criativa²³² através de sentenças aditivas sem que isso tenha gerado uma anarquia institucional ou conflitos entre os Poderes. Todavia, evidentemente, a evolução do paradigma italiano de forma gradativa, sem instrumentos próprios de controle das omissões, contribuiu para que tal atuação fosse aceita como solução para aquela dada realidade.

É possível a utilização de decisões manipulativas de efeitos aditivos, levando-se em conta três fatores: a) a existência de uma Carta política de perfil marcadamente programático e destinada a progressivo desenvolvimento; b) a permanência de um ordenamento jurídico-positivo com marcados resquícios autoritários; c) a ineficácia do Legislativo para responder, em tempo adequado, às exigências de atuação da Constituição; e d) a conformação do ordenamento preexistente ao novo regime constitucional²³³.

Tais fatores parecem se enquadrar à realidade brasileira, maxime com as questões peculiares da jurisdição nacional e das dificuldades politico-institucionais. Contudo, não nos parece possível fazer um transporte acrítico do instituto, como será visto.

231 ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos. Revista da PGBC – v. 5 – n. 2 – dez. 2011, p. 27.

232 Em consulta ao seu sítio eletrônico, encontramos no campo “Le Funzioni” a “Dichiarazione di incostituzionalità e suoi effetti” referência à possibilidade de prolação de sentenças aditivas, segundo a qual esta técnica de decisão de alguma forma, reescreve a lei para torná-la compatível com a Constituição, uma vez que envolvem a inserção de novos elementos na lei - sempre derivada da Constituição ou outras leis - necessárias para adaptá-la aos princípios constitucionais.

233 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ibid.*, 2012, p. 1938.

2.3.2 - Requisitos e *iter procedimental*

As sentenças aditivas, como espécie do gênero manipulativas, são aquelas que reconhecem a falta de elemento normativo necessário para que a norma em julgamento esteja de acordo com a Constituição e que acrescentam a essa norma o elemento ausente, que pode ser outra norma ou princípio constitucional do ordenamento jurídico.

Não há criação livre de direito novo, mas uma dedução de conteúdo normativo dos princípios presentes no ordenamento jurídico, e destacadamente da sua norma fundamental: a manipulação, em outros termos, ocorre (e somente pode ocorrer) a “*rime obbligate*”²³⁴.

Isso significa que à norma tida como inconstitucional é complementada com o objetivo de sanar o vício de inconstitucionalidade. Através das *decisões/sentenças aditivas* a Corte declara inconstitucional uma certa disposição em razão de omitir algo que seria necessário para ser compatível com a Constituição. Logo, com vistas a tornar a norma compatível ao Texto Maior e preservar sua presunção *juris tantum* de constitucionalidade, o Tribunal adiciona conteúdo normativo ao dispositivo²³⁵.

A sentença aditiva pode ser utilizada quando restar patente uma inconstitucionalidade por omissão, com o objetivo de assegurar o exercício de direitos previstos na Constituição, através de regras ou princípios, ou para preservar a lei quando esta necessitar de uma adição ao seu conteúdo para continuar em vigor. Assim, utilizando uma sentença aditiva, a Corte prolata decisão de cunho normativo apta a concretizar o que já constava no texto constitucional de forma obrigatória (*a rime obbligate*).

Entre os primeiros exemplos, podemos mencionar a *sentenza* 190 de 1970 que declarou a omissão inconstitucional da disposição que previa a presença do Ministério Público no interrogatório do acusado. O motivo da inconstitucionalidade não residia no teor do dispositivo, mas sim, naquilo que ele não contemplava, ou seja, a necessária presença do defensor do acusado no mesmo interrogatório. Sendo assim, a Corte introduziu tal disposição ao Código Penal Italiano com o objetivo de conformar tal regra à Constituição.

234 BELLOCCI, M.; GIOVANETTI, Ibid., p.19.

235 MALFATI; PANIZZA; ROMBOLI, Ibid., p. 136.

A doutrina italiana²³⁶ é pacífica no sentido de que as sentenças aditivas não têm o condão de interferir no caso de reservas absolutas do legislador tal como ocorre no campo das infrações penais, da instituição e majoração de tributos e da fixação de remuneração de servidores públicos²³⁷.

Vale ressaltar que a Lei 87 de 1953 que regulamenta a atuação da Corte, traz no seu art. 28 uma cláusula de *self-restraint*, tornando-se um limite à intervenção criativa por via aditiva, de modo a fazer com que a Corte Constitucional italiana respeite a discricionariedade do legislador, excluindo qualquer valoração de natureza política do seu objeto de controle.

Podemos afirmar, portanto, que este seria um pré-requisito para a Corte se valer de tal técnica, que, como visto, pode levar a uma decisão de inadmissibilidade simples ou manifesta: envio de questão que envolva escolha discricionária do legislador (*ordinanza* n. 198, *Corte Costituzionale*, 2009).

O segundo pré-requisito, ou pressuposto negativo, para que a Corte faça uma sentença aditiva é a impossibilidade de realizar interpretação conforme²³⁸ já que a jurisprudência da Corte delegou tal competência ao juiz ordinário, como visto anteriormente.

Portanto, deve ser necessária a adição de conteúdo normativo para salvar a norma da declaração de inconstitucionalidade, não sendo o caso de matérias reservadas à discricionariedade política do legislador, tampouco é possível sentença aditiva em sendo o caso de interpretação conforme.

Para que seja possível a prolação de sentenças aditivas, dois outros requisitos devem ser observados: i) a existência de omissão legislativa²³⁹ inconstitucional; e ii) a identificação de uma solução normativa constitucionalmente obrigatória (*rime*

236 BELLOCCI, M.; GIOVANETTI, Ibid., p. 16; MALFATI; PANIZZA; ROMBOLI, Ibid., p. 136.

237 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. Revista de Direito Público, Porto Alegre, ano IV, n. 13, jul./ago./set.2006, p. 35/73.

238 BELLOCCI, M.; GIOVANETTI, Ibid., p.15.

239 E aqui relembrando que a omissão legislativa pode também recair sobre o Chefe do Poder Executivo ou ao Poder Judiciário quando estes tiverem a competência para iniciar o processo legislativo. Para mais informações ver capítulo 2, (DOUGLAS, William; ARAÚJO, Eugênio Rosa de; CHAVES, André Luiz Maluf. Omissão inconstitucional e revisão geral anual dos servidores públicos: razões pelas quais o STF deve dar cumprimento ao art. 37, X, da Constituição Federal. 3ª Ed, Niterói: Impetus, 2017).

obbligate, na expressão cunhada por Crisafulli, deve ser fruto de uma solução constitucionalmente obrigatória e não de um juízo discricionário).

Verifica-se, à luz do exposto, que a norma será inconstitucional (por omissão) - *enquanto não estabelece ..., ou não prevê ... ou omite... ou não inclui ... ou exclui...* algo que deveria incluir para ser compatível com a Constituição – ensejando, assim, o exercício subsidiário de função normativa pela Corte Constitucional, sempre nos termos da solução normativa extraída da Constituição.

Silvestri²⁴⁰ ao tratar das sentenças aditivas, afirma que o seu *iter* procedimental se divide em três partes: i) o reconhecimento da insuficiência do texto normativo em relação à Constituição; ii) a abstrata criação daquilo que deveria existir para que o texto possa ser constitucional; e iii) a adição do conteúdo necessário para tornar a norma constitucional.

Sistematizando, são condições para prolação de sentenças aditivas no Direito italiano: I - Pressupostos negativos: a - Ausência de matérias reservadas à discricionariedade política do legislador; b – Impossibilidade de realizar interpretação conforme; II - Pressupostos positivos: a – Existência de uma omissão inconstitucional; b – Existência de uma solução constitucionalmente obrigatória (*a rimme obbligate*); c – Reconhecimento da insuficiência do texto para que seja compatível com a Constituição; ou d – violação de um direito decorrente da omissão parcial.

Assim, ultrapassados esses pressupostos, a Corte realiza uma abstrata criação com posterior adição de conteúdo visando salvar a lei de um vazio perigoso, ou assegurar um direito violado em decorrência de uma omissão. E finalmente, deve ainda constar no dispositivo no acórdão afirmando que: a norma será inconstitucional (por omissão) - *enquanto não estabelece ..., ou não prevê ... ou omite... ou não inclui ... ou exclui...* algo que deveria incluir para ser compatível com a Constituição.

240 1985, p. 765, *apud*, ANGELONE, *Ibid.*, p. 579.

2.3.3 - Tipologia específica das sentenças normativas: prestação, procedimento, princípio e garantia

Seguindo a doutrina já mencionada como referência²⁴¹, podemos citar três tipos específicos de sentenças normativas construtivas (aditivas): i) *sentenças aditivas de prestação*; ii) *sentenças aditivas de procedimento*; e iii) *sentenças aditivas de princípio*. Valéria Piergigli²⁴² ainda ressalta a existência da *sentença aditiva de garantia*.

Em determinados casos quando a Corte proleta uma sentença aditiva, pode ocorrer uma particularidade, isto é, a adição de conteúdo gera uma prestação a cargo dos Poderes Públicos, por isso se fala em *sentença de prestação*. Esse tipo de decisão está ligado ao postulado de *Welfare State*, e normalmente ocorre no caso de extensão de benefícios a uma determinada categoria inicialmente não contemplada. Em todo caso, há inevitável reflexo de ordem financeira²⁴³.

Quando o Tribunal se depara com um caso de criação ou aumento de despesa deve sempre levar em consideração o equilíbrio entre os direitos garantidos e o princípio da correta gestão das finanças públicas. Tendo em vista tal linha tênue, nem sempre a Corte, no caso de violação do princípio da igualdade, estende a disciplina mais favorável à categoria prejudicada, ante a impossibilidade de se saber o montante de recursos disponíveis, bem como o conflito gerado pela interferência na competência orçamentária do Governo e do Parlamento²⁴⁴. Sendo assim, em alguns casos o Tribunal acabou retirando o benefício contestado, “nivelando por baixo” a categoria, ao invés de estender sua concessão (*sentenze*, n. 99, *Corte Costituzionale*, 1995).

Todavia, em outros casos, a *Corte*, de fato, tendo em vista a questão dos direitos sociais, do princípio da igualdade e da inafastabilidade do controle jurisdicional²⁴⁵, prolatou sentenças que geraram custos ao Governo, sobretudo em matéria de emprego público, previdência social e assistência pública. Tais pronúncias

241 BELLOCCI, M.; GIOVANETTI, Ibid., p. 16; MALFATI; PANIZZA; ROMBOLI, Ibid., p. 136.

242 PIERGIGLI, Valeria. Qual a proteção para os sujeitos vulneráveis em tempos de crise? Algumas respostas da Corte Constitucional. Traduzido por André Luiz Maluf. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 14, n 45, jan/jun, 2020, p. 225-242.

243 BELLOCCI, M.; GIOVANETTI, Ibid., p. 16.

244 BELLOCCI, M.; GIOVANETTI, Ibid., p. 16.

245 IANNUCILLI, Ibid., 2008, p. 11.

são uma resposta ao comportamento omissivo do Parlamento, com o objetivo de evitar a violação da Constituição²⁴⁶.

A título de ilustração, podemos mencionar a sentença n. 28 de 2009, onde a Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 1, *comma* 3, da lei 25 de fevereiro de 1992, n. 210, (que tratava da indenização em favor daqueles que foram prejudicados por complicações irreversíveis decorrentes de vacinação obrigatória, transfusão de sangue ou injeções) na parte em que não previa que a indenização mencionada também se aplicava aos sujeitos que apresentavam danos irreversíveis derivados de hepatite contraída após transfusão de sangue.

As *sentenças aditivas de procedimento* se assemelham, sob o ponto de vista estrutural, às sentenças aditivas tradicionais ou, algumas vezes, às de princípio. A mudança ocorre no conteúdo da adição, que tem precipuamente como objeto o procedimento de formação da lei posta sob do juízo de inconstitucionalidade ou - mais frequentemente - de outros atos disciplinados pela mesma lei. Em outras palavras, a Corte adiciona conteúdo normativo às disposições de caráter procedimental, com a finalidade de inserir momentos ou fases dentro do *iter*²⁴⁷.

Tal tipo de decisão tem grande relevância na jurisdição constitucional italiana, diante dos constantes conflitos entre Estado e Regiões (*sentenza*, 219, Corte Costituzionale, 2005), podendo incidir abstratamente sobre qualquer procedimento, sendo comumente utilizada na via direta de controle de constitucionalidade²⁴⁸.

Como visto, as sentenças aditivas pressupõem a existência de uma única solução capaz de tornar a norma inconstitucional compatível com a Constituição. Todavia, ocorrem hipóteses onde o juízo de inconstitucionalidade entra em conflito com a discricionariedade do legislador na individualização de uma dentre as inúmeras soluções aptas a conformar a norma com a Constituição²⁴⁹. Daí surge a chamada *sentença aditiva de princípio*.

246 BELLOCCI, M.; GIOVANETTI, Ibid., p. 17.

247 BELLOCCI, M.; GIOVANETTI, Ibid., p. 18.

248 BELLOCCI, M.; GIOVANETTI, Ibid., p. 18.

249 BELLOCCI, M.; GIOVANETTI, Ibid., p. 19.

Nestes casos, a Corte, constatada uma omissão inconstitucional da disposição objeto do juízo, ao invés de adicionar uma regra específica - como ocorre nas sentenças aditivas tradicionais - indica um princípio geral que deve ser implementado através do Legislativo na criação da futura norma, mas também pelos juízes na decisão de casos concretos enquanto perdurar a mora do legislador²⁵⁰.

Cria-se, portanto, um diálogo entre a *Corte Costituzionale*, o Parlamento e os juízes ordinários, de modo que a sentença aditiva de princípio se torna um importante mecanismo de cooperação na busca pela efetividade constitucional (*sentenze* nn. 385, 2005 e 77, 2007, *Corte Costituzionale*).

Tais casos são mais adequados para situações de omissão total do legislador, desde que não se trate de situação de absoluta ingerência política, diante da forte intervenção judicial que se cria em tais casos, o que é amenizado ao utilizar uma sentença normativa de princípio em vez de uma sentença normativa tradicional, cujas regras são estabelecidas pelo Judiciário sem um diálogo necessário.

Contudo, mister ressaltar a crítica feita pela doutrina²⁵¹ à jurisprudência, no sentido de que a escolha de um princípio geral confere uma grande liberdade interpretativa à magistratura, causando decisões divergentes, de modo que a adoção de um princípio específico, como se fosse uma regra, garante uma maior segurança jurídica.

Em suma, consoante exposto em ponto anterior, quando se trata de *omissão específica* ou *parcial* (uma única solução possível – ou, conforme a classificação proposta, se trata de uma *omissão definida*) a *Corte* comumente se vale de uma sentença aditiva *tradicional*, ou de *garantia*, ou de *prestação*, todavia, em caso de uma *omissão genérica* (mais de uma solução possível ou uma omissão *indefinida*) utiliza uma sentença aditiva de *princípio* exatamente por estar diante de uma margem de discricionariedade do legislador²⁵².

As *sentenças aditivas de garantia* surgiram na década de 90 sendo decorrentes das sentenças aditivas de prestação. Diferentemente daquelas, as sentenças de garantia

250 MALFATI; PANIZZA; ROMBOLI, *Ibid.*, p. 142.

251 MALFATI; PANIZZA; ROMBOLI, *Ibid.*, p. 142.

252 IANNUCILLI, *Ibid.*, p. 16.

não geram custos para o Estado, apenas se limitam a estabelecer a aquisição de uma situação jurídica passiva favorável. Neste sentido afirma Valeria Piergigli que as sentenças aditivas de prestação, experimentadas nos anos 80, e substituídas no decênio sucessivo, pelas chamadas sentenças aditivas de garantia, que, diferentemente das primeiras, não comportam a aquisição de prestação ou direitos de conteúdo patrimonial em favor de categorias de sujeitos ilegitimamente preteridos, se limitam a estabelecer a aquisição às custas do Estado de uma situação jurídica passiva²⁵³.

Tal sentença é aquela que, *a priori*, gera menor ônus institucional para a Corte Constitucional, eis que apenas expande o alcance da norma jurídica para grupo ou categoria comumente não atingido pela norma, o que inexoravelmente revela uma violação do princípio da igualdade. Trata-se, assim, de clássica hipótese que irá incidir no caso de omissão inconstitucional parcial relativa.

Destarte, verificamos que a *Corte Costituzionale* tem uma atuação reconhecidamente criativa através de sentenças aditivas sem que isso gera uma anarquia institucional ou um receio de um suposto governo de juízes.

Se por meio das *decisões/sentenças aditivas* a Corte declara inconstitucional uma certa disposição em razão de omitir algo que seria necessário para ser compatível com a Constituição, no caso das *decisões substitutivas*, estas representam uma forma ainda maior de atuação criativa do Tribunal, eis que se dividem em duas fases, uma demolitória e outra reconstrutiva. Isto é, em um primeiro momento a Corte declara a norma inconstitucional, de modo que se cria um vazio no ordenamento, ante tal fato, o Tribunal, de forma criativa, determina a regra que irá reger a matéria ocupando aquele espaço de acordo com os princípios constitucionais (*sentenza*, n. 15, *Corte Costituzionale*, 1969)²⁵⁴.

Para elucidar a questão à luz do modelo pátrio, podemos citar o caso da ADI 4.650 que envolvia o financiamento público de campanhas e a regulamentação pelo TSE após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF²⁵⁵.

253 PIERGIGLI, *Ibid.*, p. 08.

254 MALFATI; PANIZZA; ROMBOLI, *Ibid.*, p. 136.

255 É cediço que tramitou no Supremo Tribunal Federal a ADI 4.650, na qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) questionava a legislação que tratava do financiamento de

Da análise feita, percebe-se, claramente, tanto em sede processual quanto de mérito, o esforço da *Corte Costituzionale* em criar mecanismos para evitar que uma norma seja simplesmente declarada inconstitucional e produza um vazio no ordenamento, sobretudo pelo receio da mora do Parlamento.

As situações comumente tratadas pela doutrina e pela jurisprudência envolvem casos de *omissão definida e indefinida*, *omissão decorrente de ablação*, *omissão parcial relativa* e *omissão parcial propriamente dita* e *omissão total* com a utilização de sentenças aditivas (normativas construtivas) de princípio, clássicas, de garantia, de prestação, ou substitutivas (normativas reconstrutivas) a depender do tipo de omissão.

Ressalte-se que o caso de omissão total é raramente apreciado pela Corte, face à cláusula de discricionariedade política do legislador, e, nos casos em que é apreciada, utiliza-se a sentença aditiva de princípio. A maioria dos casos envolvem situações de omissão parcial ou relativa, o que denota alguma jurisprudência defensiva nesse aspecto.

Do escorço também é possível inferir que a doutrina e a jurisprudência da Corte Constitucional italiana não adentram em questões mais tormentosas inerentes à jurisdição brasileira como o caso de *omissão por proteção deficiente* ou mesmo de *omissão decorrente de falhas estruturais* ou *omissão anacrônica do constituinte*, de modo que tais situações podem sofrer contributos do modelo italiano, mas sem um acoplamento idêntico.

partidos políticos e campanhas eleitorais (Leis 9.096/1995 e 9.504/1997). Na referida ADI, foram atacados dispositivos da Lei das Eleições (Lei 9.504/1997) e da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/1995), que tratam de contribuições de pessoas jurídicas e pessoas físicas para campanhas. Conforme o pleito feito pela entidade requerente, buscava-se a declaração de inconstitucionalidade de inúmeros dispositivos. Todavia, guarda pertinência o item e.5 do pedido: “e.5 - seja instado o Congresso Nacional a editar legislação que estabeleça (1) limite per capita uniforme para doações a campanha eleitoral ou a partido por pessoa natural, em patamar baixo o suficiente para não comprometer excessivamente a igualdade nas eleições, bem como (2) limite, com as mesmas características, para o uso de recursos próprios pelos candidatos em campanha eleitoral, no prazo de 18 (dezoito) meses, sob pena de atribuir-se ao Eg. Tribunal Superior Eleitoral - TSE a competência para regular provisoriamente a questão.” Em outras palavras, após a declaração de inconstitucionalidade pleiteada, tendo em vista o vazio normativo gerado, o CFOAB requereu, no caso de mora do Congresso Nacional, que o TSE regulasse provisoriamente a questão, o que nitidamente configurava uma sentença substitutiva. Cf. MALUF CHAVES, André Luiz. Sentenças manipulativas do direito italiano e a ADI 4.650 sobre financiamento de campanhas – Publicado em Brasil Jurídico, 2014. Disponível em: < <https://uff.academia.edu/AndréLuizMaluf> > Acesso em: 17 de fevereiro de 2021.

2.4 – Decisões com conteúdo normativo prolatadas pelo STF

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, tem-se como primeira hipótese que, sob o manto da interpretação conforme à Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, o STF já vem realizando sentenças normativas (construtivas e reconstrutivas), ainda que sem utilizar tal denominação.

Ademais, tem-se como segunda hipótese que o Tribunal não possui parâmetros seguros de atuação criativa, de modo que atua de forma casuística e em alguns casos ultrapassa os limites da jurisdição constitucional. A seguir serão analisados alguns casos que revelam a utilização das sentenças normativas pelo STF, com o objetivo de confirmar, ou não, as hipóteses propostas.

2.4.1 - Demarcação de terra indígena Raposa Serra do Sol

O primeiro relevante julgado trata da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol - Pet 3388²⁵⁶ - que se iniciou em juízo federal em Roraima, como ação popular, e foi, posteriormente, avocada pelo STF, onde foi protocolada como Petição.

No caso em comento, o Supremo Tribunal Federal adicionou à parte dispositiva do acórdão 19 cláusulas condicionantes, nos termos do voto do Relator Ayres Britto complementado pelas condições do Min. Menezes Direito²⁵⁷, as quais

256 STF, Pet 3388, Rel. Min. Ayres Britto, Dje 04/02/2014.

257 [...] (i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

passariam a disciplinar a demarcação de qualquer terra indígena que, a partir de então, se realizasse no Brasil; o que posteriormente sofreu modulação para incidir apenas naquela área, mas a força persuasiva da decisão e o conteúdo normativo se mantiveram.

Ressalte-se, nesse ponto, que o fator normativo da decisão foi tão forte que o Advogado Geral da União à época, Luís Adams, afirmou que a reeditaria Portaria 303 de 2012 com aplicação para toda a AGU no Brasil a fim de orientar os Advogados da União estendendo as condicionantes estabelecidas pelo STF para todos os processos de demarcação de terras indígenas no país e posteriormente passou a ser aplicado para todo o país após aprovação do Presidente Michel Temer do parecer GMF 05/2017 da AGU²⁵⁸.

Como afirmam Claudio Pereira de Souza Neto e Ademar Borges, o Supremo, ao analisar a validade da demarcação de uma terra indígena específica, enunciou o regime constitucional do usufruto das terras indígenas em geral. Tal regime compõe-se

(ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e (xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. [...] Plenário, 19.03.2009.

258Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/decisao-raposa-serra-sol-vale-toda-administracao> > Acesso em 11 de maio de 2021

de regras gerais e abstratas cujo teor, em sua maior parte, não foi debatido no processo e não concernia à solução da controvérsia apreciada²⁵⁹.

A crítica continua no sentido de que a referida sentença aditiva foi proferida para inserir no ordenamento complementação normativa que não se apresentava como constitucionalmente obrigatória (*rime obbligate*), dependendo exclusivamente de escolhas discricionárias do legislador. Todavia, em seu voto condutor o relator Min. Ayres Britto afirmou o contrário, no sentido de que a Constituição traria as coordenadas necessárias²⁶⁰.

Em que pese a afirmação do Ministro no sentido que a solução decorria do próprio texto constitucional, a nosso sentir, em consonância ao posicionamento de Claudio Pereira de Souza Neto e Ademar Borges, a decisão não se mostrou acertada sob uma lógica de utilização das sentenças normativas conforme sustentado no presente estudo.

O caso envolveu criação normativa abstrata com alta carga de discricionariedade política na área ambiental, ainda que a Constituição traga vetores de proteção ambiental em seu art. 225 com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o dever de proteção do poder público dentre outros comandos e de proteção indígena no art. 231, como o dever de proteção da União.

Ressalte-se que o art. 67 do ADCT trouxe o prazo de 5 anos para demarcação de terras indígenas a ser concluída pela União, sem qualquer estabelecimento de parâmetros e regras para tal demarcação. Ademais, a Corte não se manifestou expressamente sobre a prolação de uma sentença normativa no dispositivo, tampouco no voto condutor, de modo que, apesar de ter proferido decisão criativa, não reconheceu tal consequência nem seu papel criativo para tanto.

Apesar da inadequação da via eleita, o caso gerou o efeito prático de estabelecer um marco normativo abstrato sobre o tema posteriormente ratificado e

259 NETO, Cláudio P. Souza; FILHO, Ademar Borges de Sousa. Raposa Serra do Sol expõe limites às sentenças aditivas. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-07/raposa-serra-sol-expoe-limites-producao-sentencas-aditivas>>. Acesso em: 21 novembro de 2020.

260 Cf. “Como a centrada matéria que nos interessa é a demarcação das terras indígenas, anotamos que, tal como regrada pelo art. 231 do nosso Texto Magno, ela não cai sob o poder discricionário de quem quer que seja. Há precisas coordenadas constitucionais para a identificação das terras a demarcar, sendo que tais coordenadas já antecipam o conteúdo positivo de cada ato demarcatório em si.”

adotado pelo Governo Federal, vinculando a Administração Federal em futuras demarcações de terras indígenas.

2.4.2 - Greve de servidores públicos

O clássico caso que envolve o direito de greve dos servidores públicos deve ser minuciosamente analisado²⁶¹. Trata-se da propositura de Mandados de Injunção (708, 712, 670)²⁶² com o objetivo de sanar a omissão inconstitucional do Congresso em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos. Todos serão analisados conjuntamente, com foco no MI 708.

Como é cediço, a Constituição trouxe regra explícita que resguarda o direito de greve dos servidores públicos, todavia, condiciona tal exercício à existência de lei regulamentadora. Em virtude da mora do Congresso (19 anos a contar da entrada em vigor da Constituição) os mencionados Mandados de Injunção foram impetrados visando garantir a eficácia de tal direito.

Analisando o voto do Relator do MI 708, Min. Gilmar Mendes, encontramos referência expressa às sentenças aditivas: *“As decisões proferidas nos Mandados de Injunção ns. 283 (Relator: Sepúlveda Pertence), 232 (Relator: Moreira Alves) e 284 (Relator: Celso de Mello) sinalizam uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial. As decisões referidas indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano. [Destaca Rui Medeiros que] Dois critérios são normalmente trazidos à colação para fundamentar este entendimento: o critério da vontade hipotética do legislador e o critério da solução constitucionalmente obrigatória.”*

261 Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 25.10.2007.

262 STF: MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, Dje. 31/10/2008; STF, MI 670, Rel. Min. Maurício Corrêa, Redator para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, Dje. 31/10/2008; STF, MI 718, Rel. Min. Eros Grau, j. 25 / 10 / 2007, Dje. 31/10/2008.

Vale mencionar ainda que o Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do MI 670, acompanhou parcialmente o relator, por entender que a aplicação analógica da lei referente ao setor privado causaria consequências indesejáveis. Portanto, estabeleceu 16 condições para o exercício do direito de greve pelos servidores públicos - o que aqui consideramos como sentença normativa de forma mais intensa.

Com exceção de Gilmar Mendes, nenhum outro Ministro menciona a decisão aditiva (normativa), mesmo aqueles que aderem integralmente a essa tese, ou propõe outra solução aditiva como o Min. Lewandoski, não reconhecem atuação criativa da Corte. Obviamente o ônus argumentativo deveria ser maior. Não há dúvida que estamos diante de sentença criativa.

O mesmo foi reconhecido pelo Min. Luís Roberto Barroso²⁶³ no sentido de que o caso de greve envolveu sentença aditiva, quando proferiu seu voto no julgamento da MC da ADPF 378 MC²⁶⁴. Vale destacar que o Ministro não integrava o colegiado quando aquela decisão foi proferida pela Corte e que o Min. Barroso defende a possibilidade de decisões normativas incidentes tanto em caso de MI quanto de ADO. Analisando o julgado, entendemos que envolvia uma omissão total do Parlamento, de modo que a Corte se valeu de uma analogia com o regramento do setor privado para colmatar o vazio normativo.

Não concordamos com o entendimento no sentido de que o caso se tratava de violação da isonomia em virtude da não contemplação dos servidores públicos. A regra constitucional é dirigida especificamente a essa categoria, de modo que afirmar que a lei que regulava o direito de greve dos empregados privados violava a isonomia por não contemplar a categoria dos servidores públicos se mostra inadequado. Em verdade o

263 “Não há dúvida tampouco quanto à possibilidade de ajuizamento de ADPF para que se supra a omissão inconstitucional do legislador sobre o instituto do impeachment. O STF já se manifestou expressamente pela viabilidade da produção de decisão aditiva que supra omissão legislativa parcial, estabelecendo um regramento provisório, com eficácia geral, para evitar que a omissão inconstitucional paralise a eficácia das normas constitucionais (cf. MI 670, 708 e 712, sobre o direito de greve dos servidores públicos). Além disso, a Lei nº 12.063/2009 (art. 12-F, § 1º), ao prever expressamente a possibilidade de deferimento de cautelar em ADO, determinou que tal cautelar poderá suspender a aplicação do ato normativo questionado (em caso de omissão parcial), os processos judiciais ou administrativos em curso ou, ainda, determinar qualquer “outra providência a ser fixada pelo Tribunal”. Essa última norma indica a possibilidade de adoção de decisões aditivas pelo Supremo também em ADO.”

264 Relator(a): Min. Edson Fachin, Redator(a) do acórdão: Min. Roberto Barroso, Julgamento: 17/12/2015, Publicação: 08/03/2016.

caso parecia tratar de omissão total. Seria hipótese de violação da isonomia – por exemplo - se existisse lei de greve para o serviço público, mas tal norma contemplasse somente aqueles servidores com mais de três anos de ingresso na Administração. Neste caso, estar-se-ia falando de omissão parcial relativa por violação de isonomia.

Prova que respalda essa argumentação pode ser comprovada na medida em que tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal diversos projetos de lei que visam regulamentar, especificamente, o direito de greve dos servidores públicos, criando verdadeira lei nova sem relação com a norma que rege os empregados celetistas²⁶⁵.

Quanto à sentença normativa, de fato, o presente caso trazia uma solução constitucionalmente obrigatória para a sua prolação. O comando constitucional possui fortíssima densidade normativa. Ademais, a própria finalidade do Mandado de injunção, ou seja, colmatar a omissão, por meio da corrente concretista (art. 8º, II, da Lei do MI), possibilita tal decisão. A omissão histórica do legislador é um problema comum entre Brasil e Itália, tanto o é que o Congresso ainda não criou dispositivo regulamentando o direito em comento.

Por fim, resta analisar a analogia realizada eis que o caso se revela como hipótese de uma sentença normativa de garantia. Como visto em ponto anterior, a solução constitucional deve decorrer de um método lógico racional e não de um juízo discricionário, podendo se valer tanto dos princípios constitucionais quanto de normas do ordenamento.

Sobre a atuação criativa no caso do direito de greve afirma Rodrigo Brandão²⁶⁶ que a princípio, a supressão da “lacuna do direito” cabe ao legislador, pois em uma democracia representativa lhe compete a edição de normas gerais. Mas, ressalta que no caso do direito de greve, como a Constituição inscreveu o referido direito em normas de alta densidade normativa, e a efetividade dessas regras constitucionais vinha sendo prejudicada por mais de uma década de mora legislativa, o STF se julgou competente

265 PL 981/2007; PL 4497/2001; PL 6032/2002. Também no Senado correm projetos com o mesmo intuito específico: Projeto de Lei do Senado PLS 375/2018; PLS 710/2011.

266 BRANDÃO, Rodrigo. STF e o dogma do legislador negativo. Revista Direito Estado e Sociedade. N 44. p. 189 a 220. Jan-jul 2014, p. 19.

para, excepcional e temporariamente, substituir-se ao legislador e suprir tais “lacunas” mediante analogia.

Destarte, muito embora o caso aparentemente envolvesse omissão total, o que, à luz da jurisdição italiana recomendaria uma sentença de princípio, partindo da ideia de que o STF considerou existir uma omissão parcial e adotou uma sentença normativa de garantia, aplicando, por analogia, a lei de greve do setor privado, e levando em conta a finalidade do Mandado de Injunção, a nosso sentir, parece que a medida foi tomada de forma adequada pelo Supremo.

Ressalte-se que o acerto da decisão não interfere no fato de que apenas o Ministro Gilmar Mendes reconheceu expressamente a possibilidade de uma sentença normativa no caso, não sendo esta uma posição do colegiado, tampouco foram elaborados parâmetros claros para o uso e possibilidades de uma decisão normativa.

2.4.3 - Aborto de fetos anencéfalos

O presente caso versa sobre a ADPF²⁶⁷ proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) com a finalidade de permitir o aborto em casos de gestação de feto com anencefalia, conferindo interpretação conforme à Constituição e a consequente inimputabilidade da gestante e dos profissionais da saúde pelos crimes previstos nos artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal.

O caso guarda pertinência ímpar em razão do voto do Min. Gilmar Mendes onde discorre sobre o instituto das sentenças aditivas, bem como reafirma a crítica já exposta no sentido de que o STF ainda se abstém de reconhecer seu papel criativo. A pretensão da arguente foi exposta no sentido de conferir interpretação conforme à Constituição de artigos do Código Penal²⁶⁸ o que constou na ementa do acórdão²⁶⁹.

267 STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Dj. 12/04/2012, Dje. 20/04/2012.

268 Que essa Eg. Corte, procedendo à interpretação conforme à Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), declare inconstitucional a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante a se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

É cediço que não há um conceito expresso pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à interpretação conforme, tampouco à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Apesar das divergências doutrinárias quanto ao tema conferindo semelhança ao uso das técnicas²⁷⁰, entende-se que a interpretação conforme seria a técnica utilizada quando a Corte se depara com inúmeras possibilidades de compatibilizar o texto objeto do juízo de inconstitucionalidade com a Carta Fundamental, se valendo, portanto, de uma interpretação para evitar a declaração de inconstitucionalidade optando por aquela que seja compatível com a Constituição e, conseqüentemente, declarando as demais interpretações inconstitucionais. Ao revés, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto seria aquela técnica de decisão cujos efeitos ensejam uma declaração de inconstitucionalidade de determinada interpretação que seja incompatível com a Constituição, preservando a constitucionalidade das demais²⁷¹.

Em suma, na interpretação conforme a Corte afirma o caminho a ser seguido para que haja compatibilidade com a Constituição, partindo do pressuposto de que há norma polissêmica ou plurissignificativa, declarando a norma constitucional conforme à Constituição, enquanto na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto o Tribunal diz qual é a interpretação que deve ser rechaçada declarando-a inconstitucional.

Como visto a argente pleiteiava a interpretação conforme para que a Corte declarasse a inconstitucionalidade da interpretação de dispositivos do Código Penal

269 FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

270 (i) interpretação conforme a Constituição: trata-se de técnica de decisão interpretativa por meio da qual: (a) se promove a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; (b) se declara a não incidência da norma a uma determinada situação de fato; (c) se exclui uma determinada interpretação reputada inconstitucional; (ii) *declaração de nulidade parcial sem redução de texto*: intimamente relacionada à interpretação conforme, constitui uma técnica interpretativa que implica a exclusão de um determinado significado que poderia ser conferido à lei, por ter sido considerado inconstitucional. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Ibid. p. 328-329.

271 MALUF, André Luiz.; SILVESTRE, Matheus Meott. A utilização de sentenças aditivas pelo STF através da interpretação conforme à Constituição: um estudo a partir da ADPF 54. Revista Publicum Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2017, p. 54-77

“como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico”. Ressalte-se que não se fala em aborto, tampouco na ementa o termo é mencionado. Em outras palavras, através da interpretação conforme, buscou-se declarar inconstitucional determinada interpretação o que veio a gerar, segundo a ementa, uma atipicidade das condutas perpetradas pela mulher e pelo médico.

Em realidade, a nosso sentir, o Supremo Tribunal Federal, por meio de uma interpretação conforme, com efeitos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, pois declarou aquela interpretação contrária à Constituição, criou uma sentença normativa *in bonam partem* de garantia incluindo, na prática, uma excludente de ilicitude ao crime de aborto, muito embora o termo não seja mencionado.

Neste sentido se manifestou o Ministro César Peluso em seu voto: “*No fundo se trata – e nisso não há dúvida alguma – de criar, à margem da interpretação das normas de caráter penal, mais uma excludente de ilicitude.*”. No mesmo sentido, votou o Ministro Carlos Velloso: “*Pretende-se, mediante interpretação da lei penal conforme a Constituição, instituir uma terceira excludente de criminalidade relativamente ao crime de aborto. O que se pretende, portanto, é que o Supremo Tribunal Federal inove no mundo jurídico. E inove mediante interpretação*”.

A Ministra Ellen Gracie em seu voto refere-se à prolação de sentença aditiva: “*O objeto da ação é o de acrescentar conteúdos à norma vigente. Ora, a jurisdição constitucional é normalmente convocada para expungir do ordenamento normas que estejam em descompasso com a Constituição, não para oferecer acréscimos ao ordenamento positivo em usurpação à competência dos outros dois poderes. Circunstâncias há, porém, em que as disposições de inconstitucionalidade tornam necessário o preenchimento de lacunas criadas pela própria decisão, por isso, fala-se em efeitos aditivos que podem ter as sentenças dos Tribunais Constitucionais.*”

Resta caracterizada, portanto, a criação de uma sentença normativa (aditiva de garantia) com a criação de uma excludente de ilicitude, sendo reconhecida, inclusive, pelos votos dissidentes: Ellen Gracie, Carlos Velloso, Eros Grau e César Peluso²⁷². O Ministro Gilmar Mendes em seu voto, além de reconhecer o uso de tal técnica e dos

272 PAIVA, Paulo Frederico. Decisões Manipulativas em controle de constitucionalidade e sua admissibilidade em material criminal. OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009, p. 10.

seus efeitos, fomenta sua utilização, diferentemente de seus pares, criando, inclusive, condições para que o aborto de fetos anencéfalos seja realizado²⁷³.

Ademais, o Min. Gilmar Mendes ressaltou que o caso envolvia nova hipótese de excludente de ilicitude e que as sentenças aditivas surgem como uma ferramenta importante no combate à omissão inconstitucional ratificando a superação do ultrapassado paradigma kelseniano de atuação como legislador negativo, reconhecendo que a Corte passa a atuar, em casos de colmatação de omissões, como legislador positivo²⁷⁴.

Consoante exposto anteriormente, a *Corte Costituzionale* e a doutrina italiana têm entendimento sedimentado no sentido de que não se mostra legítima a utilização de sentenças aditivas em matérias reservadas à discricionariedade do legislador, como, por exemplo, em matéria de reserva de lei penal. Todavia, admite-se sua prolação em hipótese de criação *in bonam partem*, ficando sempre reservada ao legislador a possibilidade da criação normativa devida. Neste sentido destaca o Min. Gilmar Mendes em seu voto²⁷⁵ que as sentenças aditivas não podem ser utilizadas em matéria penal em *malam partem* e que não impede a atuação posterior do legislador.

273 “Conclusão: (...) Para o cumprimento desta decisão, é indispensável que o Ministério da Saúde regulamente adequadamente, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia. Enquanto pendente regulamentação, a anencefalia deverá ser atestada por no mínimo dois laudos diagnósticos, produzidos por médicos distintos, e segundo técnicas de exame atuais e suficientemente seguras. Para o cumprimento desta decisão, é indispensável que o Ministério da Saúde regulamente adequadamente, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia. Enquanto pendente regulamentação, a anencefalia deverá ser atestada por no mínimo dois laudos diagnósticos, produzidos por médicos distintos, e segundo técnicas de exame atuais e suficientemente seguras.”

274 Assim, observe-se que, nesta ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, em que se discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos, caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva. Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de ilicitude – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto. Isso quer dizer que, pelo menos segundo o meu voto, está rechaçado o argumento da autora, de atipicidade do fato. Acolho a hipótese de que a Corte criará, ao lado das já existentes (art. 128, I e II), uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto. Portanto, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

275 É certo que a incidência de decisões com efeitos aditivos em matéria criminal não está livre de críticas. Parece sensato assumir todas as cautelas quando se trata de produzir decisões manipulativas

A questão tem precedente semelhante na jurisprudência da *Corte* italiana: sentença 27/1975. O caso tratava da inconstitucionalidade do art. 546 do Código Penal, na parte em que punia quem praticava o aborto em hipóteses nas quais, embora não estivesse a mãe sob perigo atual de morte configurador do estado de necessidade, a gravidez fosse atestadamente comprometedora do bem-estar físico e do equilíbrio psíquico da gestante²⁷⁶.

O Tribunal considerou que o interesse protegido constitucionalmente relativo ao feto poder-se-ia chocar, em algumas circunstâncias, com outros interesses igualmente dignos do ponto de vista constitucional. E que, por isso, a “*lei não pode dar ao primeiro prevalência total e absoluta, negando aos outros a adequada proteção. E é justo esse vício de legitimidade constitucional que invalida a atual disciplina penal do aborto*”²⁷⁷. Ademais considerou que o dispositivo genérico do aborto necessário não cobria a hipótese, pois o dano físico e psíquico da gestante pode ser previsível, sem ser imediato.

Destarte, sentenciou que a declaração de ilegitimidade do art. 546, por tais motivos, apresentava-se inevitável, julgando no sentido de declarar a ilegitimidade constitucional do dispositivo penal atacado, “*na parte em que não prevê que a gravidez possa ser interrompida quando a continuação da gestação implique dano, ou perigo, grave, atestado por médico, para a saúde da mãe*”²⁷⁸.

Da análise feita, podemos inferir que o caso julgado pelo STF é compatível com o modelo italiano, de modo que a Corte, a nosso sentir, acertou quanto ao mérito, mas falhou quanto à técnica, ao se abster de ratificar seu papel criativo.

Ainda assim, os debates realizados em torno da possibilidade ou não de prolação de sentenças aditivas contribuíram para o desenvolvimento e aprofundamento

sobre normas de caráter penal, tendo em vista os princípios da legalidade (e reserva de lei e reserva de Parlamento) e da tipicidade (cerrada) penal. A sentença aditiva *in malam partem* é extremamente reprovável, todavia, se proferida *in bonam partem*, abre-se uma brecha explorável para a prolação de decisão manipulativa que tenha efeito restritivo da norma penal, não ofensiva ao postulado da reserva de lei. Faço, no entanto, uma imprescindível ressalva: é que as decisões manipulativas de efeitos aditivos, como essa que se propõe, devem observar limites funcionais claros, isto é, elas devem submeter-se à liberdade de conformação do legislador, que poderá, a qualquer tempo, editar norma sobre o tema. Desse modo, é preciso reconhecer que a decisão desta Corte não impedirá o advento de legislação sobre o assunto, devendo antes servir de estímulo à atuação do legislador.

276 PAIVA, *Ibid.*, p. 17.

277 PAIVA, *Ibid.*, p. 18.

278 PAIVA, *Ibid.*, p. 18.

do tema na jurisprudência da Corte, sobretudo o voto do Ministro Gilmar Mendes ao enaltecer a superação do paradigma kelseniano e a possibilidade de prolação de sentenças normativas em matéria penal *in bonam partem*.

2.4.4 - União homoafetiva

O presente caso foi decidido no julgamento conjunto da ADPF 132/RJ²⁷⁹ e da ADI 4277-DF²⁸⁰. Buscou-se através das referidas ações constitucionais conferir interpretação conforme ao artigo 1723 do Código Civil²⁸¹ tendo em vista o artigo 226 e seus respectivos parágrafos²⁸².

Analisando o acórdão verifica-se que o fundamento da decisão se baseou na violação da isonomia: discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem e mulher, seja na orientação sexual de cada um deles.

Constou ainda que o pluralismo e a fraternidade constitucional estão inseridos na categoria de direitos fundamentais (art. 5º, *caput* e X; o preconceito colide com o art. 3º, IV), de modo que o silêncio da Constituição quanto à proibição de União de casais do mesmo sexo seria um fator permissivo. Além disso, ressaltou-se o direito à dignidade, a autonomia e a intimidade como corolários da família²⁸³. E o STF entendeu que o disposto no §3º do art. 226, que fala expressamente em união estável entre homem e mulher, teria sido cunhado pelo constituinte originário com a finalidade de

279 STF, ADPF 132-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011.

280 STF, ADI 4277-DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011.

281 Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

282 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (...)

283 Conforme a decisão, o direito à orientação sexual advém da própria dignidade da pessoa humana. O Direito à liberdade sexual e busca pela felicidade estão relacionados, fazendo parte, portanto, da autonomia privada e intimidade (cláusula pétrea). Interpretação do art. 226 da Constituição no sentido de que em sua cabeça não faz distinção entre casais homo ou heteroafetivos. O texto ao trazer a palavra família não traz limitação para sua formação a casais homoafetivos, nem forma cartorária, civil ou religiosa. O lócus da família é a intimidade e a vida privada (art. 5, X). Diferença entre casais heteroafetivos e homoafetivos que só ganha isonomia quando há um efetivo direito subjetivo de formação da família.

combater o ultrapassado sistema patriarcal. Logo, isso não impediria o direito dos indivíduos homoafetivos à equiparação jurídica.

Assim, conferiu-se “*interpretação conforme ao art. 1.723 do CC para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça a união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família*”, sendo que tal reconhecimento “*deve ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união heteroafetiva*”.

E aqui ressaltamos dois pontos importantes. Literalmente está presente na ementa o seguinte trecho: “*Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse de seu fundamental atributo de coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quando a orientação sexual das pessoas*”.

Primeiro há que se mencionar a já ressaltada ausência de sistematização na aplicação da interpretação conforme e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. No caso vertente, a Corte, como no caso de aborto de fetos anencefálicos, prolatou decisão normativa sob o nome de interpretação conforme, contudo, atribuiu eficácia de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (negativa da interpretação que inviabilize o reconhecimento da união homoafetiva como família atribuindo a esta o mesmo direito dos casais heterossexuais).

Neste sentido afirmou o Ministro Ayres Britto ao dizer que se tratava de uma *Teilnichtigerkklärungohne Normtextreduzierung* (nulidade parcial sem redução de texto). Na prática, em verdade, isso resultou em sentença com efeitos normativos de garantia, eis que adicionou ao artigo do Código Civil conteúdo que reconhece a união homoafetiva como entidade familiar possibilitando, portanto, sua união.

Prova inequívoca dos efeitos aditivos pode ser verificada no reconhecimento da possibilidade de adoção por casais homoafetivos, no RE 846.102, Rel. Min. Carmen Lucia, negando seguimento ao Recurso Extraordinário, em 05 de março de 2015 sob o argumento de que o “*reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva*”.

Algumas considerações merecem ser feitas acerca do tema. No presente caso a questão toma dimensões complexas por envolver desacordos morais sociais relevantes. O mérito da causa é extremamente louvável e contribui sobremaneira para o

aperfeiçoamento e avanço da sociedade. O preconceito, seja de cunho sexual, racial, étnico, nacionalista, sempre será, em todas as suas formas e facetas, abominável. É notório que os homossexuais devem poder viver em uma sociedade de forma livre, gozando de forma plena de todos os direitos constitucionalmente previstos.

Em que pese a nobreza da decisão (e aqui reafirmamos que concordamos com a causa), a nosso sentir, ela não se mostrou adequada à luz da técnica de decisão ora estudada. Em outras palavras, o STF não aplicou a técnica decisória corretamente.

O dispositivo presente no Código Civil (art. 1.723) não poderia ter sido declarado inconstitucional, via interpretação conforme com efeito de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, eis que reproduzia literalmente o texto constitucional. Neste sentido aduz Lenio Streck²⁸⁴: “como fazer uma interpretação conforme (sic) de uma lei que diz exatamente o que diz a Constituição?”.

Parece-nos que foi feita uma reinterpretação do texto originário modificando seu sentido completamente a partir do Código Civil. Seria diferente caso não houvesse regra expressa na Constituição e o STF adicionasse conteúdo normativo ao art. 1.723 na parte em que não prevê ou omite a união entre pessoas do mesmo sexo.

Em 2009, e novamente em 2010, a *Corte Costituzionale* teve oportunidade de se manifestar exatamente sobre essa temática. Tratam-se das sentenças 259 de 2009 e 138 de 2010. Na oportunidade o Tribunal esteve diante de suposta inconstitucionalidade dos artigos 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis do Código Civil italiano já que, sistematicamente interpretados, “não previam” (aqui o objeto da omissão) a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, contrariando, portanto, o art. 2º da Constituição italiana²⁸⁵.

Consoante o acórdão, a questão foi *declarada inadmissível (dichiarazione di illegittimità)* porque “*não obstante o direito de convivência social entre pessoas do mesmo sexo, e seu direito de viver livremente na condição de casal obtendo – no tempo,*

284 Sobre a decisão do STF (Uniãoes homoafetivas). 2011. Disponível em: <<http://leniostreck.blogspot.it/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>> Acesso em: 05 dezembro de 2020.

285 Art. 2º - A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social.

na forma, e dentro dos limites da lei – o reconhecimento jurídico com direitos e deveres” a parte “buscava uma pronúncia aditiva não constitucionalmente obrigatória” sendo que a questão deveria ser “regulada pelo Parlamento no exercício de sua plena discricionariedade”.

A decisão da Corte, se adéqua à sua tradição de sentenças normativas, eis que a utilização na prática italiana se presta a: i) salvar a lei de uma declaração de inconstitucionalidade; ii) evitar uma perigosa lacuna no ordenamento; iii) efetivar direitos previstos na Constituição e não exercidos (ou exercidos de forma parcial) em razão de uma omissão inconstitucional.

Assim, dentro das clássicas categorias de omissão total e parcial, *a rimme obligate*, não haveria inconstitucionalidade por omissão, na medida em que não haveria um comando expresso e específico para legislar ou reformar o texto constitucional.

Entretanto, como foi sustentado na parte anterior, o instituto da omissão abrange, também outras possibilidades. Como visto, trata-se de fenômeno jurídico autônomo de enfraquecimento da supremacia e da força normativa constitucional que pode se manifestar de forma originária ou superveniente, em razão de um não agir proveniente de qualquer Poder ou órgão que se abstém, cria ou mantém um vazio normativo violador da Constituição e que por conseguinte obstaculiza ou gera deficiência ao pleno exercício dos direitos constitucionais, independentemente de uma regra específica de legislar.

Dentro da classificação proposta a questão parece envolver um caso de possível *omissão anacrônica do Constituinte*. A pergunta que se faz é: ainda que haja omissão do Constituinte em reformar o texto constitucional para compatibilizá-lo à dignidade da pessoa humana, à isonomia, pode o STF fazê-lo, considerando o forte teor político e religioso da matéria? E, se a resposta for positiva, por meio de qual técnica?

A decisão inegavelmente contribuiu para a ruptura de um paradigma na sociedade brasileira. Contudo, o STF avançou sem a técnica decisória adequada – mesclando interpretação conforme, declaração de nulidade parcial sem redução de texto e sentença normativa (aditiva) de garantia -, divergindo, assim, da jurisprudência da Corte Constitucional italiana.

Por evidente, a inspiração no modelo europeu não necessariamente deve levar a resultados idênticos. A jurisdição constitucional nacional e os fatores institucionais próprios do Brasil devem servir de freios ou de impulsores à adoção de teorias estrangeiras e decisões de outras Cortes e Tribunais Constitucionais.

O efeito prático da decisão foi que a Corte reescreveu o texto originário do art. 226, §3º, da Constituição de modo a atender ao princípio da isonomia. Avançamos enquanto civilização, contudo, sem utilizar a técnica jurídica adequada.

Não se nega que independente da técnica utilizada o houve um custo decisório. Tentar velar um ativismo progressista do Tribunal, ou se recusar a dar um passo para trás e deixar a questão ser resolvida pelos demais Poderes, a longo ou médio prazo, pode gerar efeitos mais prejudiciais do que assumir uma postura nítida de criação do Direito - como faz a *Corte Costituzionale* com padrões bem definidos -, tais como: erosão da imagem institucional da Corte, ataques dos demais Poderes e criação de uma postura passiva social e política que aprofunda a crise de representatividade.

Entretanto, se o STF tivesse reconhecido a ocorrência de uma mutação constitucional do texto originário teria minimizado as críticas doutrinárias quanto à adequação da técnica decisória utilizada, reconhecendo o caráter evolutivo do texto permanente e sua necessidade de adequação às novas realidades sociais que exigem respostas da jurisdição constitucional, dentro das ideias já defendidas de Hesse e Heller.

O reconhecimento de uma mutação colocaria a Corte em uma posição clara de exposição, mas, a nosso sentir, é o custo republicano da atuação contramajoritária em decisões que envolvem temas moralmente complexos e de atuação normativa. A Corte certamente sofreria críticas, mas teria se amparado em uma técnica mais adequada.

2.4.5 - Revisão geral de vencimentos e isonomia (art. 37, X)

Julgado relevante do Supremo Tribunal Federal, que cuidava da ausência de revisão geral, na redação originária da Constituição, ou seja, sem a atual previsão de

periodicidade anual da revisão geral, é o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 22307-DF^{286_287}.

Em decisão em sede de embargos de declaração o Supremo reconheceu a necessidade de se estender o “reposicionamento” (definição ementada) afirmando que a Lei 8626/93 (em seus anexos, I a IV) continha elementos concretos que permitiam calcular o percentual efetivamente devido a cada servidor²⁸⁸:

A decisão do Supremo estendeu o benefício concedido apenas aos servidores militares, de modo a resguardar também, em nome da isonomia, aos servidores públicos civis. Neste sentido, afirma Gilmar Mendes mencionando Carlos Blanco de Moraes sobre a presente sentença aditiva: *“A crescente relevância, entre nós, da técnica decisória aditiva, foi exposta com proficiência por Carlos Blanco de Moraes: Sensivelmente desde 2004 parecem, também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos. (...) Poderá, igualmente, ter sido o caso no RMS-22.307 (mandado de segurança) que teria englobado os servidores civis num regime de aumentos legalmente concedido a militares”*.

286 STF, RMS 22307-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19/02/1997, DJe. 13/06/1997.

287 EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO - PRAZO - MANDADO DE SEGURANÇA - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O silêncio da legislação sobre o prazo referente ao recurso ordinário contra decisões denegatórias de segurança, ou a estas equivalentes, como é o caso da que tenha implicado a extinção do processo sem julgamento do mérito - mandado de segurança nº 21.112-1/PR (AGRG), relatado pelo Ministro Celso de Mello, perante o Plenário, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 29 de junho de 1990, à página 6.220 - é conducente à aplicação analógica do artigo 33 da Lei nº 8.038/90. A oportunidade do citado recurso submete-se à dilação de quinze dias. REVISÃO DE VENCIMENTOS - ISONOMIA. "a revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data" - inciso X - sendo irredutíveis, sob o ângulo não simplesmente da forma (valor nominal), mas real (poder aquisitivo) os vencimentos dos servidores públicos civis e militares - inciso XV, ambos do artigo 37 da Constituição Federal.

288 ADMINISTRATIVO. SERVIDORES DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. REAJUSTE DE VENCIMENTOS DE 28,86%, DECORRENTE DA LEI Nº 8.627/93. DECISÃO DEFERITÓRIA QUE TERIA SIDO OMISSA QUANTO AOS AUMENTOS DE VENCIMENTOS DIFERENCIADOS COM QUE O REFERIDO DIPLOMA LEGAL CONTEMPLA DIVERSAS CATEGORIAS FUNCIONAIS NELE ESPECIFICADAS. Diploma legal que, de efeito, beneficiou não apenas os servidores militares, por meio da "adequação dos postos e graduações", mas também nada menos que vinte categorias de servidores civis, contemplados com "reposicionamentos" (arts. 1º e 3º), entre as quais aquelas a que pertence a maioria dos impetrantes. Circunstância que não se poderia deixar de ter em conta, para fim da indispensável compensação, sendo certo que a Lei nº 8.627/93 contém elementos concretos que permitem calcular o percentual efetivamente devido a cada servidor. Embargos acolhidos para o fim explicitado.

No caso trata-se de omissão legislativa parcial relativa, já que, segundo a classificação adotada, viola a isonomia. A redação original do art. 37, inciso X, dispunha que: “a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data”. Tal regra estabelecia a vinculação entre a remuneração dos servidores civis e militares, garantindo-lhes paridade nas revisões²⁸⁹.

A questão que se impõe é a dos gastos, o que, como visto, geraria uma tensão entre os Poderes. Segundo a jurisprudência da *Corte Costituzionale* italiana, estar-se-ia, portanto, diante de uma *sentença aditiva de prestação*.

Nesta linha, o Supremo ao julgar a questão aplicou critérios legais (presentes nas Leis n. 8.622/93 e 8.627/93) de modo que a decisão se mostra correta do ponto de vista da técnica aditiva de prestação. Sobre a mesma temática, vale mencionar que em outro julgado mais recente envolvendo a mesma temática, o Plenário Virtual do STF acompanhou o voto do Relator Min. Luiz Fux para afastar a possibilidade de fixação de prazo para o Poder Executivo, a quem cabe a autoadministração do funcionalismo público e a gestão de recursos orçamentários destinados a despesas de custeio com pessoal, enviar projeto de lei que viabilize a revisão geral anual²⁹⁰.

Em que pese a Corte não tenha reconhecido qualquer sentença aditiva no caso, ou havido um debate franco sobre o tema, o Voto do Min. Fux merece ser analisado, eis que buscou trazer alguns parâmetros doutrinários para a prolação de sentenças aditivas.

Constam expressamente no voto seis parâmetros que deveriam ser observados para a prolação de uma decisão criativa, o que não se verificou presente na hipótese do julgado: (i) que a solução esteja presente no sistema legislativo em vigor, ao menos em estado latente²⁹¹; (ii) que a norma análoga se adéque ao direito previsto constitucionalmente; (iii) que a norma constitucional possua densidade normativa tal

289 DOUGLAS, ARAÚJO, MALUF CHAVES, *Ibid.*, p. 78.

290 RE 843112, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 22/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-263 DIVULG 03-11-2020 PUBLIC 04-11-2020.

291 ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. vol. 41. Mulino, 1988. p. 158-159

que conceda inequivocamente determinado direito a seus destinatários²⁹²; (iv) que sejam observados “o critério da vontade hipotética do legislador e o critério da solução constitucionalmente obrigatória”²⁹³; (v) que avalie-se os reflexos das sentenças normativas nas contas públicas, consoante a “observância da realidade histórica e dos resultados possíveis”²⁹⁴; e (vi) que a intervenção se legitime na natureza do direito constitucional, mormente quando em jogo os direitos materialmente fundamentais e demais condições de funcionamento da democracia²⁹⁵.

Também o Ministro Dias Toffoli em seu voto no caso ressalta que: “*muito embora se admita ao Poder Judiciário adotar interpretação criativa a fim de corrigir o estado de mora inconstitucional, essa atuação encontra limites no postulado da separação dos Poderes (CF/88, art. 2º) quando o dever jurídico imposto ao legislador não revela suficiente densidade de significação que autorize sua aplicação direta pelo Estado-juiz, como no caso da expressão “revisão geral” (CF/88, art. 37, X, parte final).*”

Dessa forma, tais parâmetros, ainda que não tenham sido objeto de debates pelo Plenário, já que o julgamento se deu em Plenário Virtual, tampouco tenha sido feita uma sedimentação da Corte sobre a matéria, podem servir para reflexões gerando uma incipiente manifestação do Tribunal acerca dessa lacuna jurisprudencial, já que o voto do relator foi acompanhado pela maioria da Corte.

2.4.6 - Presos em condições degradantes

Dois feitos relevantes sobre a possibilidade de indenização a presos em condições degradantes por omissão do Estado foram julgados no STF, foram eles o Recurso Extraordinário (RE) 580.252 – Mato Grosso do Sul e a ADI 5.170 proposta pelo CFOAB em outubro de 2014. Nesta última, foi pleiteada a interpretação conforme

292 BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. Direito, Estado e Sociedade, n. 44, p. 206, jan./jun. 2014.

293 MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 501-505.

294 PELICIONI, Angela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. São Paulo: LRT, 2008. p. 223.

295 SOUSA FILHO, Ademar Borges. Sentenças Aditivas na Jurisdição Constitucional Brasileira. Belo Horizonte: Forum, 2016. p. 233.

de dispositivos do Código Civil para que fosse declarado que o Estado é civilmente responsável pelos danos morais causados aos detentos quando os submete à prisão em condições sub-humanas, insalubres, degradantes ou de superlotação.

A tese do RE referido foi ementada da seguinte forma: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”.

A possibilidade de reconhecimento de indenização por omissão estatal se mostra uma ferramenta extremamente válida no combate à omissão inconstitucional, e já foi utilizada pelo STF também em de Mandado de Injunção no caso de mora legislativa²⁹⁶ envolvendo o art. 8º, §3º, do ADCT²⁹⁷.

Nessa linha, o modelo português pode ser uma ótima opção *de lege ferenda*²⁹⁸ para compelir os demais Poderes a atuar. Em que pese não haja um dispositivo

296 Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8, § 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. MI 283, Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 20/03/1991, DJ 14-11-1991; MI 284, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 22/11/1992, DJ 26-06-1992; MI 232, Relator (a): Min. MOREIRA ALVES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 02/08/1991, DJ 27-03-1992.

297 ADCT, art. 8, § 3º – “Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”

298 O art. 22 da Constituição de Portugal determina: “*O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.*” Na mesma linha a lei 67/2007 de 31 de dezembro, de Portugal, traz o regime de responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de função administrativa, jurisdicional e legislativa, trazendo capítulo específico sobre a responsabilidade do Estado com relação a atos danosos resultantes de omissão de providências legislativas necessárias para o exercício de direitos constitucionais. O seu art. 15, 3, *estabelece que o Estado e as regiões autónomas são também civilmente responsáveis pelos danos anormais que, para os direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, resultem da omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais.* Contudo, tal obrigação de indenizar somente pode ser conferida pelo juiz de primeiro grau, em uma ação ordinária, por exemplo, após manifestação do Tribunal Constitucional sobre essa omissão. Ou seja, o juízo de Constitucionalidade ficou a cargo da Corte constitucional. DOUGLAS, ROSA, CHAVES, *Ibid.*, p. 101-120.

constitucional expresse tratando da obrigação de indenizar no caso de omissão Estatal, como ocorre no art. 22 da Constituição Portuguesa, entende-se que o disposto no §6º do art. 37 da Constituição não veda tal hipótese, sendo autoaplicável e, portanto, permitindo tal construção²⁹⁹.

De qualquer forma, ações individuais poderiam ser manejadas pedindo tal indenização, o que seria procedente caso comprovado fato, dano e nexos causal, independentemente da Corte ou Tribunal Constitucional reconhecer uma omissão prévia, o que reforça o acerto da decisão.

Além de tal questão, a análise dos debates no julgamento do Recurso Extraordinário referido também pode contribuir para o avanço na matéria. O RE teve seu julgamento iniciado em 03 de dezembro de 2014 com votos favoráveis à indenização proferidos pelos Mins. Teori Zavascki e Gilmar Mendes. Na sessão de 06 de maio de 2015 o Min. Luís Roberto Barroso proferiu seu voto-vista favoravelmente, mas criou uma solução polêmica, qual seja, que a indenização fosse conferida não em pecúnia, mas em remição da pena, a ser fiscalizada pelo juízo de execuções penais. A compensação em dinheiro deveria ocorrer subsidiariamente.

Em seu voto o Min. Barroso afirmou que o dano moral pode ser ressarcido de diversas formas. A solução através da redução seria mais benéfica porque: i) diminuiria efetivamente a população carcerária, que é uma das causas da indenização, contribuindo para a ressocialização; ii) evitaria gastos públicos em massa com indenizações em dinheiro que deixariam de ser gastas nos presídios. Sua proposta ainda traz os cálculos: um dia de redução para cada três dias de cumprimento de pena em violação grave e remição mínima de um dia para cada sete de cumprimento no caso de violações brandas. Ademais, afirmou que a indenização por pecúnia deveria ocorrer subsidiariamente, somente em havendo impossibilidade de gozo da remição, como no caso do preso já estar em liberdade.

299 Conforme voto do Rel. Min. Teori Zavascki no RE em comentário: “Mas não é disso que aqui se cuida. Aqui, a matéria jurídica se situa no âmbito da responsabilidade civil do Estado de responder pelos danos causados por ação ou omissão de seus agentes, nos termos previstos no art. 37, § 6º, da Constituição. Conforme antes afirmado, trata-se de preceito normativo autoaplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou a providência administrativa de qualquer espécie. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado”.

Na mesma sessão os Ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki criticaram a solução proposta pois ela não eximiria o Estado da concessão posterior de indenização pelos danos sofridos. Ressaltaram ainda a questão do deslocamento do julgamento de competência para o juízo de execuções penais, pois não caberia ao Supremo determinar o juiz natural da causa que originalmente seria o civil. Finalmente, o Min. Teori afirmou que a solução seria obstada pela violação do princípio da legalidade. O Min. Ricardo Lewandowski questionou ainda sobre a incidência do cálculo, ou seja, se ocorreria sobre a pena total ou sobre a pena máxima estabelecida em lei.

Acerca da questão criativa, podemos fazer algumas considerações. Em primeiro lugar, vale ressaltar que a intenção do voto-vista é louvável e contribui sobremaneira para o aprimoramento do debate público sobre o sistema carcerário. O voto em seu inteiro teor contém dados estatísticos que inclusive, após a sessão, foram enviados pelo então Presidente Lewandowski ao CNJ para auxiliar nas medidas cabíveis. Contudo, não há como sustentar sua aplicação nos termos ora propostos segundo o modelo italiano.

O Min. Barroso menciona exatamente o caso³⁰⁰ do governo da Itália que após sanções da Corte Europeia de Direitos Humanos, tomou medidas eficientes de ampliação do sistema carcerário, penas alternativas e propriamente a remição de 1 dia de pena para cada 10 cumpridos em condições degradantes, resguardando ainda a indenização diária de 8 euros no caso de impossibilidade de remição.

Entretanto, tais medidas foram adotadas pelo Governo e pelo Parlamento italiano³⁰¹, não pela *Corte Costituzionale*. Vale dizer que o próprio Tribunal Constitucional na *sentenza* 279 de 2013³⁰² assentou que não poderia fazer uma sentença

300 CEDH, Caso Torreggiani et. al v. Itália, j. em 08.01.2013.

301 Decreto-Lei nº 92/2014, convertido na Lei nº 117/2014.

302 “fa escludere l’asserito carattere “a rime obbligate” dell’intervento additivo sull’art. 147 cod. Pen” per questi motivi LA CORTE COSTITUZIONALE riuniti i giudizi, 1) dichiara inammissibili gli interventi dell’Associazione VOX–Osservatorio italiano sui diritti e dell’Unione delle Camere penali italiane; 2) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell’articolo 147 del codice penale, sollevate, in riferimento agli articoli 2, 3, 27, terzo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione all’articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848, dal Tribunale di sorveglianza di Venezia e dal Tribunale di sorveglianza di Milano, con le ordinanze indicate in epigrafe. Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 9 ottobre 2013.

aditiva ao art. 147 do Código Penal Italiano, pois não se tratava de comando *a rimme obbligate* de modo que proferiu decisão de inadmissibilidade sequer adentrando ao mérito.

Como visto no julgamento da ADPF 54 (aborto de fetos anencéfalos) a Corte italiana admite a utilização de sentenças aditivas em *bonam partem*, todavia, a proposta do voto adentra no núcleo da política criminal adstrita à discricionariedade política do legislador e do Executivo, o que não se adequa à utilização de sentenças normativas. Ademais, o pedido no referido RE, contudo, era o de indenização em dinheiro pelos danos morais sofridos pelo preso em razão das condições degradantes. Criar uma remição de pena seria uma solução *extra petita*.

De qualquer sorte, a medida do Min. Barroso mostrou-se válida já que isso fez com que o Min. Teori Zavascki, na sessão de julgamento, propusesse que, ao invés de o STF estabelecer a remição por condições degradantes, a Corte enviasse tal proposta ao Congresso como projeto de lei. Mais uma vez constatamos a relevância e o crescimento de questões que envolvem diálogos institucionais.

Já na Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ordem pede expressamente: 1. que seja editada *sentença aditiva* “determinando que o valor da indenização seja pago em parcelas mensais, iguais e sucessivas, correspondentes ao período de tempo que o preso foi mantido em condições de indignidade”; e 2. também uma *sentença aditiva de princípio*, “determinando que o Executivo e o Legislativo aprovem normas constituindo um fundo, que reuniria valores correspondentes a uma proporção da indenização (50%, por exemplo), o qual serviria para o financiamento de projetos sociais e de políticas não estatais voltadas à ressocialização dos presos”.

Tendo em vista que o caso ainda não foi julgado até o momento, cabe apenas fazer uma breve análise da técnica de decisão pedida na inicial do CFOAB. De fato, não há dúvida que a indenização é devida em razão de todos os fundamentos jurídicos ligados aos Direitos humanos e à situação carcerária brasileira atual, a qual já foi objeto de reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional pelo STF, o que se reforça pelo julgamento do RE referido, o qual foi provido para reconhecer, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Muito embora a sanção da indenização por omissão do Estado seja uma forma relevante de combate à celeuma da omissão – como ocorre no modelo português exposto, o qual admite indenização após o controle concentrado do Tribunal Constitucional, caso a mora persista sem a solução da omissão³⁰³ -, a atuação normativa para afirmar como essa indenização se dará não é livre como ocorre na seara política.

Assim, com relação ao primeiro pedido da ADI 5.170 em estudo, conforme afirma a OAB, *a sentença aditiva* estaria presente não no pedido de pagamento de indenização em si, mas sim nas condições criadas para tanto: *pagamento em prestações iguais, mensais e sucessivas*.

Ressalte-se que a proposta é extremamente válida eis que parece desonerar o Executivo de um gasto de valor elevado diluindo o pagamento em parcelas sucessivas, de modo que seria possível o seu parcelamento em razão de disposições do próprio Código Civil³⁰⁴.

Entretanto, não parece juridicamente possível que o STF crie de forma abstrata e genérica uma regra de modo de pagamento, o que obstaria, inclusive, o direito de ação do autor em pugnar pela indenização única em vez de parcelada e sucessiva. Naturalmente as ações teriam o mesmo pedido sedimentado pelo STF a fim de obterem a procedência em face da União e dos Estados por danos causados a detentos em condições degradantes.

303 DOUGLAS, William; ARAÚJO, Eugênio Rosa de; CHAVES, André Luiz Maluf. Ibid. 2017

304 Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal: I - o cárcere privado; II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III - a prisão ilegal.

Apesar disso, tais critérios poderiam ser sugeridos pelo STF ao legislador, quando do julgamento do mérito, em uma sentença aditiva de princípio de forma a abrir diálogo sobre o tema.

O mesmo raciocínio se aplica ao pedido de “sentença aditiva de princípio” que busca criar um fundo para políticas sociais. Seria dialógico que o STF sugira tal política ao Executivo e ao Legislativo, criando verdadeira ponte institucional para efetivar a Constituição, enviando um projeto de lei como proposto pelo Min. Teori no RE *supra*, e, se criado o fundo, poderia atuar como mediador, ou nomear órgão externo isento como no caso *Grootboom* da África do Sul³⁰⁵.

Todavia, não caberia à Corte determinar a criação de fundo por meio de sentença aditiva de princípio. Como visto, a sentença aditiva de princípio ocorre quando, da análise de uma lei que seja inconstitucional por omissão (enquanto não prevê, não estabelece algo necessário para ser compatível com a Constituição) exista mais de uma solução constitucionalmente obrigatória possível, dentro da seara da discricionariedade do Legislador, de maneira que a Corte cria verdadeiro diálogo com o Parlamento e os juízes escolhendo um princípio norteador.

Caso o STF atuasse obrigando a criação daquele fundo, estaria ingressando em matéria reservada à discricionariedade política dos demais Poderes, criando verdadeira política pública, não havendo hipótese de subsunção do instituto da sentença aditiva de princípio ao caso vertente.

Assim, entendemos que andou bem o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em realizar tal pedido, contudo a resposta do STF deve se dar com parcimônia sem invadir seara de outros Poderes enviando proposta de lei ao Congresso e criando um diálogo institucional cooperativo.

305 O caso envolvia a alegação de inconstitucionalidade do programa de habitação do governo da África do Sul em face de uma comunidade de moradores de rua não contemplados por esse programa, que viviam apenas com cobertores de plástico. DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Faculdade de Direito. 2017, p. 37.

2.4.7 - Criminalização da Homotransfobia

No dia 13/02/2019 teve início o julgamento da ADO 26³⁰⁶ e do MI 4.733³⁰⁷ onde se buscava provimento que conduzisse à criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima.

Pedia-se na ação que o STF entendesse que a Lei do Racismo (7.716/1989) tipifica práticas homofóbicas por analogia. Em caso negativo, os autores argumentavam que haveria omissão inconstitucional do Congresso em criar um tipo penal específico com base no art. 5º, XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”), de modo que pugnavam pela criação de tipo penal específico para a homofobia via STF.

O parecer da PGR caminhou em sentido convergente e ampliativo, pugnando para que o STF aplique a Lei do Mandado de Injunção (13.300/2016) e, além de fixar prazo para o Congresso legislar (art. 8º, I), atue ainda para “estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado” (art.8º, II), por meio da utilização do “conteúdo do projeto de lei 122/2006 ou dos dispositivos do projeto de Código Penal do Senado que prevê, no art. 487, o racismo e os crimes resultantes de preconceito e discriminação, “quando praticado por motivo de discriminação ou preconceito de gênero, raça, cor, etnia, identidade ou orientação sexual, religião, procedência regional ou nacional ou por outro motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância”.

Em outras palavras: buscou-se reconhecer uma analogia da homofobia ao crime de racismo e, caso tal pedido não seja provido, buscava-se a declaração de uma omissão e por consequência uma atuação criativa do STF para que este legisle criando um tipo penal não previsto, utilizando por analogia um projeto de lei ainda em tramitação.

306 ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em em 13/6/2019.

307 MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em em 13/6/2019.

Data maxima venia, como já tivemos a oportunidade de defender³⁰⁸, partindo de uma análise comparada, tanto o pedido inicial quanto o parecer da PGR afrontam diretamente o texto da Constituição, ainda que se cogite de uma atuação criativa via sentença normativa aditiva (construtiva).

Não se nega que o sistema clássico de separação dos Poderes sofreu uma erosão em suas bases formais originais, de modo que há uma relação muito mais de intersecção das funções estatais em razão do declínio do parlamentarismo; a ascensão do estado administrativo; partidos políticos; o boom das agências tecnocráticas; a proliferação do controle de constitucionalidade (*judicial review*); a privatização das estruturas reguladoras; e a internacionalização das ordens jurídicas nacionais³⁰⁹.

Todavia, não há como se defender a constitucionalidade da decisão vertida. A norma utilizada como pressuposto para a configuração da omissão é o art. 5º, XLI: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Não se está diante, portanto, de uma omissão inconstitucional passível de controle via ADO ou MI.

Não se nega que a Constituição condiciona a atuação do Legislativo, já que sua supremacia e eficácia são cogentes³¹⁰. A Carta, portanto, deve sim orientar a atuação do legislador na seleção dos bens mais relevantes a serem protegidos. Sendo a finalidade do Direito Penal a proteção dos bens essenciais e o convívio em sociedade, deverá o legislador fazer a sua seleção.

Contudo, no caso vertente, há um dever geral de proteção conforme a conveniência e oportunidade do legislador para selecionar aqueles bens jurídicos mais relevantes que merecem a tutela do Direito Penal.

Mandados de criminalização expressos de fato existem, como no caso do racismo, terrorismo e crimes hediondos (art. 5º, XLII, XLIII, XLIV), onde a

308 MALUF, André Luiz.; DOUGLAS, William; GRECO, Rogerio. . Conflito entre os Poderes: pode o Supremo criar o crime de homofobia? JOTA, 12 fev. 2019. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/conflito-entre-os-poderes-pode-o-supremo-criar-o-crime-de-homofobia-12022019> > Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

309 MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*. New York: Oxford University Press, 2013, p. 08.

310 DOUGLAS, ARAÚJO, CHAVES, Ibid., p. 62.

Constituição resolveu por opção do Constituinte Originário trazer para o seu corpo um tratamento especial *prima facie* sobre as outras condutas que poderiam ser criminalizadas. Nestes casos, há sim, um dever de legislar.

Entretanto, extrair da norma geral (art. 5º, XLI), como queriam os autores do MI e da ADO *supra*, um comando vinculante para o Legislativo atuar de forma específica criando um novo tipo penal sob o pretexto da proteção de um bem que a parte considera relevante, e ainda pela via judicial transversa, é derrubar qualquer ideia de reserva legislativa, separação dos Poderes e discricionariedade política na condução da política criminal. O pedido de atuação criativa para que o STF atue configura evidente sentença manipulativa aditiva.

Como já ressaltado, não estaria presente um dos pressupostos para a configuração de uma manipulação aditiva, já que não haveria omissão inconstitucional, mas faculdade política do legislador, e, ainda que houvesse, não estaria preenchido o primeiro pré-requisito negativo: a ausência de matéria reservada à discricionariedade do legislador.

A doutrina italiana, como visto, há muito afirma que as sentenças aditivas não têm o condão de interferir no caso de reservas absolutas do legislador tal como ocorre no campo da criação de infrações penais, da instituição e majoração de tributos e da fixação de remuneração de servidores públicos.

A Lei nº 87, de 1953, que regulamenta a atuação da Corte traz no seu art. 28 uma cláusula de *self-restraint*, criando um limite a sua intervenção, de modo a fazer com que a Corte Constitucional italiana respeite a discricionariedade/faculdade do legislador. Destaca-se que a Constituição brasileira de 1934 trazia dispositivo semelhante - Art 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

Ao analisarmos a jurisprudência da Corte Constitucional da Itália, berço das sentenças aditivas, podemos verificar sem qualquer dificuldade, que é pacífica a impossibilidade de criação de tipo penal, em razão da indevida intromissão em matéria de reserva legal discricionária do Legislativo, sob pena de violação da separação dos Poderes (e.g., sentença 279, de 2013), tampouco é possível criação aditiva no caso de ausência de omissão (e.g., sentenças 259, de 2009, e 138, de 2010).

Ainda que se argumentasse, como faz o parecer da PGR, no sentido de aplicar a Lei do Mandado de Injunção – que traz a corrente concretista intermediária no art. 8º, I e II – não estão configurados os pressupostos para a prolação de uma sentença aditiva. Não é juridicamente possível aplicar um projeto de Código Penal e um Projeto de Lei, ainda em tramitação, como sucedâneos de tipo penal inexistente, sob o argumento da existência de uma omissão.

Tal raciocínio, *data maxima venia*, desvirtua toda uma construção de quase cem anos da Corte Constitucional e da doutrina italiana, sem os cuidados teóricos devidos com base em uma interpretação isolada de um dispositivo que não foi criado com essa finalidade.

Apesar do entendimento contrário exposto, o julgamento foi concluído pela procedência dos pedidos por 8x3. Vencidos os Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandoski, que conheciam das ações, mas entenderam que não era possível colmatar a lacuna, sob pena de violar o princípio da legalidade e igualmente o Min. Marco Aurélio que sequer conheceu das ações por ausência de omissão estatal.

Os votos seguiram o entendimento do relator da ADO principal, Ministro Celso de Mello. O Ministro concluiu no sentido reconhecer omissão legislativa e de dar interpretação conforme à Constituição Federal para enquadrar atos de homofobia e a transfobia nos tipos penais previstos na legislação que define os crimes de racismo, até que o Congresso Nacional aprove lei específica sobre a matéria. Na avaliação do decano, há inércia do Congresso Nacional em editar lei penal que torne crime a violência contra gays, lésbicas, travestis e demais integrantes da comunidade LGBT.

Novamente se verifica a utilização da interpretação conforme para a Corte atuar normativamente. Embora o Ministro Barroso tenha dito expressamente em seu voto que não se trata de sentença aditiva, mas sim de interpretação conforme, na prática, tem-se uma sentença aditiva com criação de tipo penal inexistente por analogia à lei de racismo. Ademais, o próprio Ministro Barroso em seu voto sugere a criação de uma agravante genérica ao Código Penal quando o crime tiver motivação de preconceito homossexual. E tal tese foi encampada na tese final prolatada pelo STF³¹¹.

311 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas

O caráter criativo é evidente, notadamente quando analisamos que no item 2 da tese final há criação de uma excludente de tipicidade: “2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero”.

Tanto houve inovação que o próprio STF, e o Min. Roberto Barroso em julgado anterior da Corte, entendeu que não seria possível tal criminalização por inviabilidade do Judiciário criar crime pela via judicial: “Proferir manifestação de natureza discriminatória em relação aos homossexuais não configura o crime do art. 20 da Lei nº 7.716/86, sendo conduta atípica” (STF. 1ª T. Inq 3.590/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/8/2014 – *Info* 754).

O Ministro Barroso ressaltou naquela oportunidade que seria razoável haver uma lei tipificando condutas que envolvessem manifestações de ódio (“*hate speech*”), todavia, essa lei ainda não existe: “(...) *de modo que eu acho que vulneraria princípios que nós consideramos importantes se a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal punisse criminalmente alguém sem que uma lei claramente defina essa conduta como ilícita*”.

homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”).

Repita-se: entendemos não há omissão inconstitucional total ou parcial a ser colmatada pelo STF, e ainda que houvesse, tratar-se-ia de matéria sujeita à reserva absoluta do Legislativo, resguardada pelos princípios da legalidade estrita e da separação dos Poderes, por interferência no núcleo essencial da seara da discricionariedade política do legislador, de modo que a Corte não poderia atuar.

Não há óbice para que haja a prolação de sentenças aditivas em matéria penal. Como defendido no item anterior referente ao aborto de fetos anencéfalos. Contudo, tal adição de conteúdo tem função benéfica ao réu, sem criar tipo penal específico incriminador. A criação de tipo penal, ainda que sob o pretexto de uma proteção insuficiente, é um dos limites à prolação de sentenças aditivas.

Por fim, vale ressaltar que a decisão não observa a Lei 13.300/16 que prevê a corrente concretista intermediária. Ou seja, a opção do legislador caminhou no sentido de que o STF deve conferir, previamente à prolação de sentença aditiva, um prazo para que o órgão ou Poder omissor atue, o que reforça a ideia de diálogos constitucionais prévios à decisão normativa. Neste sentido, ao decidir diretamente sem observar o art. 8º da Lei do MI, o STF adota excepcionalmente a corrente concretista direta.

2.4.8 - Súmula Vinculante 33: aposentadoria especial de servidores públicos

As decisões reiteradas em diversos Mandados de Injunção acarretaram na edição da Súmula Vinculante 33 cujo teor é o seguinte: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.”

O enunciado vinculante, de nítido caráter aditivo, colmatando omissão normativa de lei complementar, reflete a jurisprudência da Corte Suprema. Nesta linha, o STF entende³¹² que *a aposentadoria especial de servidor público portador de deficiência é assegurada mediante o preenchimento dos requisitos previstos na*

312 Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial. 3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei 8.213/1991. MI 795, rel. min. Cármen Lúcia, P, j. 15-4-2009, *DJE* 94 de 22-5-2009.

legislação aplicável à aposentadoria especial dos segurados do Regime Geral de Previdência Social, até que seja editada a lei complementar exigida pelo art. 40, § 4º, II, da CF/1988. (...) 2. A eficácia do direito à aposentadoria especial objeto do art. 40, § 4º, da CF/1988 exige regulamentação mediante lei complementar de iniciativa privativa do presidente da República, de modo que cabe ao Supremo Tribunal Federal, ex vi do art. 102, I, q, da Lei Maior, o julgamento do mandado de injunção impetrado com o objetivo de viabilizar o seu exercício³¹³.

A Corte se valeu da mesma técnica utilizada no paradigmático caso de greve no serviço público: o recurso à analogia a um diploma genérico – RGPS – para solucionar um problema específico envolvendo servidores públicos. A utilização da técnica analógica é uma forma sutil de encobrir a prolação de uma sentença aditiva, aplicando parâmetro normativo já existente, sem, contudo, reconhecer seu nítido papel criativo e inovador no ordenamento.

Trata-se de hipótese evidente de omissão indefinida, onde a solução comporta mais de uma possibilidade. O STF optou por colmatar a omissão do art. 40, §4º, III se valendo do art. 57 da Lei 8213/91: Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Mas, poderia também ter optado pela aposentadoria especial dos deficientes (LC 142/13) ou dos policiais militares (LC 51/85), também previstas em Leis Complementares Nacionais que regulamentam especificamente o exato art. 40, §4º, I e II.

À luz do modelo italiano, a adoção de uma sentença aditiva de princípio, diante da margem de discricionariedade do legislador, teria o condão de maior abertura dialógica. Contudo, o risco à insegurança jurídica também seria alto, podendo gerar decisões divergentes para pessoas em situações idênticas, notadamente quando o tema é sensível como a aposentadoria.

313 MI 4.158 AgR-segundo, rel. min. Luiz Fux, P, j. 18-12-2013, DJE 34 de 19-2-2014.

A Corte optou pelo caminho que entendeu mais coerente utilizando o Regime Geral e fixando um parâmetro precário, até a superveniência de norma legal, pondo fim à questão, ao menos momentaneamente.

2.4.9 – Alteração de prenome e gênero dos transgêneros no registro civil

No julgamento da ADI 4275/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 28/2 e 1º/3/2018, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado para dar interpretação conforme à Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/1973³¹⁴ para reconhecer aos transgêneros, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à alteração de prenome e gênero diretamente no registro civil. O julgado, louvável em termos de avanços a direitos de minorias, possui nítida carga aditiva, tratada, inclusive, no acórdão da Corte. Trata-se de clara hipótese de sentença normativa de garantia.

O Redator para o acórdão, Min. Edson Fachin, ressaltou em seu voto, na questão preliminar, expressamente que *“a técnica decisória objeto do pedido desta ação direta, embora se afaste do tradicional conceito de interpretação conforme, segundo o qual a interpretação deve ficar adstrita aos limites da intenção legislativa, não é inédita nesta Corte. Com efeito, a interpretação conforme pode implicar o deferimento de “decisão manipulativa de efeito aditivo”, como, de resto, já reconheceu o Tribunal, quando do julgamento da ADPF 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, Pleno, DJe 29.04.2013.”* Verifica-se que há evidente mescla de técnicas de decisão diversas por parte do STF quando atua normativamente.

Como salientado, no caso, trata-se de clara sentença aditiva de garantia – sem custos para o erário, apenas se limitando a estabelecer a aquisição de uma situação jurídica passiva favorável - tendo o STF acrescido conteúdo normativo ao parágrafo único do art. da Lei 6.015/1973, permitindo aos transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos

314 Lei 6.015/1973: “Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público”.

hormonais ou patologizantes, o direito à alteração do prenome e do gênero (sexo) diretamente no registro civil.

Vale ressaltar que o Redator para o acórdão reconheceu, expressamente, que a ação envolvia um pedido de sentença aditiva. Entretanto, embora as considerações do Min. Fachin, mereçam aplausos, eis que não se furtou de reconhecer que a questão envolvia uma técnica aditiva, o entendimento conclusivo acabou mesclando a interpretação conforme como propulsora de uma decisão manipulativa de efeito aditivo. Isso reforça que o STF comumente vem se utilizando da interpretação conforme para realizar sentenças aditivas se furtando do necessário *accountability* republicano.

2.4.10 – Fundo partidário e candidaturas femininas

A questão envolve decisão proferida pelo STF no julgamento da ADI 5617/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 15/3/2018. A Lei nº 13.165/2015 - Minirreforma eleitoral - alterou uma série de dispositivos da legislação eleitoral de regência. O art. 9º da Lei nº 13.165/2015 estabelece percentuais mínimo e máximo de recursos do Fundo Partidário para aplicação em campanhas eleitorais de mulheres: nas três eleições que se seguissem à publicação da Lei nº 13.165/2015 (Eleições 2016, 2018 e 2020), os partidos deveriam reservar, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% e no máximo 15% do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas.

A Procuradoria Geral da República moveu a referida ADI com o objetivo de corrigir aqueles valores garantindo isonomia entre homens e mulheres e igualdade de condições no pleito. Na inicial defende-se que o princípio da proporcionalidade só seria atendido se o percentual de recursos fosse de 30%, pois se equipararia ao patamar mínimo de candidaturas femininas.

O STF decidiu dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei nº 13.165/2015, de modo a equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para as eleições majoritárias e proporcionais. Ademais, fixou que, havendo percentual mais elevado de

candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção.

Na prática, como ressalta Márcio André Cavalcanti³¹⁵, a decisão modificou o seguinte cenário: i) antes o estabelecimento de um piso de 5% significava que, na distribuição dos recursos públicos que a agremiação partidária deveria destinar às candidaturas, os homens poderiam receber no máximo 95%. De outro lado, caso se optasse por fixar a distribuição máxima às candidaturas de mulheres, poderão ser destinados do total de recursos do Fundo 15%, hipótese em que os recursos destinados às candidaturas masculinas seria de 85%; ii) com a decisão, os recursos destinados à campanha eleitoral devem ser distribuídos na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos. Ex: se houver 40% de mulheres candidatas, 40% dos recursos devem ser destinados a elas. Vale ressaltar, no entanto, que esse percentual é de, no mínimo, 30%, considerando que o percentual de mulheres candidatas em cada partido é de, no mínimo, 30%.

Percebe-se que a Corte notoriamente criou conteúdo normativo via analogia à Lei nº 9.504/97. Novamente, verifica-se que o STF se valeu de interpretação conforme à fim de colmatar o vazio normativo por ela criado, em nítido caso de omissão decorrente de ablação.

No corpo do acórdão, verifica-se interessante debate entre os Ministros acerca dos efeitos manipulativos aditivos. Iniciando pelo voto do Relator, o Min. Edson Fachin afirma, citando o voto do Min. Gilmar Mendes que as sentenças aditivas podem ser utilizadas no caso de uma declaração de inconstitucionalidade que gere um vazio mais perigoso do que a criação normativa como ocorreu no caso do salário mínimo³¹⁶ e no caso de infidelidade partidária³¹⁷.

315 CAVALCANTI, Márcio André Lopes. Informativo 894-STF Comentado (21/03/2018). Dizer o Direito. Maio de 2018. Disponível em: < <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/05/info-894-stf.pdf> > Acesso em 26 de junho de 2020, p. 06.

316 Com efeito, há, aqui, pedido para que se reconheça que os direitos das mulheres são “insuficientemente protegidos”, a permitir que se cogite de eventual omissão parcial a ser solucionada pela adoção de outras técnicas decisórias, tal como registrou o e. Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento da ADI 4.430, Rel. Ministro Dias Toffoli, Pleno, DJe 18.09.2013: “Vejam, por exemplo, que, em relação à omissão inconstitucional, até bem pouco tempo, nós não admitimos sequer a ADI, ou ação direta por omissão, quando tivesse por objeto uma omissão parcial, porque dizíamos que a declaração de inconstitucionalidade vai levar a uma situação de maior gravame; por exemplo, eu vou eliminar a tal ADI contra a Lei do salário mínimo, e dizia-se: eu tenho um quadro mais gravoso. Hoje nós já temos

Em outras palavras, o Relator reconhece que o pleito inicial consistia em pedido aditivo para corrigir proteção deficiente, e defende que não se está a limitar o conteúdo normativo, mas sim em densificá-lo. Expressamente o Min. Fachin menciona uma série de precedentes nos quais o STF tem reconhecido sentenças manipulativas de efeitos aditivos. E, como visto, no dispositivo acaba por conferir interpretação conforme.

Durante os debates, vale ressaltar as falas dos Ministros Barroso e Toffoli. O Min. Luís Roberto Barroso afirmou o seguinte: “*Ministro Tofolli, a lei fala do que for destinado. Se a gente está derrubando a lei, a gente está trabalhando com esse conceito. A menos que a gente fizesse uma decisão aditiva aqui para dizer que sempre ter que dar 30% para as mulheres. Não foi isso que debatemos aqui.*”

Em uma de suas falas o Min. Dias Toffoli aduz que: “*Presidente, só para aclarar aquela minha preocupação. Realmente, a interpretação que eu gostaria de dar seria no sentido de que sempre e obrigatoriamente os partidos deveriam destinar, de todo o Fundo Partidário, 5% para as campanhas femininas. Mas, como lembrou o Relator, isso seria uma decisão aditiva. Ai, sim, nós estaríamos avançando para um ativismo, uma decisão aditiva. Então, refletindo, fico na posição do Relator, respeitando as divergências apresentadas.*”

De plano, verifica-se que a pretensão objetivava, em verdade, a prolação de uma sentença normativa substitutiva (reconstrutiva), com a declaração de inconstitucionalidade dos percentuais de 5% e 15%, e consequente substituição pelo percentual de 30% por analogia ao art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97.

Ao que parece, poder-se-ia falar tanto em *omissão decorrente de proteção insuficiente*, quanto em *omissão decorrente de ablação*. O Min. Fachin indica a

alternativas em termos de técnica de decisão, e temos admitido, não só no âmbito da jurisdição da omissão, mas em outros campos, a possibilidade dessas sentenças de caráter aditivo.” (...)

317 Noutras palavras, trata-se, aqui, não de simplesmente limitar-se ao conteúdo normativo da lei impugnada, mas de fixar a interpretação que constitucionalmente o densifique. Ainda não se deve olvidar que este Tribunal tem reconhecido, em inúmeras ocasiões, a possibilidade de proferir decisões que, em sede doutrinária, têm sido chamadas de “manipulativas de efeitos aditivos”. Por exemplo, as decisões com o fez nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, em que se reconheceu que a infidelidade partidária constituiria causa para a extinção do mandato, ou ainda a própria rejeição da Questão de Ordem formulada na ADPF 54 pelo Procurador-Geral da República.

prolação de uma sentença manipulativa aditiva, mas reiteramos que a nosso sentir se trata de sentença substitutiva e não aditiva. O Min. Barroso afirma que a sentença aditiva não estaria em discussão no caso. Já a manifestação do Min. Toffoli, diz que não deseja fazer uma sentença aditiva estipulando o percentual mínimo de 5% em qualquer caso. Contudo, concorda com o Relator para “dar interpretação conforme” para estabelecer o percentual de 30%. Em suma, o Ministro acabou aderindo ao entendimento do Relator que criou conteúdo normativo, em que pese tenha se manifestado de forma totalmente contrária. Na prática, o resultado foi o extremo oposto.

Novamente não fica clara a capacidade de se proferir sentença normativa no caso, ainda que pela via da interpretação conforme a Corte tenha nitidamente criado conteúdo normativo.

2.4.11 – Renda básica de cidadania

O julgamento envolvendo o caso da renda básica se deu no MI 7.300, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para acórdão Min. Gilmar Mendes, Dj. 26/04/2021.

Na oportunidade, discutia-se a possível omissão administrativa do Poder Executivo Federal em implementar a renda básica prevista no artigo 1º da Lei 10.835/2004. Defendia-se, nesse sentido, que, não obstante o legislador tenha determinado a implementação progressiva do benefício, com priorização das camadas mais necessitadas da população, passados mais de 17 anos da promulgação da Lei nº 10.835/2004, o Programa Renda Básica de Cidadania ainda não havia sido regulamentado pelo Chefe do Executivo.

Inicialmente o Relator era o Min. Marco Aurélio que julgava o pedido procedente nos seguintes termos: “Julgo procedente o pedido, estabelecendo, a partir de analogia ao artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, à luz do artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, e até que sobreviesse regulamentação pelo Executivo, a renda básica de cidadania em valor correspondente ao salário mínimo. Fixo, a teor do artigo 8º, inciso II, da Lei nº 13.300/2016, o prazo de 1 ano para a edição, pelo Presidente da República, da norma regulamentadora.”.

Todavia, prevaleceu a divergência inaugurada pelo voto do Ministro Gilmar Mendes que foi seguido pela maioria. Dada a polêmica e repercussão do caso para as

contas públicas do governo, após o julgamento, Min. Gilmar Mendes escreveu texto sobre o tema a fim de reforçar os argumentos que levaram o STF a proferir a decisão³¹⁸.

Segundo o Min. Gilmar Mendes, a questão foi analisada com base no dever do Estado no combate à pobreza e na assistência aos desamparados, situado nos arts. 3º, 6º e 23 da Constituição³¹⁹.

A Lei que criou o Programa Renda Básica de Cidadania estabeleceu que: (i) "*caberá ao Poder Executivo fixar o valor*", desde que "*em estrita observância ao disposto nos artigos 16 e 17 da*" Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF – Lei Complementar nº 101/2000); (ii) a quantia "*deverá ser de igual valor para todos, e suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde, considerando para isso o grau de desenvolvimento do País e as possibilidades orçamentárias*"; (iii) a abrangência da cobertura da população "*deverá ser alcançada em etapas, a critério do Poder Executivo, priorizando-se as camadas mais necessitadas da população*"; (iv) o pagamento "*poderá ser feito em parcelas iguais e mensais*"; (v) não será tributável "*para fins de incidência do Imposto sobre a Renda de Pessoas Físicas*"; e (vi) o PPA e a LOA deverão "*especificar os cancelamentos e as transferências de despesas, bem como outras medidas julgadas necessárias à execução do Programa*".

Nos termos do voto do Min. Gilmar Mendes, *a contrario sensu*, concluiu-se que a lei abre brechas interpretativas sobre: (a) a fixação do valor observar o binômio: grau de desenvolvimento do País e possibilidade orçamentária, tendo em vista que aquele deverá ser "*suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde, considerando para isso o grau de desenvolvimento do País e as possibilidades orçamentárias*"; (b) a existência de diferentes etapas de cobertura populacional, "*priorizando-se as camadas mais necessitadas da população*"; e (c) a periodicidade do pagamento (poderá ser mensal, semestral ou anual etc.).

318 MENDES, Gilmar. MI e seus respectivos limites constitucionais: análise do julgamento da renda básica. Conjur, 01 de maio de 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-mai-01/observatorio-constitucional-mandado-injuncao-respectivos-limites-constitucionais> > Acesso em 06 de maio de 2021.

319 MENDES, *ibid.* 2021.

Portanto, a omissão foi reconhecida na medida em que haveria uma proteção insuficiente de combate à pobreza, apesar do programa Bolsa Família, dentro da lógica de que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).

Desse modo, a conclusão do julgamento foi no sentido de *determinar ao Presidente da República que implementasse, “no exercício fiscal seguinte ao da conclusão do julgamento do mérito (2022)”, a fixação do valor disposto no art. 2º da Lei nº 10.835/2004 para o estrato da população brasileira em situação de vulnerabilidade socioeconômica (extrema pobreza e pobreza — renda per capita inferior a R\$ 89 e R\$ 178, respectivamente), devendo adotar todas as medidas legais cabíveis.*

Também se concluiu pela necessidade de formulação de um *apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotassem as medidas administrativas e/ou legislativas necessárias à atualização dos valores dos benefícios básico e variáveis do programa Bolsa Família, isolada ou conjuntamente, e, ainda, para que aprimorassem os programas sociais de transferência de renda atualmente em vigor, unificando-os, se possível.*

Vale ressaltar que há um contexto político por trás de tal julgamento. Consoante exposto, o Relator originário para o caso era o Ministro Marco Aurélio que votou pela utilização do salário mínimo como parâmetro para o pagamento da renda básica de forma imediata, enquanto o governo não regulamentasse o pagamento. Felipe Recondo³²⁰ destaca que o resultado do julgamento poderia ter sido pior para o Executivo Federal, não fossem alguns votos que abriram divergência, proferidos sem a intervenção dos argumentos do Ministro da Economia no período – Paulo Guedes - e da Advocacia Geral da União – AGU – André Mendonça. Recondo esclarece que “Ministros comunicaram a Guedes e Mendonça da delicadeza do assunto. O ministro

320 RECONDO, Felipe. Julgamento da renda básica mostra desestruturação do governo no STF. JOTA, 28 de abril de 2021. Disponível em: < <https://www.jota.info/stf/do-supremo/julgamento-da-renda-basica-mostra-desestruturacao-do-governo-no-stf-28042021> > Acesso em 06 de maio de 2021.

Gilmar Mendes pediu vista, abrindo espaço para a atuação político-jurídica do governo. Mas nem Guedes nem Mendonça se moveram.”³²¹.

Tal situação remete ao caso do MI 943³²², que tratava do aviso prévio proporcional por tempo de serviço³²³: ao apreciar o caso, o STF percebeu que a declaração de mora do Legislativo não atenderia à força normativa da Constituição, de modo que se inclinou a proferir decisão concretista, optando por adiar o julgamento do feito para refletir sobre como isso se daria. Diante de tal atitude, o Congresso editou a Lei 12.506/2011 regulando a matéria.

Verifica-se que a questão dos diálogos institucionais e o *timing* para decisões e articulações influencia decisivamente na tomada de decisões pela Corte e na intensidade do controle em casos de omissão, o que pode contribuir para balizas de atuação do Tribunal.

Em relação ao objeto do estudo, o voto menciona expressamente a possibilidade de decisões normativas no caso, trazendo parâmetros de criação. Consoante expõe o Min. Gilmar Mendes, em seu voto, “*a sentença aditiva tem caráter excepcional*”, *somente se legitimando “se alcançarem a devida acomodação entro do rol de competência do STF, e, ainda assim, apenas se guardarem sintomia com o princípio da separação dos Poderes”*. Logo, segundo o Ministro, “*a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo é admitida quando as decisões aditivas ou modificativas se limitam a integrar ou completar um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora aquilo que os italianos chamam de “solução constitucionalmente obrigatória” (a rime obbligate)*”.

Entretanto, defende o Ministro Gilmar Mendes que o STF vem atuando observando aqueles parâmetros: “*como revelam os leading cases da matéria, a Suprema Corte, atenta à necessidade de agregar maior legitimidade à prolação de sentenças*

321 RECONDO, Ibid. 2021.

322 STF. MI 943, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 6/2/2013, DJe de 2/5/2013.

323 Em obra coletiva sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho ressalta, à luz da teoria dos diálogos constitucionais, o caso do MI n. 943, que tratava do aviso prévio proporcional por tempo de serviço. Aduz o autor que o caso é um perfeito exemplo de diálogo institucional no Brasil. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional no Brasil. In: Judicialização da Política e Democracia (Obra coletiva). Julia Maurmann Ximenes (Org.). 1a ed. Brasília: IDP, 2014, p. 34/35.

aditivas, tem observado rigorosamente tais parâmetros decisórios nas raras hipóteses em que atua mais incisivamente no controle de constitucionalidade de omissões legislativas.”. O que a nosso sentir não se comprova, na medida em que os julgados adrede analisados demonstram o contrário.

O Ministro Gilmar Mendes ressalta, ainda, que *“o STF tem demonstrado preferência pela utilização de parâmetros normativos preestabelecidos no ordenamento jurídico, os quais foram estendidos, por analogia, para possibilitar o exercício de direitos constitucionais negligenciados pelo legislador.”* Tal assertiva é positiva, conforme os julgados apreciados anteriormente, eis que o STF comumente se vale de analogia para suprir as omissões normativas.

O Min. afirma também que em análise empírica das balizas que orientariam o STF *“a atividade de integração do ordenamento jurídico, notadamente no julgamento de mandados de injunção, deve ser exercida com cautela, parcimônia e, sobretudo, deferência ao Poder Legislativo. Atuações mais incisivas do Tribunal, reservadas para os casos de manifesta inoperância do legislador têm se limitado aos casos em que o Supremo Tribunal Federal identifica uma solução obrigatória na perspectiva constitucional (“a rime obbligate”). Em outras palavras, atenta à excepcionalidade do instituto, a Corte absteve-se de proferir decisões aditivas sempre que vislumbrou um leque de alternativas constitucionalmente admissíveis para a solução de omissão legislativa, por reconhecer que a conformação de políticas públicas compete exclusivamente aos representantes democraticamente eleitos.”*. Entretanto, tais balizas, consoante os casos já analisados nem sempre ocorrerem, já que a Corte avança de forma intensa sobre a seara da política legislativa, nem sempre adotando posturas dialógicas prévias à atuação normativa. Quanto à conclusão do voto em si tratou-se de sentença normativa de prestação.

O Ministro Gilmar Mendes, de forma deferente, optou por não estabelecer um valor fixo de pagamento, o que se mostrou ponderado à luz das cautelas inerentes às regras orçamentárias e à interferência em políticas públicas, notadamente quando a Lei da Renda básica afirma que caberá ao Executivo definir o valor (art. 2º). Além disso, fixou prazo para a regulamentação da questão (2022) e fez uma apelo ao Executivo e ao Legislativo nesse sentido.

Todavia, face à lacuna legal quanto a quem poderia ser incluso nas “camadas mais necessitadas da população” o Ministro considerou o estrato da população brasileira em situação de vulnerabilidade socioeconômica (extrema pobreza e pobreza — renda *per capita* inferior a R\$ 89 e R\$ 178, respectivamente) por meio de analogia ao Decreto 5.209/2004 que regulamenta o Programa Bolsa Família, ou seja, adotou regulamentação já realizada pelo Poder Executivo em Programa análogo, o que se revela coerente e razoável, reduzindo a margem de interferência do STF na seara política e das contas públicas.

Ressalta-se, por fim, que o julgamento foi tomado em Plenário Virtual, de modo que se mantém a ausência de um debate franco e amplo em plenário sobre a possibilidade de atuação normativa em casos de omissões e quais parâmetros devem ser utilizados pelo STF quando tal atuação ocorra.

2.5 – Críticas à atuação normativa do Supremo Tribunal Federal

A ideia de que um Tribunal pode proferir decisões de caráter normativo para corrigir ou colmatar omissões que violam a Constituição não está imune a críticas, notadamente: i) o déficit de legitimidade democrática de seus membros não eleitos pelo povo; ii) o dogma da separação e independência dos Poderes; e iii) a arquitetura da jurisdição constitucional originalmente projetada para que o Tribunal atue apenas como legislador negativo. Outro obstáculo que deve ser enfrentado é a diferença entre a natureza da Corte Constitucional da Itália – um Tribunal *ad hoc* – e do Supremo Tribunal Federal – órgão máximo integrante do Poder Judiciário.

2.5.1 – O STF não é uma Corte Constitucional *ad hoc*

Quanto à natureza diversa da Corte Italiana e do STF, a ideia central dessa crítica envolve o fato de que haveria uma equidistância maior de Tribunais não integrantes do Judiciário, para proferir decisões de caráter criativo, em comparação com órgãos do Poder Judiciário, o que, em tese, garantiria maior imparcialidade e uma maior legitimidade institucional pois a Corte *ad hoc* gravitaria fora da balança dos três Poderes.

Lenio Streck³²⁴ ao tratar da criação de Tribunais *ad hoc* e do controle de constitucionalidade feito pelos Tribunais Europeus, afirma que tal configuração decorre do antigo temor em relação aos juízes no período da Revolução Francesa.

Contudo, apesar do motivo histórico, o modelo kelseniano de Tribunal *ad hoc* não foi completamente adotado pelos Tribunais Europeus. Isso se comprova porque o formato estrutural-normativista de Kelsen, que via a atuação do Tribunal Constitucional *ad hoc* como mero legislador negativo, não previu o desenvolvimento de Constituições de caráter dirigente e programático, com força normativa para ser executada, jurisdições constitucionais amplas e conceitos indeterminados³²⁵.

Obviamente a retirada do controle de constitucionalidade de um órgão integrante do Poder Judiciário diminui, em tese, as tensões que permeiam o processo constitucional, todavia, é impossível eliminá-las por completo. Prova disso é que a própria *Corte Costituzionale* italiana adota uma postura de *self-restraint*³²⁶ diante de questões que demandam valoração de natureza política ou uso da discricionariedade do legislador. A expansão (redimensionamento) das funções dos Tribunais Constitucionais surge como resposta às crises das instituições democráticas. Em razão do conteúdo das Constituições contemporâneas, é da natureza das Cortes participar da função legiferante³²⁷.

Para além desses argumentos, talvez o fundamento mais sólido para justificar a possibilidade do STF prolatar sentenças aditivas seja a sua própria institucionalidade. A Corte Suprema possui criação e fundação constitucional. Trata-se de decisão política fundamental de manifestação da soberania popular. Ou seja, a criação de um órgão central do Poder Judiciário brasileiro não pode ser enfraquecida à luz de um outro modelo de Corte Constitucional, sobretudo porque o STF agrega competências de Corte Constitucional e de instância máxima do Judiciário. Compete ao STF guardar a Constituição o que o equipara à uma Corte Constitucional do modelo europeu, sob pena de colocar a nossa Corte Suprema abaixo de um Tribunal *ad hoc*.

³²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT. 2013, p. 451.

³²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT. 2013, p. 455.

³²⁶ A Lei 87 de 1953 que regulamenta a atuação da Corte, traz no seu art. 28 uma cláusula de *self-restraint*, tornando-se um limite à intervenção, de modo a fazer com que a Corte Constitucional italiana respeite a discricionariedade do legislador, excluindo qualquer valoração de natureza política do seu objeto de controle.

³²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.* p. 772.

Nessa linha, Kelsen³²⁸ utiliza desse raciocínio para refutar a tese de Schmitt de que o Tribunal Constitucional não exerceria jurisdição, eis que o controle de constitucionalidade, para ele, seria um ato político, de modo que nesse ponto Kelsen equipara o Tribunal Constitucional à Suprema Corte dos Estados Unidos: para Kelsen, portanto, não há distinção entre o afastamento de uma norma por um Tribunal Constitucional *ad hoc* e por uma Suprema Corte integrante do Poder Judiciário, eis que ambas exercem na essência o controle de constitucionalidade como ato jurisdicional e ao mesmo tempo político³²⁹.

O antigo receio da atuação judicial como garantidora do *status quo* absolutista, que fundou o temor de uma Corte Constitucional integrante do Judiciário, não mais se justifica em um ordenamento jurídico cujo norte é a Constituição e a centralidade de sua efetividade é pautada pela prevalência dos direitos fundamentais. Ao fim e ao cabo, o fato de o STF não ser uma Corte Constitucional *ad hoc* não o deslegitima, por si só, a exercer funções típicas destes Tribunais, ainda que outras críticas possam ser efetuadas quanto a essa atuação.

2.5.2 – O STF somente pode atuar como legislador negativo: a equivocada interpretação do dogma kelseniano

Atribui-se a Kelsen a afirmação de que o intérprete da Constituição no exercício do controle de constitucionalidade não poderia ir além da invalidação da norma. Daí surge o postulado de que a Corte Constitucional deve atuar como legislador negativo e nunca o contrário. Tal assertiva, contudo, é transportada de forma equivocada para os casos de omissões normativas e não traduz o que verdadeiramente Kelsen expôs sobre o tema.

Em análise mais detida do texto de Kelsen verificamos que o autor não cria uma distinção fechada entre ato político e jurisdicional, segundo ele: “o caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação lhe ceder”³³⁰, segundo ele não existe diferença qualitativa entre legislação e a

³²⁸ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 248/251.

³²⁹ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 251

³³⁰ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 251.

decisão judicial, mas sim quantitativa, de criação do Direito que é inerente à jurisdição³³¹.

Na Teoria Pura do Direito, Kelsen também afirma que as lacunas que o legislador não preencheu no ordenamento jurídico são inevitáveis, por isso, nesses casos, “o juiz somente pode ser fazer de legislador quando o Direito apresente uma lacuna”³³². O autor confia que o juiz somente fará uso desse de forma excepcional e raramente pois tem ciência da responsabilidade de criar Direito *ex novo*³³³.

Há um tópico específico na Teoria Pura de Kelsen intitulado “Criação de normas jurídicas gerais pelos tribunais: o juiz como legislador”³³⁴ no qual o autor afirma que Tribunais de última instância criam Direito via decisões de caráter geral e vinculante para casos idênticos: “o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar”³³⁵.

Kelsen acredita que os Tribunais “entrarão em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição e isso significará uma descentralização da função legislativa.”³³⁶ o que também seria estendido aos órgãos administrativos, levando, ao revés, insegurança jurídica para o sistema em razão dessa descentralização da criação do Direito³³⁷. Ao fim e ao cabo, “A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica.”³³⁸

Para limitar o poder de Tribunais Constitucionais, Kelsen sugere que seja limitada a margem de discricionariedade das leis que concedem poder a ele, bem como as normas de direitos fundamentais não devem ser redigidas em termos muito gerais, abertos e vagos, do contrário, existe aquele perigo de transferência do Poder do Parlamento para o Tribunal Constitucional³³⁹.

³³¹ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 251

³³² KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 276.

³³³ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 276.

³³⁴ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 277.

³³⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 277/278.

³³⁶ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 279.

³³⁷ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 280

³³⁸ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 283.

³³⁹ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 262/263.

Ou seja, a afirmativa reiteradamente repetida que informa o dogma do legislador negativo fundado em Kelsen, segundo o entendimento de que este supostamente defendia a negativa de criação de Direito por Tribunais Constitucionais é falaciosa.

Em verdade, a partir da leitura do autor mencionado, podemos concluir que Kelsen defendia um papel de legislador negativo ao Tribunal Constitucional, contudo, reconhecia a possibilidade de atuação criativa em casos de lacunas, ainda, entendia que, inevitavelmente, o Judiciário cria Direito e alertava que Tribunais Constitucionais iriam se substituir ao Parlamento caso a Constituição trouxesse conceitos abertos e vagos.

Portanto, como aduz Rodrigo Brandão, “tais considerações são suficientes para se compreender que o argumento de que o STF, por atuar como mero “legislador negativo”, limitar-se-ia a aplicar a Constituição, não atuando criativamente em qualquer medida, não encontra fundamento em Kelsen”³⁴⁰.

A moderna hermenêutica constitucional, na esteira do correto pensamento de Kelsen, reconhece a dimensão criativa da atividade judicial, pois considera o texto normativo como resultado da interpretação já que o intérprete inexoravelmente realiza um processo de (re)construção de significados tendo no texto seu limite, destarte, a grande questão não é a existência ou não de criação judicial, eis que inerente ao processo interpretativo, mas sim os limites na *judicial review*³⁴¹.

Ainda que se insista na equivocada interpretação do dogma kelseniano, como inibidor da prolação de sentenças normativas, tal concepção não mais se adéqua à realidade da jurisdição constitucional contemporânea, tampouco ao modelo brasileiro, eis que a tensão entre os Poderes decorrente da efetividade da Constituição pelo Judiciário deve ser encarada como um processo natural de formação do Estado de Direito, pois, a morte da tradicional tese da separação dos poderes na forma como

³⁴⁰ BRANDÃO, Rodrigo. STF e o dogma do legislador negativo. Revista Direito Estado e Sociedade. N 44. p. 189 a 220. Jan-jul 2014, p. 04.

³⁴¹ BRANDÃO, Rodrigo. STF e o dogma do legislador negativo. Revista Direito Estado e Sociedade. N 44. p. 189 a 220. Jan-jul 2014, p. 27/28.

concebida implica, a toda evidência, o abandono da tese como juiz "exegeta boca da lei" e dos tribunais constitucionais como legisladores negativos³⁴².

Seguindo tal linha, Lenio Streck³⁴³ afirma que não há mais como conceber o ultrapassado paradigma de legislador negativo proposto por Kelsen, seja no Brasil ou em países europeus que adotaram o sistema de Tribunal *ad hoc*, pelos seguintes fundamentos:

i) o alargamento (redimensionamento) das funções dos Tribunais Constitucionais surge como resposta às crises das instituições democráticas;

ii) a morte dos juízes como meros "exegetas bocas da lei" implica necessariamente na extinção do dogma de legislador negativo, por razões de desenvolvimento jurídico e democrático;

iii) a instituição da *interpretação conforme* pela Lei 9.868/99 foi uma confirmação do próprio Legislativo no sentido de que o Judiciário pode, expressamente, atuar através de adaptação e adição/adjudicação do sentido dos textos normativos, reconhecendo, assim, a expansão da sua atuação para além de mero legislador negativo.

E aqui acrescentamos a nosso sentir mais dois fundamentos além dos expostos:

i - a previsão expressa da corrente concretista intermediária na Lei 13.300/16, art. 8º, II, que regulamenta o Mandado de Injunção;

ii – a função atípica normativa do Poder Judiciário, prevista expressamente na Carta Constitucional: nos termos do art. 49, XI: É da competência exclusiva do Congresso Nacional zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes.

Outrossim, conforme o sistema de escalonamento normativo proposto por Kelsen, onde a Constituição encontra-se no ápice, depreende-se que exatamente em razão da posição de supremacia que a Constituição exerce no ordenamento, se mostra perfeitamente possível a utilização de sentenças normativas com vistas a gerar a eficácia

³⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT. 2013, p. 761.

³⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT. 2013, p. 746/772.

da norma fundamental e a compatibilidade das leis à sua posição privilegiada; mais ainda quando estamos diante de uma Carta altamente compromissória, analítica e dirigente, com conceitos abertos e muitas vezes indeterminados, que se enquadram naquilo que Kelsen já informava com um cenário possível de criação do Direito pelos Tribunais Constitucionais, notadamente com a ampliação de técnicas decisões pelos próprios Tribunais.

Quando da análise do caso envolvendo a possibilidade de aborto de fetos anencefálicos, vimos que o Min. Gilmar Mendes sustenta em seu voto que o paradigma kelseniano de legislador negativo encontra-se superado, diante, exatamente, da utilização de técnicas aditivas, seguindo orientação progressiva de outras Cortes Constitucionais³⁴⁴.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos³⁴⁵ ao tratar das sentenças aditivas e da realidade brasileira, ressalta com maestria que o Constituinte não destinou ao STF um papel de mero expectador na balança entre os Poderes diante do caráter analítico/programático da Constituição e da omissão inconstitucional, estando ultrapassado o dogma de legislador negativo.

Destarte, apesar das críticas, parece que não é possível aplicar a ideia de um juiz kelseniano a uma Constituição não kelseniana com inúmeros conceitos indeterminados, abertos e de cunho principiológico que prevê diversas ferramentas constitucionais e legais de colmatação e controle de omissões.

³⁴⁴ “Portanto, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias.”

³⁴⁵ “Sem embargo, no Brasil, a relação entre o sistema de controle de constitucionalidade e a ordem constitucional como um todo tanto revela tanto que caducou a ideia kelseniana do juiz constitucional como legislador negativo quanto transparece a necessidade de uma coordenação mais dinâmica e cooperativa entre os poderes constituídos para a realização desta mesma ordem constitucional. (...) Por sua vez, o catálogo constitucional de princípios e direitos fundamentais (arts. 1º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, etc.), a previsão constitucional de aplicabilidade imediata destes direitos (art. 5º, § 1º), a atribuição expressa do papel de guardião da Constituição ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, *caput*) e a disciplina constitucional de um amplo arsenal de instrumentos processuais para a garantia judicial da normatividade da Constituição pela mesma Corte (arts. 102, 103 e 103-A) deixam claro que a vontade do constituinte é de um comportamento institucional do Supremo que em nada combina com a passividade do juiz constitucional kelseniano e nem com um padrão rígido e ortodoxo de separação de Poderes, mas, ao contrário, o constituinte de 1988 e o das reformas construíam um Tribunal Constitucional que deve controlar efetivamente a legitimidade constitucional dos atos dos demais poderes constituídos e que deve superar afirmativamente os vazios legislativos inconstitucionais.” CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa. DPU Nº 42 –Nov Dez/2011, p. 79

2.5.3 – Violação da separação dos Poderes

Há uma certa consciência social de que os Poderes submetidos ao sufrágio – o Executivo e o Legislativo – não possuem mais a capacidade para evocar a vontade popular, de modo que se fala em uma crise de legitimidade democrática³⁴⁶. Parece que, antevedendo tal dificuldade de atender a tempo aos anseios sociais, em discurso na Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães afirmou em 05 de outubro de 1988 “*Nós os legisladores ampliamos os nossos deveres. Teremos de honrá-los. A Nação repudia a preguiça, a negligência e a inépcia. (...) Não esquecemos que na ausência da lei complementar os cidadãos poderão ter o provimento suplementar pelo Mandado de Injunção.*”³⁴⁷.

O Constituinte brasileiro, portanto, não conferiu ao Judiciário um papel de inércia na concretização de direitos quando o legislador se mantiver inerte. Para tanto previu instrumentos próprios para o controle das omissões como o Mandado de Injunção e a ADO. Posteriormente, sobrevieram a ADPF e a Súmula Vinculante. A judicialização da política e o ativismo judicial, como visto, alçaram o STF ao centro do debate político nacional, ensejando a discussão de questões jurídicas no meio social que até então eram reservadas aos demais Poderes e sequer ingressavam no âmbito de apreciação jurisdicional. É inegável, contudo, que esse alargamento institucional gera conflitos entre os Poderes.

Nessa linha, critica-se que a utilização de sentenças aditivas violaria a cláusula do art. 2º da Constituição que preconiza a harmonia e a independência entre os Poderes. Por exemplo, a Ministra Ellen Gracie demonstrou sua preocupação com tais decisões por interferir na seara de competência e discricionariedade do Legislativo: “*não há como deixar de conferir à pretensão da autora o intuito de ver instituído, por meio de decisão judicial, em controle concentrado de constitucionalidade, aquilo que o*

³⁴⁶ MALUF, André Luiz.; CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. SEPARAÇÃO DOS PODERES NA ENGENHARIA INSTITUCIONAL BRASILEIRA: UMA CRÍTICA À LUZ DO PAPEL NORMATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. In: Clarissa Brandão Kowarski, Eduardo Manuel Val, Marco Aurélio Lagreca Casamasso. (Org.). Estado de Direito temas contemporâneos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2022, v. , p. 258-263

³⁴⁷ Guimarães, Ulisses. Íntegra do discurso Presidente da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/> > Acesso em 05 de agosto de 2022.

legislador, até hoje, não concedeu” (ADPF-QO 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 31.08.2007, p. 195).

Neste sentido, busca-se demonstrar nesta seção que a atuação normativa do Poder Judiciário guarda respaldo no ordenamento, e não é obstada pela teoria da separação dos Poderes, máxime quando se compreende que a sua concepção original não mais se adequa à ao atual contexto de uma jurisdição constitucional comprometida com a efetividade dos direitos fundamentais.

Mesmo na França hodierna, as dificuldades do legislador e do próprio Estado de direito – excesso normativo, leis mal redigidas e normas com conteúdo programático e flexível –,³⁴⁸ acabam gerando, com frequência, a atribuição de um papel ao juiz de reescritor da lei. Nesta senda, e na visão de parte da doutrina francesa, como afirma Alain Laquière, o controle de constitucionalidade é, antes de tudo, democrático, porque permite minorias parlamentares contestarem perante o juiz constitucional uma decisão da maioria parlamentar, podendo-se falar que o juiz concorre para o funcionamento de uma melhor democracia participando da criação de normas legislativas, de modo que o Conselho Constitucional seria um verdadeiro e próprio legislador³⁴⁹.

No âmbito nacional, como previsto pela própria Constituição Federal, existem formas de atuação típicas e atípicas conferidas aos Poderes. A exemplo do Poder Executivo que exerce função normativa via medidas provisórias, decretos autônomos³⁵⁰ e regulamentares, o Poder Judiciário a exerce em matéria de sua competência interna, ou mediante resoluções com eficácia externa (como aquelas proferidas pelo TSE, ou seus Tribunais em termos de Regimento Interno). Também o Poder Legislativo, que fiscaliza o Executivo via CPI's, Requerimentos de informações, e julga membros do Executivo e Judiciário por crimes de responsabilidade.

³⁴⁸ Veja-se, por exemplo, Jacques Chevallier ao referir-se à crise do Estado de direito francês: “a proliferação de textos, a instabilidade das regras e a degradação da qualidade da norma não asseguram mais as condições de uma real proteção do cidadão; mas o edifício do Estado de direito se rompe também pelo jogo de certas mutações constitucionais”. CHEVALLIER, Jacques. *L'État de droit*, op. cit., p. 146.

³⁴⁹ LAQUIÈRE, Alain. *État de droit e soberania nacional na França*. p. 338-378. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 369; 372.

³⁵⁰ Em relação aos decretos autônomos, considerando-se a possibilidade prevista no inciso VI, alínea *a*, da Constituição Federal de 1988.

O fato é que a capacidade normativa dos demais Poderes não é nova na Teoria do Estado e da Constituição. John Locke, no Segundo Tratado do Governo Civil, já previa a possibilidade de o Poder Executivo agir discricionariamente no caso de lacuna legislativa por meio da “Prerrogativa”, porquanto o Parlamento não poderia prever todas as situações da vida e algum margem seria necessária para o Executivo³⁵¹.

Como denuncia Ackerman, Montesquieu não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório³⁵². Exponente deste movimento, Rousseau³⁵³ acreditava que o legislador era, sob todos os pontos de vista, um homem extraordinário, de modo que, representando o povo soberano, não poderia fazer leis injustas, por serem estas, atos da vontade geral, que seria sempre reta. Ou seja, tratava-se de uma visão messiânica e lúdica que não se coaduna de maneira alguma com a realidade das democracias contemporâneas.

No âmbito do direito anglo-saxão, em que pese a dificuldade de se transpor o modelo da *common law* para a matriz da *civil law* a criação judicial do Direito é fonte essencial da produção jurídica. A criação da própria Constituição inglesa, por não ser escrita, advém dos precedentes das Cortes, de modo que autores afirmam ser a Carta da Inglaterra feita por juízes³⁵⁴.

É verdade que esse modelo deve ser tratado de forma singular, eis que a formação jurídico-histórica da Inglaterra propiciou um respeito aos precedentes e à criação judicial de forma tão natural e civilmente enraizada no seu desenvolvimento estatal e de sistema jurídico, que é impraticável suplantá-lo para a jurisdição nacional como mera subsunção. De qualquer modo, o ponto é válido para demonstrar que uma democracia secular e sólida não sofreu uma anarquia institucional entre os Poderes, ou uma crise das suas fundações estatais básicas, em razão da atuação criativa judicial no

³⁵¹ LOCKE, John, *Segundo Tratado do Governo Civil*. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 79/81.

³⁵² ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, jan./abr. 2014, p. 14.

³⁵³ ROUSSEAU, J. J. O contrato social. 3ª Ed. São Paulo. Martins Fontes, 1996, p. p. 33/50.

³⁵⁴ SANTORO, Emilio. Rule of law e “liberdade dos ingleses”. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 201-263.

âmbito da jurisdição constitucional, determinando os pilares e a criação da própria Constituição – com seus ônus e bônus.

Hodiernamente, nas democracias ocidentais da pós-modernidade, a efetividade da Constituição é necessária para a sustentação do Estado Democrático de Direito em sua perspectiva material. Passados mais de duzentos anos da Revolução Francesa o ultrapassado dogma tradicional de separação estática não se sustenta, sobretudo quando passamos a compreendê-lo a partir da sua fundação francesa que primava pela superioridade da Lei e do Parlamento, relegando o Judiciário a uma figura de subordinação, contexto totalmente diverso do encontrado nesta quadra histórica. Com efeito, a primeira Carta revolucionária, de 1791, centra-se sobretudo em um modelo de separação dos Poderes com uma Supremacia do Parlamento no qual “os tribunais não podem interferir no exercício do poder legislativo ou suspender a execução das leis”³⁵⁵.

O constitucionalismo brasileiro, ao contrário, teve sua maior influência no modelo norte americano, e não no modelo francês, que baseado em paradigma contratualista mais voltado às concepções de Locke, e não de Rousseau³⁵⁶, reconhece o papel da Corte Suprema como fonte de Direito, consagrando o exercício do controle de constitucionalidade desde o caso *Marbury v. Madison*³⁵⁷.

Ressalte-se ainda que desde a primeira Constituição Republicana de 1891 –art. 59, §1º, *b* – se instituiu o controle difuso de constitucionalidade no Brasil, de modo que a realidade francesa que rechaçava qualquer atuação judicial, privilegiando o legislativo e o Estado legal, não pode ser tida como base para o modelo nacional. Essa incompatibilidade acentua-se ao longo do processo de consolidação do constitucionalismo, dos direitos fundamentais e de instituições que se autolimitam. Como afirma Paulo Bonavides, “a época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação dos poderes”³⁵⁸.

³⁵⁵ Constitution du 3 septembre 1791 Cap. V., art. 3.

³⁵⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 47.

³⁵⁷ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

³⁵⁸ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. 25 anos de interpretação constitucional: uma história de concretização dos direitos fundamentais. In: BRASIL, *A Constituição de 1988 na visão dos ministros do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013.

Em sintonia com a nova realidade, Heller observa que a divisão dos poderes não significa independência estática, mas condicionamento recíproco entre os órgãos, visando a defesa dos direitos fundamentais do indivíduo³⁵⁹.

Dentro desta concepção que supera posições estáticas e prima pela efetividade dos direitos, a prolação de decisões de cunho normativo pelo Poder Judiciário no caso de omissões do Legislativo não pode ser vista como uma conduta que destoa das atividades definidas pela Constituição pertinentes à natureza da jurisdição constitucional, sobretudo quando se levanta a questão do seu caráter contramajoritário.

Por meio de interpretação teleológica, pode-se reconhecer que a própria Constituição de 1988 dispôs sobre a possibilidade de prolação de sentenças normativas: i) a previsão expressa da corrente concretista intermediária na Lei 13.300/16, art. 8º, II, que regulamenta o Mandado de Injunção – art. 5º da CF, LXXI; ii) a função atípica normativa do Poder Judiciário, prevista expressamente na Carta Constitucional, nos termos do art. 49, XI: É da competência exclusiva do Congresso Nacional zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes; iii) a previsão expressa da ADPF e da Súmula Vinculante.

Ora, ante a inércia do legislador, as sentenças normativas surgem como instrumento garantidor de direitos constitucionalmente previstos e da própria completude do ordenamento, contribuindo para os mecanismos de *checks and balances* entre os Poderes, idealizado por Madison e Hamilton, e, em alguns casos, para a manutenção de leis incompletas no mundo jurídico, preservando sua presunção constitucional em frontal diálogo institucional.

As sentenças normativas são ferramentas decisórias que podem cumprir o papel de conferir efetividade a uma jurisdição constitucional que se pretenda garantidora dos preceitos constitucionais fundamentais diante das omissões legislativas, não sendo mais defensável uma concepção estática de separação dos Poderes como um fim em si mesmo.

A Separação deve ser direcionada à consecução da efetividade da Constituição que, em verdade, é o seu fim, conforme sustenta Carlos Alexandre de Azevedo

³⁵⁹ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. SP: Mestre Jou, 1998, p. 306.

Campos³⁶⁰, de modo que deve ser entendido como um arranjo institucional que está a serviço da Constituição e da efetividade dos direitos fundamentais.

Bruce Ackerman,³⁶¹ nesta linha, afirma que a separação dos Poderes somente se sustenta para funcionar em nome da democracia – impedindo projetos populistas de autogoverno; estimulando a competência profissional, de modo que os Tribunais e as burocracias possam implementá-las de modo relativamente imparcial; e a proteção e ampliação dos direitos fundamentais.

A função do Judiciário, assim, seria funcionar como um freio, ou como um contrapeso na balança, evitando abusos do Legislativo (ainda que por conduta omissiva e não comissiva). Não se está a falar em uma soberania do Judiciário sobre o Legislativo. Sobre tal questão Hamilton³⁶² já discorreu em os Federalistas – 78 que “é muito mais racional entender que os Tribunais foram concebidos como um corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, com a finalidade, entre outras várias, de manter este dentro dos limites designados a sua autoridade”.

Como recorrente, o Legislativo pode violar a vontade de povo, ou da Constituição, seja de forma omissiva, ou comissiva. Daí decorrer o controle por ação e por omissão. Neste sentido, afastando-se a dúvida quanto à atribuição da Corte para atuar de forma normativa sem violar o art. 2º da Constituição, há que se ressaltar a teoria dos poderes implícitos. A teoria dos poderes implícitos remonta ao caso *McCulloch v. Maryland* (UNITED STATES, 1819), o qual decorreu da rivalidade dos Estados com o Segundo Banco dos Estados Unidos, e alguns deles começaram a tomar

³⁶⁰ No que tange à objeção do princípio da separação de Poderes, esta não pode prevalecer, salvo se realmente a concepção adequada do princípio for uma concepção *estática e ortodoxa*, que prescreva uma distribuição clara e *rígida* de poderes *incomunicáveis* e em permanente *estado de oposição*. O princípio da separação de Poderes não é um fim em si mesmo, mas deve ser entendido como um arranjo institucional que está a serviço da Constituição e dos direitos fundamentais, e por isso não pode, ele mesmo, servir de justificativa para a paralisia dos direitos e valores constitucionais. Atuando em favor da Constituição, e dos direitos fundamentais, a concepção adequada da separação de Poderes deve ser uma concepção *dinâmica e renovada*, que prescreva uma distribuição clara, mas *flexível* de poderes que *dialogam entre si* em um permanente *estado de cooperação*. Essa concepção permite a luta judicial contra a institucionalização incompleta dos valores e direitos constitucionais. A separação de Poderes é instrumental, somente instrumental. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa. DPU Nº 42 – Nov Dez/2011, p.74/79.

³⁶¹ ACKERMAN, Bruce. Op. cit., 2009, p. 07.

³⁶² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY; Jonh. *Os artigos federalistas*, 1787-1788. Nova fronteira, 1993, p. 332.

medidas agressivas contra a instituição. Entre elas a tributação instituída pelo Estado de Maryland sobre as notas emitidas pelo Banco federal, que gerou o conflito³⁶³.

A ideia por trás da decisão caminha no sentido de que a Constituição não poderia prever todos os poderes, pois, se assim fosse, o texto constitucional seria um mero código legal e de difícil compreensão para o público. Desta forma, o Chief Justice John Marshal consagrou que não existia na Constituição dispositivo que proibisse poderes incidentais e implícitos, ou que requeresse que os poderes previstos deviam ser expressa e minuciosamente descritos³⁶⁴.

A teoria dos poderes implícitos é comumente adotada pelo STF de modo a possibilitar a adoção de medidas não expressas com objetivo de efetivar as funções constitucionais de um órgão ou Poder³⁶⁵. Em outras palavras, se a Constituição previu determinada atribuição, o órgão ou Poder devem ter condições instrumentais para efetivar suas atribuições, o que, em última ratio, é efetivar a própria Constituição. O caso mais destacado julgado pela Corte que envolveu a aplicação daquela teoria talvez seja concernente ao poder de investigação do Ministério Público (RE 593.727): na oportunidade, o Tribunal entendeu pela possibilidade do poder de investigação, utilizando como um dos argumentos a aludida teoria, conforme o voto do Min. Gilmar Mendes³⁶⁶ que cita aquele precedentes da Suprema Corte dos EUA: “a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a

³⁶³ CASAGRANDE, Cássio; BARREIRA, Jônatas Henriques. O caso *McCulloch v. Maryland* e sua utilização na jurisprudência do STF. *RIL* Brasília a. 56 n. 221 jan./mar. 2019 p. 248.

³⁶⁴ CASAGRANDE; BARREIRA. *Idem*. p. 257.

³⁶⁵ “À luz da teoria dos poderes implícitos, cuja origem remonta ao caso *McCulloch v. Maryland*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no ano de 1819, a Constituição, quando confere atribuição a determinado órgão estatal, assegura, correlatamente, ainda que de modo não expreso, os meios necessários para o seu efetivo cumprimento” MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.446 DISTRITO FEDERAL que tratava do poder geral de cautela do TCU.

³⁶⁶ “A outorga de poderes explícitos, ao Ministério Público, tais como aqueles enunciados no art. 129, incisos I, VI, VII, VIII e IX, da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, ainda que por implicitude, aos membros dessa Instituição, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas atribuições, permitindo, assim, que se confira efetividade aos fins constitucionalmente reconhecidos ao Ministério Público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos (CARLOS MAXIMILIANO, “*Hermenêutica e Aplicação do Direito*”, p. 312, item n. XI, 18a ed., 1999, Forense, v.g.), cuja doutrina – construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso *McCULLOCH v. MARYLAND* (1819) – enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos”.

esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuído”.

Considerada a presença no ordenamento jurídico de instrumentos expressos de controle das omissões como a ADO, o Mandado de Injunção, a ADPF e a própria edição de Súmulas Vinculantes (a exemplo da colmatação por meio da SV 33), não parece razoável, e tampouco lógico à luz do sistema nacional, defender a ausência de poderes da Corte para criação normativa com base no óbice decorrente do princípio da separação dos Poderes.

Como visto, a Corte Constitucional da Itália não dispõe de ferramentas expressas de controle de omissões, mas, por meio de evolução jurisprudencial, elaborou as sentenças aditivas para o exercício de sua atribuição como guardião da Constituição italiana, sem que isso gerasse questionamentos de violação da Separação dos Poderes ou desequilíbrio institucional.

Os instrumentos expressos de combate às omissões tornam imperativo o reconhecimento em poderes implícitos da Corte brasileira para o enfrentamento dessa celeuma, eis que, se a Constituição conferiu ao STF a competência para *guardá-la*, poder-se-á aplicar a teoria dos poderes implícitos como forma de garantir as ferramentas para a sua proteção.

Ressalte-se o entendimento de Cappeletti de que o Tribunal quando atua como criador do Direito não viola a separação dos Poderes em razão, sobretudo, da existência do contraditório inerente à jurisdição³⁶⁷. Também reiteramos a posição de Kelsen já exposta no item anterior que entendia como natural a criação judicial do Direito pelos Tribunais e até previa que essa criação fosse mais intensa e interventiva em outros Poderes no caso de normas de conteúdo aberto e vago.

Além dos argumentos já expostos, a supremacia da Constituição também fundamenta a atuação normativa das Cortes e Tribunais Constitucionais. Se a Constituição confere poder aos órgãos, eleitos e não eleitos, para efetivar a sua vontade, que, sabe-se ser manifestação da vontade popular, seria incoerente que o Legislativo

³⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, 54/74.

pudesse descumprir um comando constitucional sem qualquer espécie de ferramenta ou medida por parte de outro Poder a fim de corrigir o desvio criado, sob pena de deixar o povo sem uma resposta do sistema constitucional para a sua própria violação. Essa atuação normativa das Cortes densifica a supremacia da Constituição, reparando omissão que a estaria fragilizada.

Portanto, o caráter histórico do constitucionalismo brasileiro, muito mais ligado à tradição dos EUA do que da França; as novas configurações institucionais e funções típicas e atípicas dos três Poderes; a previsão de normas e institutos próprios trazidos pelo Constituinte no direito brasileiro para o controle das omissões; a prevalência do caráter finalístico dos direitos fundamentais em detrimento de uma caráter instrumental da separação dos Poderes, possibilitam defender que a atuação normativa do STF não é obstada, *de per se*, pela separação dos Poderes.

O Ministro Luís Roberto Barroso sustenta³⁶⁸ que muitas vezes o ônus político de algumas decisões ou a falta de consenso no Legislativo inviabilizam a concretização de Direitos o que justificaria uma atuação do Tribunal Constitucional com o objetivo de fazer “avançar a história” dando, assim, uma resposta à sociedade.³⁶⁹ Tal atuação de “vanguarda iluminista”, a nosso sentir, é perigosa se não controlada por parâmetros firmes. Contudo, inegável que tal argumentação contribui para as reflexões sobre o papel da jurisdição constitucional como concretizadora e não mera expectadora dos anseios democráticos.

Assim, não se trata de desconhecer limites à atuação da Corte Constitucional, tampouco erigir à Corte ao pedestal de onisciência da vontade popular. Com efeito,

³⁶⁸ Palestra no canal da UNICEUB em março de 2015, disponível em <<https://www.uniceub.br/eventos-academicos/eventos-por-curso/1o-semester-2015/palestra-online-do-ministro-luis-roberto-barroso.aspx>> Acesso em: 24 de março de 2015.

³⁶⁹ “Mas existe uma outra competência que Cortes Constitucionais desempenham – e que, no caso brasileiro, se tornou importante em muitas situações – que, ao lado da função contramajoritária, é uma função representativa, é a função de interpretar e procurar concretizar determinados anseios da sociedade que estão paralisados no processo político majoritário. Porque o processo político majoritário, que é o que se desenrola no Congresso, muitas vezes, encontra impasses, encontra dificuldades de produção de consenso; não é só no Brasil, é no mundo inteiro. E é por essa razão que, nas situações que envolvam proteção de minorias, ou nas situações que envolvam certos impasses que emperram a história, acaba sendo indispensável a intervenção do Supremo Tribunal Federal, não contramajoritária, mas representativa. É para fazer andar a história, quando ela tenha parado.” Luis Roberto Barroso. Ministro do Supremo Tribunal Federal Sessão plenária, 12 de dezembro de 2013, julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650/ DF.

apesar de a Constituição autorizar o exercício de funções atípicas do Judiciário (administrativas e normativas), é preciso um grau de parcimônia e autocontrole. Vale dizer, não é porque a Constituição permite a atuação normativa em alguns casos que isso significa que a Corte sempre poderá atuar, muito menos sem parâmetros ou regras de contenção.

A fim de minimizar os riscos de arbítrios, parece relevante que a atuação normativa funcione como *ultima ratio*, de modo que sejam adotadas posturas prévias de diálogos constitucionais. Em outras palavras, o simples sistema de tudo ou nada não é mais suficiente.³⁷⁰

Ressaltamos o receio da prolação de sentenças normativas em matérias eminentemente técnicas que envolvem políticas públicas nas quais a expertise do Poder Judiciário é inferior se comparada a órgãos especializados como as Agências Reguladoras, o que impõe um dever de autocontenção. Além disso, outros parâmetros também devem funcionar como limitadores da atuação criativa a fim de evitar intromissão no núcleo essencial da Separação dos Poderes, como a criação normativa pela via judicial de norma tratando de matéria *interna corporis* do legislativo, ou de tipo penal incriminador.

O tribunal não está livre para fazer escolhas discricionárias ou políticas. A nova norma ou solução extraída do julgamento não pode livremente advir do nada, devendo resultar de preceitos e princípios da Constituição. Não se trata de uma decisão livre, como seria a do Poder Legislativo, mas oriunda da própria Constituição ou na forma de uma conclusão necessária advinda do próprio caso sob juízo. O espaço de criação da Corte está adstrito ao que determina a própria Constituição, ao contrário do que ocorre no Parlamento, onde há iniciativa para propositura, modificação e cancelamento da lei, bem como a ampla conveniência e liberdade política.

A necessária parcimônia e a indispensável autocontenção do Judiciário, contudo, não inviabilizam o papel de uma jurisdição constitucional – agora não mais

³⁷⁰ Em diversas situações a não atuação criativa pode gerar um vazio extremamente perigoso para o próprio Legislativo, como no caso que envolveu a inconstitucionalidade das doações para campanhas eleitorais (ADI 4650). Caso a Corte não tivesse criado parâmetros, as eleições seriam diretamente afetadas pela omissão decorrente da ablação. Ou seja, nem sempre será possível o diálogo prévio. O Judiciário precisará agir de plano. Mas, via de regra, o diálogo deve ser prestigiado.

uma mera expectadora – compromissada e em sintonia com a concretização dos anseios democráticos consagrados no texto constitucional.

Repita-se: não se quer dizer que a separação dos Poderes não é relevante na engenharia constitucional, ela é e serve como limite à atuação normativa desmedida. Mas, como se quer demonstrar, a separação dos Poderes não pode ser considerada como um óbice, *de per se*, para a atuação normativa de Cortes e Tribunais Constitucionais a fim de realizar a colmatação de omissões que violam a Constituição, sob um enfoque material e funcional finalístico de proteção de direitos fundamentais que se sobrepõem a uma divisão estática e já ultrapassada de divisão de Poderes que não mais se revela verdadeira e factível face à realidade do constitucionalismo moderno.

2.5.4 – O déficit democrático do Tribunal Constitucional

A última crítica que se faz à atuação normativa de Cortes Constitucionais é a falta de beneplácito popular dos juízes constitucionais para criar Direito, ou seja, haveria um obstáculo de cunho democrático que inviabilizaria a atuação normativa dos Tribunais. Muitos veem com desconfiança a questão do Judiciário atuar de forma criativa, em razão de seus membros não serem escolhidos pelo povo, o que geraria um desequilíbrio institucional.

Ao fim e ao cabo, em essência, essa crítica envolve o próprio papel contramajoritário de Cortes e Tribunais Constitucionais que, sem voto, retiram do ordenamento atos e normas criadas pelos representantes do povo, o que se chama de “dificuldade contramajoritária”³⁷¹. Ou seja, um órgão não eleito estaria, supostamente, afastando a vontade popular. Nessa lógica, um órgão não eleito estaria criando norma não editada pelos que representam o povo, violando, assim, a vontade negativa de outro órgão ou Poder.

³⁷¹ A expressão se tornou clássica a partir da obra de Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 1986, p. 16 e s. A primeira edição do livro é de 1962. In: BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. *Revista Direito e Práxis*. V. 9, n. 4, 2018, p. 2198.

Apesar de resistências teóricas por aqueles que defendem um constitucionalismo popular, como Tushnet e Waldron³⁷², a jurisdição constitucional e o papel contramajoritário são essenciais para o regime democrático em um Estado de Direito em razão de opressoras maiorias eventuais. A legitimidade da jurisdição constitucional quando exerce esse papel encontra-se assentada no fundamento da proteção de direitos fundamentais insuscetíveis de serem violados e proteção das regras do jogo democrático³⁷³.

Tal crítica nada mais é do que questionar o papel contramajoritário dos Tribunais e Cortes Constitucionais. É da essência da jurisdição constitucional proteger e promover os direitos fundamentais, assegurar o governo da maioria e resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia³⁷⁴.

A democracia se lastreia não somente em uma dimensão procedimental da maioria, mas também em uma dimensão substantiva que inclui os respeitos aos direitos fundamentais, sobretudo de minorias excluídas ou invisíveis dentro do processo político. Não há dúvida de que muitas vezes a vontade majoritária da população apoia as decisões proferidas no controle de constitucionalidade, não se vendo representada nos atos normativos ou nas omissões das instituições representativas por excelência. A relação entre democracia e a jurisdição constitucional envolve, portanto, uma tensão sinérgica³⁷⁵.

³⁷² A característica central do constitucionalismo popular é sustentar a ilegitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade. A realização da Constituição deve ser protagonizada pelo povo e seus representantes. Waldron reconhece que excepcionalmente é possível o controle jurisdicional em cenários patológicos em que as instituições representativas sejam disfuncionais. Tushnet, por sua vez, adota uma teoria popular do direito constitucional, em que as questões devem ser retiradas do controle judicial. O autor afirma que o problema principal de um sistema com a judicial review gera a irresponsabilidade dos legisladores. Ele rejeita a jurisdição constitucional mesmo em casos de violação da democracia. Recentemente Tushnet abrandou sua teoria, permitindo o controle de constitucionalidade sem que haja uma supremacia judicial, advoga por um sistema de diálogo com deferência do Judiciário ao legislativo. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: *Jurisdição Constitucional e Política, Forense*, 2014. p. 85-87.

³⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. 2015, p. 22.

³⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. *Revista Direito e Práxis*. V. 9, n. 4, 2018, p. 2186.

³⁷⁵ SOUZA NETO; SARMENTO, Op. Cit. 2014, pág. 83.

No caso brasileiro, a legitimidade democrática dos Ministros do STF, ainda que não decorra diretamente do povo, decorre do Poder Constituinte soberano, e indiretamente goza de respaldo popular. Tal raciocínio decorre da própria Teoria Constitucional, eis que os Ministros, embora não sejam diretamente escolhidos pela população são escolhidos pelo Executivo e sabatinados pelo Senado, ou seja, passam pelo crivo daqueles que foram eleitos pelo povo.

Assim como na Itália, onde os membros da *Corte Costituzionale* não são eleitos, sua legitimidade decorre da Constituição e do próprio princípio democrático. Como afirma o Ministro Alexandre de Moraes³⁷⁶, à luz da ideia de que a jurisdição constitucional é, muitas vezes, contramajoritária, a justiça constitucional não carece de legitimidade, pois a Constituição consagrou a ideia de complementaridade entre democracia e Estado de Direito, de modo que a supremacia das normas constitucionais, exige o respeito aos direitos fundamentais e prevê o controle jurisdicional do poder estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minorias.

O Ministro Barroso defende que em certos casos, o Tribunal exerce um papel representativo que é decorrente do déficit democrático resultante das falhas do sistema eleitoral e partidário. Somado a isso, ressalta: i) a existência de minorias que funcionam como *veto players*; ii) os interesses políticos e econômicos do legislativo que estão em conflito com o interesse popular e frustram o sentimento de representatividade; iii) o custo elevado das campanhas e o financiamento empresarial³⁷⁷.

Com relação ao caráter representativo do Judiciário, não é incomum que em certos contextos seja melhor intérprete do sentimento majoritário, por diversas razões: i) a indicação política de juízes; ii) a sujeição dos juízes aos valores da comunidade e dos movimentos sociais; iii) a interação da Suprema Corte com a opinião pública; iv) a preocupação com sua credibilidade e estabilidade institucional; v) o desejo de reconhecimento e a preocupação com a imagem de seus integrantes junto à opinião

³⁷⁶ MORAES, Alexandre de. Escolha de ministros do STF precisa de mais participação de todos os poderes. Revista Conjur. 11 de julho de 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/justica-comentada-escolha-stf-envolver-poderes> > Acesso em 18 de julho de 2022.

³⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. 2015, p.27-28.

pública³⁷⁸. Alguns casos emblemáticos podem ser mencionados onde o STF atuou nesse sentido em consonância com a opinião pública: ADC 12³⁷⁹ (proibição do nepotismo nos três Poderes); ADI 3367 (criação do CNJ como órgão de controle da magistratura)³⁸⁰; MS 26.604 (fidelidade partidária)³⁸¹; ADI 4.650 (financiamento de campanhas).³⁸²

Analisando o papel representativo do Judiciário, Jane Reis faz um relevante contraponto. Afirma que aproximar constitucionalismo e democracia para justificar uma função representativa do Judiciário, embora seja sedutor, é duvidoso, pois não se atenta para a tensão sinérgica entre ambas. A argumentação não pode ser utilizada como retórica para firmar a ideia de que o juiz tem uma atuação democraticamente legitimada.³⁸³ Por isso mostra-se relevante e essencial a delimitação de mecanismos de controle e parametrização de decisões das Cortes e Tribunais Constitucionais quando do exercício dessa competência normativa atípica e excepcional.

Criticar a possibilidade de atuação normativa de Cortes Constitucionais no exercício do controle de constitucionalidade de omissões decorrentes de violações negativas de outros Poderes que ofendem direitos fundamentais e enfraquecem a supremacia constitucional, sob o argumento de que tais Cortes não possuem legitimidade democrática para tanto, equivale, na essência, a bloquear, também, a possibilidade de controle de constitucionalidade pela via de ação direta; ou seja, restaria obstado, de igual modo, o afastamento de normas violadoras da Constituição.

Assim, não se pode afirmar, com certeza, que a mera ausência do beneplácito popular torna o Tribunal deslegitimado para atuar no controle de constitucionalidade por omissão. Mas, ao mesmo tempo, não se pode ser ingênuo de imaginar que a Corte irá refletir a vontade popular em sua essência.

³⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. 2015, 2015, p. 28.

³⁷⁹ STF, ADC 12. Rel. Min Carlos Ayres Britto. Dj. 20/08/2008. Dje. 18/12/2009.

³⁸⁰ STF, ADI 3367, Rel. Min. Cezar Peluso. Dj. 13/04/2005. Dje. 25/04/2005.

³⁸¹ STF, MS 26604/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, Dj. 3 e 4/10/2007.

³⁸² STF, ADI 4.650, Rel. Min. Luiz Fux. Dj. 17/09/2015. Dje. 25/09/2015

³⁸³ REIS, Jane. Representação Democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão, Revista Juris Poesis, n. 17, 201, p. 11/12.

CAPÍTULO 3 – PARÂMETROS E TÉCNICAS PARA A ATUAÇÃO CRIATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 – Quais os parâmetros do próprio STF para proferir decisões normativas?

A ascensão do constitucionalismo é um fenômeno global. O Judiciário passa a ocupar um papel de centralidade na arena política e as grandes questões do Direito perpassam, necessariamente, pelo estudo da jurisdição constitucional, de modo que parte da doutrina sustenta a existência de um verdadeiro *transconstitucionalismo* com um entrelaçamento de ordens jurídicas diversas: estatal, internacional e supranacional³⁸⁴.

Sob essa nova perspectiva, a evolução da jurisdição constitucional traz consigo uma gama de novos desafios para a atuação das Cortes e Tribunais Constitucionais, a qual envolve superação da ideia e pelo dogma de que Tribunais e Cortes não criam direito. Os juízes constitucionais, por natureza, por meio da jurisprudência, criam conscientemente regras constitucionais não se limitando a um mero aplicador passivo de textos normativos³⁸⁵.

As Cortes criam direito quando interpretam normas e também quando preenchem vazios normativos³⁸⁶. A técnica de decisões normativas (manipulativas), por excelência, transforma Cortes e Tribunais em legisladores positivos para evitar vazios perigosos no ordenamento³⁸⁷. Como aduz Bazán, todo mecanismo de censura e correção de omissões inconstitucionais tende a viabilizar a exigibilidade de direitos e garantias fundamentais³⁸⁸. Todavia, como reiteradamente levantado, tal atuação deve ser parametrizada com *standards* seguros.

384 NEVES, Marcelo. (NÃO) SOLUCIONANDO PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS: TRANSCONSTITUCIONALISMO ALÉM DE COLISÕES. São Paulo, 93: 201-232, 2014, p. 227.

385 DAZA, Germán Alfonso López. Colombian constitutional judge as the positive legislator: a government of the judges? *Cuestiones Constitucionales* no.24 México ene./jun. 2011, p. 03.

386 BARKHUYSEN, J. Uzman, T.; EMMERIK, M.L. Van. THE DUTCH SUPREME COURT: A RELUCTANT POSITIVE LEGISLATOR? Leiden Law School, Netherlands Report to the Eighteenth International Congress of Comparative Law, 2010, p. 16.

387 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Tribunal Constitucional español como legislador positivo*. *Pensamiento Constitucional Año XV N° 15*, 2011, p. 188

388 BAZÁN, Victor. Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión. *Revista Derecho del Estado*, n. 20, Dez, 2007, p. 139.

À luz dessa celeuma e desse novo paradigma, analisamos que o STF reiteradamente vem atuado de forma criativa, sobretudo por meio da interpretação conforme à Constituição e da analogia sem parâmetros claramente definidos.

Entretanto, a Corte parece estar caminhando para um reconhecimento da possibilidade de decisões normativas (aditivas), ainda que o faça de forma velada, sobretudo no Plenário Virtual. Em especial os votos do Ministro Gilmar Mendes que mais aguerridamente defende a possibilidade de decisões aditivas (normativas), notadamente nos casos de abortos e fétos anencéfalos e renda básica, trazem considerações de elevado grau que merecem atenção, pois busca sistematizar a matéria conferindo alguns parâmetros de atuação, tais como: a excepcionalidade da técnica criativa; a utilização da analogia como recurso decisório; a necessária sintonia com a separação dos Poderes e a exigência de um comando *a rimme obbligate*.

Dessa forma, à luz desses possíveis parâmetros, é possível inferir que a sentença normativa deve ser subsidiária, quando outros mecanismos não forem suficientes para colmatar a omissão e a Corte não deve interferir criativamente em seara eminentemente política.

Também em voto do Ministro Luiz Fux no julgamento que envolvia revisão geral anual do Executivo³⁸⁹ foi possível verificar alguns parâmetros para a prolação de decisões normativas: (i) a solução esteja presente no sistema legislativo em vigor, ao menos em estado latente; (ii) a norma análoga se adéque ao direito previsto constitucionalmente; (iii) a norma constitucional possua densidade normativa tal que conceda inequivocamente determinado direito a seus destinatários; (iv) sejam observados “o critério da vontade hipotética do legislador e o critério da solução constitucionalmente obrigatória”; (v) avalie-se os reflexos das sentenças normativas nas contas públicas, consoante a “observância da realidade histórica e dos resultados possíveis”; (vi) a intervenção se legitime na natureza do direito constitucional, mormente quando em jogo os direitos materialmente fundamentais e demais condições de funcionamento da democracia.

389 RE 843112, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 22/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-263 DIVULG 03-11-2020 PUBLIC 04-11-2020.

O Ministro Dias Toffoli em seu voto no caso ressalta que: *“muito embora se admita ao Poder Judiciário adotar interpretação criativa a fim de corrigir o estado de mora inconstitucional, essa atuação encontra limites no postulado da separação dos Poderes (CF/88, art. 2º) quando o dever jurídico imposto ao legislador não revela suficiente densidade de significação que autorize sua aplicação direta pelo Estado-juiz, como no caso da expressão “revisão geral” (CF/88, art. 37, X, parte final).”*, o que leva a crer que entende pela possibilidade de decisões normativas, sendo estas limitadas pela separação dos Poderes.

Todavia, no caso envolvendo Fundo partidário e candidaturas femininas, o Ministro Toffoli entendeu que não seria cabível sentença aditiva, mas por via da interpretação conforme acabou criando sentença normativa, sem desejar, a princípio, tal atuação.

Já o Ministro Luís Roberto Barroso defende a possibilidade de decisões normativas tanto em artigos acadêmicos³⁹⁰ quanto em votos³⁹¹ consoante seu voto no julgamento da MC da ADPF 378 MC³⁹². Vale destacar que o Ministro Roberto Barroso sustenta a possibilidade de decisões normativas incidentes tanto em caso de MI quanto de ADO, mas não traz parâmetros claros de criação normativa em seus votos.

Em artigo sobre o tema, o Ministro Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello³⁹³ defendem que o intérprete quando da prolação de decisões manipulativas deve adotar as seguintes cautelas: (i) desincumbir-se de um ônus reforçado de justificação da

390 Cf. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. PAPEL CRIATIVO DOS TRIBUNAIS – TÉCNICAS DE DECISÃO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 46, n. 146, Junho, 2019.

391 “Não há dúvida tampouco quanto à possibilidade de ajuizamento de ADPF para que se supra a omissão inconstitucional do legislador sobre o instituto do impeachment. O STF já se manifestou expressamente pela viabilidade da produção de decisão aditiva que supra omissão legislativa parcial, estabelecendo um regramento provisório, com eficácia geral, para evitar que a omissão inconstitucional paralise a eficácia das normas constitucionais (cf. MI 670, 708 e 712, sobre o direito de greve dos servidores públicos). Além disso, a Lei nº 12.063/2009 (art. 12-F, § 1º), ao prever expressamente a possibilidade de deferimento de cautelar em ADO, determinou que tal cautelar poderá suspender a aplicação do ato normativo questionado (em caso de omissão parcial), os processos judiciais ou administrativos em curso ou, ainda, determinar qualquer “outra providência a ser fixada pelo Tribunal”. Essa última norma indica a possibilidade de adoção de decisões aditivas pelo Supremo também em ADO.”

392 Relator(a): Min. Edson Fachin, Redator(a) do acórdão: Min. Roberto Barroso, Julgamento: 17/12/2015, Publicação: 08/03/2016.

393 BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Ibid. 330-331.

sua decisão, de modo a reconduzi-la ao ordenamento jurídico; (ii) demonstrar que a solução que se propõe para suprir a omissão normativa é *a única constitucionalmente possível* ou, havendo soluções alternativas, reduzi-las, argumentativamente, a uma única solução viável, demonstrando que as demais são inverossímeis, incompatíveis com o regime jurídico já posto pelo legislador, sistematicamente menos compatíveis com princípios constitucionais ou desproporcionais; (iii) justificar sua decisão à luz do princípio da proporcionalidade e/ou modulá-la sempre que implicar conflito com outros princípios constitucionais, como o princípio relativo ao equilíbrio orçamentário. Ainda que não sejam parâmetros claros para a prolação de decisões normativas, tais vetores podem servir de norte para uma parametrização que assegure maior coerência e segurança jurídica.

Já o Ministro Marco Aurélio, aposentado, reiteradamente nega a possibilidade de decisões normativas por violação do princípio da legalidade e da separação dos Poderes³⁹⁴, muito embora a sua decisão no caso do Estado de Coisas Inconstitucional dos presídios tenha nítido caráter normativo estruturante.

O Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do direito de greve, sugeriu a criação de parâmetros normativos para tratar do tema, mas não defendeu expressamente a prolação de sentenças normativas. No julgamento envolvendo a criminalização da homotransfobia, juntamente com o Ministro Dias Toffoli, conheceu das ações, mas entendeu que não era possível colmatar a lacuna, sob pena de violar o princípio da legalidade.

O Ministro Edson Fachin em seu voto envolvendo o direito à alteração de prenome e gênero diretamente no registro civil aos transgêneros, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, ressaltou em seu voto, na questão preliminar, expressamente que a técnica decisória objeto do pedido da ação direta envolvia interpretação conforme que poderia implicar o deferimento de “decisão manipulativa de efeito aditivo”.

394 Cf. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 13/6/2019 MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 13/6/2019.

Já os Ministros aposentados Cesar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso, quando do julgamento do caso envolvendo aborto de fetos anencéfalos, demonstraram preocupação na atuação do STF como inovador no ordenamento jurídico, criando hipótese de excludente de ilicitude não prevista no texto do Código Penal.

Fica claro que não há na Corte uma jurisprudência sedimentada ou segurança jurídica sobre a questão quanto à possibilidade jurídica da prolação de sentenças normativas, tampouco parâmetros de criação que sejam observados de forma reiterada. Ademais, há evidente mescla de técnicas de interpretação diversas envolvendo sentenças normativas aditivas, substitutivas, interpretação conforme e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Com os necessários poderes para conferir efetividade à Constituição surgem responsabilidades e limites à atuação jurisdicional, sob pena de, em dados casos de extrapolação, se violar a separação e harmonia entre os Poderes.

A atuação criativa do STF somente será segura se pautada por critérios minimamente objetivos que evitem arbítrios dos Ministros e casuísmos de ocasião. Dessa forma, o objetivo desse capítulo é trazer parâmetros para tal atuação a fim de se garantir segurança jurídica, *accountability* e, ao final, maior efetividade aos direitos fundamentais.

3.2 - O reconhecimento do papel criativo e a criação de parâmetros como condição para o *accountability* republicano

Embora já se utilize da técnica aditiva de forma recorrente, o Supremo Tribunal Federal ainda se abstém de ratificar seu papel criativo frente ao postulado de legislador negativo amplamente difundido, não havendo um consenso na Corte sobre a possibilidade de prolação de sentenças normativas, tampouco parâmetros claros para sua utilização.

Como aduz Clemerson Clève, uma Corte mais ativista tende a exercer um controle de constitucionalidade de forma mais livre levando ao ponto de estabelecer,

devido a omissão do Legislativo, sentenças normativas para casos difíceis³⁹⁵. Ou seja, a atuação criativa é, ao fim e ao cabo, um desdobramento natural e uma dimensão do próprio ativismo judicial. Cappelletti aduz que a interpretação do direito é sempre, em alguma medida, criativa³⁹⁶. Dessa forma, fica claro que a postura de negação da Corte não contribui para o fortalecimento da jurisdição Constitucional.

Não se nega a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal proferir decisões normativas. Parte-se, portanto, do pressuposto de que Cortes e Tribunais Constitucionais produzem normas em sua atividade interpretativa, que não se confundem com o texto. A grande questão que se apresenta não é mais se Cortes e Tribunais Constitucionais podem, ou não, produzir direito, mas, como e em quais situações eles podem, e se devem, decidir em casos de omissão de Poderes que violem à Constituição.

Entretanto, não podemos depositar cegamente nossas esperanças no Judiciário, sobretudo quando o Tribunal não assume sua postura criativa de forma transparente. A negação de que o STF profere decisões de conteúdo normativo não contribui para que a Corte decida dentro dos limites da moldura constitucional. Ignorar tal realidade, ao revés, estimula decisões casuísticas, gerando acirramento jurídico, institucional e social.

Como destaca Recondo, a corrosão da autoridade e da legitimidade do Supremo espalha seus efeitos para a Constituição. Se o STF se vale dela, em muitos casos, como instrumento, deixa no ar o recado de que o texto constitucional pode ser lido, torcido e espremido para concluir o que cada grupo quiser. E isso, num cenário de polarização política inédita, provoca o enfraquecimento - ou o questionamento - do pacto social que construiu a Constituição de 1988³⁹⁷.

Com mais razão o argumento do reconhecimento se apresenta, na medida em que a partir do momento que se reconhece tal papel às Cortes e Tribunais de forma clara e não velada, é possível que a doutrina reflita e faça o seu papel: contribuir, constranger e cooperar para o necessário aperfeiçoamento decisório dos Tribunais.

395 CLÈVE, Clemerson Merlin; LORENZETTO, Bruno. The Brazilian Supreme Federal Court and the Shared Constitutional Authority. *RJLB*, Ano 7, nº 5, 2021, p. 639.

396 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Editora Sergio Antônio Fabris. Porto Alegre, 1993, Reimpressão, 1999, p. 102.

397 RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises*. 1ª Ed, São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 334.

Não se trata aqui de uma defesa cega do ativismo, tampouco um depósito de virtudes no Supremo Tribunal Federal como última trincheira de salvaguarda da Constituição em casos de omissões. A política e as demais instituições também devem cumprir e o seu papel no Estado de Direito, de maneira que em dadas situações a autocontenção e o diálogo são muito mais efetivos para a efetividade da Constituição do que o ativismo.

A necessidade de *accountability* e de parâmetros seguros de atuação é fundamental para essa construção. Desse modo, se reconhece, de plano, que o STF não pode se arvorar na condição de Constituinte Originário, de maneira que a sua atuação possui limites políticos, jurídicos e institucionais.

O Supremo em inúmeras oportunidades, sob o pretexto de se valer da interpretação conforme, prolatou sentenças aditivas: e.g., o *caso Raposa Serra do Sol* (Pet 3388, Rel. Min. Ayres Britto, Dje 04/02/2014), *Aborto de fetos anencefálicos* (ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Dj. 12/04/2012, Dje. 20/04/2012), *União Homoafetiva* (ADPF 132-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011 c/c ADI 4277-DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011), *Revisão de vencimentos e isonomia entre civis e militares* (RMS 22307-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19/02/1997, DJe. 13/06/1997), *Advogados e o Estatuto da OAB com violação da isonomia por exclusão de multa* (ADI 2652/DF, Rel. Min. Mauricio Correa, j. 08/05/2003, DJe. 14/11/2003), entre outros. Esse fato foi inclusive sinalizado pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto no julgamento da ADPF 54³⁹⁸ (aborto de fetos anencefálicos)³⁹⁹.

Tal conduta, em verdade, enfraquece sua própria atuação e o combate às omissões inconstitucionais, prejudicando o princípio republicano. Acerca desse princípio, Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira Neto⁴⁰⁰ dizem tratar-se de um princípio

398 STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, Dje. 20/04/2012

399 “(...) também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos (...)”

400 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 14.

fundamental do Estado, enquanto Novellino entende que seria um princípio estruturante⁴⁰¹.

Consoante lição de Ricardo Lewandowski⁴⁰² o princípio republicano tem como características essenciais: a eletividade, a temporariedade e a necessidade de prestação de contas (*accountability*) daqueles que lidam com a coisa pública (*res publica*).

Em diversas ocasiões o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivos normativos por afronta ao aludido princípio: RE 637.485, rel. min. Gilmar Mendes, j. 1º-8-2012, P, DJE de 21-5-2013, com repercussão geral; RE 344.882, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 7-4-2003, P, DJ de 6-8-2004; RE 158.314, rel. min. Celso de Mello, j. 15-12-1992, 1ª T, DJ de 12-2-1993.

Sustentamos, insistentemente, que o STF deve ratificar o seu papel criativo-normativo nos casos de inconstitucionalidade por omissão, assim como faz a *Corte italiana*. A *Corte Costituzionale* reconhece em suas funções institucionais tal capacidade, bem como os seus necessários limites, de modo a conviver com os demais Poderes, sem sofrer ataques da comunidade jurídica e sem gerar um sentimento de anarquia institucional. Isso possibilita um engrandecimento inconstitucional e o necessário *accountability* republicano junto à sociedade e aos outros Poderes que poderão concordar, reverter ou aprimorar as decisões em diálogo cooperativo.

O receio de abusos dos Ministros da Suprema Corte não pode servir de venda em proveito de uma cultura negacionista da criação judicial do Direito⁴⁰³. Ao contrário, a negação acaba, em verdade, por evitar o controle, e, assim, criar condições para que ocorram abusos que não serão combatidos nem minimizados.

401 NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 6ª Ed, 2012, p. 405.

402 LEWANDOWSKI, Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 100 p. 189-200 jan./dez. 2005, p. 189-200.

403 Em paralelo, Dworkin defende uma leitura moral da Constituição, de modo que, não é tal fato por si só que poderia gerar abusos do Judiciário. Ao contrário, a negação desta leitura é que poderia prejudicar a efetividade da Constituição, eis que, qualquer autoridade, diz o autor, pode abusar do seu poder: gerais, Presidentes, padres e também, juízes. A negação, para Dworkin, enclausura o debate para questionar se os juízes podem interpretar ou alterar a Constituição, e deixa de questionar o ponto essencial: como a Constituição deve ser interpretada. DWORKIN, Ronald. Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution. Oxford: University Press, 1996, p. 15.

Assim, a falta de parâmetros prejudica a institucionalidade da Corte, possibilitando seu enfraquecimento perante à sociedade e gerando riscos não só de ataques institucionais, mas de inefetividade de suas decisões. O STF pode e deve atuar de forma criativa no combate às omissões inconstitucionais, mas esse poder deve, necessariamente, vir acompanhado da responsabilidade com a devida prestação de contas, bem como do estabelecimento de limites e auto restrição. É essa tarefa que buscaremos realizar nos próximos tópicos.

3.3 – Limites e possibilidades da atuação criativa do Supremo Tribunal Federal: proteção institucional do Judiciário e efetivação de direitos fundamentais

O que se sugere no presente texto é o seguinte: o estabelecimento de parâmetros, além de contribuir para o necessário *accountability* republicano, garante, também, a manutenção da própria institucionalidade do STF e a proteção do Poder Judiciário perante os demais Poderes, além de criar condições jurídicas e institucionais para a maior efetividade de direitos fundamentais.

Hamilton⁴⁰⁴ em os Federalistas alertava que dentre os três Poderes o Judiciário seria o mais fraco, já que o Executivo disporia das honrarias e das armas, enquanto o Legislativo teria a atribuição de criar direitos e obrigações por meio de leis além de controlar os gastos do tesouro. O Judiciário não participaria da riqueza nem da força, além de depender do Executivo para garantir a eficácia de suas sentenças, de modo que constantemente deve se proteger de ataques institucionais.

Na mesma linha a opinião de Sandra O'Connor⁴⁰⁵, juíza da Suprema Corte dos EUA entre 1981 e 2006, elucida bem a questão: "Nós não possuímos forças armadas para dar cumprimento a nossas decisões, nós dependemos da confiança do povo para revê-las. Por essa razão, devemos estar atentos à opinião e às atitudes da população em

404 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, Jonh. Os artigos federalistas, 1787-1788. Nova fronteira, 1993, p. 479-480.

405 Tradução livre. Sandra O'Connor, *juíza* da Suprema Corte dos EUA entre 1981 e 2006, sobre como a participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais; em *Public trust as a dimension of equal justice: some suggestions to increase public trust*, *The Supreme Court Review*, 36:10, 1999, p. 13.

relação ao nosso sistema de justiça, para que possamos tentar construir e manter essa confiança no Judiciário."

Bielschowsky⁴⁰⁶ ressalta a importância da cooperação constitucional para a eficácia das decisões judiciais destacando que mesmo contemporaneamente, quando muito se fala de uma possível *supremacia do Poder Judiciário* frente aos demais Poderes constituídos, é necessário ter-se em conta que, especialmente no que diz respeito a questões constitucionais e a possíveis disputas institucionais entre os Poderes, o Judiciário na verdade tem muito pouca autonomia para *de fato* impor suas decisões. Assim, a força de eficácia de tais determinações sustenta-se basicamente sobre o arranjo institucional do Estado de Direito. Dito por outras palavras, a real força impositiva das decisões judiciais, ao menos, em matéria constitucional, depende maximamente da cooperação dos demais Poderes e de sua atuação com *lealdade institucional* e em *cooperação constitucional*.

Assim, a atuação normativa da Corte Constitucional sem parâmetros pré-definidos pode ensejar não só um nítido conflito institucional com o Executivo e Legislativo, que a princípio é apenas político, mas, perigosamente, pode se desdobrar em ataques institucionais.

No ponto cabe destacar a crítica sistêmica de Hirschl no sentido de que as elites se valem do Judiciário para efetivar suas pautas, a exemplo de decisões da Corte de Israel (e.g movimento religioso e lei da carne), do Canadá (e.g. emancipação da província de Quebec), da África do Sul (e.g. questões de segregação racial passam a ser moldadas por elites tecnocratas) e da Nova Zelândia (e.g. questões envolvendo povo Maori). O autor critica a canalização de questões sociais e políticas para o Judiciário que são objeto de retaliação e reversões legislativas, não cumprimento da decisões, ou, no limite, ataques institucionais⁴⁰⁷.

Ainda que se argumente que o temor de Hamilton não se aplica à realidade hodierna - eis que as funções dos Poderes encontram-se muito mais em uma zona de

406 BIELSCHOWSKY, Raoni. SEPARAÇÃO DOS PODERES, COOPERAÇÃO CONSTITUCIONAL E LEALDADE INSTITUCIONAL. Conference: I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política. Janeiro 2015, p. 10.

407 HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Pres, 2004.

intersecção pelo fato do Judiciário intervir em políticas públicas, gerando reflexos financeiros nas contas públicas e no orçamento, controlando, assim “a bolsa” do Legislativo, e pelo fato de o Poder Executivo atuar de forma legiferante mediante Medidas Provisórias e Decretos Autônomos -, o Judiciário ainda acaba sendo o Poder mais suscetível a ataques que provém da política, pois está não é sua arena *prima facie*. Mesmo que o Judiciário possa se valer do Direito para se proteger, este pode ser moldado pela política, mas o contrário, comumente, não é verdade.

Como ressalta Celso Campilongo⁴⁰⁸ a relação entre o poder político e o poder jurídico contrapõe panela de ferro (Executivo e Legislativo) a panela de barro (Judiciário): em situações extremas, a política pode modificar as premissas da decisão ou negar execução dos julgados, sendo que nada disso está ao alcance do Judiciário.

A nosso sentir os demais Poderes detém mais instrumentos de ataques contra o Judiciário do que os mecanismos que este possa usar para se defender, como o contingenciamento do orçamento, a alteração do número de membros da Corte, a mudança de suas competências, a abertura de processo de impeachment, além da reversão das decisões.

A atuação do STF para decidir criativamente, assim, depende, em certa medida, da sua credibilidade perante à sociedade, mas, igualmente, é condicionada à observância pelos demais Poderes, para que sejam, não só respeitadas, mas, sobretudo, reforçadas mediante o apoio da população, fato que acaba por blindar a Corte de ataques políticos e institucionais.

Caso a Corte acabe por prolatar sentenças normativas de forma arbitrária, perde a sua força junto à sociedade e aos demais Poderes. Como adverte Campilongo⁴⁰⁹ se referindo ao Executivo “a força sem o Direito é frágil”. A afirmação do autor também é válida para o Poder Judiciário, na medida em que destaca o fato de que a força não combina com Poderes independentes e harmônicos: quem se orientar pela ameaça do uso da força, sem a chancela do Direito, perderá credibilidade para o diálogo e perderá, também, legitimidade, consenso e justificativas para a obediência.

408 CAMPILONGO, Celso Fernandes. Ponta de espada, ponta de língua e divisão de Poderes. JOTA, 18 de junho de 2020. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ponta-de-espada-ponta-de-lingua-e-divisao-de-poderes-18062020> > Acesso em: 18 de junho de 2020.

409 CAMPILONGO, Ibid.

Alexander Bickel já afirmava que o ativismo, embora não seja inerentemente errado, quando praticado em excesso, em termos de influência, pode afetar negativamente o capital político do Judiciário⁴¹⁰; além disso, mudanças abruptas invalidando resultados politicamente alcançados pode minar o apoio a longo prazo aos princípios para os quais a decisão foi projetada, como bem expõe Robert Nagel⁴¹¹.

Richard Posner alerta para o fato de que preservar a integridade e o poder institucional do Tribunal exige que os juízes garantam que suas ordens sejam implementadas pelos demais Poderes, de modo que, ainda que se avoque como intérprete final da Constituição, é pouco provável que a Corte vá proferir decisões que não serão cumpridas⁴¹².

Nesta linha, Posner faz uma relevante distinção entre deferência e prudência⁴¹³, sendo esta última especialmente relevante para o ponto ora em debate. Como destaca Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em relação às medidas de autorrestrição judicial por deferência, são denominadas de autorrestrição estrutural (*structural self-restraint*) e subdivididas em: (i) autorrestrição estrutural em razão da capacidade legal – dever de deferência judicial às decisões prévias do Poder Legislativo em razão de sua autoridade política; e (ii) autorrestrição estrutural em razão da capacidade epistêmica – dever de deferência em favor da maior capacidade cognitiva de outra instituição sobre a matéria julgada⁴¹⁴. Já em relação à autorrestrição prudencial, a finalidade é a de preservação institucional das Cortes, por dois motivos distintos: o temor a possíveis reações adversas dos outros órgãos políticos às suas decisões, ou a defesa da própria funcionalidade⁴¹⁵.

Posner chama o receio de reações políticas adversas de autorrestrição prudencial política, é o clássico caso de temor por riscos de sofrer ataques institucionais; enquanto na segunda hipótese o juiz se preocupa com os efeitos sistêmicos e negativos

410 BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2ª Ed, 1986.

411 NAGEL, Robert F. *Constitutional Cultures: The Mentality and Consequences of Judicial Review*. (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1989).

412 FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, 2005, p. 329.

413 POSNER, Richard. *The Federal Courts, Challenge and Reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, 314/328.

414 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal* eBook. Rio de Janeiro: Forense; 1ª Edição, 2017, p. 349.

415 CAMPOS. *Ibid.*, 2017, p. 181.

das decisões que podem gerar aumento de litigância, de modo que a Corte evita decidir ou decide de modo estreito. Este último caso é utilizado para se garantir a defesa da funcionalidade e do prestígio social das Cortes, a fim de impedir o enfraquecimento de suas decisões⁴¹⁶.

Tais dimensões de autorrestrrição judicial demonstram a necessidade de autoproteção da Corte, de modo que o estabelecimento de parâmetros, como visto, não é apenas recomendável, mas essencial à sua vitalidade e funcionamento. Frise-se que não se está defendendo uma autocontenção em todos os casos que possam gerar conflitos políticos ou estranhamentos entre o Judiciário e os demais Poderes.

A política depende do Direito e do sistema jurídico. O excesso de produção legislativa e o gigantismo estatal nacional, bem como a abertura semântica e polissêmica das normas constitucionais faz com que a expansão da jurisdição constitucional brasileira e das técnicas de controle de constitucionalidade, sejam, também, parte da engenharia que sustenta o próprio sistema político.

Vale dizer, a expansão do papel criativo do Tribunal e de suas competências na análise de medidas do Executivo e do Legislativo, de certo modo, é um caminho sem volta, eis que utilizado e fomentado pela própria política conforme seus próprios interesses. Por isso, a grande questão é o ponto de equilíbrio no qual a Suprema Corte pode atuar criativamente, mesmo em questões que envolvam grandes desacordos morais razoáveis, e, mesmo assim, ter sua decisão cumprida até por aqueles que discordaram da decisão.

Assim, a criação de parâmetros contribui para um constitucionalismo cooperativo de diversas rodadas e possibilidades de diálogos entre o STF e os demais poderes sem se falar em uma supremacia judicial *a priori*. Do outro lado da ponte, o legislador deve encarar a sentença aditiva (normativa) como o (re)início de uma rodada de diálogo constitucional⁴¹⁷.

A ideia de que o STF atuaria como elaborador ou atualizador permanente da Constituição, ou “poder constituinte” como afirmava Francisco Campos (Direito

416 Idem.

417 SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Pontes de transição entre direito e política: sentenças aditivas na experiência recente do STF. Revista Publicum Rio de Janeiro, Número 2, 2016, p. 106.

Constitucional", vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), citado em votos do Min. Celso de Mello⁴¹⁸ (MS 22.503 (1997), página 459 e MS 26603 (2007), p.459) não nos parece a melhor solução à luz deste modelo dialógico ou cooperativo proposto, como parece fazer crer o Professor Diego Werneck Arguelhes⁴¹⁹ ao citar o voto do Min. Celso de Mello no caso da ADO 26, que tratava da criminalização da homotransfobia, afirmando que “Celso de Mello implicitamente corrigiu também uma insuficiência na decisão *do constituinte*”, citando aquelas passagens de Campos.

Não nos parece seguro e institucionalmente adequado atribuir tais poderes ao Tribunal Constitucional, sobretudo em matéria criminal, como fez o Ministro Celso de Mello, ou mesmo para todo e qualquer caso de “insuficiência” do Constituinte, máxime ao citar Francisco Campos como argumento de reforço para tanto, face às controvérsias e pontos de vista pendulares defendidos pelo autor⁴²⁰.

A nosso sentir, ao se conferir a possibilidade de o STF atuar como Poder Constituinte – absoluto e ilimitado como as Assembleias Constitucionais - para reformular a Carta, sem qualquer freio ou contrapeso, estar-se-ia sim, em verdade, criando uma situação de violação evidente à separação dos Poderes, mediante notória sobreposição, e uma extrapolação das competências da Corte, eis que nem o Constituinte derivado pode atuar sem limites (formais, materiais e circunstanciais).

418 *In verbis*: “Daí a precisa observação de FRANCISCO CAMPOS ("Direito Constitucional", vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), cujo magistério enfatiza, corretamente, que, no poder de interpretar os textos normativos, inclui-se a prerrogativa judicial de reformulá-los, em face de novas e cambiantes realidades sequer existentes naquele particular momento histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas. Importante rememorar, neste ponto, a lição desse eminente publicista, para quem "O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte" STF, Rel. Min. Celso de Mello, HC 87.585-TO.

419 ARGUELHES, Diego Werneck. A palavra e o poder: o STF e a separação de Poderes na jurisprudência de Celso de Mello - JOTA Info. 2020. Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-palavra-e-o-poder-o-stf-e-a-separacao-de-poderes-na-jurisprudencia-de-celso-de-mello-13072020#_ftn15 > Acesso em: 21 de julho de 2020.

420 Inicialmente, a nosso sentir, a alusão a Francisco Campos, ao revés de proteger direitos fundamentais, acaba por fomentar uma postura autoritária do próprio Judiciário, eis que, em que pese o trecho do autor ser utilizado para conferir poderes ao Tribunal Constitucional para efetivar direitos, tal trecho foi escrito na década de 50 – ocasião em que Campos defendeu posturas mais liberais. Todavia, é imperioso lembrar que aquele autor foi o arquiteto intelectual da Constituição Polaca de 1937 que retirou do Judiciário o Poder de interpretar a Constituição, conferindo ao Executivo a atribuição para enviar à Câmara a possibilidade de reexaminar a decisão que poderia perder seus efeitos (art. 96). Ademais, Campos também atuou na elaboração do AI-5 durante a ditadura militar, o que, evidentemente, não se coaduna com uma postura que se espera como democrática.

Assim, a criação de parâmetros evita que o STF detenha poderes que nem mesmo o Constituinte Derivado possui, criando uma série de etapas de diálogos para a efetividade da Constituição.

Os *standards*, desta forma, fortificam a própria Separação dos Poderes evitando uma atuação desmedida, casuística e discricionária da Corte Constitucional, ao mesmo tempo em que garantem institucionalidade e funcionalidade à Corte, permitindo a eficácia de suas decisões e o avanço dos direitos fundamentais.

Como visto, são várias as oportunidades e formas de diálogos institucionais entre os Poderes a fim de se criar uma solução para o caso, sem que o Judiciário se arvore, de plano, em uma competência normativa, *prima facie*, de efetividade da Constituição: i) as diversas propostas de standards de atuação mediante cominação de prazo; ii) envio de projeto de lei; iii) *signaling*, bem como iv) os parâmetros negativos; e, no caso de criação normativa, v) faculta-se ao Congresso reverter a decisão judicial exorbitante em evidente ciclo de rodadas de debates e construção do Direito mediante Emenda Constitucional. Os parâmetros, assim, primam mais pela cooperação do que pela supremacia.

Ackerman⁴²¹ demonstra que o contexto político e jurídico no qual *Marbury v. Madison* estava inserido, analisado em conjunto o precedente *Stuart v. Laird* e a tentativa de impeachment do justice Chase, ilustra bem como uma atuação autocontida da Corte pode garantir a segurança institucional e fornecer terreno firme para que o Tribunal possa efetivar direitos sem sofrer um revés político-institucional como o impeachment de juízes, a alteração de sua composição ou a mudança de suas competências, condutas estas utilizadas como ferramentas de pressão e ameaça pelo Presidente Thomas Jefferson no início de 1800.

Em outras palavras, uma atuação com limites pode ser mais frutífera para a expansão do próprio Poder Judiciário do que uma postura ativista, eis que aquela, cria condições para decisões futuras mais progressistas que poderão ser tomadas quando o papel e os poderes da Corte já estiverem consolidados social e institucionalmente.

421 ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005, p. 222/244.

Ademais, tal atuação com a segurança jurídica esperada é relevante para o acesso à justiça e sua democratização, já que, como destaca Cappelletti, a capacidade de acessibilidade aos Tribunais é muito superior aos órgãos de governo⁴²², notadamente em uma sociedade marcada pelo clientelismo, nepotismo direto e cruzado.

Assim, como o Tribunal possui um estoque de decisões contramajoritárias que devem ser utilizadas para a tutela de direitos em casos nos quais a opinião pública será contrária⁴²³, a Corte também precisa conservar seu capital institucional para prolatar sentenças criativas, sobretudo, porque, nesses casos, sua atuação é inegavelmente política⁴²⁴.

Desta forma, a criação de *standards* com limites de atuação não é apenas desejável, mas inerentemente necessária para que o STF mantenha sua credibilidade social e para que possa se blindar de ataques institucionais, diminuindo a interferência política sobre a Corte e sedimentando sua posição, para efetivar, em *ultima ratio*, direitos fundamentais.

Com base em tudo que foi analisado, notadamente a matriz italiana, a doutrina nacional e estrangeira, e a jurisprudência do próprio STF e da Corte italiana, a fim de contribuir para o aperfeiçoamento institucional nacional e o necessário *accountability* republicano, passaremos a propor alguns parâmetros que possam auxiliar na criação de limites e na definição das possibilidades da atuação criativa da Corte Constitucional no combate às omissões normativas.

A divisão dessa parametrização pode ser enquadrada na seguinte linha que deve ser seguida como um *iter*, ou caminho, para a prolação de decisão normativa: I – Pressupostos Negativos; II – Posturas prévias de autocontenção dialógica; e III – Parâmetros positivos.

422 CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Editora Sergio Antônio Fabris. Porto Alegre, 1993, Reimpressão, 1999, p. 106.

423 BRANDÃO, Rodrigo. STF e o dogma do legislador negativo. Revista Direito Estado e Sociedade. N 44. p. 189 a 220. Jan-jul 2014, p. 390.

424 KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 253.

3.4 - Pressupostos negativos de criação

Os parâmetros negativos de criação são prévios no *iter* de prolação das sentenças normativas. Funcionam, portanto, como condição negativa de admissibilidade, de modo que, caso presente um pressuposto negativo, o resultado deverá ser uma decisão de não admissibilidade de sentença normativa.

Nesta senda, utiliza-se como analogia a tipologia decisória processual da Corte Constitucional Italiana, notadamente a decisão de inadmissibilidade a qual é empregada quando a Corte reconhece que não pode adentrar ao mérito da questão (*sentenza*, n. 248, *Corte Costituzionale*, 2014)⁴²⁵.

Desse modo, caso existente um pressuposto negativo, o STF não poderá proferir sentença normativa, sendo recomendável a utilização de uma decisão processual de não admissibilidade da ação por absoluta inviabilidade.

3.4.1 - Matérias de reserva absoluta do Poder Legislativo e soluções alternativas de controle fraco

No modelo italiano há uma lei específica de atuação da Corte regulamentando as matérias sujeitas à reserva do legislador que em hipótese alguma podem ser objeto de sentenças criativas, sob pena de violação da separação dos Poderes (Lei 87 de 1953): i) questões de cunho eminentemente político; ii) criação de tributos e de tipos penais; e iii) questões *interna corporis*.

Tal concepção também se respalda na limitação a sentenças aditivas (normativas construtivas) exposta pelo Ministro Dias Toffoli, o qual afirmou no julgado da revisão geral anual que “*muito embora se admita ao Poder Judiciário adotar interpretação criativa a fim de corrigir o estado de mora inconstitucional, essa atuação encontra limites no postulado da separação dos Poderes*”. Da mesma forma o Ministro Gilmar Mendes, no caso da renda mínima, expôs a necessidade de sintonia de sentenças normativas com a Separação dos Poderes. Questões de cunho eminentemente político se

425 MALFATI, PANIZZA, ROMBOLI, *Ibid.*, p. 128

assemelham a questões *interna corporis*, estando ligadas à ideia basilar da separação e harmonia dos Poderes.

A dificuldade seria delimitar o que são questões eminentemente políticas, notadamente diante do tensionamento e reaproximação entre política e Direito. Exemplo clássico é a impossibilidade de controle judicial do veto do Presidente da República (STF, *RDA*, 146:200, 1981, Rep. 1.065-1, rel. Min. Soares Muñoz). O Min. Luís Roberto Barroso, contudo, sustenta a possibilidade de controle do veto por meio do Mandado de Segurança⁴²⁶. Concordamos com tal possibilidade desde que se trate de veto jurídico (fundado em razão jurídica de inconstitucionalidade). O veto político, contudo, fundado em interesse social, gozaria do atributo de reserva política do Chefe do Poder Executivo, que poderia ser revertido politicamente pelo Congresso.

Ainda em matéria de direito internacional, na qual há grande discricionariedade política do Chefe de Estado para tomar medidas como no caso de asilo ou extradição, impera a juridicidade, de modo que o Presidente ou Ministro de Estado devem seguir as normas de nacionalidade da Constituição e os procedimentos da Lei de Migração para concessão daquelas e outras medidas. Todavia, isso não significa que há margem de atuação normativa para a Suprema Corte. Vale dizer, se concedido o asilo político, ou recusado, pelo Chefe do Executivo, não há como o STF atuar criativamente para suprir eventual omissão do Presidente na matéria, por haver manifesto cunho político na decisão.

Em seguida, a criação de tipos penais e de tributos seriam insuscetíveis de decisões criativas, em razão da absoluta reserva legal de criação legislativa do Parlamento. Ao analisarmos a jurisprudência da Corte Constitucional da Itália podemos verificar que é pacífica a impossibilidade de criação de tipo penal, em razão da indevida intromissão em matéria de reserva legal discricionária do Legislativo, sob pena de violação da separação dos Poderes (e.g., sentença 279, de 2013), tampouco é possível criação aditiva no caso de ausência de omissão (e.g., sentenças 259, de 2009, e 138, de 2010).

426 O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro - 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 257.

Apesar do entendimento ora defendido, este não parece ser o caminho que o STF seguiu. Exemplo de tal assertiva reside no julgamento referido da ADO 26 e do MI 4.733 que teve seu desfecho pela criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia. Devemos aguardar para se concluir se tal posição será mantida em outros casos.

Como já visto no capítulo anterior, não se nega que a Constituição condiciona a atuação do Legislativo, já que sua supremacia e eficácia são cogentes. A Carta, portanto, deve sim orientar a atuação do legislador na seleção dos bens mais relevantes a serem protegidos, dentro da política criminal respectiva que merecem a tutela do Direito Penal.

Mandados de criminalização expressos de fato existem, como no caso do racismo, terrorismo e crimes hediondos (art. 5º, XLII, XLIII, XLIV), onde a Constituição resolveu por opção do Constituinte Originário trazer para o seu corpo um tratamento especial *prima facie* sobre as outras condutas que poderiam ser criminalizadas. Nestes casos, há sim, um dever de legislar que, ressalte-se, já foi cumprido.

Como já defendido, para os demais casos, não estaria presente um dos pressupostos para a configuração de uma atuação normativa, já que não haveria omissão inconstitucional, mas faculdade política do legislador, e, ainda que houvesse, não estaria preenchido o primeiro pré-requisito (ou pressuposto negativo): a ausência de matéria reservada à discricionariedade do legislador. Neste caso, igualmente, o destino da questão seria a inadmissibilidade de plano.

Todavia, a fim de possibilitar a abertura de um debate político e social sobre o tema, já que a Corte não poderia atuar criativamente sobre o tema, seria viável, notificar o Legislativo e o Executivo para que tomassem medidas políticas e administrativas, dentro das suas esferas de discricionariedade, sem que esta decisão tivesse força vinculante. Trata-se, assim, de um controle fraco de constitucionalidade, como ressalta Waldron⁴²⁷.

Por fim, em relação às questões *interna corporis*, por sua própria natureza, não são passíveis de controle de constitucionalidade pela via da atuação normativa.

427 WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. Yale Law Journal, n.115, abr. 2006, p.1.354.

Conforme o Min. Celso de Mello⁴²⁸: “a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem reafirmado essa orientação em sucessivos pronunciamentos, nos quais ficou assentado que, tratando-se de questão “interna corporis”, deve ela ser resolvida, com exclusividade, “(...) no âmbito do Poder Legislativo, sendo vedada sua apreciação pelo Judiciário”. Nessa senda, a Corte possui entendimento reiterado no sentido de que a judicial review de atos *interna corporis* é vedada ao Judiciário, sob pena de violação da Separação dos Poderes, por tratar-se de tema que deve ser resolvido na esfera política do Congresso Nacional ou das suas casas.

Trata-se, de um limite negativo de decisão criativa por violação do núcleo essencial da Separação dos Poderes, hipótese de matéria de competência exclusiva do legislativo devendo ser proferida decisão de inadmissibilidade do pedido normativo. Tal pressuposto se relaciona ao primeiro, de certa forma, na medida em que decisões sobre matéria *interna corporis* possuem, essencialmente, natureza política.

Excepcionalmente, podemos fazer uma ressalva pessoal, que consistiria em uma exceção à regra geral da não admissibilidade, especificamente no caso da falta de regulamentação envolvendo matéria *interna corporis*⁴²⁹ que acabe por prejudicar, violar, ou obstaculizar diretamente a efetividade de uma norma constitucional.

A jurisprudência da Corte Constitucional italiana pode ser adaptada ao modelo brasileiro no caso específico da ausência de norma *interna corporis* que viole a Constituição, sem que isso deixe de ser um pressuposto negativo de criação judicial via sentença normativa.

Vale dizer, o STF não poderia atuar criativamente, mas poderia reconhecer a ocorrência de uma omissão e notificar o Legislativo para que atuasse, sem que esta decisão tivesse força vinculante, ainda que se trate de matéria *interna corporis*, nos termos da proposta de controle fraco de constitucionalidade destacado.

428 MS 33.558-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Dje 04/05/15

429 Excepcionalmente é possível o *judicial review* de atos emanados dos órgãos de direção das Casas do Congresso Nacional – o Presidente da Câmara dos Deputados, p. ex. –, quando praticados, por eles, e não estejam apoiados em fundamentos exclusivamente regimentais, havendo necessariamente conotação de índole jurídico-constitucional. Ou seja, seria possível o controle por ação de norma do regimento interno, ainda que se tratasse de questão *interna corporis* quando tivesse índole jurídico-constitucional e violasse frontalmente norma da Constituição (MS 33.558-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Dje, 04/05/15).

Na prática, contudo, há certa dificuldade para cogitar alguma hipótese de vazio normativo de matéria *interna corporis* que gere uma situação de omissão inconstitucional, não havendo tampouco precedente sobre o tema. Poder-se-ia cogitar, a título de exemplo hipotético, um determinado Estado cujo Legislativo não possuísse Regimento Interno - RI, matéria eminentemente de caráter *interna corporis*, de modo que tal ausência normativa inviabilizaria o pleno exercício das atividades parlamentares: ficaria inviabilizada a eleição de Mesa, Presidência e membros de Comissões. As reuniões ficariam prejudicadas e, também, as atividades das Comissões, bem como o envio de mensagens ao Executivo e votação de projetos de lei e emendas e o julgamento de seus pares.

Ainda que se cogitasse em tal hipótese de omissão, repita-se, não seria viável a prolação de uma sentença normativa, já que o Judiciário iria legislar positivamente de forma discricionária criando um Regimento, ou iria escolher qual Regimento Interno seria aplicado por analogia. Em ambas as hipóteses levantadas estaria impondo sua vontade a outro Poder de forma unilateral em matéria *interna corporis*.

A solução nesse caso específico, como visto, é que a Corte poderia realizar a notificação do legislador para atuar, sem força vinculante, a fim de dar uma resposta à questão, mas não poderia prolatar sentença normativa, sob pena de invadir o núcleo essencial da discricionariedade legislativa. Em outras palavras: a omissão poderia ser declarada, mas o STF não poderia colmatá-la via sentença normativa. A força de decisão seria, assim, meramente política.

3.4.2 - A possibilidade de interpretação conforme

No modelo italiano a *interpretação conforme* funciona como pressuposto negativo para a criação normativa, eis que naquele sistema o juiz de grau ordinário pode realizar interpretação conforme evitando, assim, que o caso chegue à Corte Constitucional. Ou seja, uma lei pode ser declarada inconstitucional não porque é possível fazê-lo, mas sim por ser inviável dar uma interpretação conforme à Constituição (sentença n. 356, *Corte Costituzionale*, 1996). Percebe-se, assim, a

importância de se “salvar” a lei na jurisdição italiana⁴³⁰. Nesta linha, Roberto Romboli⁴³¹ sustenta que a impossibilidade do juízo a *quo* conferir interpretação conforme seria um requisito extra desenvolvido pela jurisprudência da Corte.

Em linhas gerais, quando se fala em *interpretação conforme* à Constituição quer-se dizer que, no caso de existir mais de uma interpretação possível para um dispositivo legal, quando confrontado com a Constituição, deve ser dada a preferência àquela que seja conforme à Constituição⁴³². Logo, o parâmetro interpretativo será sempre a Constituição tomando por base uma lei infraconstitucional. Tal técnica tem sido normalmente utilizada com a finalidade de “salvar o texto da lei” que deveria ser declarado inconstitucional⁴³³.

Em outras palavras, quando a falta de conteúdo da norma viole positivamente a Constituição e a consequência seria a declaração de inconstitucionalidade por ação, é possível, pela via interpretativa conforme, conferir exegese consentânea com a Constituição, no caso de norma que comporta plurissignificância, para se salvar a lei da declaração de inconstitucionalidade e evitar uma lacuna que pode ser mais prejudicial para a Constituição do que o seu salvamento.

Em suma, podemos afirmar que são condições necessárias para utilização da interpretação conforme⁴³⁴: (i) polissemia de sentidos da norma ou impossibilidade de sentido unívoco; (ii) dentre as interpretações possíveis ao menos, uma delas deve ser compatível com a Constituição; (iii) a interpretação conforme deve ser mais benéfica à unidade do ordenamento do que a declaração de inconstitucionalidade; (iv) no sopesamento sobre a presunção de constitucionalidade, deve-se atentar para a prevalência de direitos fundamentais, das cláusulas pétreas, o princípio da dignidade da pessoa humana e o respeito ao devido processo legislativo em detrimento da declaração de inconstitucionalidade e também aos níveis de constitucionalidade.

430 ARCIDIACONO, L.; CARULLO, A.; CASTORINA, Ibid., 2013, p. 490.

431 MALFATI, PANIZZA, ROMBOLI. Ibid., p. 126.

432 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, Revista dos Tribunais, 798 – 2002, p. 06.

433 BRUST, Leo. A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas. Rev. direito GV [online]. 2009, vol.5, n.2, p. 508.

434 CHAVES, André Luiz Maluf.; SILVESTRE, Matheus Meott. A utilização de sentenças aditivas pelo STF através da interpretação conforme à Constituição: um estudo a partir da ADPF 54. Revista Publicum Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2017, p. 63.

Outra saída possível seria a adição de conteúdo normativo para se salvar tal lei, o que configuraria uma sentença normativa, construtiva, de princípio, de garantia, de prestação, de procedimento, ou reconstrutiva, consoante já explicitado.

São técnicas diferentes: a primeira é interpretativa⁴³⁵ e a segunda é normativa (construtiva ou reconstrutiva). Quando a primeira solução for cabível a segunda restará prejudicada. Por isso a possibilidade de realização de interpretação conforme funciona como pressuposto negativo de admissibilidade para a prolação de decisão criativa.

Por fim, não se pode confundir tal hipótese com a ocorrência de omissão inconstitucional decorrente de ablação. Neste caso, trata-se de fase posterior, já que não foi possível salvar a lei da declaração de inconstitucionalidade, de modo que esta última gerou um vazio perigoso no ordenamento, sendo a sentença substitutiva recomendada para tais casos.

Ocorre que, como visto, em inúmeras oportunidades o STF, sob o pretexto de se valer da interpretação conforme, prolatou sentenças aditivas: e.g., o *caso Raposa Serra do Sol* (Pet 3388, Rel. Min. Ayres Britto, Dje 04/02/2014), *Aborto de fetos anencefálicos* (ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Dj. 12/04/2012, Dje. 20/04/2012), *União Homoafetiva* (ADPF 132-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011 c/c ADI 4277-DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011), *Revisão de vencimentos e isonomia entre civis e militares* (RMS 22307-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19/02/1997, DJe. 13/06/1997), *Advogados e o Estatuto da OAB com violação da isonomia por exclusão de multa* (ADI 2652/DF, Rel. Min. Mauricio Correa, j. 08/05/2003, DJe. 14/11/2003), entre outros o que foi destacado pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto no julgamento da ADPF 54⁴³⁶ (aborto de fetos anencefálicos)⁴³⁷.

Uma hipótese para justificar tal situação é que a interpretação conforme possui previsão normativa expressa na Lei 9.869/99, enquanto a utilização de sentenças normativas decorre de inovação jurisprudencial, da mesma forma que se deu no modelo

435 BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Ibid.*

436 STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012, Dje. 20/04/2012

437 “(...) também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos (...)”

italiano, com a finalidade de solucionar o problema das omissões. Assim, diminuir-se-ia o peso sobre a inovação decisória, já que estar-se-ia utilizando uma técnica legalmente prevista e o teor interpretativo seria menos custoso do que a afirmação de uma postura criativa normativa.

Embora compreensível, tal receio não deveria existir, na medida em que a possibilidade de atuação criativa decorre da própria Constituição, quando estabelece o Mandado de Injunção (posteriormente positivada a corrente concretista na Lei 13.300/16) e também na Lei da ADO (art. 12-F, §1º) que possibilita outras medidas para solucionar a celeuma.

Neste sentido, há forte receio e preocupação de que a Corte possa se valer de tal pressuposto negativo (interpretação conforme) para, em verdade, prolatar sentenças normativas. É aqui que a justificativa da prestação de contas – no sentido de *accountability* republicano – e da sistematização por meio de uma teoria lógica e coerente, se afigura mais salutar: o STF deve agir com responsividade institucional e assumir seu papel criativo, observando limites, quando existentes, atuando de forma clara e transparente, com o ônus argumentativo devido e a técnica própria para cada situação. Quando for o caso de interpretação conforme não cabe sentença aditiva, mas a Corte não pode se valer daquela técnica para proferir decisões criativas de forma indiscriminada sem qualquer espécie de parametrização e limites.

É mais acertado, em termos procedimentais, que a Corte prefira declarar a inconstitucionalidade e da omissão ablativa decorrente profere uma sentença criativa, em vez de se valer de um subterfúgio interpretativo sem parâmetros claros e sem *accountability*. A autocontenção e a responsividade devem imperar para que o STF desempenhe seu papel de forma clara e coerente, garantindo, assim, clareza teórica e decisória.

3.5 - Posturas prévias de autocontenção dialógicas

Não sendo o caso de inadmissibilidade de plano, tampouco caso de prolação de interpretação conforme, passa-se ao exame do mérito da questão. Aqui é feita a análise da omissão inconstitucional propriamente dita, de modo que a Corte pode atuar criativamente como forma de colmatar o vazio normativo. Entretanto, ainda que viável a

atuação criativa, recomenda-se uma postura dialógica prévia à prolação de decisão normativa com base na teoria dos diálogos constitucionais.

Segundo Rodrigo Brandão, a teoria dos diálogos constitucionais, com amplo diálogo travado no Canadá e nos EUA, sendo fomentado através do artigo intitulado *The Charter dialogue between courts and legislatures or perhaps the charter isn't such a bad thing after all* - In: *Osgode Hall Law Journal*, v. 35,n.1,p. 75-124, 1997, de Peter Hogg e Allison Bushel, se mostra mais acertada ao modelo brasileiro em contraposição à supremacia judicial⁴³⁸.

Brandão afirma em sua obra⁴³⁹ que a teoria dos diálogos busca formas de diálogos institucionais sobre a melhor forma de resolver a questão constitucional controvertida, de modo que cada Poder contribua com sua capacidade institucional específica. Por exemplo, os membros do Judiciário por terem garantias de independência, a princípio, teriam maior liberdade em proteger direitos das minorias; ao passo que os membros do Legislativo, por serem eleitos através da aprovação popular, estariam mais próximos da opinião pública possuindo maior capacidade institucional para concretização de políticas públicas. Os modelos dialógicos, inspirados no sistema norte-americano, valorizam os mecanismos de freios e contrapesos, onde nenhum dos poderes tem a última palavra na interpretação da Constituição. Portanto, a grande vantagem desse modelo em relação ao regime da supremacia judicial, consiste em reconhecer as falhas e virtudes de cada instituição, confiando que os mecanismos de freios e contrapesos existentes possibilitarão um processo deliberativo melhor.

Neste sentido, à luz da teoria dialógica, duas possibilidades surgem antes de a Corte proferir uma sentença criativa: i) a Corte pode proferir uma decisão de *signaling*; e/ou ii) a Corte pode determinar a fixação de prazo para o legislativo legislar.

438 BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012, p. 273.

439 BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012.

3.5.1 - Decisão de *signaling*

O STF, antes de proferir uma decisão criativa, deve reconhecer a inconstitucionalidade por omissão, conforme a nova classificação proposta e, após o reconhecimento, pode proferir decisão de *signaling*.

A decisão de *signaling* (sinalização) no sentido de avisar que prolatará uma sentença normativa, pode funcionar como fomentador do debate e de produção normativa no parlamento, antes de ser proferida uma decisão criativa.

Basta pensar no caso do MI 943⁴⁴⁰, que tratava do aviso prévio proporcional por tempo de serviço⁴⁴¹: ao apreciar o caso, o STF percebeu que a declaração de mora do Legislativo não atenderia à força normativa da Constituição, de modo que se inclinou a proferir decisão concretista, optando por adiar o julgamento do feito para refletir sobre como isso se daria. Diante de tal atitude, o Congresso editou a Lei 12.506/2011 regulando a matéria.

Trata-se de técnica dialógica que deve ser exposta de forma transparente a fim de realmente criar um laço de cooperação com o Legislativo. Não deve a Corte se utilizar do *signaling* como forma de coação. Recomenda-se, contudo, que a decisão de *signaling* venha acompanhada da cominação de prazo, a fim de criar um marco temporal mínimo, à luz da segurança jurídica, além de evitar a mera ameaça retórica de criação.

3.5.2 - A fixação de prazo

Reconhecida uma omissão inconstitucional que admita criação normativa como forma de solucionar a celeuma a Corte, antes de atuar, deve conferir prazo para que o órgão ou Poder omissor legisle.

440 STF. MI 943, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 6/2/2013, DJe de 2/5/2013.

441 Em obra coletiva sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho ressalta, à luz da teoria dos diálogos constitucionais, o caso do MI n. 943, que tratava do aviso prévio proporcional por tempo de serviço. Aduz o autor que o caso é um perfeito exemplo de diálogo institucional no Brasil. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional no Brasil. In: Judicialização da Política e Democracia (Obra coletiva). Julia Maurmann Ximenes (Org.). 1a ed. Brasília: IDP, 2014, p. 34/35.

Neste sentido, a Lei 9.868/99 parece ter seguido o mesmo entendimento, eis que prevê a possibilidade excepcional de determinação de prazo razoável no caso de imputação de providências ao órgão administrativo omissor (art. 12-H, §1º).

Igualmente a Lei do Mandado de Injunção (13.300/16) adotou a corrente concretista intermediária, segundo a qual antes da decisão produzir seus efeitos o Tribunal deve conceder prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora faltante, na linha de alguns julgados do STF (Cf. MI 715)⁴⁴².

Isso pode ser extraído da leitura do art. 8º, parágrafo único, que permite a dispensa da concessão de prazo quando já tiver sido impetrado Mandado de Injunção anterior e a omissão não tenha sido sanada. Em outras palavras, a regra geral é que a decisão concretista do Tribunal somente terá efeitos (art. 8º, II) após o fim do prazo razoável para edição da norma (art. 8º, I).

A questão mais complexa envolve o prazo a ser determinado. Como visto, o tempo razoável configurador da omissão deve ser analisado de acordo com o que a própria Constituição determina, ou seja, em alguns casos o tempo necessário está previsto no texto constitucional (v. ADO 24, Rel. Min. Dias Toffoli e MI 232-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, Dj 27/03/92), o que facilita a sua identificação, a exemplo do art. 67 do ADCT segundo o qual a União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição ou o art. 59 do ADCT que determina que os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los e aprovados pelo Congresso Nacional, os planos serão implantados progressivamente nos dezoito meses seguintes.

O problema reside quando inexistente previsão legal ou constitucional. Nestes casos, já defendemos que deve ser adotada a razoabilidade, consoante entendimento do Min. Celso de Mello⁴⁴³, levando-se em conta o vigente/possível enfraquecimento da

442 MALUF, André Luiz. Reflexões sobre o projeto aprovado no Senado que regulamenta o Mandado de Injunção. Carta Forense, 22 jun. 2016.

443 MI, n. 715. Rel. Min. Celso de Mello. J. 25/02/2005.

eficácia normativa da Constituição e os danos causados pela não exequibilidade de suas normas.

Também cumpre destacar que algumas obras legislativas de alta complexidade necessariamente geram dificuldades na formação de consensos no Parlamento, portanto, a decisão do STF quando da análise da omissão e a fixação de prazo para atuação deve levar isso em consideração.

Ressalte-se que nada impede a prolação de decisão de *signaling* conjuntamente com a fixação de prazo. Inclusive recomenda-se essa decisão composta, de modo a reforçar a segurança jurídica e abrir frutífero diálogo cooperativo, conforme já exposto no item anterior.

Cabe mencionar a proposta feita pelo Ministro Luís Roberto Barroso⁴⁴⁴: para combater as omissões, seria viável ao Judiciário fixar a obrigatoriedade de inclusão sucessivamente na ordem do dia do legislativo. Se ao final de determinadas sessões não houver sido apreciado o projeto nenhum outro poderá ser votado antes que sobre aquele se delibere.

A nosso sentir, essa proposta não seria efetiva por dois motivos: i) o primeiro deles é que muito provavelmente o Poder Legislativo verá tal atuação como uma intromissão indevida do Judiciário sobre a sua seara, de modo que certamente haverá forte coalizão parlamentar para que a votação seja derrubada a fim de fazer cair por terra a ordem judicial que determina a deliberação, podendo gerar forte crise institucional; ii) em decorrência da primeira medida, a omissão inconstitucional continuaria presente, eis que o projeto seria rejeitado pela Casa, mantendo a situação de vulneração omissiva do texto constitucional.

Vale mencionar também a sugestão de Georges Abboud⁴⁴⁵ no sentido de admitir o Congresso Nacional como *amicus curiae* em processos que possam vir a gerar sentenças manipulativas como forma de conferir maior legitimidade, o que se coaduna com a ideia de participação de atores externos à relação processual como forma de

444 BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. Revista de Direito da Procuradoria Geral. Rio de Janeiro (48), 1995, p. 94-95.

445 ABBOUD, Georges. Sentenças interpretativas, coisa julgada e Súmula Vinculante: alcance e limite dos efeitos vinculantes e erga omnes na jurisdição constitucional. Dissertação de Mestrado apresentada à banca da PUC-SP. São Paulo, 2009, p. 194.

garantir a legitimação de decisões da Corte Constitucional⁴⁴⁶. A ideia pode ser promissora, de modo a dar um último alerta para o Legislativo atuar, e causar um constrangimento institucional⁴⁴⁷.

Na prática, contudo, a proposta, pode não ser produtiva, na medida em que há prestação de informações pelo Poder ou Órgão durante o julgamento de modo que já teria ocorrido a participação referida. Assim, se o órgão ou Poder omissos não atuou positivamente de forma dialógica no curso da ação, dificilmente irá cooperar de forma efetiva como amigo da Corte para que o Judiciário colmate a omissão, máxime quando ocupar o polo passivo da ação.

Nos parece que a decisão de *signaling* e a cominação de prazo podem desempenhar uma atuação política dialógica, de modo voluntário, sem a força cogente do Judiciário, trazendo, assim, melhores resultados, sem prejuízo da criação normativa que será vista em seguida caso o órgão ou Poder omissos se mantenha inerte.

3.6 - Parâmetros positivos de criação

Verificando que não há óbice à prolação da decisão criativa quando ultrapassados os pressupostos negativos e quedando-se inerte o Poder ou órgão omissos, ainda que provocado por meio das posturas dialógicas estudadas, cabe a Corte atuar de forma normativa, colmatando a omissão que viola a Constituição.

446 HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

447 Cf. Gilmar Mendes: “Nesse sentido, a prática americana do "amicus curiae brief" permite à Corte Suprema converter o processo aparentemente subjetivo de controle de constitucionalidade em um processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos) –, no qual se assegura a participação das mais diversas pessoas e entidades. A propósito, referindo-se ao caso *Webster versus Reproductive Health Services* (...), que poderia ensejar uma revisão do entendimento estabelecido em *Roe versus Wade* (1973), sobre a possibilidade de realização de aborto, afirma Dworkin que a Corte Suprema recebeu, além do memorial apresentado pelo Governo, 77 outros memoriais (briefs) sobre os mais variados aspectos da controvérsia – possivelmente o número mais expressivo já registrado – por parte de 25 senadores, de 115 deputados federais, da Associação Americana de Médicos e de outros grupos médicos, de 281 historiadores, de 885 professores de Direito e de um grande grupo de organizações contra o aborto.” MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. Revista Jurídica Virtual Brasília, vol. 1, n. 8, janeiro 2000, p. 10.

A atuação criativa, assim, seria a *ultima ratio*, subsidiária, após os diversos mecanismos dialógicos de contribuir para o órgão ou Poder omisso atuar. A atuação normativa da Corte seria igualmente precária, perdendo os efeitos, com eficácia *ex nunc* a contar da atuação do Poder omisso, sendo *ex tunc* caso a regulamentação seja mais benéfica aos interessados.

Isso se compatibiliza com o parâmetro defendido pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto no caso da renda mínima, o qual sustentou a excepcionalidade da técnica criativa.

Rothenburg⁴⁴⁸ aduz que em casos de inércia do órgão legislativo constitucionalmente competente para editar a norma objeto de omissão, outro órgão poderia desempenhar essa medida, ressaltando aqui o caráter precário acima visto. Ele defende uma *troca de sujeitos como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. Em outras palavras, quando o órgão constitucionalmente adequado recair em omissão inconstitucional, outro órgão poderia suprir tal omissão de forma precária.

O autor cita o caso do nepotismo, no qual o CNJ editou a Resolução 07/2005 a fim de combater o nepotismo, que posteriormente foi referendada pelo STF, culminando na edição da Súmula Vinculante 13 que se aplica a qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Rothenburg⁴⁴⁹ não nega que a troca de titularidade deve ser aceita apenas como alternativa extrema e excepcional, quando outros modos menos drásticos hajam fracassado, de modo a realizar o ideal constitucional.

Desta forma, a postura e concepção do autor se coaduna com a proposta ora exposta, de modo que a atuação criativa não pode ser desempenhada sem limites: buscamos, portanto, conferir racionalidade estabelecendo *standards* de criação judicial.

Singh e Bhero trazem alguns parâmetros de atuação de Cortes como *law-making*⁴⁵⁰ que devem ser avaliados: a natureza do direito; se a questão envolve a

448 ROTHENBURG, Walter Claudius. Omissão Inconstitucional e troca de sujeito. In: TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas, Fórum, 2007, p. 301-310.

449 ROTHENBURG. Ibid., 317.

450 SINGH, Annie; BHERO, Moreblessing Zaryl. "Judicial Law-Making: Unlocking the Creative Powers of Judges in Terms of Section 39(2) of Constitution" *PER / PELJ* 2016, p. 17-18.

consideração de fatores sociais, econômicos ou políticos e, em caso afirmativo, até que ponto; se um grupo minoritário é afetado; se a falha em decidir sobre tal assunto resultaria em uma injustiça grosseira e / ou deixaria certos direitos desprotegidos; se há uma maneira menos intrusiva de proteger esses direitos, enquanto se observa a doutrina da separação de poderes.

Na mesma senda, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto⁴⁵¹ trazem alguns parâmetros de ativismo e autocontenção judicial como proteção ao funcionamento da democracia, direitos materialmente fundamentais ligados ao mínimo existencial e outros que serão analisados a seguir. Além destes, podemos destacar também a nível de interferência política, as capacidades institucionais e hipóteses de ampla margem de liberdade do legislador.

3.6.1 – O texto da Constituição e a sua densidade normativa

O primeiro parâmetro positivo de criação é naturalmente a pedra de toque de qualquer interpretação jurídica: o texto da Constituição. Em voto do Ministro Luiz Fux comentado no julgamento que envolvia revisão geral anual do Executivo⁴⁵² foi possível verificar alguns parâmetros para a prolação de decisões normativas, dentre eles: a solução esteja presente no sistema legislativo em vigor, ao menos em estado latente e a norma constitucional possua densidade normativa tal que conceda inequivocamente determinado direito a seus destinatários.

A moldura do texto funciona, portanto, como um limite natural e originário a toda atividade hermenêutica. O intérprete, em sua atividade, parte do texto para extrair a norma, mas a moldura do dispositivo não pode ser ultrapassada para se agregar conteúdo normativo que desnature a sua essência.

451 NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: Algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Jurisdição Constitucional e Política. (Org) Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 100/112.

452 RE 843112, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 22/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-263 DIVULG 03-11-2020 PUBLIC 04-11-2020.

No caso da omissão, contudo, parte-se do pressuposto de que há um vazio, ou seja, falta normatividade ao texto para que ele seja compatível com a Constituição de modo que o intérprete deve colmatar essa ausência. Tal atividade de complementação criativa, entretanto, não pode, por óbvio, violar o próprio texto da Constituição, sob pena de se afrontar aquilo que em origem dever-se-ia proteger.

De forma análoga, no caso da mutação constitucional – mudança informal do texto da Constituição – a Corte Constitucional também está sujeita ao texto da Carta como um limitador da sua interpretação, sob pena de serem criadas mutações inconstitucionais⁴⁵³.

A prolação de sentenças normativas, portanto, não pode violar o texto da Constituição. O STF não poderia adicionar conteúdo normativo a uma lei contrariando o texto constitucional, ou mesmo adicionando conteúdo normativo à própria Constituição de modo contrário ao texto previsto pelo Constituinte. Isso violaria não só a ideia de Supremacia da Constituição, mas arvoraria a Corte a uma posição de Constituinte originário ou de Reformador sem limites.

Pensemos no art. 40, §4º da Constituição, que trata da concessão de aposentadoria especial para servidores públicos, que depende de lei complementar. Caso o STF reconhecesse a omissão inconstitucional e ao prolatar a sentença normativa afirmasse que apenas os portadores de deficiência visual possuiriam tal direito, deixando os demais deficientes de lado, haveria, portanto, violação do texto, já que a Constituição não faz tal distinção. Da mesma forma, caso o Supremo ao analisar a ocorrência da omissão, negasse o fundo de direito e criasse uma regra proibitiva afirmando que nenhum deficiente possui direito subjetivo à aposentadoria especial, ainda que previsto no art. 40, §4º da Constituição como norma dependente de regulamentação por lei complementar, igualmente estaria violando a moldura do texto e criando norma contrária à Constituição.

Afirma Lenio Streck, acertadamente, que a norma é produto da interpretação do texto, todavia, isto não quer dizer que o intérprete possa fazer qualquer norma. Ao

453 SARMENTO; NETO. *Ibid.*, p. 289.

contrário: o texto importa. É dele que partimos e, na democracia, o desejável é que os próprios limites semânticos sejam respeitados⁴⁵⁴.

Dentro dessa linha é que a densidade normativa do texto deve ser avaliada. Quanto maior a densidade normativa da Constituição quanto à certeza de um direito, maior é o dever das autoridades em efetivá-lo, e, portanto, mais é justificada a atuação judicial para efetivá-lo, de modo que uma regra possuiria mais densidade normativa do que um princípio, à luz da prolação de sentenças normativas. Por outro lado, a alta densidade normativa também aumenta o ônus dos Poderes que estiverem omissos em efetivar o direito previsto ou a obrigação estampada na Constituição.

Desse modo, quando mais cogente e denso for o texto da Constituição, com maior intensidade poderá intervir o Judiciário de forma normativa no caso de omissão inconstitucional.

3.6.2 – Proteção dos pressupostos necessários ao funcionamento da democracia

Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto⁴⁵⁵ trazem parâmetros de ativismo e autocontenção judicial que podem ser utilizados, a nosso sentir, como *standards* de atuação do STF no caso de atuação normativa.

Conforme os autores, o Judiciário deve ser ativo para proteger condições ao funcionamento da democracia, eis que direitos fundamentais decorrem necessariamente desse pressuposto: acesso à informação, liberdade de expressão, direitos políticos e as prerrogativas da minoria opositora⁴⁵⁶.

Tal parâmetro foi destacado no voto do Min. Luiz Fux no caso de revisão geral anual: “*a intervenção se legitime na natureza do direito constitucional, mormente quando em jogo os direitos materialmente fundamentais e demais condições de funcionamento da democracia.*”.

454 Parecer sobre a Reclamação Disciplinar na 261ª Sessão do Conselho Nacional de Justiça, decorrente do Pedido de Providências nº 0002959- 12.2016.2.00.0000. 2017, p. 04.

455 NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: Algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: Jurisdição Constitucional e Política. (Org) Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 100/112.

456 SARMENTO; NETO. Ibid., 2015, p. 104.

Neste sentido, já mencionamos o caso da ADI 4.650 que tramitou no Supremo Tribunal Federal a ADI 4.650, na qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) questionava a legislação que tratava do financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais (Leis 9.096/1995 e 9.504/1997). O mesmo pode se afirmar em relação ao caso envolvendo candidaturas femininas. A ideia, portanto, era de uma atuação judicial criativa a fim de evitar uma omissão que prejudicasse o exercício democrático. Assim, se justifica maior ativismo e atuação judicial criativa.

3.6.3 – Defesa de minorias vulneráveis

Minorias estigmatizadas do processo político majoritário que enfrentam dificuldades representativas no Parlamento podem ter seus direitos fundamentais assegurados pela via judicial quando omissos o órgão competente para providenciar tais direitos. Foi o tipo de decisão normativa adotada pelo STF no caso da união homoafetiva (julgamento conjunto da ADPF 132/RJ⁴⁵⁷ e da ADI 4277-DF⁴⁵⁸).

Buscou-se através das referidas ações constitucionais conferir interpretação conforme ao artigo 1.723 do Código Civil tendo em vista o artigo 226 e seus respectivos parágrafos. Analisando o acórdão verificamos que o fundamento da decisão se baseou na violação da isonomia (discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem e mulher, seja na orientação sexual de cada um deles). Ademais, funcionou como *ratio* que *o direito à orientação sexual advém da própria dignidade da pessoa humana*.

Apesar do STF não ter reconhecido seu papel criativo e ter se utilizado novamente da interpretação conforme, não há dúvida de que seu efeito fenomênico possui conteúdo criativo: criou uma nova hipótese de união não prevista no texto constitucional, contrariando expressamente o próprio texto⁴⁵⁹ o que conflitaria com o parâmetro positivo do texto constitucional e sua densidade normativa.

457 STF, ADPF 132-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011.

458 STF, ADI 4277-DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011.

459 Prova inequívoca dos efeitos aditivos pode ser verificada no reconhecimento da possibilidade de adoção por casais homoafetivos, no RE 846.102, Rel. Min. Carmen Lucia, decisão monocrática, negando seguimento ao Recurso Extraordinário, em 05 de março de 2015: “*Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva*”.

Igualmente no caso de presos em condições degradantes, seja quando reconheceu um Estado de Coisas Inconstitucional, ou quando possibilitou obras emergências e conferiu a possibilidade de reparação civil.

O caso envolvendo candidaturas femininas, além de envolver o parâmetro de defesa da democracia, também se adequa ao parâmetro de defesa de minorias, o que reforça, ainda mais, a possibilidade de atuação criativa. A concepção de minorias não se reconhece por meio de um critério quantitativo, mas sim qualitativo de exclusão do exercício social, econômico ou político⁴⁶⁰.

Nesta linha, havendo omissão normativa inconstitucional por meio do qual qualquer um dos três Poderes enfraquece a supremacia da Constituição deixando de agir, violando ou desguarnecendo direitos de minorias, independentemente de uma regra específica de legislar, a atuação criativa do Judiciário será legítima em detrimento de uma posição autocontida desde que não conflite diretamente com o texto constitucional. É o que comumente ocorre em uma sentença normativa de garantia que reconhece uma situação jurídica desigual, normalmente ligada à violação da isonomia.

3.6.4 - Direitos materialmente fundamentais ligados ao mínimo existencial

Tal parâmetro foi destacado no voto do Min. Luiz Fux no caso de revisão geral anual: “a intervenção se legitime na natureza do direito constitucional, mormente quando em jogo os direitos materialmente fundamentais e demais condições de funcionamento da democracia”.

Quando a questão vertida envolver a concretização de direitos materialmente fundamentais ligados ao mínimo existencial, uma atuação judicial proativa será recomendável. Tal concepção não se aplica para qualquer direito, já que a Carta constitucional traz um rol expansivo de proteção. A ideia, portanto, a fim de conferir seriedade e necessidade de atuação criativa é a de proteção de direitos fundamentais ligados ao mínimo existencial.

460 SARMENTO; NETO. *Ibid.*, 2015, p. 105.

Há, sem dúvida, dificuldade em se definir o que é mínimo existencial e quais direitos seriam necessários a fim de se assegurar esse mínimo, o que poderia levar a uma banalização e uma proteção de todo e qualquer direito sob o argumento de sua essencialidade⁴⁶¹.

Sustentamos, assim, que o pressuposto mínimo deve ser adstrito ao suficiente para uma existência digna, o que, necessariamente pressupõe a garantia dos seguintes direitos fundamentais: vida, liberdade, saúde, educação, segurança e moradia. A vida é pressuposto lógico essencial. A liberdade além de um valor intrínseco da autodeterminação também é imprescindível para o desenvolvimento pessoal do ser humano: o Estado tem o dever de garantir a autonomia pessoal e assegurar os meios para que a liberdade possa ser exercida. Em seguida os direitos à saúde, educação, segurança e moradia são essenciais para o pleno desenvolvimento das capacidades pessoais de qualquer indivíduo. Em suma, a nosso sentir, sem esses direitos, os demais não podem ser exercidos, e ausente um destes, as condições existenciais ficam prejudicadas.

Os demais direitos sociais, ainda que extremamente relevantes e protegidos pela Constituição e pelas demais normas do ordenamento, a nosso sentir, são decorrência lógica deste núcleo essencial, de modo que apenas este centro goza da tutela de materialidade fundamental como cerne do mínimo existencial para fins de um maior ativismo no caso de omissões que exijam atuação criativa do Judiciário.

Não significa que sentenças normativas não possam ser proferidas em casos de outros direitos sociais, mas, a atuação normativa seria mais justificada naquelas hipóteses de materialidade fundamental. Nos casos os quais estejam em jogo direitos sociais não ligados ao mínimo existencial, o STF deve ser autocontido, evitando prolatar sentenças criativas que possam impactar em políticas públicas e no orçamento dos demais Poderes.

A tensão entre atuação judicial e capacidades institucionais, notadamente neste campo de intervenção em políticas públicas, é um relevante parâmetro de autocontenção, notadamente quando a disputa pela efetivação de direitos sociais passa a

461 SARMENTO; NETO. *Ibid.*, 2015, p. 105.

ser deslocada para o Judiciário diante da não concretização pelo Legislativo das promessas perdidas da Constituição⁴⁶².

3.6.5 - As capacidades institucionais do Judiciário: a análise das consequências práticas e o impacto orçamentário

Dentro da teoria dos diálogos constitucionais parte-se da ideia central de que cada Poder deve contribuir da melhor forma, conforme a sua capacidade institucional específica, a fim de atingir os objetivos da Constituição. Tal perspectiva também pode ser utilizada como *standard* dentro dos parâmetros positivos.

A ideia de capacidades institucionais é destacada por Diego Werneck e Fernando Leal no sentido de que a teoria pretende realçar as habilidades, recursos, condições e limitações concretas das instituições no exercício da função jurisdicional e também servir como justificativa para a adoção de uma postura mais autocontida ao atuar em áreas nas quais há grande necessidade de expertise técnica ou de ponderação livre entre múltiplas e complexas variáveis políticas⁴⁶³.

Vale ressaltar que o próprio STF já reconheceu a capacidade institucional como um limitador da atuação judicial no caso Battisti⁴⁶⁴. Em seu voto, o Ministro Luiz Fux afirmou expressamente que a teoria das capacidades institucionais impede que o Judiciário aprecie questões políticas internacionais⁴⁶⁵.

462 BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 183.

463 WERNECK, Diego; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo Direito, Estado e Sociedade □ n.38 p. 6 a 50 jan/jun 2011, p. 06-07.

464 Petição Avulsa na Extradicação n. 1085 / Reclamação n.11243. Rel. Ministro Luiz Fux.

465 “Por se tratar de relação eminentemente internacional, o diálogo entre os Estados requerente e requerido deve ser feito através das autoridades que representam tais pessoas jurídicas de direito público externo. (...) Compete ao Presidente da República, (...) apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente (...). O Supremo Tribunal Federal, além de não dispor de competência constitucional para proceder a semelhante exame, carece de capacidade institucional para tanto. Aplicável, aqui, a noção de “institutional capacities”, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (...) - o Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na esfera internacional, cabendo tal papel ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior.”

A ideia de capacidades institucionais, portanto, parte do pressuposto de respeito às competências traçadas na Constituição, por meio de funções típicas e atípicas de cada Poder, com o objetivo de se alcançar os fins da Carta de forma coordenada em prol do bem comum, partindo de uma leitura funcionalista da Separação de Poderes, da unidade do poder estatal e de compromisso interinstitucional entre os fins constitucionalmente estabelecidos⁴⁶⁶.

Os autores fazem uma ponderação relevante: em que pese as instituições tenham capacidades e *expertises* específicas, determinadas previamente em competências funcionais, para dadas situações, de modo que, em regra, seriam mais habilitadas para resolver determinados problemas, isso não significa que, necessariamente, e em qualquer situação, tal instituição será aquela que tem a melhor capacidade⁴⁶⁷. Segundo eles, se as regras textualmente expressas de competência resolvem um problema, não haveria porque recorrer ao argumento das capacidades institucionais, que deve entrar em cena justamente nos interstícios das áreas claramente determinadas ou determináveis por dispositivos legais⁴⁶⁸.

A teoria das capacidades institucionais, portanto, entra em cena quando há a possibilidade de atuação por outro órgão que não foi concebido originalmente para tomar aquela decisão. Neste sentido, a capacidade institucional como parâmetro de atuação deve levar em conta como pressuposto, *a priori*, o desenho institucional e as condições fáticas sob as quais o órgão desempenha suas atividades, sendo excepcionalmente relativizado quando, justificadamente, se demonstrar que outro órgão possui a melhor capacidade, em que pese ordinariamente aquele órgão fosse o mais apto.

Em termos exemplificativos, podemos afirmar que o Executivo possui a melhor capacidade institucional para promover e decidir sobre políticas públicas em razões das diversas questões técnicas e orçamentárias envolvidas, de modo que a atuação jurisdicional em temas que envolvam tais questões deve ser menos invasiva.

466 WERNECK; LEAL. *Ibid.*, p. 19.

467 WERNECK; LEAL. *Ibid.*, p. 22/23.

468 WERNECK; LEAL. *Ibid.*, p. 25.

Isso não significa uma vedação completa do controle jurisdicional em temas de políticas públicas. Significa que o Judiciário, ao se deparar com situações onde haja multiplicidade de caminhos, deve seguir aquele que seja deferente às escolhas do Executivo quando respaldada em razões técnicas ou orçamentárias cuja expertise o Judiciário não possui, ao menos em abstrato.

Poder-se-ia argumentar que a possibilidade de *Amicus Curiae* e Audiências Públicas como forma de contribuição para o esclarecimento de questões técnicas poderia funcionar como uma forma de diminuição do déficit de capacidades do Judiciário. Por outro lado, há estudos e críticas contundentes a esses mecanismos, como adverte Thiago Sombra, no sentido de que estes são utilizados como mera retórica de participação popular sem influenciar eficazmente na deliberação da Corte⁴⁶⁹.

Em havendo omissões inconstitucionais que envolvam políticas públicas, a posição do Judiciário, *a priori*, deve ser não interventiva, pelos motivos expostos. Todavia, há casos nos quais a intervenção é possível quando a capacidade institucional do Judiciário para decidir limita-se a determinar a aplicação de uma política pública já existente, com todas as questões técnicas já decididas e quando comprovadamente existentes recursos orçamentários, de modo que, nestes casos, não haverá déficit institucional do Judiciário. Nesta hipótese não estará imiscuindo-se em questões técnicas ou orçamentárias, mas apenas aplicando algo concretamente já existente e que, por uma omissão injustificada, não foi ainda implementada.

Cite-se, por exemplo, o precedente julgado pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo reformas emergenciais em presídios (Recurso Extraordinário (RE) 592581, Dj. 13/08/15). Na oportunidade a Corte entendeu que o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, como sua integridade física e moral. Na hipótese, foi ressaltado pelo Min. Barroso que na Ação Civil Pública Originária restou demonstrado que havia recursos disponíveis no DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional –, bem como projetos técnicos para tais obras e ausente justificativa para a omissão, de modo que o Judiciário estaria apenas

469 SOMBRA, Thiago Luis. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL REPRESENTATIVO? O IMPACTO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NA DELIBERAÇÃO. Revista DIREITO GV. V. 13 N. 1 JAN-ABR 2017, p. 266-267.

determinando a execução, não adentrando no mérito técnico da administração. Ressalte-se que a questão das capacidades institucionais foi expressamente abordada no voto do Ministro Barroso: “Nós estamos mandando fazer o que já se sabia que deveria ser feito, porque já estavam pré-prontos o laudo e o projeto a ser executado”⁴⁷⁰.

A questão ganha contornos mais complexos quando falamos em omissões normativas inconstitucionais que poderiam, em tese, ser colmatadas por sentenças normativas, sobretudo em relação às sentenças de prestação, que por sua natureza geram custos ao Estado, de modo que a teoria das capacidades institucionais funciona como relevante parâmetro de atuação. Nessa linha, o voto do Ministro Luiz Fux no julgamento que envolvia revisão geral anual do Executivo⁴⁷¹ ressalta a necessidade de

470 Cf. (pág. 97 e seguintes do acórdão): (...) eu não acho – e penso que nenhum de nós ache – que o Poder Judiciário tem melhores capacidades institucionais para reformar o sistema penitenciário do que o Poder Executivo, porque nós não temos, o Judiciário não tem a visão sistêmica das demandas e o Judiciário normalmente é preparado para fazer micro-justiça, a justiça do caso concreto, com muita dificuldade de avaliar impactos sistêmicos das suas decisões pontuais. Em um modelo ideal, quem tem que tomar essas decisões e implementá-las é o Poder Executivo. (...) , a melhor intervenção do Judiciário, em situações como esta, é a seguinte: o Judiciário pode impor ao Poder Executivo que realize o diagnóstico da situação e que apresente um plano adequado para sanar aquela omissão sob monitoramento do Poder Judiciário – isso como regra geral e não no caso concreto, porque o caso concreto tem uma situação específica. Acho que essa é a forma adequada de convivência entre os Poderes e de um certo diálogo institucional, em que o Judiciário diz: "há uma inércia prolongada, a competência é sua, apresente um plano, e eu vou monitorar este plano"; porque a ideia de, como regra geral, determinar-se a apresentação de um plano, permite, naturalmente, a realização de um cronograma, a estimativa de custos e um exame de como se vai custear aquela demanda social, inclusive com recursos estaduais ou com recursos federais. Portanto, eu gostaria de dizer, Presidente, que a minha visão, em situações como esta, é que a regra geral – que não aplico neste caso pela razão que direi na minha conclusão – é que a decisão do Judiciário não deve ser a de ele se sobrepor ao Executivo e determinar como deve ser feito. O Executivo é que tem que apresentar o seu plano para reforma ou do presídio, ou do sistema estadual, fazer um diagnóstico, um plano, um cronograma, uma estimativa de custos, como ele pretende obter o dinheiro, e aí o Judiciário monitora. Acho que em situações-limite o Judiciário pode até determinar a inclusão de verba em orçamento, mas o Judiciário não pode ele próprio dizer como é que deve ser a obra do presídio, porque acho que nós não somos capacitados para isso. Esta fórmula que eu proponho – diagnóstico, projeto e monitoramento da execução –, no entanto, a meu ver, pode e deve ceder diante de situações excepcionais, que reputo ser este caso, porque, neste caso, Presidente, já havia sido feito o diagnóstico, já havia sido apresentada a proposta adequada para a superação do problema, e, ainda assim, o Executivo não atuou. Dessa forma, aqui não faltava propriamente uma política pública, porque o Executivo já tinha definido o que que era preciso fazer, qual obra era preciso fazer. Eles apenas não executaram o que já estava pré-traçado. Assim, considero que esta era uma situação excepcional, uma situação emergencial para a realização de uma obra pontual e não para uma reforma sistêmica. E, então, neste caso, penso que a solução proposta por Vossa Excelência é a solução totalmente adequada. Já havia laudo dizendo qual era o problema e o que era preciso fazer para saná-lo, e quanto custaria. Portanto, aqui nós não precisamos intervir, nem é isso que Vossa Excelência fez, para elaborar uma política pública. Nós estamos mandando fazer o que já se sabia que deveria ser feito, porque já estavam pré-prontos o laudo e o projeto a ser executado.

471 RE 843112, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 22/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-263 DIVULG 03-11-2020 PUBLIC 04-11-2020.

se avaliar os reflexos das sentenças normativas nas contas públicas, consoante a “observância da realidade histórica e dos resultados possíveis”.

Em regra, como visto, a intervenção judicial colmatando omissões que envolvam políticas públicas deve ser mínima, ou deferente às escolhas já realizadas pelos Poderes representativos. Não poderia o Judiciário se substituir ao legislador ou ao gestor declarando uma política pública inconstitucional e colmatando o vazio por meio de uma sentença substitutiva com a política que entendesse mais adequada, sob pena de subtrair por completo a escolha política.

Entretanto, em situações de políticas públicas que envolvam a proteção do mínimo existencial ligados a direitos materialmente fundamentais (vida, liberdade, saúde, educação, moradia e segurança) a edição da sentença de prestação poderia sobrepujar o parâmetro da autocontenção da capacidade institucional à luz do caso concreto. Esse mínimo de garantia à dignidade humana foi inclusive utilizado pelo STF ao determinar a realização de obras emergenciais em presídios.

Foi também o que ocorreu no caso envolvendo a renda mínima: tratou-se de sentença normativa de prestação. A omissão foi reconhecida na medida em que haveria uma proteção insuficiente de combate à pobreza, apesar do programa Bolsa Família, dentro da lógica de que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).

A conclusão do julgamento foi no sentido de *determinar ao Presidente da República que implementasse, “no exercício fiscal seguinte ao da conclusão do julgamento do mérito (2022)”, a fixação do valor disposto no art. 2º da Lei nº 10.835/2004 para o estrato da população brasileira em situação de vulnerabilidade socioeconômica (extrema pobreza e pobreza — renda per capita inferior a R\$ 89 e R\$ 178, respectivamente), devendo adotar todas as medidas legais cabíveis.*

O Ministro Gilmar Mendes, de forma deferente, optou por não estabelecer um valor fixo de pagamento, o que se mostrou ponderado à luz das cautelas inerentes às regras orçamentárias e à interferência em políticas públicas, notadamente quando a Lei da Renda básica afirma que caberá ao Executivo definir o valor (art. 2º). Além disso,

fixou prazo para a regulamentação da questão (2022) e fez um apelo ao Executivo e ao Legislativo nesse sentido.

Todavia, face à lacuna legal quanto a quem poderia ser incluso nas “camadas mais necessitadas da população” o Ministro considerou o estrato da população brasileira em situação de vulnerabilidade socioeconômica (extrema pobreza e pobreza — renda *per capita* inferior a R\$ 89 e R\$ 178, respectivamente) por meio de analogia ao Decreto 5.209/2004 que regulamenta o Programa Bolsa Família, ou seja, adotou regulamentação já realizada pelo Poder Executivo em Programa análogo, o que se revela coerente e razoável, reduzindo a margem de interferência do STF na seara política e das contas públicas. O grande problema seria equacionar quando deverá prevalecer o ativismo a fim de garantir o mínimo existencial ou uma postura de autocontenção com base na ausência de capacidade institucional.

Parece que a primeira fase seria analisar se estão presentes aqueles direitos ligados ao mínimo existencial já expostos. Em seguida, utilizar-se-ia a técnica da ponderação e a utilização do princípio da proporcionalidade (no teste da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) podem auxiliar nessa questão.

Sob este viés a recém introduzida Reforma do Consequencialismo e da Proporcionalidade na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB pode servir como um importante norte em tais casos de intervenção judicial em políticas públicas. O art. 20 da LINDB (Decreto Lei 4.657/42) exige a consideração das consequências práticas da decisão quando fundada em valores abstratos, bem como a análise da proporcionalidade da medida, inclusive em face de possíveis alternativas (parágrafo único).

Conforme destaca Marçal Justen Filho, a norma exige que o julgador considere as consequências políticas, sociais e econômicas da sua decisão⁴⁷². Nesta linha, a obrigação se coaduna com maestria a uma decisão de prestação que gera custos ao Estado. A Corte deverá sopesar através da ponderação e da proporcionalidade a possibilidade e as consequências de uma sentença criativa, podendo, à luz do caso

472 JUSTEN, Marçal. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018, p. 30.

concreto, proferir ou não uma sentença criativa em deferência a questões técnicas ou à garantia do mínimo existencial.

A Corte Italiana quando profere sentenças aditivas de prestação leva em conta a impossibilidade de se saber o montante de recursos disponíveis, bem como o conflito gerado pela interferência na competência orçamentária do Governo e do Parlamento⁴⁷³, mas até ela não possui uma jurisprudência estanque e engessada, havendo casos onde houve revogação de benefícios (*sentenza*, n. 99, *Corte Costituzionale*, 1995) e também casos de concessão, sobretudo em matéria de emprego público, previdência social e assistência pública⁴⁷⁴.

Portanto, não é possível se estabelecer em um quadro-moldura estanque quando a capacidade institucional irá prevalecer sobre o mínimo existencial. É preciso avaliar o caso concreto, sob pena de se engessar a jurisdição constitucional e prejudicar direitos fundamentais. A autocontenção e a responsividade da Corte, ao não atropelar os demais Poderes, é salutar para o bom funcionamento do instituto, sendo sempre desejado que haja uma delimitação normativa, como ocorre na Itália.

Sistematizando, a teoria das capacidades institucionais deve funcionar como limitador da atuação criativa em casos que envolvam questões técnicas, políticas públicas, ou questões que gerem custos ao erário como pagamentos de servidores, podendo ceder à luz de direitos materialmente fundamentais ligados ao mínimo existencial, devidamente balizado pelo princípio da proporcionalidade, sendo que o STF deve considerar a impossibilidade de se saber o montante de recursos disponíveis, bem como o conflito gerado pela interferência na competência orçamentária do Governo e do Parlamento, além das consequências práticas da decisão, inclusive em face de possíveis alternativas.

473 BELLOCCI; GIOVANETTI. Op. Cit., p. 16

474 IANNUCILLI. Ibid., p. 11.

3.6.6 - Hipótese de ampla margem de discricionariedade do Poder ou órgão omissor

Ocorrem hipóteses onde o juízo de inconstitucionalidade entra em conflito com a discricionariedade do legislador na individualização de uma dentre as inúmeras soluções aptas a conformar a norma com a Constituição⁴⁷⁵.

Quando existir forte margem de discricionariedade ao legislador, a Corte não deve indicar com precisão a regra aplicável ao caso, já que estaria limitando e invadindo seara ampla de outro Poder. Nestes casos, o mais indicado é a prolação de uma sentença aditiva de princípio que sirva de norte à atuação do Legislativo e a aplicação do direito pelos juízos ordinários, conforme o modelo italiano já estudado.

É o caso das omissões inconstitucionais indefinidas, (hipótese de inúmeras soluções compatíveis com a Constituição) a exemplo da Súmula Vinculante 33 já tratada. Optou o STF por colmatar a omissão do art. 40, §4º, III se valendo do art. 57 da Lei 8213/91: Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995). Mas, poderia também ter optado pela aposentadoria especial dos deficientes (LC 142/13) ou dos policiais militares (LC 51/85), também previstas em Leis Complementares Nacionais que regulamentam especificamente o exato art. 40, §4º, I e II. O direcionamento correto, nesse caso, à luz do modelo italiano, teria sido a adoção de uma sentença aditiva de princípio.

Contudo, mister ressaltar que a escolha de um princípio geral confere uma grande liberdade interpretativa à magistratura, causando decisões divergentes, de modo que a adoção de um princípio específico, como se fosse uma regra, garante uma maior segurança jurídica.

Nessa linha, tal parâmetro foi ressaltado pelo Min. Luís Roberto Barroso em artigo sobre o tema ao afirmar que ao proferir decisão manipulativa o intérprete deve demonstrar que a solução que se propõe para suprir a omissão normativa é a única constitucionalmente possível ou, havendo soluções alternativas, reduzi-las, argumentativamente, a uma única solução viável, demonstrando que as demais são

475 BELLOCCI, M.; GIOVANETTI, Ibid., p. 19.

inverossímeis, incompatíveis com o regime jurídico já posto pelo legislador, sistematicamente menos compatíveis com princípios constitucionais ou desproporcionais⁴⁷⁶.

Poder-se-ia argumentar que tal espécie de sentença não seria recomendada pelas críticas expostas. Tal fato, por si só, não impede a prolação de uma sentença aditiva, eis que o receio de abusos por parte do Judiciário pode ser objeto de reversão legislativa por meio de Emenda Constitucional, por via legislação, com o ônus argumentativo necessário do legislador nesse último caso. Sobre esse ponto, abordaremos no último tópico as consequências de sentenças normativas inconstitucionais.

Ademais, quando lidamos com agentes públicos, estamos sujeitos a algum grau de confiança e discricionariedade na atuação daquelas autoridades⁴⁷⁷, independentemente do grau ou Poder no qual o agente está investido.

Cite-se o caso da ADI 1.923-DF, o STF ao julgar a constitucionalidade das Organizações Sociais – OS - Lei nº 9.637/98 e do inciso XXIV do art. 24 da ultrapassada Lei nº 8.666/93 – a Corte, a nosso sentir, proferiu decisão aditiva de princípio. Na oportunidade, a Corte entendeu pela aplicação de diversos princípios, sem estabelecer uma regra específica, diante da previsão expressa de discricionariedade do gestor em qualificar as organizações sociais, a fim de se salvar a lei da declaração de inconstitucionalidade⁴⁷⁸.

O STF, portanto, ainda que sem reconhecer a atuação criativa, proferiu sentença aditiva de princípio diante da ampla margem de discricionariedade do Executivo, ao mesmo tempo em que norteou a futura alteração legislativa conforme os

476 BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Ibid.* 330-331.

477 TAMANAHA, BRIAN Z. *Relocating the Rule of Law*. Hart Publishing – Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 08.

478 “A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial aos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo”. STF, ADI 1.923-DF.

princípios especificados no acórdão e o controle judicial de juízes e Tribunais em futuras demandas envolvendo o tema.

Recomenda-se, portanto, que, quando existir forte margem de discricionariedade ao legislador ou órgão omissor, a Corte não deva indicar com precisão a regra aplicável ao caso, já que estaria limitando e invadindo seara ampla de outro Poder; nestes casos, o mais indicado é a prolação de uma sentença aditiva de princípio que sirva de norte à atuação do Legislativo e a aplicação do direito pelos juízos ordinários, conforme o modelo italiano.

Todavia, quando o caso concreto indicar que a sentença de princípio ensejará forte insegurança jurídica, a Corte deve prolatar uma sentença normativa criando regra a fim de evitar conflitos futuros.

Ressalte-se que caso a matéria envolva reserva absoluta do legislador ou questão *interna corporis*, como exposto, incide o pressuposto negativo que inviabilizaria a prolação de uma sentença normativa. Toda a matéria que exige atuação de outro órgão ou Poder está em alguma medida adstrita a algum grau de discricionariedade política. O caso irá informar se há margem de atuação para o Judiciário ou se deverá ser abster de decidir para não interferir no núcleo político essencial.

3.6.7 – Análise das dificuldades político-institucionais

Tal parâmetro positivo parece ser o mais sensível de todos, já que demanda certo refinamento da Corte ao exigir uma análise do cenário político e institucional de forma estratégica a fim de efetivar a Constituição, sem gerar conflitos e travamentos da engenharia constitucional. Por isso, algumas considerações devem ser realizadas, não só sob uma perspectiva jurídico-dogmática, mas, também, institucionalista e política.

É inerente à jurisdição de Cortes e Tribunais constitucionais que no exercício do controle de constitucionalidade haja atuação política⁴⁷⁹. O conhecimento convencional tende a afirmar que a Constituição brasileira previu muitas promessas,

479 VILANOVA, Lourival. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano XIV, n. 57-58, jan./jun. 1981, p. 49.

mas gerou pouca efetividade⁴⁸⁰, de modo que passou a ser vista como um repositório de utopias e proclamações políticas de pouca valia prática⁴⁸¹.

Tal afirmativa pode ser comprovada, sob o ponto de vista quantitativo, em razão dos dispositivos que aguardam regulamentação passados mais de 30 anos da vigência da Carta. Conforme informação pública da Câmara dos Deputados⁴⁸², a Constituição possui um total de 415 dispositivos passíveis de regulamentação, sendo que 263 foram regulamentados e o total de normas não regulamentados é de 152.

No modelo nacional, a Carta da República é voltada para transformações econômicas e sociais, trazendo em seu bojo mecanismos para implementação do *Welfare State*⁴⁸³. Para além do caráter dirigente - que é um marco nas Constituições do pós-guerra -, a Carta brasileira tem o escopo de determinar uma forma de viver à sociedade, ou seja, tem um perfil de transformação social, traçando objetivos fundamentais que devem ser perseguidos pelas instituições.

Há entendimento no sentido de que embora a Constituição tenha trazido o espírito de Weimar – constitucionalização das expectativas sociais e promessas de direitos sociais e econômicos –, ficou apenas nas promessas, eis que não cuidou de providenciar os mecanismos institucionais para assegurar os resultados prometidos⁴⁸⁴, o que reforça a atuação judicial como concretizadora das promessas constitucionais.

A ampla gama de relações sociais e políticas, bem como o exagerado espectro de promessas previstas na Constituição que dispensam a atenção do Legislativo e do Executivo levam, inevitavelmente, à incapacidade dos Poderes eleitos de atenderem a

480 NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Conjur, 26 de abril de 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil > Acesso em 23 de março de 2021.

481 SARMENTO, D. A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado. Rio de Janeiro, 2003.

482 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/LeginfraNao.htm> > Acesso em 31 de março de 2021.

483 STRECK. *Ibid.*, p 43.

484 UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, maio/ago. 2011, p. 63/65. Na mesma passagem o autor sugere a necessidade de um experimentalismo produtivo como forma de superação dessa tradição weimariana.

tempo às demandas sociais. Isso se deve em parte à crise de representatividade e aos entraves político-institucionais naturais do processo de formação de consensos.

Sob o ponto de vista institucional a conjuntura é extremamente intrincada. Destaca-se um Executivo forte com poderes normativos e executórios que pautam a agenda congressual; um Legislativo caótico que comumente se vale da liberação de emendas em troca de cargos objetivando manter o apoio das bases eleitorais; além de um Judiciário independente que tem a capacidade de se imiscuir em quaisquer temas face à constitucionalização do ordenamento e a ampla margem semântica e principiológica do texto constitucional e legal.

Nessa senda, a complexidade do sistema de separação dos Poderes é dificultada pela existência de partidos políticos que mantêm entre si relações complexas (por vezes antirrepublicanas), o Estado burocrático ineficiente, o novo Estado regulador que interfere na economia, a governança global, jurisdições constitucionais amplas e novos modelos institucionais *sui generis* como as Comissões Eleitorais Independentes⁴⁸⁵.

As relações institucionais entre Executivo e Legislativo devem ser analisadas “por dentro” a fim de se esclarecer como o intrincado sistema político de fato opera e como tal estrutura de funcionamento influencia na (in)efetividade das normas constitucionais. Em relação ao Legislativo, a infinidade de novas relações na sociedade que precisam de regulamentação são constantes e dinâmicas, de modo que o legislador não dá conta de prever e responder concomitantemente às mudanças sociais. Por conseguinte, há criação de normas de conteúdo semântico aberto para a complementação *a posteriori* seja do administrador e/ou do magistrado, o que inevitavelmente enseja um fortalecimento do Executivo e/ou do Judiciário.

A esquizofrenia do sistema político onde a população sequer entende a forma de escolha dos representantes e suas funções, bem como o extenso número de parlamentares e as divergências dos seus membros - que tendem a defender interesses políticos ou partidários em detrimento dos interesses públicos primários - comumente

485 ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, jan./abr. 2014, p. 14/22.

impedem a formação de consensos, seja pela atuação de minorias que funcionam como *veto players* da vontade da maioria, ou por interesses do próprio Legislativo⁴⁸⁶.

Aliado a isso, a presença de agentes econômicos, que muitas vezes podem ter participado do processo eleitoral através de financiamento de campanhas⁴⁸⁷, demonstra a falha do sistema vigente. Tal contexto acaba deslocando parte das questões para o Judiciário, em virtude da inoperância – ou do funcionamento seletivo – do Legislativo e/ou do Executivo, o que, de certa forma, diminui o custo político e eleitoral para os representantes tomarem decisões, gerando uma acomodação irresponsável⁴⁸⁸.

Essa lógica, contudo, exige um aprofundamento na sua engenharia interna em relação ao Executivo. Bruce Ackerman⁴⁸⁹ ressalta que o sistema presidencialista contribui para a criação de tais problemas estruturais. O culto à personalidade tem uma relevância fundamental no processo de escolha do Chefe do Executivo, o que muitas vezes coloca o carisma à frente da qualidade técnica prejudicando a eficiência da administração e medidas de longo prazo. Adicionalmente o sistema de reeleição acaba fazendo com que o governante adote medidas de curto prazo para adquirir apoio popular com eficácia imediata.

O'Donnell destaca que os presidentes se elegendem prometendo medidas de salvamento, de modo que o mandato para governar emanado da maioria seria suficiente para cumprir a missão do salvador⁴⁹⁰. Quando as esperanças se dissipam após a frustração das promessas a crise de legitimidade se instaura. Ademais, a concentração das políticas públicas nas mãos do Executivo gera a marginalização dos partidos e do Congresso das decisões mais relevantes, ensejando diversas consequências prejudiciais

486 BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel. Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 24.

487 Embora o STF tenha se manifestado no sentido da inconstitucionalidade do financiamento privado de campanhas, a Câmara veio a aprovar a PEC 182 de 2007, que permitia o financiamento privado de campanhas para partidos políticos. Percebe-se a nítida tensão criada entre Legislativo e Judiciário.

488 Tal crítica é sustentada por autores que defendem o Constitucionalismo Popular, tais como Tushnet, Waldron e Kramer. Cf. SARMENTO, SOUZA NETO, Jurisdição Constitucional e Política. 2012, p. 85/87. In: SARMENTO, Daniel (Org). Jurisdição Constitucional e Política. Forense, 2014.

489 ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação dos Poderes. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 28

490 O'DONNELL, Guillermo. DEMOCRACIA DELEGATIVA? CEBRAP, Novos Estudos n°31 — Outubro de 1991, p. 36.

à institucionalidade como o enfraquecimento das relações entre os Poderes, queda no apoio popular, onipotência e impotência política, e excessos do Executivo⁴⁹¹.

No tocante ao quadro funcional do sistema, o Presidente após ser eleito precisa competir pelo controle junto ao Congresso, o que resulta em concessões para indicação de aliados políticos a cargos de livre nomeação⁴⁹². Nesta realidade, os setores mais importantes de chefia acabam sendo preenchidos não por critérios técnicos, mas por acordos políticos gerando ineficiência estatal e uma politização da burocracia⁴⁹³.

A questão dos impasses entre Legislativo e Presidente também é pertinente. O primeiro cenário seria de acomodação, no qual os parlamentares de oposição evitam “importunar” o Executivo. O segundo cenário é o de colapso constitucional, situação na qual um ou outro Poder toma de assalto o sistema constitucional. O último cenário é aquele chamado de crise de governabilidade, hipótese na qual ocorrerá um ciclo vicioso onde os Poderes se atacam mutuamente para “tornar miserável a vida um do outro”⁴⁹⁴.

Destarte, os conflitos entre o Executivo e o Legislativo acabam ensejando um ciclo de irresponsabilidade, onde todos buscam parte do crédito por alguma medida de sucesso e uma transferência de culpa para outras instituições em tempos de crise ou medidas de fracasso.

Tais entraves político-institucionais entre Executivo e Legislativo são maximizados no sistema brasileiro, em razão do chamado *presidencialismo de coalização* que confere contornos próprios ao nosso intrincado sistema político. O termo foi elaborado buscando unir diversos elementos do sistema nacional⁴⁹⁵. Abranches aduz que o presidencialismo de coalizão é uma forma própria engendrada pela história nacional de formação de um novo tipo de presidencialismo a partir da combinação do federalismo extenso e heterogêneo, da representação proporcional de

491 O'DONNELL, Ibid., p. 37/38.

492 ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, jan./abr. 2014, p. 07/08.

493 No ano de 2015 presenciamos tal fato quando da realização da chamada “Reforma Ministerial” no segundo semestre, aonde a Presidente Dilma, com o objetivo de angariar capital político junto ao PMDB nomeou diversos membros do partido para cargos relevantes em seu governo.

494 ACKERMAN, Ibid., 2009, p. 14/16.

495 ABRANCHES, Sérgio. O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. Dados, v. 31, n. 1, p. 21-22, 1988.

lista aberta, de um sistema multipartidário, do bicameralismo e de uma Presidência forte e minoritária eleito pelo voto majoritário, de modo que, nesse modelo, o Presidente raramente conseguirá maioria no Congresso, o que exigirá uma coalizão majoritária para garantir a governabilidade⁴⁹⁶.

Dentro dessa lógica, Gargarella caracteriza a estrutura do Poder Executivo na região latino-americana como um “hiperpresidencialismo” no qual o presidente concentra amplos poderes de decisão, com um poder centralizado e verticalizado⁴⁹⁷.

No Brasil, o regime de urgência, previsto no art. 64, §1, §2 e §3, da Constituição, para proposições legislativas iniciadas pelo Presidente da República, é responsável pela obstrução da pauta do Congresso, caso não sejam analisados em até quarenta e cinco dias. Desse modo, as deliberações ficam suspensas até que se ultime a análise do projeto de lei, prejudicando sobremaneira as atividades do Congresso e o próprio exercício da sua função legiferante.

O que deveria funcionar como meio de diálogo para eficiência das ações do Executivo, acaba por prejudicar a independência do Congresso criando certa ingerência do Presidente no funcionamento do processo legislativo.

Além disso, a forte concentração de poder nas mãos do Chefe do Executivo, que muitas vezes governa⁴⁹⁸ através de Medidas Provisórias - instituto importado do parlamentarismo italiano (*decreto legge*) – prejudica igualmente a pauta e a independência do Congresso, que, em geral, ou converte a Medida em Lei e/ou não

496 ABRANCHES, Sérgio. Trinta anos de presidencialismo de coalizão, *Blog DADOS*, 2019 [published 31 May 2019]. Available from < <http://dados.iesp.uerj.br/trinta-anos-de-presidencialismo-de-coalizao/> > Acesso em 31 de março de 2021.

497 GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires, 2010, p. 07.

498 Ackerman afirma que isso é resultado de uma “crise de governabilidade” causada por uma disputa entre a Presidência e a Câmara com partidos e objetivos diversos. ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação dos Poderes. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 16. Unger aduz que o modelo brasileiro, em verdade, configura um estado de exceção em face do papel das Medidas Provisórias. MANGABEIRA, Unger. UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, maio/ago. 2011, p. 66/67.

regulamenta as relações jurídicas ocorridas no período de sua vigência: do total de 657 Medidas provisórias editadas entre 2001 e 2014, 550 foram convertidas em Lei⁴⁹⁹.

Contudo, apesar do Executivo poder muito, ele não pode tudo. Como a história demonstra, caso o Chefe do Executivo não consiga cooptar institucionalmente a maioria do Congresso, seja por falta de capital político, seja por ausência de habilidade no jogo político, ou por fortes divergências partidárias, ideológicas ou de interesses próprios, cria-se um ambiente de instabilidade institucional sem governabilidade onde o Executivo fica à mercê do Legislativo, como se pode notar no processo de *impeachment* da Presidente Dilma em 2016. Assim, como destaca Oscar Vilhena, por mais que tenha força no arranjo institucional, o Executivo terá que governar com um Congresso fragmentado o que exige um contínuo esforço presencial para manter uma coalizão governamental que lhe dê sustentação, o que é sempre custoso politicamente⁵⁰⁰.

Inferre-se, portanto, que o Executivo precisa obter a maioria no Congresso para governar e o faz através de vários meios que não prestigiam a eficiência técnica e os interesses da coletividade, ensejando, na prática, uma subordinação da pauta do Legislativo aos interesses do Presidente, embora o discurso político do Chefe do Executivo possa falar o contrário a fim de justificar uma possível ineficiência, de modo a deslocar o ônus para o Congresso.

Tal lógica intrincada pode ser verificada na análise do complexo sistema orçamentário nacional, que, ao fim e ao cabo, é o instrumento de efetivação das promessas da Constituição via atividade financeira do Estado. O Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária anual, guardam central importância no debate sobre a concretização de direitos fundamentais, sobretudo de segunda dimensão. E como tal é objeto de tensões e acordos institucionais.

Diferentemente no sistema americano, no qual, aparentemente, há uma influência maior do Legislativo e de agentes externos e grupos de interesse no processo

499 Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/medidas-provisorias>> Acesso em: 31 de agosto de 2015.

500 VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p.26.

orçamentário que podem aplicar pressão através de *lobby*, processos judiciais, votações e outros métodos⁵⁰¹, no Brasil o Legislativo não possui a mesma força.

A relação entre Executivo e Legislativo no ciclo orçamentário é pautada por uma tônica de acordos políticos, na qual o Legislativo anui com as propostas do Executivo a fim de conseguir a destinação de recursos para manter sua base eleitoral, pois não possui força para alterar a destinação dos recursos, seja pelas restrições da Constituição e das leis que tratam do tema, seja pela não impositividade do orçamento em sua maioria, ao mesmo tempo em que o Executivo condiciona a liberação de recursos ao apoio parlamentar de suas medidas⁵⁰².

Nesta linha, Horvath cita entrevista da Senadora Ana Amélia, na qual a parlamentar afirma a emenda tornou-se a válvula de escape de um federalismo doente, um instrumento de negociações não republicanas e de desrespeito à oposição⁵⁰³. Ademais, aduz que o Legislativo pode ainda retardar a aprovação orçamentária a fim de realizar negociações e concessões por meio de aceitação de suas emendas com valor fixado para cada parlamentar⁵⁰⁴.

Taíla Albuquerque afirma, em pesquisa empírica, que apesar da Emenda Constitucional 86/2015 (a qual previu o orçamento impositivo), a análise orçamentária e financeira do período de 2014 a 2017 aponta que, pelo menos, em dois momentos, a execução das emendas parlamentares individuais continua sendo influenciada pela tentativa de obtenção de apoio do Congresso Nacional pelos Presidentes da República por meio de mecanismos internos, porque o Executivo ainda dispõe da faculdade de definir o ritmo de execução das emendas individuais, não apenas mediante a definição do calendário e dos limites de empenho e pagamento, como também, por meio da

501 JORDAN, Meagan M. Punctuated Equilibrium: An Agenda-Based Theory of Budgeting. In: KHAN, Aman; HILDRETH, W. Bartley. Budget Theory in the Public Sector. Quorum Books, 2002, p. 208.

502 FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Incentivos Eleitorais, Partidos e Política Orçamentária. Dados [online]. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 2, 2002, p. 303/344.

503 HORVATH, Estevão. Poder Executivo e Orçamento Público. In: LEITE, George; STRECK, Lenio; NERY JR, Nelson (Coord). Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo. Editora RT, São Paulo, 2017, p. 1001.

504 Ibid., p. 2002.

manutenção de normas e rotinas internas ao Executivo, voltadas ao controle da execução orçamentária e financeira de emendas parlamentares⁵⁰⁵.

Não são fáceis os debates envolvendo políticas públicas, reserva do possível, mínimo existencial e capacidades institucionais. O grande desafio dos Poderes representativos é atender aos ditames constitucionais dispondo de recursos escassos ao mesmo tempo em que as demandas da população são praticamente infundáveis. De outro lado, as constantes interferências judiciais, como na judicialização da saúde, contribuem para incrementar as dificuldades no sistema e a efetivação de direitos pelos Poderes representativos.

Dentro desse cenário de conflitos entre os Poderes e dificuldades institucionais, além da insuficiência para se efetivar as promessas do constitucionalismo democrático, o Judiciário constantemente é chamado a atuar, sobretudo em caso de omissão dos demais Poderes, o que leva a uma inevitável superação da clássica ideia de separação de Poderes em que cada um atua de forma estanque⁵⁰⁶.

A judicialização e o conseqüente deslocamento de soluções notadamente para a Corte Constitucional, parece ser um reflexo da conjuntura apresentada, maximizada por inúmeros fatores na realidade nacional: i) a democracia e o pluralismo político; ii) o federalismo e a separação de Poderes; iii) a perda de confiança popular nas instituições majoritárias; iv) o amplo catálogo de direitos previsto na Constituição; v) o controle de constitucionalidade que mescla elementos de matriz concentrada e difusa; vi) as amplas vias de acesso ao Tribunal Constitucional; vii) o extenso rol de competências da Corte; e viii) a dificuldade do processo de reforma constitucional⁵⁰⁷.

Essa judicialização também é decorrência da redemocratização e da reconstitucionalização do país que impulsionaram o Direito de tal modo que alguns

505 RODRIGUES, Taíla Albuquerque. Emendas parlamentares individuais: a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo após a promulgação da Emenda Constitucional 86/2015. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF: 045 Orçamento em Discussão. 2019, p. 42.

506 STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 163.

507 BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013.

autores se referem à existência de uma *hiperconstitucionalização*⁵⁰⁸, de modo que tudo passa a depender e a se pautar pela Constituição.

A judicialização, assim, e conseqüentemente as decisões envolvendo questões complexas estão inseridas e correlacionadas neste contexto, com conseqüentes mudanças nos arranjos institucionais, fazendo com que as Cortes Constitucionais e Tribunais Supremos sejam alçados ao centro do debate político.

A incapacidade político-institucional de outros Poderes ensejou uma virada relevante na postura do Judiciário diante da sociedade e sua centralização em uma série de questões. Além disso, tornou-se uma segunda arena política procurada por minorias parlamentares derrotadas no processo político ordinário e por vezes desempenha o papel de fiel no equilíbrio entre os Poderes⁵⁰⁹.

Nelson Jobim, analisando em perspectiva, aduz que a atuação judicial decorre do sistema de controle de constitucionalidade, eis que a atuação do Supremo é sempre provocada e advém da própria constitucionalização de direitos econômicos e sociais e da impossibilidade de se formar consensos no Legislativo. Isto, por sua vez, resulta em normas de conteúdo aberto que cria uma variedade de interpretações possíveis, gerando, assim, um ciclo de disfuncionalidade que acaba erigindo o Poder Judiciário a uma espécie de “Legislativo supletivo”. Mas, adverte que o Supremo não poderia se alçar à representatividade popular para resolver conflitos políticos ou mesmo conflitos internos entre partidos, Câmara e Senado⁵¹⁰.

Ademais, sob uma visão funcionalista as decisões se deslocam para o Judiciário em razão de vários fundamentos, dentre eles a forte descentralização política, a atuação do Judiciário, e da Suprema Corte em si como um *veto player*, o federalismo e

508 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos, 3ª Ed, Rio de Janeiro: Fórum, 2013, p. 300.

509 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, afirma que a modulação de efeitos teria retirado a rigidez da Constituição de 1988 e transformado o STF em uma terceira Câmara Legislativa. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. Revista de Direito Administrativo — RDA, Rio de Janeiro, v. 220, p. 1-17, 2000.

510 JOBIM, Nelson. STF não é responsável por ativismo judicial, diz Nelson Jobim - JOTA Info, 2020, p. 01/03. Disponível em: < <https://www.jota.info/casa-jota/stf-nao-e-responsavel-por-ativismo-judicial-diz-nelson-jobim-07072020> > Acesso em: 10 de julho de 2020.

mecanismos rígidos de Separação dos Poderes de modo que o Judiciário terá que agir com terceiro imparcial na resolução de conflitos entre Estados e a União⁵¹¹.

Nesta esteira, a concepção do seguro político de Tom Ginsburg também parece contribuir para o entendimento da judicialização. Segundo o autor, os grupos políticos possuiriam uma aversão ao risco, de modo que incentivariam a judicialização como forma de mitigar os danos de uma mudança política significativa decorrente de uma derrota eleitoral⁵¹².

Desta forma, a expansão do Judiciário parece contribuir, ainda que em alguma medida com o fortalecimento da democracia e acompanhar a sua expansão, ainda que pareça um paradoxo, eis que recorrentemente criticado por ser antidemocrático⁵¹³ com base no discurso corrente, e a nosso sentir equivocado, de que o Tribunal exerce sempre um papel caráter contramajoritário⁵¹⁴.

Ademais, parece equivocado, sob uma perspectiva macro, pretender entender a complexidade da jurisdição constitucional e da atuação dos Tribunais Constitucionais partindo da premissa de que o papel do Judiciário é separado da política, e que a dificuldade contramajoritária deve colocar os juízes constitucionais dentro de limites do Direito e sem contato com qualquer aspecto político⁵¹⁵.

Se por um lado a *hiperconstitucionalização* contribui para o fortalecimento da Constituição, por outro lado ela exige maior comprometimento e desempenho dos Poderes estatais para atender suas promessas. A ascensão do Supremo Tribunal Federal como *player* na arena política nacional fomenta debates no meio social que há algumas décadas eram impensáveis. Questões como aborto, pesquisa com células-tronco, nepotismo, Lei da Ficha Limpa, prisão em segundo grau de jurisdição, homofobia,

511 BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013, p. 183.

512 GINSBURG, Tom. The Global Spread of Judicial Review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. The Oxford handbook of law and politics. Nova York: Oxford University Press, 2008, p. 91/92.

513 BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013, p. 187.

514 Tal assertiva é manifestamente equivocada eis que uma Corte que atue sempre de forma contramajoritária não sobreviverá por muito tempo sem sofrer retaliações políticas e institucionais. É melhor afirmar, a nosso sentir, que a Corte exerce contingencialmente um papel contramajoritário.

515 FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. Texas Law Review, v. 84, n. 2, 2005, p. 270.

descriminalização de drogas, financiamento de campanhas entre outros temas morais polêmicos ganharam destaque na agenda política e social.

Somado a isso, a quebra de um paradigma de impunidade das classes mais abastadas, notadamente com início no julgamento do Mensalão e posteriormente com a Operação Lava Jato⁵¹⁶, chamaram a atenção da população para o desempenho institucional, e, também político, do Poder Judiciário. E mais recentemente os conflitos entre Executivo e Judiciário durante a pandemia (Covid-19) e durante o ano eleitoral de 2022 também deram novos ares bélicos à atuação da Corte.

Em virtude dessa conjuntura, o Direito Constitucional se impregnou na sociedade e conseqüentemente no debate público. Sob o aspecto de cidadania e de participação popular, evidentemente isso gera benefícios, eis que contribui para o fortalecimento de um *sentimento constitucional*⁵¹⁷.

Por outro lado, esse alargamento desmedido de questões complexas que passam a ser decididas por Ministros não eleitos gera contundentes críticas de extrapolação de competências e interferências indevidas em áreas que o Judiciário não possui a *expertise* técnica para decidir, tampouco a legitimidade democrática, trazendo consigo o receio de uma suposta *supremocracia*⁵¹⁸.

Nesta linha, o desenvolvimento da justiça constitucional culminou em um modelo no qual o Judiciário, por meio de Tribunais Constitucionais e Cortes Supremas, passou a desempenhar um protagonismo “constrangedor”, o que gera discussões acerca da sua legitimidade⁵¹⁹. Uma postura mais ativista de Cortes e Tribunais pode vir a

516 VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 22.

517 VERDÚ, Pablo Lucas. O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

518 Sobre o tema Ver VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Rev. direito GV vol.4 no.2 São Paulo July/Dec. 2008.

519 TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional Substantiva. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, 2007, p. 10.

ensejar os chamados ataques institucionais,⁵²⁰ e gerar um receio acerca de um suposto governo de juízes⁵²¹.

Nessa linha, vale ressaltar que já na primeira metade do século anterior, Kelsen afirmava que Constituições de texto aberto e principiológico poderiam gerar uma transferência (não desejada) de poder do Parlamento para uma instituição externa⁵²², o que demonstra que o debate não é novo, embora, apenas na atual quadra, o prognóstico kelseniano tenha se realizado de forma mais nítida.

Em âmbito global, a conjuntura de forte constitucionalização do ordenamento atrelada à mudança paradigmática do constitucionalismo do pós-guerra, com uma reaproximação entre o Direito e a moral, sobretudo nos chamados *hard cases*, aumentam a complexidade do contexto, máxime na realidade nacional diante das peculiaridades políticas e institucionais já expostas. Esse contexto de tensão entre Direito, Moral e Política não é simples de ser resolvido.

Fato é que a judicialização é uma realidade (ao que parece) irremediável e que, deliberadamente, vem servido de instrumento para a própria política, de modo que pode eventualmente atuar como legislador de terceiro grau⁵²³, como ressalta Bonavides,

520 São exemplos de ataques institucionais à Suprema Corte, a alteração do número de seus membros, a manipulação de suas competências, e o *impeachment* de juízes para fins não disciplinares, sobretudo, para o realinhamento de sua jurisprudência. Ademais, podemos ver outras formas de retaliação ao Judiciário, como por exemplo, no poder que o Congresso possui em determinar o orçamento dos Tribunais e os salários dos juízes, e no processo de nomeação e de investidura dos juízes da Suprema Corte. Como bem dito, tais medidas são instrumentos de retaliação ou vingança a determinada postura da Suprema Corte. A reação legislativa também deve ser considerada como método de ataque. PEC 33/11, i) altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; ii) condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo; iii) submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição; PEC 53/2011, que visa a alterar o art. 93 da Constituição, possibilitando a perda do cargo pelo magistrado. Sobre o tema ver: BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 228/249.

521 Waldron afirma que um governo de juízes atentaria contra o próprio Estado de Direito, por ser considerado pelo autor equivalente a um governo de homens em oposição a um governo pela lei WALDRON, Jeremy. The Rule of Law. Stanford Encyclopedia of Philosophy/Fall 2016, p. 08.

522 KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 262/263.

523 A ideia de legislador de terceiro grau é tratada por Bonavides nos seguintes termos: “(...) em todo sistema jurídico-constitucional do Estado de Direito contemporâneo, nascido à sombra dos postulados do contrato social, há, em rigor, três legisladores perfazendo as tarefas normativas do regime. Um legislador de primeiro grau que faz a norma fundamental — a Constituição. Sua autoridade depois remanesce no corpo representativo, legitimado pela vontade constituinte. Mas remanesce como um poder jurídico limitado, apto a introduzir tão-somente as alterações que se fizerem mister ao estatuto fundamental com o propósito de aperfeiçoar a Constituição e manter a estabilidade dos mecanismos funcionais de governo. E

sobretudo em casos de omissão do legislador que deserta de suas atribuições constitucionais⁵²⁴, em decorrência daquele travamento institucional, ou mesmo por uma inação deliberada dos atores políticos⁵²⁵.

Como destaca Bercovici, a própria concepção constitucional como dirigente, acaba entregando decisões fundamentais ao Judiciário, e notadamente ao STF, pois os grandes problemas da Constituição Dirigente são de ordem constitucional e de concretização constitucional, o que favorece um possível “assenhramento” por parte do Tribunal⁵²⁶.

Toda essa intrincada conjuntura política e institucional deve ser levada em consideração quando da prolação de sentenças normativas, sobretudo em temas legislativos que levantam desacordos morais como no caso da união homoafetiva.

Apesar do aparente cenário conturbado de paralisia que não reflete qualquer harmonia entre os Poderes, Vilhena destaca que o modelo de separação dos Poderes é um eufemismo, eis que, em verdade, é pautado por tensões constante de modo que eventuais conflitos são, não só comuns, mas, igualmente, esperados⁵²⁷.

também para tolher, por via de emenda, reforma ou revisão, o advento das crises constitucionais, dando-lhes solução adequada e legítima. A seguir, depara-se-nos, em escala de verticalidade, o legislador de segundo grau, que faz a norma geral e abstrata, na qualidade de legislador ordinário. Para desempenhar este múnus constitucional recebe a colaboração do Poder Executivo, cujo Chefe sanciona ou não atos das assembleias parlamentares. Têm estas, porém, o poder de rejeitar o veto do presidente e restabelecer a vontade do órgão legiferante. Enfim, depara-se-nos o legislador de terceiro grau, no estreitamento do funil normativo, a saber, o juiz, que dirime conflitos e faz a norma jurídica do caso concreto. Legisla entre as partes.” BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa – Por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21.

524 “(...)esse juiz tende, desde o advento da Nova Hermenêutica, a ser, com razão, o legislador por excelência; aquele que tanto na esfera tópica como sistemática dissolve as antinomias do positivismo ou combina, na concretude social e jurisprudencial, a doutrina com a realidade, o dever-ser com o ser e integrado aos quadros teóricos da democracia participativa terá legitimidade bastante com que coibir de uma parte as usurpações do Executivo, de outra as tibiezas e capitulações do Legislativo. Sobretudo quando este, por omissão, se faz desertor de suas atribuições constitucionais. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa – Por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21.

525 TOMAZ, Carlos Alberto Simões de; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. “Governo versus Jurisdição”: aportes para compreensão da crise nas democracias contemporâneas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3 p.349-373, 2019, p. 354.

526 BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 118.

527 VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 34.

Assim, tentar evitar por completo conflitos e tensões é inócuo. Como ressalta Dworkin, decisões de juízes constitucionais serão políticas em algum sentido, de modo que serão aprovadas por um grupo político e reprovadas por outro⁵²⁸.

O que se espera é uma análise detida e estratégica por parte dos diversos atores que se encontram na arena constitucional, a fim de evitar uma crise: o mais importante é que não haja usurpação de funções⁵²⁹, por isso o estabelecimento de parâmetros é essencial para a manutenção saudável do ambiente constitucional.

Desse modo, ao analisar o contexto político e institucional quando da prolação de sentenças normativas, a Corte deve avaliar as dificuldades político-institucionais da seguinte maneira: I – a dificuldade na formação de consensos sobre a matéria e os atores envolvidos; II - a complexidade da elaboração legislativa; III - o tempo razoável para a configuração da omissão inconstitucional, se já há projeto em tramitação e quanto tempo está em deliberação; IV - a espécie normativa – se lei complementar ou ordinária -, em qual fase do processo legislativo está o projeto, se já houve arquivamento ou derrota em plenário e se há multiplicidade de projetos em tramitação; V - se há *veto players* ou medidas provisórias em vigor sobre o tema; e VI – qual o grau de tecnicidade da matéria.

Analisar tais parâmetros é essencial para que o STF mantenha seu capital institucional e evite crises políticas com os demais Poderes. Mais do que isso: garante que possa efetivar direitos fundamentais, dentro da sua cota de decisões contramaoritárias, e não gere efeitos nefastos ou indesejados, por falta de análise consequencialista, institucional e política.

Exemplo disso, como destaca Oscar Vilhena, foram as decisões do STF em 2006, ao derrubar a cláusula de desempenho, que tinha por objetivo impedir a hiperfragmentação partidária, e impor novas regras de fidelidade partidária, associadas aos benefícios do fundo partidário e tempo de rádio e televisão, geraram um enorme incentivo para a criação de novos partidos o que ampliou os custos institucionais para a

528 DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 3.

529 VIEIRA, Ibid. 2018, p. 36.

construção de uma base governista no Congresso⁵³⁰. Do mesmo modo o autor destaca que a monocratização no âmbito do Supremo contribuiu, juntamente com fatores políticos como a polarização das eleições de 2014, o fenômeno antissistema de Jair Bolsonaro, a sobrevivência da chapa Dilma-Temer, no TSE, a prisão do Ex-Presidente Lula, e o crescimento de grupos sociais em conflito, geraram uma situação de mal-estar constitucional⁵³¹.

Decisões normativas que gerem crises constitucionais e que violem diretamente a Separação dos Poderes, ou que se caracterizem como jogo duro constitucional, na expressão cunhada por Mark Tushnet⁵³², com o objetivo de aumentar o Poder da Corte, marcando posição política, ou funcionando como reação a ataques institucionais - como defendemos que ocorreu no caso da criminalização da homotransfobia -, certamente serão objeto de correção e de reação pelos demais Poderes contribuindo para o mal-estar constitucional ressaltado por Oscar Vilhena.

3.7 – Técnicas de decisão conforme o tipo de omissão

Analisados os parâmetros negativos, positivos e posturas dialógicas, resta realizar o enquadramento das técnicas normativas conforme o tipo de omissão verificada.

À luz da classificação exposta no capítulo um, e das espécies de decisões normativas e julgados analisados no capítulo dois, bem como os parâmetros estipulados adrede estudados, a proposta que ora se faz busca garantir maior certeza jurídica na prolação de técnicas criativas, esmiuçando o leque de ferramentas à disposição do Supremo Tribunal Federal para atuar de forma normativa conforme o tipo de omissão que se apresente à Corte.

530 VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 28-29.

531 VIEIRA, Ibid. 2018, p. 33-34.

532 A expressão é utilizada para definir a atuação de um Poder ou ator com o objetivo de se defender ou atacar utilizando suas competências e prerrogativas para gerar dano institucional ao adversário, dentro de seus campos de atribuição, mas de forma desmedida. TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *John Marshall Law Review*, Washington, v. 37, n. 2, 2004.

3.7.1 – Decisão normativa pura ou originária no caso de omissão inconstitucional total propriamente dita (explícita ou implícita)

Como visto, na sua origem, as sentenças aditivas eram utilizadas para complementar o ordenamento jurídico italiano, a fim de conformá-lo à Constituição. Tratava-se, portanto, de adicionar conteúdo normativo à lei já existente a fim de salvar o dispositivo de uma declaração de inconstitucionalidade.

Diante do avanço da tipologia e da criatividade da Corte italiana, as sentenças aditivas se desdobraram em sentenças substitutivas, aditivas de princípio, aditivas de prestação e aditivas de garantia. Entretanto, o modelo italiano nunca possuiu remédios específicos para o controle das omissões totais, como a exemplo de Portugal e do Brasil.

No modelo nacional, contamos com a ADO e o MI para o controle específico das omissões totais, seja explícita ou implícita, ou mesmo via ADPF. Não se deve olvidar, contudo, que também a ADI vem sendo utilizada para o controle das omissões, notadamente no caso de omissão decorrente de ablação.

Desse modo, tem-se uma decisão normativa própria do modelo nacional que possui o condão de colmatar omissões de forma integral e estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados, ou outra providência a ser fixada pelo Tribunal, ou qualquer outra medida que apresente relação com a matéria, à luz, respectivamente, do art. 8º, II da Lei do Mandado de Injunção e do art. 12-F, 1º, da Lei de ADO e no art. 5º, §3º, da Lei 9.882/99 (ADPF).

A controvérsia sobre a possibilidade de decisões concretistas em sede de ADO e ADPF já restou superada pela jurisprudência do STF⁵³³, razão pela qual em diversos casos a Corte proferiu decisões normativas em sede de ADO e ADPF, à luz dos julgados já analisados (e.g. ADO 26 e MI 4733; ADO 25; ADPF 54; e ADPF 132), não sendo tal criatividade normativa um efeito exclusivo do Mandado de Injunção.

Assim, no caso de omissões totais o STF profere sentenças normativas puras. A utilização da analogia nesses casos, se possível, pode servir como norte a fim de

533 SILVA, Gabriela Costa e; JUNIOR, Dirley da Cunha. EFEITOS DAS DECISÕES EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: DA POSSIBILIDADE DE PROLAÇÃO DE SENTENÇAS CRIATIVAS NO CONTROLE ABSTRATO DAS OMISSÕES DO PODER PÚBLICO. Revista de Direito Brasileira | São Paulo, SP | v. 19 | n. 8 | p. 395 - 418 | Jan./Abr. 2018.

diminuir a margem de discricionariedade do julgador ao inovar no ordenamento jurídico, como ocorrido no julgamento do direito de greve de servidores públicos, no caso do fundo partidário e candidaturas femininas, recurso decisório esse ressaltado pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto no julgamento da renda básica, considerando sempre os parâmetros positivos já expostos.

3.7.2 – Decisão normativa reconstrutiva no caso de omissão inconstitucional superveniente decorrente de ablação

Consoante analisado, a omissão decorrente de ablação se trata de uma espécie autônoma de omissão que não é congênita, mas, sim, superveniente e derivada do controle de constitucionalidade por ação.

Em um primeiro momento a Corte declara a norma inconstitucional (fase demolitória ou *abblativa*), de modo que se criaria um vazio no ordenamento que geraria um prejuízo maior⁵³⁴ violando a Constituição por ausência normativa.

Nessas hipóteses, a utilização de uma sentença reconstrutiva (substitutiva) é a medida correta para a hipótese, de modo a colmatar o vazio criado pelo próprio Tribunal após o controle por ação via ADI, como ocorreu no caso da ADI 4650 - financiamento público de campanhas⁵³⁵.

534 Essa omissão acaba violando a Constituição de modo a Corte pode reconstruir o conteúdo a fim de evitar o perigoso vazio: é o que se chama de sentença substitutiva. O Tribunal, de forma “criativa”, determina a regra que irá reger a matéria ocupando aquele espaço de acordo com as normas constitucionais (fase reconstrutiva). MALFATI, Elena.; PANIZZA, Saule.; ROMBOLI, Roberto. Giustizia Costituzionale. 4a Ed, Giappichelli Editore, Torino, 2013, p. 136.

535 Sustentamos que na ADI 4650 - financiamento público de campanhas - o caso envolvia tal espécie de inconstitucionalidade por omissão eis que após a declaração de inconstitucionalidade pleiteada, tendo em vista o vazio normativo gerado, o CFOAB requereu, no caso de mora do Congresso Nacional, que o TSE regulasse provisoriamente a questão pelo risco do vazio normativo perigoso que violaria a Constituição. MALUF, André Luiz. Sentenças manipulativas do direito italiano e a ADI 4.650 sobre financiamento de campanhas. Disponível em: < <https://uff.academia.edu/AndréLuizMaluf> > Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.

3.7.3 – Decisões normativas de garantia, de prestação ou de princípio no caso de omissão inconstitucional parcial e decorrente de vedação da proteção insuficiente

No caso de omissão parcial, relativa ou propriamente dita, bem como de omissão decorrente de vedação de proteção insuficiente, a utilização de sentenças normativas de garantia ou de prestação é recomendada, na medida em que se amoldam a solucionar aqueles vícios, mas os parâmetros já expostos devem ser levados em consideração para cada caso.

Entretanto, existem hipóteses, como visto, nas quais a Corte deverá se abster de atuar, ainda que ocorra uma inconstitucionalidade por omissão em razão da matéria, como ocorre na seara penal. Em tais hipóteses, à luz dos parâmetros negativos analisados, e caso os parâmetros indiquem que a prolação de decisão criativa deverá ser branda, ou com uma intervenção mínima, é possível que a Corte utilize uma sentença normativa de princípio a fim de gerar diálogo com o Legislativo, sem deixar de buscar resolver a demanda a ele levada.

Vale destacar que surgem diversas possibilidades de configuração da inconstitucionalidade por omissão de modo que é possível que haja intersecção entre elas, *e.g.*, em uma dada situação ocorra omissão implícita, total, e decorrente de proteção insuficiente, ou uma omissão decorrente de proteção insuficiente e ao mesmo tempo decorrente de ablação.

Dessa maneira, no caso de proteção insuficiente que ao mesmo tempo seja estrutural, ou, no caso de omissão total ou decorrente de ablação, poderá ser utilizada outra espécie de técnica de decisão criativa.

3.7.4 – Decisões normativas estruturantes no caso de omissão inconstitucional decorrente de falhas estruturais

Consoante analisado, é possível que a omissão inconstitucional decorra de falhas estruturais. A ideia por trás deste tipo de omissão está ligada à ocorrência de falhas estruturais do Poder Público em razão da ausência de coordenação entre legislador, órgãos e entidades públicas do Executivo responsáveis por garantir/regulamentar/dar concreção a comandos legais o que resulta e uma falência

sistêmica⁵³⁶, o que, ao fim e ao cabo, gera uma falta de medidas administrativas, legislativas e orçamentárias voltadas à superação de problemas estruturais, de modo que haverá omissão quando a falta dessas políticas públicas encerrem uma proteção insuficiente de direitos fundamentais⁵³⁷.

Na Colômbia, a Corte Constitucional é vanguardista no reconhecimento do *Estado de Coisas Inconstitucional*, poderosa arma institucional como possibilidade de enfrentamento de omissões estatais, estruturais, que impliquem não apenas a falta de efetividade dos direitos fundamentais, mas sim um quadro de violação massiva desses direitos⁵³⁸.

Os pressupostos para a caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional no paradigma colombiano são⁵³⁹: i) violação massiva e generalizada de Direitos fundamentais – aqui não há mera proteção insuficiente, mas sim uma situação mais ampla e grave; ii) omissão reiterada e persistente de autoridades públicas decorrente de falhas estruturais – administrativas, legislativas e orçamentárias: ideia de deficiência estrutural do Estado em concretizar políticas públicas; iii) alcance orgânico do conjunto de medidas necessárias para a superação do quadro de violação massiva de direitos, ou seja, a redução ou eliminação requer atuação coordenada e conjunta de diversos órgãos; e iv) potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, o que poderia produzir grave congestionamento da máquina judiciária: ideia aqui de eficiência e resolver a situação afetando o maior número possível de prejudicados.

Tal tese foi encampada pelo Supremo Tribunal Federal no reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional – ECI da situação carcerária dos presídios no Brasil – MC, ADPF, Pleno, 347, 09/09/15, Rel. Min. Marco Aurélio – determinando a realização de audiências de custódia e descontingenciamento do Fundo Penitenciário.

Ressalte-se que tramitou no Congresso o PL N. 736/2015 que visava criar limites ao poder do STF no âmbito do ECI: como destacado pelo Senador Antônio

536 CAMPOS, *Ibid.*, 2016, p. 93

537 *Idem.*

538 CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Juspodvm. 2016.

539 CAMPOS, *Ibid.*, 2016, p. 177/178.

Carlos Valadares (PSB/SE), o ECI seria uma criação judicial preocupante por conta da usurpação de competências de outros poderes sem considerar e separação de Poderes e a reserva do possível prevendo o Compromisso Significativo importado da jurisprudência sul-africana⁵⁴⁰. Desse modo, parece essencial que sejam estabelecidos parâmetros para se evitar tal espécie de reação institucional.

Dentro dessa lógica, as decisões normativas estruturantes refletem a técnica decisória adequada para lidar com a omissão estrutural. Abram Cheyes define decisões judiciais estruturantes como aquelas que ultrapassaram os interesses individuais pois possuem interesse público de reestruturar determinada política pública fracassada com o objetivo de concretizar direitos fundamentais ou interesses socialmente relevantes⁵⁴¹. O exemplo clássico de decisão estruturante no modelo norteamericano é a decisão de *Brown v. Board of Education of Topeka*, na qual a Suprema Corte dos EUA determinou o fim da segregação racial nas escolas públicas e da doutrina do *separate but equal*⁵⁴², fato notório que abriu as portas para a rediscussão de toda as políticas segregacionistas no país naquele período.

A dificuldade de implementação dessa decisão levou a Suprema Corte a se manifestar novamente, cerca de um ano depois, no chamado caso *Brown II*, oportunidade em que discutiu os mecanismos de implementação da decisão proferida anteriormente e firmou uma nova modelagem decisória para “reconstrução da realidade social e reestruturar organizações de grande porte”⁵⁴³.

Na Índia em razão da elevada desigualdade social existente a Corte Constitucional indiana vem legitimando a adoção de medidas mais enérgicas em relação

540 MAGALHÃES, Breno Baia. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. REVISTA DIREITO GV. SP, V. 15, N. 2., e1916, 2019, p. 15.

541 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, vol. 89, n. 7, 1976.

542 US SUPREME COURT. *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

543 FISS, Owen. The forms of justice. Harvard Law Review, vol. 93, n. 1, 1979, p. 14, *apud*, FACHIN, Melina Girardi. SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões Estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. Revista Estudos Institucionais, Vol. 4, 1, 2018, p. 220/222.

às falhas e omissões no estabelecimento de políticas públicas que violam gravemente os direitos fundamentais de sua população, como direito à moradia e alimentação⁵⁴⁴.

Como ressalta Dantas, a título de exemplo, no julgamento do caso *PUCL v. India*, a Suprema Corte realizou e continua realizando significativas intervenções que contribuíram para a melhoria da política pública estatal: o Tribunal definiu critérios e parâmetros para a prioridade na alimentação de pessoas idosas, inválidos, homens e mulheres abandonados e com risco de fome, mulheres grávidas e crianças abandonadas, em especial nos casos em que esses indivíduos ou suas famílias não tenham dinheiro para comprar alimentos e, ainda, determinou a criação de um programa de alimentação de meio-dia para as crianças na escola e um sistema nacional de segurança alimentar que privilegia a garantia de empregos⁵⁴⁵.

Na África do Sul o célebre caso *Government of Republica of South Africa v. Grootboom* retrata bem a questões das decisões estruturantes. O caso envolvia a alegação de inconstitucionalidade do programa de habitação do governo da África do Sul em face de uma comunidade de moradores de rua não contemplados por esse programa, que viviam apenas com cobertores de plástico⁵⁴⁶.

Em sua decisão a Corte Constitucional da África do Sul decidiu que: i) o direito à moradia demanda obrigações positivas a serem cumpridas pelo estado que inclua um programa razoável equilibrado e flexível, que deve levar em conta provisões adequadas de amparo às demandas críticas de habitação de curto, médio e longo prazo; ii) concluiu que um plano que excluísse um segmento importante da sociedade não poderia ser considerado como "razoável", razão pela qual o programa habitacional em questão era inconstitucional pelas falhas estruturais verificadas na proteção de centenas de milhares de pessoas desabrigadas e em necessidade extrema de acesso à terra e moradia; iii) determinou ao governo que promovesse a revisão de sua política pública de habitação, com atendimento imediato às necessidades das pessoas que se encontravam em situação de crise e urgência; iv) delegou a fiscalização e

544 DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Faculdade de Direito. 2017, p. 34.

545 DANTAS, Ibid., p. 36.

546 DANTAS. Ibid., p. 37.

acompanhamento do julgado à *Human Rights Commission*, que funcionou no caso como *amicus curiae*, tendo o Tribunal adotado o modelo dialógico de implementação através de medidas abertas e flexíveis, sujeitas à participação dos demandados e de órgãos técnicos⁵⁴⁷.

Assim, a Corte Constitucional pode atuar de forma estrutural, determinando medidas legislativas ou administrativas aos Poderes e órgãos omissos. Na linha do que defende Dantas, recomenda-se que para os casos mais complexos e para as reformas estruturais mais profundas, de médio a longo prazo, sejam utilizados os modelos de ordens abertas e flexíveis e do experimentalismo democrático, ambos sujeitos ao monitoramento e envolvimento judicial em um ambiente de diálogo e negociação⁵⁴⁸, em vez do modelo de ordens rígidas e fixas⁵⁴⁹, como ocorreu no caso *Grootboom*.

Como espécies dessa técnica de implementação, é possível que sejam realizadas ordens coercitivas e sanções; acordos e planos de implementação; definição de parâmetros e indicadores; audiências públicas; e a nomeações de *players* ou comissões para acompanhamento⁵⁵⁰.

Na utilização dessa técnica decisória normativa, sua utilização deve ocorrer de forma subsidiária⁵⁵¹ e proporcional, levando em conta os parâmetros positivos já especificados. Todavia, caso a violação não possa aguardar a determinação de impulso da Corte às autoridades competentes para sanar as falhas estruturais, o Tribunal pode e deve atuar de forma precária a fim de minimizar os efeitos da omissão estatal estrutural.

547 DANTAS. *Ibid.*, p. 37-38.

548 DANTAS. *Ibid.*, p. 129.

549 No modelo tradicional de ordem e comando o juiz se limita a dizer quem possui o direito alegado, estabelecendo medidas executivas de acordo com os pedidos formulados pelas partes. O segundo modelo de implementação das decisões judiciais é o modelo de ordens flexíveis e abertas sujeitas à contínua supervisão judicial. Nesse modelo, a decisão judicial se limita a estabelecer diretrizes, princípios ou aspectos pontuais da política pública que devem ser corrigidos e observados para a proteção dos direitos fundamentais envolvidos, atribuindo às partes, em especial ao poder público, a discricionariedade no que toca à eleição dos meios necessários ao atingimento do fim proposto. O modelo de experimentalismo, por sua vez, repete as características do modelo anterior, mas adiciona que a descentralização e flexibilidade são alçadas a um outro nível, tornando a provisoriedade e a contínua revisão dessas medidas características inerentes ao sistema. Esse modelo é fundado nas seguintes bases: negociação entre os participantes, a provisoriedade ou contínua revisão das regras e do regime estabelecidos e a transparência. DANTAS. *Ibid.*, 105-128.

550 DANTAS. *Ibid.*, 129-147.

551 NAGEL, Robert F. Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies. *Stanford Law Review*. 661. 1977-1978. p. 718

3.7.5 – Há saída para a omissão anacrônica do Constituinte?

A omissão anacrônica do Constituinte vai ocorrer em situações nas quais se constata de forma clara e evidente que a Constituição não mais revela a realidade social, estando, assim, atrasada e desconectada do seu tempo e da atual geração. Em outras palavras, a sociedade evoluiu, mas o texto constitucional não, o que gera um conflito interno em seu texto e externo face à realidade.

A título de exemplo, pode-se mencionar o julgamento conjunto da ADPF 132/RJ⁵⁵² e da ADI 4277-DF⁵⁵³ (união homoafetiva) no qual o STF reconheceu a constitucionalidade de uniões homoafetivas conferindo interpretação conforme ao artigo 1723 do Código Civil⁵⁵⁴ tendo em vista o artigo 226 e seus respectivos parágrafos⁵⁵⁵.

No caso, nitidamente havia uma omissão do Constituinte derivado em compatibilizar o texto constitucional com a nova realidade social o que prejudicava o exercício de um direito fundamental.

Nessa linha, como visto, Heller aborda que uma das principais formas de transformação constitucional é a mutação, de modo que, ao lado de Hesse, defende que a força normativa da Constituição depende de íntima conexão com as ações praticadas na sociedade.

Como destaca Hesse, a Constituição deve ser permeável às mudanças das relações fáticas, de modo que, se uma proposição normativa não pode mais ser realizada, a revisão constitucional ou a mudança de interpretação da Constituição pode,

552 STF, ADPF 132-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011.

553 STF, ADI 4277-DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe. 14/10/2011.

554Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

555Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (...)

ou mesmo deve, ser realizada: em outras palavras, a essência da Constituição reside na sua concretização na realidade, o que irá assegurar sua permanência no tempo⁵⁵⁶.

Assim, quando a normalidade e normatividade são apartadas faz-se necessário modificar a Constituição, seja formalmente por Emendas ou informalmente pela mutação⁵⁵⁷. Conforme Canotilho, considerar-se-á mutação constitucional como revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto⁵⁵⁸.

Como destaca Carlos Blanco da Moraes a mutação constitucional foi desenvolvida nos Estados Unidos no séc. XIX a partir da noção de *Living constitution*, criada pela prática política e pela jurisprudência, a qual ganhou especial relevo no caso *McCulloch v. Maryland* (1819), tendo o juiz Marshall defendido um construtivismo constitucional com base na teoria dos poderes implícitos, de modo que, constituições não seriam projetos acabados, mas se desenvolveriam⁵⁵⁹.

A ideia por trás da decisão caminha no sentido de que a Constituição não poderia prever todos os poderes instrumentais, pois, se assim fosse, o texto constitucional seria um mero código legal e de difícil compreensão para o público, desta forma, o Chief Justice John Marshall consagrou que não existia na Constituição dispositivo que proibisse poderes incidentais e implícitos ou que requeresse que os poderes previstos deviam ser expressa e minuciosamente descritos⁵⁶⁰.

Nessa linha, Blanco de Moraes aduz que tais mutações informais, quando oriundas da jurisprudência, podem ser elencadas como sentenças manipulativas que geram revisão constitucional de modo que constroem e inovam no desenvolvimento de princípios e normas constitucionais atuando de modo “flamejante” em comparação às

556 HESSE, *Ibid.*, p. 16-17.

557 SERAFIM, Matheus. A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR E AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS: CONTRIBUIÇÕES PARA A COMPREENSÃO DAS MODIFICAÇÕES INFORMAIS DA CONSTITUIÇÃO. *Revista Diálogo Jurídico*, Vol. 18, n. 1, Jan./Jul. 2019, p. 47.

558 *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Almeira: Coimbra, 2007, p. 231.

559 MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. 2013, p. 494. In. FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org). *Constitucionalismo e Democracia*. 1ª Ed. Juspodvm: Salvador, 2013.

560 CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. O caso *McCulloch v. Maryland* e sua utilização na jurisprudência do STF. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 247-270, jan./mar. 2019, p. 257.

mutações silenciosas decorrentes dos costumes ou das atuações legislativas que derrogam normas ou interpretações constitucionais⁵⁶¹.

O autor não descuida de alertar, contudo, que nem tudo pode ser enquadrado como uma mutação. Em dadas situações estar-se-á dentro da área da interpretação e não da mutação: i) alterações da realidade da vida que modifiquem significados nela existentes, como, por exemplo, o termo “meios de comunicação” antes da internet; ii) decodificação jurisprudencial de conceitos jurídicos indeterminados; iii) desenvolvimento e concretização de conceitos extrajurídicos como “moralidade”, “probidade” e “dignidade”; e iv) normas abertas que declaram direitos, sendo este um domínio mais poroso o qual é difícil traçar critérios definidos⁵⁶².

Blanco acusa que decisões com potencial de mutação jurisprudencial ocorreriam em três situações: i) *decisão que revela a presença de norma pré-existente*, como uma interpretação de um direito não previsto na Constituição, mas estampado em norma internacional dentro de um tratado; ii) *aplicação de normas não presentes no texto e ainda não representadas e consolidadas na comunidade jurídica*, a exemplo do caso Luth, na Alemanha, o qual ratificou a ideia de eficácia horizontal de direitos fundamentais e força normativa da Constituição; e iii) *situações nas quais a própria Jurisdição Constitucional introduz uma norma inovadora a partir de uma releitura do espírito ou da prática constitucional*, mas sem previsão no texto ou na vontade do legislador, de modo que a Corte “inventa uma norma que não existe”, ressaltando, inclusive, o caso da ADPF 132 (união homoafetiva)⁵⁶³.

Morais também entende que será uma mutação inconstitucional uma criação normativa jurisprudencial que contrarie o “aquis constitucional” e substitua o programa normativo constitucional modificando as esferas de competência de órgãos de poder, mas ressalva dessa vedação os casos de “inefetividade funcional de Poderes largamente assumida pela comunidade”⁵⁶⁴.

561 MORAIS, Ibid., 2013, p. 496-497.

562 MORAIS, Ibid., 2013, p. 514-515.

563 MORAIS, Ibid., 2013, p. 515-516.

564 MORAIS, Ibid. 2013, p. 521.

Nessa linha, como tal “revisão constitucional” ocorreria à margem do Constituinte, Blanco de Moraes, ressalta que um dos limites da mutação seria a norma constitucional positiva, de modo que a mutação não pode ser ilógica ou contrariar objetivamente o enunciado normativo; por isso critica a decisão do STF que tratou da união homoafetiva ter utilizado princípios para derrogar uma regra constitucional⁵⁶⁵.

No sistema nacional, também seriam limites à mutação as cláusulas pétreas (art. 60, §4º, da Constituição); e como destaca o Ministro Roberto Barroso, também são limites as possibilidades semânticas do relato da norma dentro dos sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição⁵⁶⁶, ou seja o espírito fundante daquela norma constitucional.

Em suma, apesar de criticar o uso de mutação pela Jurisdição Constitucional para criar normas em diversas situações, Blanco de Moraes ressalva que em casos de omissão inconstitucional gerada por inefetividade funcional dos Poderes seria viável à sua utilização. Dessa forma, em que pese a conclusão do autor refutar a utilização da mutação no caso das uniões homoafetivas julgado pelo STF (ADPF 132), parece que teria sido melhor a Corte ter utilizado essa técnica, face à inoperância do Constituinte derivado e a manifesta alteração da realidade que não comportava o regramento previsto no texto, que não admitia margem para interpretação, em contraposição a uma sentença normativa pela via da interpretação.

Vale dizer, não se tratava de omissão do legislador ordinário em criar lei, ou vazio normativo parcial ou estrutural, ou reinterpretação de conceito aberto, mas, sim, paralização do Constituinte em mudar o texto constitucional que deixou de refletir a realidade social.

Há que se ressaltar, contudo, que a utilização da mutação estaria sujeita a críticas e poderia ser objeto de reversão pelo Legislativo dentro da sua atuação como Constituinte Derivado ao não concordar com a decisão da Corte. A última palavra, em

565 MORAIS, Ibid. 2013, p. 518-520.

566 BARROSO, Luís Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo. 9ª ed., Saraiva: São Paulo, 2020, p. 142-143.

verdade, seria mais uma etapa de decisões das instituições em constante diálogo e reversões do que propriamente de um encerramento via interpretação da Constituição.

Por isso, antes de realizar a mutação como solução definitiva para o problema da omissão anacrônica, o Supremo poderia adotar posturas prévias de controle fraco ou médio de modo a evitar atuar como Constituinte Originário a priori.

Além da declaração de mutação, outra saída menos invasiva seria o estabelecimento de uma ponte dialógica que possa conferir algum grau de avanço ao *status quo* sem que a Corte crie uma norma de forma inovadora. Quando analisados os pressupostos negativos, verificamos que a primeira solução seria o envio de uma notificação sem força vinculante ao Legislativo para que atuasse. Tratava-se, assim, de controle fraco.

A outra alternativa, contudo, seria um modelo de controle médio. Diferentemente do que ocorreria no caso de criação de tipo penal, o qual o Judiciário apenas faria um apelo político para que houvesse atuação, sem força vinculante, nesse caso seria possível o envio da decisão judicial ao Legislativo em forma de *start* de Proposta de Emenda à Constituição para que o Constituinte delibere sobre o tema. Seria uma forma de provocação, de *start*, do processo legislativo. Essa via foi sugerida pelo Min. Teori Zavascki, como já ressaltado anteriormente no julgamento do caso envolvendo presos em condições degradantes por meio de projeto de lei⁵⁶⁷.

Aqui acrescentamos a possibilidade do envolvimento de órgãos representativos da sociedade civil que poderiam tomar à frente da iniciativa legislativa ou mesmo via parlamentares e partidos políticos, de modo que o Judiciário funcionaria como propulsor do debate.

567 Na sessão de 06 de maio de 2015, o Min. Luís Roberto Barroso proferiu seu voto-vista favoravelmente, mas criou uma solução polêmica, qual seja, que a indenização fosse conferida não em pecúnia, mas em remição da pena, a ser fiscalizada pelo juízo de execuções penais. A compensação em dinheiro deveria ocorrer subsidiariamente. Sua proposta (aditiva) ainda trouxe os cálculos: um dia de redução para cada três dias de cumprimento de pena em violação grave e remição mínima de um dia para cada sete de cumprimento no caso de violações brandas. Ademais, afirma que a indenização por pecúnia deveria ocorrer subsidiariamente, somente em havendo impossibilidade de gozo da remição, como no caso do preso já estar em liberdade. O Min. Teori afirmou que a solução seria obstada pela violação do princípio da legalidade (já que o Judiciário não poderia proferir sentença aditiva). De qualquer sorte, a medida do Min. Barroso mostrou-se válida já que isso fez com que o Min. Teori Zavascki, na sessão de julgamento, propusesse que ao invés de o STF estabelecer a remição por condições degradantes (decisão aditiva), que enviasse tal proposta ao Congresso como projeto de lei.

Quanto à esta possibilidade, vale mencionar o caso peculiar da ADO 25 (Plenário. ADO 25 QO/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 20/5/2020), na qual foi homologado acordo no âmbito do STF entre a União e Estados para envio de projeto de lei complementar pela União ao Congresso Nacional e esforço político para a aprovação de Proposta de Emenda à Constituição.

A questão tratava da regulamentação do art. 91 do ADCT, sendo reconhecida a omissão do Congresso em regulamentar a compensação de perdas de arrecadação em decorrência da desoneração das exportações do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Na decisão, o STF consignou que perdurando a omissão, se fosse ultrapassado o prazo de 12 meses sem que a lei fosse editada, o Tribunal de Contas da União (TCU) deveria: a) fixar o valor total a ser transferido anualmente aos Estados-Membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT, a saber, as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, “a”, do texto constitucional; b) calcular o valor das quotas a que cada um fará jus, levando em conta os entendimentos entre os Estados Membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz).

Em setembro de 2019, após sucessivas prorrogações daquele prazo de 12 meses deferidas pela Corte, uma comissão especial, formada por representantes da União e de todos os Estados, passou debater as propostas de conciliação que resultaram no acordo homologado nesta sessão.

No acordo⁵⁶⁸ a União se compromete a fazer esforços para a promulgação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 188, na forma em que foi apresentada ao Congresso Nacional, especialmente, em relação à criação de regra para que uma parcela de seus recursos referentes à exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais seja repassada aos

568 O acordo também estabelece que a parcela constitucionalmente devida aos municípios (25%) está reservada e que não são devidos honorários advocatícios nas ações judiciais que forem extintas em decorrência do acordo.

demais entes federados. E também se comprometeu a enviar ao Congresso, no prazo de 60 dias a contar da homologação do acordo, Projeto de Lei complementar criando a regra da transferência temporária das compensações até 2037.

A Corte poderia ter atuado criativamente na hipótese, mesmo após reiterados descumprimentos do comando de legislar, mas optou pela via dialógica em razão das consequências políticas e sobretudo econômico-financeiras da matéria de fundo.

Tal caminho será notadamente mais democrático, já que a sociedade civil e o meio político decidirão se, de fato, é o momento de alteração do texto constitucional originário. Além de transferir o ônus do debate para os canais representativos por excelência, o Tribunal acaba fomentando a maior participação social nas discussões sobre a questão.

Há que se analisar “se”, “quando” e “como” o STF poderá atuar em casos de omissão anacrônica via mutação constitucional ou quando deverá se valer de um controle médio provocando o *start* no processo deliberativo sem adicionar conteúdo normativo ao texto constitucional.

Como afirmado por Cappelletti em sua clássica obra⁵⁶⁹, o juiz, ao dosar o seu grau de criatividade, deve ser consciente de suas limitações e fraquezas, sensível às mudanças circunstanciais e capaz de aliar prudência em alguns casos e dinâmico atrevimento em outros. Os parâmetros negativos e positivos podem auxiliar nessa tarefa que deverá ser realizada de forma ponderada.

3.8 – Decisões normativas inconstitucionais e possíveis consequências da não observância dos parâmetros expostos

A proposta de criação de parâmetros normativos, positivos, negativos e posturas de autocontenção dialógicas visam contribuir para o necessário aprimoramento da atuação do Tribunal, sua proteção institucional, o *accountability* republicano, e, sobretudo, a efetividade de direitos fundamentais.

569 CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Editora Sergio Antônio Fabris. Porto Alegre, 1993, Reimpressão, 1999, p. 92.

Todavia, há que se considerar o cenário possível no qual a Corte não observe tais parâmetros e isso pode ocorrer por vários motivos, tais como: pressões políticas e econômicas de atores externos, a incapacidade institucional do Tribunal e humana de seus Ministros de se autoconter de forma natural e orgânica, bem como a pressão social da opinião pública perante à Corte.

A não observância de parâmetros claros que tragam segurança jurídica, social e política, naturalmente poderá desencadear efeitos corrosivos à credibilidade institucional do Tribunal, eis que a invasão sobre temas originalmente afetos à seara dos Poderes Legislativo e/ou Executivo implica em atritos políticos e questionamentos quanto ao avanço do Tribunal em temas que deveriam ser resolvidos pelos Poderes representativos por excelência.

Consoante exposto, decisões normativas que gerem crises constitucionais e que violem diretamente a Separação dos Poderes, ou que se caracterizem como jogo duro constitucional, na expressão cunhada por Mark Tushnet⁵⁷⁰, com o objetivo de aumentar o Poder da Corte, marcando posição política, ou funcionando como reação a ataques institucionais - como defendemos que ocorreu no caso da criminalização da homotransfobia -, certamente serão objeto de correção e de reação pelos demais Poderes contribuindo para o mal-estar constitucional ressaltado por Oscar Vilhena.

Vale dizer, para evitar tais perturbações, a solução política sempre deve ser prestigiada, como defendido, por isso a escolha pela atuação normativa como última ratio e a adoção de posturas prévias de autocontenção dialógicas evitam esse tipo de conflito e questionamento, preservando, portanto, a imagem institucional da Corte, bem como seu capital político para atuação estratégica.

Um Tribunal Constitucional que entra em todas as batalhas sem sopesar o custo político e social de conflitos abertos com os demais Poderes e com a opinião pública está fadado a sofrer forte erosão do seu capital político e social.

⁵⁷⁰ A expressão é utilizada para definir a atuação de um Poder ou ator com o objetivo de se defender ou atacar utilizando suas competências e prerrogativas para gerar dano institucional ao adversário, dentro de seus campos de atribuição, mas de forma desmedida. TUSHNET, Mark. *Constitutional Hardball*. *John Marshall Law Review*, Washington, v. 37, n. 2, 2004

Ressaltamos nossa posição pessoal de receio da prolação de sentenças aditivas em matérias eminentemente técnicas que envolvem políticas públicas nas quais a expertise do Poder Judiciário é inferior se comparada a órgãos especializados como as Agências Reguladoras, o que impõe um dever de autocontenção.

Além disso, outros parâmetros também devem funcionar como limitadores da atuação criativa a fim de evitar intromissão no núcleo essencial da Separação dos Poderes, como casos que envolvam a criação de tipos penais por parte do Judiciário, tema absolutamente vedado à atuação normativa do Tribunal.

Nos casos nos quais a sentença normativa não observe aqueles parâmetros expostos e possa ser considerada como uma sentença inconstitucional, quando atingir o núcleo essencial da Separação dos Poderes, portanto, ou fugir absolutamente do texto constitucional, indo, assim, além de qualquer possibilidade interpretativa/criativa, muito embora bem intencionado ou devidamente fundamentado mediante o ônus argumentativo e a retórica peculiar da Corte, duas soluções se apresentam.

A primeira delas e mais dialógica é que haja uma reversão legislativa via Emenda Constitucional, a fim de se evitar que a questão volte a ser levada à Corte mediante controle de constitucionalidade de Lei ou ato normativo infraconstitucional. Vale dizer, o Congresso por iniciativa própria, ou do Executivo, editaria uma Emenda à Constituição, enquanto Poder Constituinte, de modo a demonstrar sua discordância à decisão normativa da Corte, trazendo, assim, o regramento que entender adequado ou simplesmente tornando sem efeito a decisão do Tribunal mediante uma Emenda oposta ao que foi decidido.

A vantagem dessa medida, politicamente, é que mostra a força política do Legislativo enquanto Poder independente que representa o Constituinte Derivado, criando, assim, o regramento para a matéria ou dando a última palavra sobre a questão após a decisão do Tribunal. A desvantagem, contudo, é que para cada decisão seria necessário uma Emenda à Constituição para que houvesse uma reversão do decidido pela Corte, o que, naturalmente exige quórum qualificado de 3/5 em dois turnos o qual demanda grande esforço político.

Há ainda uma segunda alternativa, como sustentado por Ives Gandra Martins Filho⁵⁷¹ e Luciano Henrique da Silva Oliveira⁵⁷², os quais defendem que o Congresso pode editar Decreto Legislativo, com base no art. 49, XI, da Constituição para sustar ato normativo de outros Poderes. O Ministro Carlos Ayres Britto (Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3059 MC/RS, fls. 124) afirmou que aquele dispositivo atribui ao Parlamento o poder de “vigília dos atos normativos dos demais Poderes”⁵⁷³. Oliveira ressalta que a sustação do ato inconstitucional poderia ocorrer em paralelo à representação para apuração da responsabilidade funcional da autoridade⁵⁷⁴.

Oliveira destaca algumas situações nas quais o Congresso poderia se valer daquela prerrogativa: (i) fira a independência do Congresso Nacional ou de suas Casas; (ii) ofenda a harmonia entre ele e o Congresso Nacional ou suas Casas; (iii) usurpe função do Congresso Nacional ou de suas Casas; (iv) tenha caráter normativo fora das previsões constitucionais ou legais; (v) crie Direito que o Congresso Nacional ou suas Casas decidiram ainda não criar; (vi) represente interpretação em flagrante contradição com o texto da norma constitucional ou legal; ou (vii) desrespeite as demais normas constitucionais ou legais⁵⁷⁵.

O autor, portanto, não admite que o Judiciário atue normativamente de modo que as hipóteses por ele tratada não consideram sequer a adoção de sentenças normativas que podem, eventualmente, ser consideradas inconstitucionais e, nestes casos, objeto de Decreto Legislativo. Algumas situações nos parecem vagas e poderiam limitar por completo qualquer atuação no controle das omissões, como a situação que ofenda a harmonia dos Poderes. Fato é que qualquer exercício do controle de constitucionalidade, por natureza da dificuldade contramajoritária, acaba abalando a harmonia entre os Poderes. Em verdade, podemos dizer que os Poderes são muito mais

⁵⁷¹ Ives Gandra sugere que Congresso use Constituição para barrar decisões judiciais. Disponível em < <https://www.jota.info/jotinhas/ives-gandra-sugere-que-congresso-use-constituicao-para-barrar-decisoes-judiciais-08112019> > Acesso em 14 de agosto de 2022.

⁵⁷² OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. A missão do Congresso Nacional de zelar pela sua competência legislativa. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da CLEG do Senado (Texto para Discussão n. 289). Dezembro de 2020.

⁵⁷³ OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. Op. Cit. p. 13.

⁵⁷⁴ OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. Op. Cit. p. 18.

⁵⁷⁵ OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. Op. Cit. p. 17.

desarmônicos na prática do que harmônicos. Existem constantes tensões e isso é natural da própria estrutura institucional de qualquer democracia ocidental.

Contudo, apesar da aparente incompatibilidade, seguindo a linha argumentativa exposta, parece, em teoria, que o uso da prerrogativa poderia ocorrer quando a sentença normativa preencher mera lacuna e não omissão inconstitucional, quando extrapolar a moldura da Constituição indo em frontal contrariedade ao texto e quando violar o princípio da reserva política-legal que está dentro do núcleo essencial da discricionariedade política do Legislativo, como nos casos de criação de tipo penal.

Sobre essa atuação em 2013 o Congresso editou o Decreto Legislativo 424/13, fundado no art. 49, XI, que sustou a Resolução 23.389/13 do TSE sob o argumento de vício formal por se tratar de matéria reservada à Lei Complementar. Posteriormente o STF julgou a matéria (ADIs nºs 4947/DF, 4965/PB, 5020/DF e 5028/DF) e declarou aquela Resolução do TSE inconstitucional, concordando com o argumento do Congresso, bem como declarou inconstitucional o Decreto Legislativo, exatamente por entender que não haveria previsão constitucional para a edição de decretos legislativos que visassem sustar atos do Judiciário⁵⁷⁶.

Muito embora a Corte ainda não tenha enfrentado nenhuma situação limite mais grave na qual envolvesse tema sensível ou socialmente polêmico de reversão de decisão judicial propriamente dita por meio de Decreto Legislativo, acabou por derrubar ambos os atos, atingindo, assim, a finalidade esperada pelo Congresso; porém, marcou sua posição jurídica e institucional de que não admitiria tal espécie de revés pelo Legislativo via Decreto Legislativo. O futuro irá dizer se o Congresso usará tal ferramenta e qual será o comportamento do STF em resposta.

O grande problema, na linha do exposto, é que a edição de um Decreto Legislativo goza de uma força normativa menor do que uma Emenda Constitucional, de modo que seria mais fácil para o Congresso sustar via ato administrativo-político uma decisão judicial, além do que poderia ser considerado um ato de afronta ao Tribunal, colocando o Legislativo como controlador do Judiciário, o que acirraria os ânimos entre os Poderes. Ainda que a decisão seja inconstitucional e a utilização do Decreto fosse

⁵⁷⁶ OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. Op. Cit. p. 19/20.

uma forma extremamente dura de reversão constitucional pelo Legislativo nos parece que acabaria por aumentar a crise entre os Poderes.

A Emenda Constitucional, por outro lado, enquanto manifestação do Poder Constituinte, goza de maior força normativa e política, de maneira que confere maior legitimidade à decisão do Poder Legislativo, sobretudo quando tiver a iniciativa do Poder Executivo, formando, assim, uma verdadeira coalização entre os Poderes representativos em oposição do decidido pela Corte.

No limite, além da reversão legislativa exposta, decisões normativas inconstitucionais podem resultar em reações contra o Tribunal decorrentes do efeito *backlash*⁵⁷⁷ por meio de: i) críticas públicas; ii) manifestações sociais; iii) reações legislativas; iv) mudanças na composição do Tribunal; v) pedidos de *impeachment* de Ministros; vi) desobediência e resistência civil; e vii) cortes no orçamento do Judiciário⁵⁷⁸.

Portanto, parece que em tais situações o Judiciário deveria aceitar a decisão política dos demais Poderes por Emenda Constitucional, sem prejuízo de revisitar o tema em momento futuro após algum tempo de sedimentação da matéria. A escolha do momento decisório e a utilização da “não decisão” devem ser sopesadas de forma estratégica pelo Tribunal a fim de minimizar conflitos e respeitar a vontade dos poderes representativos do povo.

⁵⁷⁷ George Marmelstein conceitua *backlash* como um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial (MARMELSTEIN, George. Efeito *Backlash* da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália. p. 2-4); Marianna Montebello Willeman o define como “o movimento de intensa reprovação ou rejeição de uma decisão judicial, acompanhado da adoção de medidas de resistência tendentes a minimizar ou a retirar sua carga de efetividade” (WILLEMANN, Marianna Montebello. Consitucionalismo Democrático, *Backlash* e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE) REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 33, janeiro/fevereiro/março de 2013, pág. 02); Cass Sustein define o tema, à luz da jurisdição constitucional, como a desaprovação intensa e contínua de uma decisão judicial, acompanhada por medidas agressivas para resistir àquela decisão e para remover sua força normativa (tradução livre) (SUNSTEIN, Cass R., *Backlash's Travels. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, N. 157, 2007).

⁵⁷⁸ FONTELES, Samuel Sales. Direito e Backlash. Juspodivm, 2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dificuldade em se solucionar o problema das omissões inconstitucionais acomete tanto a jurisprudência quanto a doutrina, não havendo um modelo definitivo e satisfatório de tratamento e solução da matéria.

O direito comparado desenvolveu algumas possíveis soluções para tratar do tema, como a utilização do apelo ao legislador na Alemanha, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão em Portugal, a atuação da Corte Constitucional do Equador como legislador suplente e precário, as decisões diretivas na Índia, o Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia, entre outros instrumentos. No Equador foi criada por Emenda à Constituição a possibilidade de atuação da Corte Constitucional como legislador suplente e precário. Já no Brasil foi previsto o Mandado de Injunção e na Itália foram criadas pela jurisprudência as chamadas sentenças manipulativas. Estas últimas surgiram com o objetivo de conformar a legislação italiana fascista à Constituição do pós-guerra, bem como assegurar direitos não previstos no caso de omissões parciais que violassem a isonomia, mas se expandiu para resolver outros problemas.

A conjuntura de forte constitucionalização do ordenamento atrelada à mudança paradigmática do constitucionalismo do pós-guerra, com uma reaproximação entre o Direito e a moral, sobretudo nos chamados *hard cases*, aumentaram a complexidade da problemática.

Somado a isso, o modelo brasileiro conta com um arranjo institucional intrincado e um modelo de governo caótico e fragmentado que depende de coalizões para a construção de maiorias, o que dificulta o andamento do processo normativo. Além disso, o hiperpresidencialismo, o complexo sistema orçamentário, a monocratização no STF, a judicialização da política e da vida, os interesses de players fora do legislativo e da manutenção de bases de apoio eleitoral no Legislativo fazem com que o fenômeno da omissão inconstitucional ganhe relevância central na arena jurídica nacional.

O STF vem atuando normativamente em casos que envolvem, direta ou indiretamente, alguma espécie de omissão de outros Poderes que viola a Constituição,

em casos de grande relevo como aborto de fetos anencéfalos, união homoafetiva, greve de servidores públicos, financiamento público de campanhas, revisão geral anual, renda mínima de cidadania, candidaturas femininas, entre outros.

Dentro dessa problemática, buscou-se analisar um marco teórico dogmático e normativo que pudesse aprimorar o conceito de Constituição e contribuir para a construção do reconhecimento da omissão inconstitucional como fenômeno jurídico próprio, com conceito específico, princípios e classificação, de modo que, em última análise, possa gerar a maior efetividade de direitos fundamentais.

Para tanto, foram abordadas ideias centrais de autores clássicos como Karl Lowenstein, Hans Kelsen, Herman Heller, Konrad Hesse e Luigi Ferrajoli, além das contribuições de Oscar Vilhena Vieira. À luz dos conceitos estudados, uma teoria que objetive conferir efetividade e controlar as omissões que violem a Constituição deve, necessariamente, partir dos seguintes pressupostos: i) a Constituição é um documento político e jurídico; ii) há supremacia formal e material da Constituição sob o ponto de vista jurídico; iii) a Constituição possui força normativa; iv) há uma vinculação de todos os Poderes e órgãos ao que determina a Constituição independentemente de um dever de legislar; v) deve se perseguir a plena normatividade, condicionando os detentores de poder a sua concretização; vi) há um dever de conformação e efetivação das suas normas na realidade, a fim de mantê-la sólida ao longo do tempo, o que pode ser instrumentalizado mediante processos formais informais de alteração da Constituição; vii) o processo de construção e modificação da Constituição é feito pelo Legislativo e também pelo Judiciário.

Em seguida, partindo, sobretudo, das ideias de Hesse, Heller, Lowenstein e Kelsen, dentro de uma principiologia atinente ao problema das omissões, foram analisados os seguintes princípios: i) a *supremacia da Constituição* como imposição social cogente, de modo que a possui posição vertical proeminente perante todos e perante o ordenamento; e se a Constituição impõe um comando (de forma explícita ou implícita) e há um descumprimento de tal ordem, resta violada sua supremacia, o que, a reboque, gera um enfraquecimento de sua força normativa; ii) a *força normativa*, sendo que a Constituição jurídica, portanto, adquire força normativa na medida em que ganha eficácia como Constituição real e a Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa quando impõe tarefas e elas são efetivamente realizadas; assim,

se a Constituição tem força normativa, de modo que suas normas possuem vinculação para toda a sociedade e para os Poderes constituídos, é decorrência lógica que a desobediência de um comando constitucional viola a Constituição, já que estar-se-á deixando de fazer algo que a Lei Maior ordena que se faça; iii) o princípio da *efetividade das normas constitucionais*, ou máxima efetividade, também considerado como método de interpretação da Constituição segundo o qual o intérprete da Constituição, ao aplicar ou interpretar a norma constitucional, deve buscar extrair todas as suas potencialidades a partir da doutrina brasileira da efetividade; a lógica, portanto, é de que não basta a Constituição ter supremacia formal e material, tampouco força normativa, se não for plenamente efetivada; iv) o princípio da *presunção de constitucionalidade*, apesar de soar contraditório quando pensamos em uma omissão, - pois se há lei, então não haveria omissão - guarda importância para o fenômeno no caso de vazios perigosos decorrentes de uma sentença ablativa e também nos casos em que se comporta a interpretação conforme; e v) o *princípio da proporcionalidade na vedação da proteção insuficiente*, a ideia, portanto, é de que o Estado atuará legitimamente somente se oferecer proteção suficiente aos direitos fundamentais, do contrário haverá violação de tal princípio.

Antes de adentrar no conceito de omissão, foram analisados os institutos da lacuna, do silêncio eloquente e da inércia *deliberandi*, a fim de se estabelecer um conceito negativo. A *lacuna* ocorre quando há um vácuo na lei ou no ordenamento – não necessariamente violador da Constituição – que prejudica a completude e a unicidade dele; caso afronte o texto constitucional será uma omissão inconstitucional e não uma lacuna. Os vazios podem significar ainda um silêncio eloquente do legislador, no sentido de que este não deseja tratar daquela matéria, estando dentro da sua esfera de discricionariedade, e, portanto, não existindo omissão inconstitucional. É o que ocorre na criação de tipo penal e as diversas possibilidades de punição, por exemplo.

A *inertia*, por sua vez, ocorre quando o órgão legiferante se abstém de continuar o processo legislativo (deliberação e votação), após iniciado, de modo que a norma resta *ad aeternum* aguardando a conclusão da tramitação. Não há prazo na Constituição que sirva de *standard* para regular a *inertia*, todavia, existem dispositivos expressos onde a Carta estipula o prazo, criando um termo final para a atuação do legislador; o qual, findo sem a devida atuação, configurará a omissão. O problema reside quando inexistir previsão legal ou constitucional. Nestes casos, entendemos que

deve ser adotada a razoabilidade, nos termos da Lei 9.868/99, levando-se em conta o possível enfraquecimento da eficácia normativa da Constituição e os danos causados pela não exequibilidade de suas normas.

Dentro de um conceito de omissão, foram analisados autores consolidados, com o objetivo de definir o instituto a partir de uma visão já consolidada. Analisando as doutrinas clássicas de Luís Roberto Barroso, André Ramos Tavares, Alexandre de Moraes, Vezio Crisafulli, Lenio Streck, Gomes Canotilho, Victor Bazán e Dirley da Cunha Jr., verificamos que quando a Constituição impõe determinado comando ao Legislativo (*a rime obbligate*, ou seja, envolve uma ordem de edição legal - norma de eficácia limitada) e este Poder se abstém de realizá-lo, total ou parcialmente, praticando uma conduta negativa diante de uma ordem certa e expressa emanada da Constituição, após decurso de tempo determinado ou razoável, incorre em hipótese de omissão legislativa inconstitucional.

Entretanto, além de verificar aqueles pressupostos e princípios, bem como a doutrina clássica sobre o tema, objetivando realizar maiores incursões e contribuições para a discussão, optamos por analisar, também, a rica matriz estadual, a fim de se demonstrar a necessidade de evolução do paradigma tradicional a partir de reflexões que as Constituições Estaduais podem oferecer.

As Constituições Estaduais trazem regras específicas sobre a omissão inconstitucional. Além de abordarem a competência da ação direta e do mandado de injunção no âmbito da jurisdição estadual, seus prazos e efeitos, algumas preveem sanções para a omissão dos órgãos administrativos e um *Controle Administrativo Prévio da Omissão* no caso da violação de direitos constitucionais, com diferenciação entre omissão administrativa e legiferante, omissão total e parcial e responsabilização para o agente público omissor.

A partir desse marco dogmático e normativo, com base também em estudos de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, Gilmar Mendes e outros autores, foi possível propor uma nova forma de olhar o instituto tendo por alicerce a força normativa superior dos direitos fundamentais independente de um comando específico de legislar. Assim, partindo dessa nova ideia e, também com base no modelo estadual visto, podemos definir a omissão normativa inconstitucional como o fenômeno jurídico autônomo de enfraquecimento da supremacia e da força normativa constitucional que

pode se manifestar de forma originária ou superveniente, em razão de um não agir proveniente de qualquer Poder ou órgão que se abstém, cria ou mantém um vazio normativo violador da Constituição e que por conseguinte obstaculiza ou gera deficiência ao pleno exercício dos direitos constitucionais, independentemente de uma regra específica de legislar.

Apesar da amplitude do conceito, que poderia gerar questionamentos quanto ao seu mau uso ou à ampla margem de abertura para o controle jurisdicional, o conceito por si não deve ser rechaçado. Deve-se, sim, evitar arbitrariedades e casuísmos por parte do Judiciário, diante da ampla gama de direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, com conceitos indeterminados e vasta margem principiológica. Por isso, ainda que reconhecida uma omissão, nem sempre o Judiciário poderá atuar para colmatar essa omissão diante dos limites da jurisdição constitucional. A proposta de nova concepção da omissão inconstitucional se revela importante para a efetividade da Constituição e para o seu estabelecimento como um instituto próprio, a merecer tratamento diverso e específico pela doutrina e pela jurisdição constitucional.

Dessa concepção surgem diversas possibilidades de configuração da inconstitucionalidade por omissão que não mais se adéquam à mera distinção entre omissão total, parcial relativa e propriamente dita. Assim, apresentamos uma nova proposta de classificação não estanque. Vale dizer, é possível que haja intersecção entre elas, *e.g.*, em uma dada situação ocorra omissão implícita, total, e decorrente de proteção insuficiente, ou uma omissão decorrente de proteção insuficiente e ao mesmo tempo decorrente de ablação.

A omissão seria classificada em: i) *expressa* – há um comando a *rimme obligate*; ii) *implícita* - para que haja proteção suficiente ou correção de um vazio perigoso ou estrutural, ainda que não haja comando específico por meio de norma de eficácia limitada; iii) *total propriamente dita* - quando há um vazio normativo absoluto da matéria; iv) *decorrente de ablação* - ocorre na hipótese de uma declaração de inconstitucionalidade feita pela Corte Constitucional, causando, assim, uma lacuna no ordenamento; v) decorrente de *inertia deliberandi*; vi) *parcial relativa* - é verificada quando a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que deveria ser abrigada (violação da isonomia) ou; vii) quando o legislador atua de modo deficiente – *parcial propriamente dita*; viii) a *omissão inconstitucional* pode ainda ser *definida* (no

caso de uma única solução constitucionalmente adequada); ou ix) *indefinida* (hipótese de inúmeras soluções compatíveis com a Constituição), a exemplo da Súmula Vinculante 33; x) pode ainda ser *decorrente de proteção insuficiente*, quando a efetividade ou a materialização de direitos fundamentais depender de um atuar do Legislativo para que haja proteção suficiente, ainda que não haja comando específico por meio de norma de eficácia limitada, de modo que o reconhecimento da omissão deve passar pelo teste trifásico da proporcionalidade, como detalhadamente abordado; xi) pode decorrer de *omissões estruturais* de diversos Poderes ou órgãos, o que caracterizaria um Estado de Coisas Inconstitucional; e xii) pode ocorrer a chamada *omissão anacrônica do Constituinte* em situações nas quais se constata de forma clara e evidente, que a Constituição não mais revela a realidade social, estando, assim, atrasada e desconectada do seu tempo e da atual geração. Em outras palavras, neste caso, a sociedade evoluiu, mas o texto constitucional não. Dessa forma, há uma omissão do Constituinte derivado em atualizar, revitalizar e fazer com que o texto da Constituição reflita a sociedade atual de modo a se compatibilizar com novas realidades não previstas originariamente pelo Constituinte Originário.

No capítulo dois buscamos analisar inicialmente a jurisdição constitucional italiana e a tipologia decisória da Corte Constitucional daquele país, bem como a evolução jurisprudencial da Corte. O Tribunal Constitucional italiano pode adotar três tipos de decisões, quais sejam: i) *sentenze*; ii) *ordinanza*; e iii) *decreto*. O Tribunal tem pronúncias de caráter processual ou de mérito quando se trata de controle de constitucionalidade. Com as decisões *processuais* ela avalia questões de ordem procedimental. Ao revés, no caso das decisões de *mérito* o Tribunal analisa a arguição/exceção de fato, que pode ser *fondata* ou *infondata*, levando a uma decisão de *accoglimento* ou *rigetto* da inconstitucionalidade. Analisamos a relevância da interpretação conforme no modelo italiano e da fundamentação da *rilevanza* e *non manifesta infondatezza*, chegando até o estudo do desenvolvimento das sentenças manipulativas.

Em seguida aprofunda-se no objeto do trabalho ao analisar a origem e desenvolvimento das sentenças aditivas, seu conceito, requisitos e *iter* procedimental, bem como a subclassificação apontada pela doutrina e pela Corte italiana. A chamada sentença manipulativa de efeitos aditivos é uma das técnicas mais relevantes para “salvar” a lei de uma inconstitucionalidade ou assegurar direitos não exequíveis por

uma omissão e surge diante da omissão do Parlamento italiano em conformar a antiga ordem infraconstitucional fascista com a Constituição de 1947.

Sistematizando, são condições para prolação de sentenças aditivas no Direito italiano: I - Pressupostos negativos: a - Ausência de matérias reservadas à discricionariedade política do legislador; b - Impossibilidade de realizar interpretação conforme; II - Pressupostos positivos: a - Existência de uma omissão inconstitucional; b - Existência de uma solução constitucionalmente obrigatória (*a rime obbligate*); c - Reconhecimento da insuficiência do texto para que seja compatível com a Constituição; ou d - violação de um direito decorrente da omissão.

As sentenças aditivas no paradigma italiano se classificam em: i) *sentenças aditivas de prestação* - adição de conteúdo gera uma prestação a cargo dos Poderes Públicos; ii) *sentenças aditivas de procedimento* - a Corte adiciona conteúdo normativo às disposições de caráter procedimental, com a finalidade de inserir momentos ou fases dentro do *iter*; iii) *sentenças aditivas de princípio* - ocorre nas hipóteses onde o juízo de inconstitucionalidade entra em conflito com a discricionariedade do legislador na individualização de uma dentre as inúmeras soluções aptas a conformar a norma com a Constituição; cria-se, portanto, um diálogo entre a *Corte Costituzionale*, o Parlamento e os juízes ordinários; e iv) *sentenças aditivas de garantia* que ampliam determinado benefício não econômico para categoria não contemplada.

Entendemos que a nomenclatura de decisões normativas, gênero, construtivas (aditivas) ou reconstrutivas (substitutivas), espécies, se amolda melhor a ideia de criação judicial do Direito, que, ao fim e ao cabo é a consequência dessas espécies decisórias, e possibilita, além disso, um melhor identificação e adequação às suas subespécies, refletindo, assim, não só o efeito da decisão (construir conteúdo normativo, ou reconstruir conteúdo normativo), mas também seus pressupostos (se já existe lei ou norma, ou se há uma fase prévia ablativa/demolatória e uma fase posterior reconstrutiva).

As situações comumente tratadas pela doutrina e pela jurisprudência da Itália envolvem casos de *omissão definida e indefinida*, *omissão decorrente de ablação*, *omissão parcial relativa* e *omissão parcial propriamente dita* e *omissão total* com a utilização de sentenças aditivas (normativas construtivas) de princípio, clássicas, de garantia, de prestação, ou substitutivas (normativas reconstrutivas) a depender do tipo

de omissão. Ressalte-se que o caso de omissão total é raramente apreciado pela Corte, face à cláusula de discricionariedade política do legislador, e, nos casos em que é apreciada, utiliza-se a sentença aditiva de princípio. A maioria dos casos envolvem situações de omissão parcial ou relativa, o que denota alguma jurisprudência defensiva nesse aspecto.

Do escorço também foi possível inferir que a doutrina e a jurisprudência da Corte Constitucional italiana não adentram em questões mais tormentosas inerentes à jurisdição brasileira como o caso de *omissão por proteção deficiente* ou mesmo de *omissão decorrente de falhas estruturais* ou *omissão anacrônica do Constituinte*, de modo que tais situações podem sofrer contributos do modelo italiano, mas sem um acoplamento idêntico.

Ao longo do capítulo, analisamos onze casos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal onde houve a prolação de uma sentença com perfil criativo, bem como as principais críticas sobre o tema: Demarcação de terra indígena Raposa Serra do Sol; Greve de servidores públicos; Aborto de fetos anencéfalos; União homoafetiva; Revisão geral de vencimentos e isonomia (art. 37, X); Presos em condições degradantes; Criminalização da Homotransfobia; Súmula Vinculante 33: aposentadoria especial de servidores públicos; Alteração de prenome e gênero dos transgêneros no registro civil; Fundo partidário e candidaturas femininas; e Renda básica de cidadania.

As críticas à atuação normativa de Cortes e Tribunais Constitucionais envolvem: i) o déficit de legitimidade democrática de seus membros não eleitos pelo povo; ii) o dogma da separação e independência dos Poderes; iii) a arquitetura da jurisdição constitucional originalmente projetada para que o Tribunal atue apenas como legislador positivo; e, no caso brasileiro; iv) a diferença entre a natureza da Corte Constitucional da Itália – um Tribunal *ad hoc* – e do Supremo Tribunal Federal – órgão máximo integrante do Poder Judiciário.

Quanto à natureza diversa da Corte Italiana e do STF, talvez o fundamento mais sólido para justificar a possibilidade do STF prolatar sentenças aditivas seja a sua própria institucionalidade. A Corte Suprema possui criação e fundação constitucional. Trata-se de decisão política fundamental de manifestação da soberania popular. Ou seja, a criação de um órgão central do Poder Judiciário brasileiro não pode ser enfraquecida à luz de um outro modelo de Corte Constitucional, sobretudo porque o STF agrega

competências de Corte Constitucional e de instância máxima do Judiciário. O próprio Kelsen, para refutar a tese de Schmitt de que o Tribunal Constitucional não exerceria jurisdição, defende que não há distinção entre o afastamento de uma norma por um Tribunal Constitucional *ad hoc* e por uma Suprema Corte integrante do Poder Judiciário, eis que ambas exercem na essência o controle de constitucionalidade como ato jurisdicional e ao mesmo tempo político.

Quanto ao suposto dogma kelseniano de que Tribunais só atuam como legisladores negativos, em análise mais detida do texto de Kelsen, verificamos que o autor não faz diferença qualitativa entre legislação e a decisão judicial, mas sim quantitativa, de criação do Direito que é inerente à jurisdição. Ademais, na “Teoria Pura do Direito” e em “Jurisdição Constitucional”, Kelsen também afirma que as lacunas que o legislador não preencheu no ordenamento jurídico são inevitáveis, por isso, nesses casos, “o juiz somente pode ser fazer de legislador quando o Direito apresente uma lacuna”; há um tópico específico na Teoria Pura de Kelsen intitulado “Criação de normas jurídicas gerais pelos tribunais: o juiz como legislador” no qual o autor afirma que Tribunais de última instância criam Direito via decisões de caráter geral e vinculante para casos idênticos: “o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar”. Kelsen acredita que os Tribunais “entrarão em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição e isso significará uma descentralização da função legislativa.”; “A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica.”. A solução criada por Kelsen é exatamente a limitação da atuação discricionária do juiz constitucional, o que se coaduna com a proposta de parâmetros realizada no último capítulo.

Quanto ao suposto óbice decorrente da violação da Separação dos Poderes, verifica-se que o Constituinte brasileiro não conferiu ao Judiciário um papel de inércia na concretização de direitos quando o legislador se mantiver inerte. O constitucionalismo brasileiro teve sua maior influência no modelo norte americano, e não no modelo francês, que baseado em paradigma contratualista mais voltado às concepções de Locke, e não de Rousseau, reconhece o papel da Corte Suprema como fonte de Direito, consagrando o exercício do controle de constitucionalidade desde o caso *Marbury v. Madison*. Ressalte-se ainda que desde a primeira Constituição Republicana de 1891 – art. 59, §1º, *b* – se instituiu o controle difuso de

constitucionalidade no Brasil, de modo que a realidade francesa que rechaçava qualquer atuação judicial, privilegiando o legislativo e o Estado legal, não pode ser tida como base para o modelo nacional. Essa incompatibilidade acentua-se ao longo do processo de consolidação do constitucionalismo, dos direitos fundamentais e de instituições que se autolimitam, com funções típicas e atípicas.

Por meio de interpretação teleológica, pode-se reconhecer que a própria Constituição de 1988 dispôs sobre a possibilidade de prolação de sentenças normativas por meio do Constituinte Originário e Derivado, ou seja, não há violação da Separação dos Poderes quando tal prerrogativa foi outorgada pelo Legislativo ao Judiciário para controlar omissões e proteger direitos fundamentais: i) a previsão expressa da corrente concretista intermediária na Lei 13.300/16, art. 8º, II, que regulamenta o Mandado de Injunção – art. 5º da CF, LXXI; ii) a função atípica normativa do Poder Judiciário, prevista expressamente na Carta Constitucional, nos termos do art. 49, XI: É da competência exclusiva do Congresso Nacional zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes; iii) a previsão expressa de medidas abertas na Lei da ADPF e da ADO e da criação normativa via Súmula Vinculante.

A Separação deve ser direcionada à consecução da efetividade da Constituição que, em verdade, é o seu fim, conforme sustenta Carlos Alexandre de Azevedo Campos, de modo que deve ser entendido como um arranjo institucional que está a serviço da Constituição e da efetividade dos direitos fundamentais. A função do Judiciário, assim, seria funcionar como um freio, ou como um contrapeso na balança, evitando abusos do Legislativo (ainda que por conduta omissiva e não comissiva). Não se está a falar em uma soberania do Judiciário sobre o Legislativo. Sobre tal questão Hamilton já discorreu em os Federalistas – 78 que “é muito mais racional entender que os Tribunais foram concebidos como um corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, com a finalidade, entre outras várias, de manter este dentro dos limites designados a sua autoridade”.

Também à luz da teoria dos poderes implícitos, se a Constituição previu determinada atribuição, o órgão ou Poder devem ter condições instrumentais para efetivar suas atribuições, o que, em última ratio, é efetivar a própria Constituição, máxime quando conta com instrumentos expressos.

Repita-se: não se quer dizer que a separação dos Poderes não é relevante na engenharia constitucional, ela é e serve como limite à atuação normativa desmedida. Mas, como se quer demonstrar, a separação dos Poderes não pode ser considerada como um óbice, *de per se*, para a atuação normativa de Cortes e Tribunais Constitucionais a fim de realizar a colmatação de omissões que violam a Constituição, sob um enfoque material e funcional finalístico de proteção de direitos fundamentais que se sobrepõem a uma divisão estática e já ultrapassada de separação de Poderes que não mais se revela verdadeira e factível face à realidade do constitucionalismo moderno.

Por fim, a última crítica que se faz à atuação normativa de Cortes Constitucionais é a falta de beneplácito popular dos juízes constitucionais para criar Direito. Muitos veem com desconfiança a questão do Judiciário atuar de forma criativa, em razão de seus membros não serem escolhidos pelo povo, o que geraria um desequilíbrio institucional. Ao fim e ao cabo, em essência, essa crítica envolve o próprio papel contramajoritário de Cortes e Tribunais Constitucionais que, sem voto, retiram do ordenamento atos e normas criadas pelos representantes do povo, o que se chama de “dificuldade contramajoritária”.

Apesar de resistências teóricas por aqueles que defendem um constitucionalismo popular, como Tushnet e Waldron, a jurisdição constitucional e o papel contramajoritário são essenciais para o regime democrático em um Estado de Direito em razão de opressoras maiorias eventuais. A legitimidade da jurisdição constitucional quando exerce esse papel encontra-se assentada no fundamento da proteção de direitos fundamentais insuscetíveis de serem violados e proteção das regras do jogo democrático. Tal crítica nada mais é do que questionar o papel contramajoritário dos Tribunais e Cortes Constitucionais.

No caso brasileiro, a legitimidade democrática dos Ministros do STF, ainda que não decorra diretamente do povo, decorre do Poder Constituinte soberano, e indiretamente goza de respaldo popular. Tal raciocínio decorre da própria Teoria Constitucional, eis que os Ministros, embora não sejam diretamente escolhidos pela população são escolhidos pelo Executivo e sabatinados pelo Senado, ou seja, passam pelo crivo daqueles que foram eleitos pelo povo. Como afirma o Ministro Alexandre de Moraes, à luz da ideia de que a a jurisdição constitucional é, muitas vezes, contramajoritária, a justiça constitucional não carece de legitimidade, pois a Constituição consagrou a ideia de complementaridade entre democracia e Estado de

Direito, de modo que a supremacia das normas constitucionais, exige o respeito aos direitos fundamentais e prevê o controle jurisdicional do poder estatal, por ação e por omissão. Contudo, ao mesmo tempo, não se pode ser ingênuo de imaginar que a Corte irá refletir a vontade popular em sua essência.

Assim, dentro dos problemas e hipóteses propostas, analisamos que o STF reiteradamente vem atuando de forma criativa, sobretudo por meio da interpretação conforme à Constituição e da analogia sem parâmetros claramente definidos. Entretanto, a Corte parece estar caminhando para um reconhecimento da possibilidade de decisões normativas (aditivas), ainda que o faça de forma velada, sobretudo no Plenário Virtual.

Em especial os votos do Ministro Gilmar Mendes que mais aguerridamente defende a possibilidade de decisões aditivas (normativas), notadamente nos casos de abortos e fêtos anencéfalos e renda básica, trazem considerações de elevado grau que merecem atenção, pois busca sistematizar a matéria conferindo alguns parâmetros de atuação, tais como: a excepcionalidade da técnica criativa; a utilização da analogia como recurso decisório; a necessária sintonia com a Separação dos Poderes e a exigência de um comando *a rimme obbligate*.

Também em voto do Ministro Luiz Fux comentado no julgamento que envolvia revisão geral anual do Executivo foi possível verificar alguns parâmetros para a prolação de decisões normativas: (i) a solução esteja presente no sistema legislativo em vigor, ao menos em estado latente; (ii) a norma análoga se adéque ao direito previsto constitucionalmente; (iii) a norma constitucional possua densidade normativa tal que conceda inequivocamente determinado direito a seus destinatários; (iv) sejam observados “o critério da vontade hipotética do legislador e o critério da solução constitucionalmente obrigatória”; (v) avalie-se os reflexos das sentenças normativas nas contas públicas, consoante a “observância da realidade histórica e dos resultados possíveis”; (vi) a intervenção se legitime na natureza do direito constitucional, mormente quando em jogo os direitos materialmente fundamentais e demais condições de funcionamento da democracia.

O Ministro Dias Toffoli em seu voto nesse caso ressalta que: “*muito embora se admita ao Poder Judiciário adotar interpretação criativa a fim de corrigir o estado de mora inconstitucional, essa atuação encontra limites no postulado da separação dos Poderes (CF/88, art. 2º) quando o dever jurídico imposto ao legislador não revela*

suficiente densidade de significação que autorize sua aplicação direta pelo Estado-juiz, como no caso da expressão “revisão geral” (CF/88, art. 37, X, parte final).” O que leva a crer que entende pela possibilidade de decisões normativas, sendo estas limitadas pela separação dos Poderes. Todavia, no caso envolvendo Fundo partidário e candidaturas femininas, o Ministro entendeu que não seria cabível sentença aditiva, mas por via da interpretação conforme acabou criando sentença normativa, sem desejar, a princípio, tal atuação.

O Ministro Luís Roberto Barroso defende a possibilidade de decisões normativas tanto em artigos acadêmicos quanto em votos, consoante seu voto no julgamento da MC da ADPF 378 MC. Vale destacar que o Ministro Roberto Barroso sustenta a possibilidade de decisões normativas incidentes tanto em caso de MI quanto de ADO, mas não traz parâmetros claros de criação normativa em seus votos. Como visto, em artigo sobre o tema, o Ministro Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello defendem que o intérprete quando da prolação de decisões manipulativas deve adotar as seguintes cautelas: (i) desincumbir-se de um ônus reforçado de justificação da sua decisão, de modo a reconduzi-la ao ordenamento jurídico; (ii) demonstrar que a solução que se propõe para suprir a omissão normativa é *a única constitucionalmente possível* ou, havendo soluções alternativas, reduzi-las, argumentativamente, a uma única solução viável, demonstrando que as demais são inverossímeis, incompatíveis com o regime jurídico já posto pelo legislador, sistematicamente menos compatíveis com princípios constitucionais ou desproporcionais; (iii) justificar sua decisão à luz do princípio da proporcionalidade e/ou modulá-la sempre que implicar conflito com outros princípios constitucionais, como o princípio relativo ao equilíbrio orçamentário. Ainda que não sejam parâmetros claros para a prolação de decisões normativas, tais vetores podem servir de norte para uma parametrização que assegure maior coerência e segurança jurídica.

Já o Ministro Marco Aurélio, aposentado, reiteradamente nega a possibilidade de decisões normativas por violação do princípio da legalidade e da separação dos Poderes, muito embora a sua decisão no caso do Estado de Coisas Inconstitucional dos presídios tenha nítido caráter normativo estruturante.

O Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do direito de greve, sugeriu a criação de parâmetros normativos para tratar do tema, mas não defendeu expressamente

a prolação de sentenças normativas. No julgamento envolvendo a criminalização da homotransfobia, juntamente com o Ministro Dias Toffoli, conheceu das ações, mas entendeu que não era possível colmatar a lacuna, sob pena de violar o princípio da legalidade.

O Ministro Edson Fachin em seu voto envolvendo o direito à alteração de prenome e gênero diretamente no registro civil aos transgêneros, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, ressaltou em seu voto, na questão preliminar, expressamente que a técnica decisória objeto do pedido da ação direta envolvia interpretação conforme que poderia implicar o deferimento de “decisão manipulativa de efeito aditivo”.

Já os Ministros aposentados Cesar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso, quando do julgamento do caso envolvendo aborto de fetos anencéfalos demonstraram preocupação na atuação do STF como inovador no ordenamento jurídico, criando hipótese de excludente de ilicitude não prevista no texto do Código Penal.

Do exposto, verifica-se não há na Corte uma jurisprudência sedimentada ou segurança jurídica sobre a questão quanto à possibilidade jurídica da prolação de sentenças normativas, tampouco parâmetros de criação que sejam observados de forma reiterada. Ademais, há evidente mescla de técnicas de interpretação diversa envolvendo sentenças normativas aditivas, substitutivas, interpretação conforme e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Assim, as hipóteses foram parcialmente confirmadas na medida em que o STF: 1. não possui parâmetros claros de atuação criativa; 2. não reconhece expressamente a possibilidade de decisões aditivas e se vale da Interpretação conforme e da Declaração de Inconstitucionalidade parcial sem redução de texto para proferir decisões aditivas (normativas) de forma casuística.

Algumas ressalvas devem ser realizadas. Alguns Ministros em votos isolados reconhecem a possibilidade de decisões normativas e buscam trazer alguns parâmetros. Nos casos de revisão geral e renda mínima, os votos condutores expressamente defenderam sentenças normativas e foram acompanhados na maioria. Mas, foram tomados no Plenário Virtual o que, a princípio, gera duas conclusões: i) o menor ônus de decidir normativamente no Plenário Virtual do que no físico ou telepresencial; ii)

ainda não houve um debate franco em Plenário para reconhecer o papel criativo, de modo que os parâmetros não estão claramente bem definidos, de modo que a Corte atua casuisticamente e, às vezes, de forma inconstitucional, como, a nosso ver ocorreu no julgamento da criminalização da homotransfobia.

Embora já se utilize da técnica aditiva de forma recorrente, o Supremo Tribunal Federal ainda se abstém de ratificar seu papel criativo frente ao postulado de legislador negativo amplamente difundido, não havendo um consenso na Corte sobre a possibilidade de prolação de sentenças normativas, tampouco parâmetros claros para sua utilização.

Não se nega a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal proferir decisões normativas. Parte-se, portanto, do pressuposto de que Cortes e Tribunais Constitucionais produzem normas em sua atividade interpretativa, que não se confundem com o texto. A grande questão que se apresenta não é mais se Cortes e Tribunais Constitucionais podem, ou não, produzir direito, mas, como e em quais situações eles podem, e se devem, decidir em casos de omissão de Poderes que violem a Constituição.

O receio de abusos dos Ministros da Suprema Corte não pode servir de venda em proveito de uma cultura negacionista da criação judicial do Direito. Ao contrário, a negação acaba, em verdade, por evitar o controle, e, assim, criar condições para que ocorram abusos que não serão combatidos nem minimizados. Entretanto, não podemos depositar cegamente nossas esperanças no Judiciário, sobretudo quando o Tribunal não assume sua postura criativa de forma transparente.

Assim, não se trata de uma defesa cega do ativismo, tampouco um depósito de virtudes no Supremo Tribunal Federal como última trincheira de salvaguarda da Constituição em casos de omissões. A política e as demais instituições também devem cumprir e o seu papel no Estado de Direito, de maneira que em dadas situações a autocontenção e o diálogo são muito mais pertinentes para a efetividade da Constituição do que o ativismo.

A necessidade de *accountability* e de parâmetros seguros de atuação é fundamental para essa construção. Desse modo, se reconhece, de plano, que o STF não pode se arvorar na condição de Constituinte Originário, de maneira que a sua atuação possui limites políticos, jurídicos e institucionais. Sustentamos, insistentemente, que o

STF deve ratificar o seu papel criativo-normativo nos casos de inconstitucionalidade por omissão, assim como faz a *Corte* italiana em consonância ao princípio republicano. Isso possibilita um engrandecimento inconstitucional e o necessário *accountability* republicano junto à sociedade e aos outros Poderes que poderão concordar, reverter ou aprimorar as decisões em diálogo cooperativo.

O que se sugere no presente texto é o seguinte: o estabelecimento dos parâmetros, além de contribuir para o necessário *accountability* republicano, garante, também, a manutenção da própria institucionalidade do STF e a proteção do Poder Judiciário perante os demais. Além disso, a atuação normativa da Corte Constitucional sem parâmetros pré-definidos pode ensejar não só um nítido conflito institucional com o Executivo e Legislativo, que a princípio é apenas político, mas, perigosamente, pode se desdobrar em ataques institucionais. Mesmo que o Judiciário possa se valer do Direito para se proteger, este pode ser moldado pela política, mas o contrário, comumente, não é verdade.

Por isso, a grande questão é o ponto de equilíbrio no qual a Suprema Corte pode atuar criativamente, mesmo em questões que envolvam grandes desacordos morais razoáveis, e, mesmo assim, ter sua decisão cumprida até por aqueles que discordaram da decisão. Assim, a criação de parâmetros contribui para um constitucionalismo cooperativo de diversas rodadas e possibilidades de diálogos entre o STF e os demais poderes sem se falar em uma supremacia judicial *a priori*. Do outro lado da ponte, como ressaltava Ademar Borges, o legislador deve encarar a sentença aditiva (normativa) como o (re)início de uma rodada de diálogo constitucional.

Os *standards*, desta forma, fortificam a própria Separação dos Poderes evitando uma atuação desmedida, casuística e discricionária da Corte Constitucional, ao mesmo tempo em que garantem institucionalidade e funcionalidade à Corte, permitindo a eficácia de suas decisões e o avanço dos direitos fundamentais.

Conforme exemplos do passado, notadamente no caso *Marbury v. Madison* em conjunto o precedente *Stuart v. Laird* e a tentativa de impeachment do justice Chase, uma atuação com limites pode ser mais frutífera para a expansão do próprio Poder Judiciário do que uma postura ativista, eis que aquela, cria condições para decisões futuras mais progressistas que poderão ser tomadas quando o papel e os poderes da Corte já estiverem consolidados social e institucionalmente.

Desta forma, a criação de *standards* com limites de atuação não é apenas desejável, mas inerentemente necessária para que o STF mantenha sua credibilidade social e para que possa se blindar de ataques institucionais, diminuindo a interferência política sobre a Corte e sedimentando sua posição, para efetivar, em *ultima ratio*, direitos fundamentais. Os parâmetros, desse modo, protegem o próprio Poder Judiciário.

A fim de contribuir para o aperfeiçoamento institucional do Supremo Tribunal Federal e o necessário *accountability* republicano, estabelecemos alguns parâmetros que podem auxiliar na criação de limites e na definição das possibilidades da atuação criativa da Corte Constitucional no combate às omissões normativas. A divisão dessa parametrização pode ser enquadrada na seguinte linha que deve ser seguida como um *iter*, ou caminho, para a prolação de decisão normativa: I – Pressupostos Negativos; II – Posturas prévias de autocontenção dialógica; III – Parâmetros positivos.

Os parâmetros negativos de criação são prévios no *iter* de prolação das sentenças normativas. Funcionam, portanto, como condição negativa de admissibilidade, de modo que, caso presente um pressuposto negativo, o resultado deverá ser uma decisão de não admissibilidade de sentença normativa. São pressupostos negativos: i) questões de cunho eminentemente político; ii) criação de tributos e de tipos penais; iii) questões *interna corporis*; e iv) a realização de interpretação conforme.

Questões de cunho eminentemente político se assemelham a questões *interna corporis*, estando ligadas à ideia basilar da separação e harmonia dos Poderes. Relembre-se que a Lei nº 87, de 1953, que regulamenta a atuação da Corte italiana traz no seu art. 28 uma cláusula de *self-restraint*, criando um limite a sua intervenção, de modo a fazer com que a Corte Constitucional italiana respeite a discricionariedade/faculdade do legislador. Destaca-se que a Constituição brasileira de 1934 trazia dispositivo semelhante: Art 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

Em seguida, a criação de tipos penais e de tributos seriam insuscetíveis de decisões criativas, em razão da absoluta reserva legal de criação legislativa do Parlamento; neste caso, igualmente, o destino da questão seria a inadmissibilidade de plano. Todavia, a fim de possibilitar a abertura de um debate político e social sobre o tema, já que a Corte não poderia atuar criativamente, seria viável, notificar o Legislativo e o Executivo para que tomassem medidas políticas e administrativas, dentro das suas

esferas de discricionariedade, sem que esta decisão tivesse força vinculante. Trata-se, assim, de um controle fraco de constitucionalidade, como ressalta Waldron.

Por fim, em relação às questões *interna corporis*, por sua própria natureza, não são passíveis de controle de constitucionalidade pela via da atuação normativa: trata-se, de um limite negativo de decisão criativa por violação do núcleo essencial da Separação dos Poderes, hipótese de matéria de competência exclusiva do legislativo devendo ser proferida decisão de inadmissibilidade do pedido normativo.

Em casos em que a questão *interna corporis*, contudo, violasse diretamente à Constituição, o STF não poderia atuar criativamente, mas poderia reconhecer a ocorrência de uma omissão e notificar o Legislativo para que atuasse, sem que esta decisão tivesse força vinculante, ainda que se trate de matéria *interna corporis*, nos termos da proposta de controle fraco de constitucionalidade destacado. Na prática, contudo, há certa dificuldade para cogitar alguma hipótese de vazio normativo de matéria *interna corporis* que gere uma situação de omissão inconstitucional, não havendo tampouco precedente sobre o tema.

No modelo italiano a interpretação conforme funciona como pressuposto negativo para a criação normativa, eis que naquele sistema o juiz de grau ordinário pode realizar interpretação conforme evitando, assim, que o caso chegue à Corte Constitucional. Na matriz brasileira, verificamos que tal técnica é utilizada como subterfúgio para criação normativa. As técnicas são diversas: a primeira é interpretativa e a segunda é normativa (construtiva ou reconstrutiva). Quando a primeira solução for cabível a segunda restará prejudicada. Por isso a possibilidade de realização de interpretação conforme funciona como pressuposto negativo de admissibilidade para a prolação de decisão criativa.

Não sendo o caso de inadmissibilidade de plano, tampouco caso de prolação de interpretação conforme. Passa-se ao exame do mérito da questão. Todavia, ainda que viável a atuação criativa, recomenda-se uma postura dialógica prévia à prolação de decisão normativa com base na teoria dos diálogos constitucionais.

Neste sentido, duas possibilidades surgem antes de proferir uma sentença criativa: i) a Corte pode proferir uma decisão de *signaling*; ou ii) a Corte pode

determinar a fixação de prazo para o legislativo legislar, sem prejuízo da adoção concomitante de ambas as posturas, sucessivamente.

O STF, antes de proferir uma decisão criativa, deve reconhecer a inconstitucionalidade por omissão, conforme a nova classificação proposta e, após o reconhecimento, pode proferir decisão de *signaling*. A decisão de *signaling* (sinalização) no sentido de avisar que prolatará uma sentença normativa, pode funcionar como fomentador do debate e de produção normativa no parlamento, antes de ser proferida uma decisão criativa. O caso do MI 943 que tratava do aviso prévio proporcional destaca como tal postura fez com que o Legislativo criasse a lei faltante regulando a matéria.

Em seguida, reconhecida uma omissão inconstitucional que admita criação aditiva como forma de solucionar a celeuma a Corte, antes de atuar, deve conferir prazo para que o órgão ou Poder omissor legisle, sobretudo com fundamento na Lei do Mandado de Injunção que adotou a corrente concretista intermediária, segundo a qual antes da decisão produzir seus efeitos o Tribunal deve conceder prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora faltante. Ressalte-se que nada impede a prolação de decisão de *signaling* conjuntamente com a fixação de prazo. Inclusive recomenda-se essa decisão composta, de modo a reforçar a segurança jurídica e abrir frutífero diálogo cooperativo, conforme já exposto.

Verificando que não há óbice à prolação da decisão criativa quando ultrapassados os pressupostos negativos e quedando-se inerte o Poder ou órgão omissor, ainda que provocado por meio das posturas dialógicas estudadas, cabe a Corte atuar de forma normativa, colmatando a omissão que viola a Constituição.

A atuação criativa, assim, seria a *ultima ratio*, subsidiária, após os diversos mecanismos dialógicos de contribuir para o órgão ou Poder omissor atuar, o que se coaduna com o voto do Min. Gilmar Mendes no caso da renda básica. A atuação normativa da Corte seria igualmente precária, perdendo os efeitos, com eficácia *ex nunc* a contar da atuação do Poder omissor, sendo *ex tunc* caso a regulamentação seja mais benéfica aos interessados.

Para atuar criativamente a Corte deve seguir parâmetros. O primeiro parâmetro positivo de criação é naturalmente a pedra de toque de qualquer interpretação jurídica: o

texto da Constituição. Conforme previsto no voto do Min. Luiz Fux que tratou da revisão geral anual, tal parâmetro exige que a solução esteja presente no sistema legislativo em vigor, ao menos em estado latente e a norma constitucional possua densidade normativa tal que conceda inequivocamente determinado direito a seus destinatários. Desse modo, quando mais cogente e denso for o texto da Constituição, com maior intensidade poderá intervir o Judiciário de forma normativa no caso de omissão inconstitucional.

Os seguintes parâmetros envolvem atuação para proteger condições ao funcionamento da democracia, eis que direitos fundamentais decorrem necessariamente desse pressuposto: acesso à informação, liberdade de expressão, direitos políticos e as prerrogativas da minoria opositora. O que se coaduna com direitos materialmente fundamentais ligados ao mínimo existencial e defesas de minorias vulneráveis. Tais parâmetro também foi destacado no voto do Min. Luiz Fux no caso de revisão geral anual: “a intervenção se legitime na natureza do direito constitucional, mormente quando em jogo os direitos materialmente fundamentais e demais condições de funcionamento da democracia.”. Logo, se justifica maior ativismo e atuação judicial criativa a fim de evitar uma omissão que prejudique o exercício democrático, minorias ou direitos materialmente fundamentais ligados ao mínimo existencial.

Sustentamos, assim, que o pressuposto mínimo deve ser adstrito ao suficiente para uma existência digna, o que, necessariamente pressupõe a garantia dos seguintes direitos fundamentais: vida, liberdade, saúde, educação, segurança e moradia. A vida é pressuposto lógico essencial. A liberdade além de um valor intrínseco da autodeterminação também é imprescindível para o desenvolvimento pessoal do ser humano: o Estado tem o dever de garantir a autonomia pessoal e assegurar os meios para que a liberdade possa ser exercida. Em seguida os direitos à saúde, educação, segurança e moradia são essenciais para o pleno desenvolvimento das capacidades pessoais de qualquer indivíduo. Em suma, a nosso sentir, sem esses direitos, os demais não podem ser exercidos, e ausente um destes, as condições existenciais ficam prejudicadas.

Os demais direitos sociais, ainda que extremamente relevantes e protegidos pela Constituição e pelas demais normas do ordenamento, a nosso sentir, são decorrência lógica deste núcleo essencial, de modo que apenas este centro goza da tutela

de materialidade fundamental como cerne do mínimo existencial para fins de um maior ativismo no caso de omissões que exijam atuação criativa do Judiciário.

Não significa que sentenças normativas não possam ser proferidas em casos de outros direitos sociais, mas, a atuação normativa seria mais justificada naquelas hipóteses de materialidade fundamental. Nos casos os quais estejam em jogo direitos sociais não ligados ao mínimo existencial, o STF deve ser autocontido, evitando prolatar sentenças criativas que possam impactar em políticas públicas e no orçamento dos demais Poderes.

Outro parâmetro são as consequências da decisão e o impacto orçamentário. Parte-se da ideia central de que cada Poder deve contribuir da melhor forma, conforme a sua capacidade institucional específica, a fim de atingir os objetivos da Constituição à luz da teoria dialógica. A teoria das capacidades institucionais, portanto, entra em cena quando há a possibilidade de atuação por outro órgão que não foi concebido originalmente para tomar aquela decisão. Neste sentido, a capacidade institucional como parâmetro de atuação deve levar em conta como pressuposto, *a priori*, o desenho institucional e as condições fáticas sob as quais o órgão desempenha suas atividades, sendo excepcionalmente relativizado quando, justificadamente, se demonstrar que outro órgão possui a melhor capacidade, em que pese ordinariamente aquele órgão fosse o mais apto.

Como visto, isso não significa uma vedação completa do controle jurisdicional em temas de políticas públicas. Significa que o Judiciário, ao se deparar com situações onde haja multiplicidade de caminhos, deve seguir aquele que seja deferente às escolhas do Executivo quando respaldada em razões técnicas ou orçamentárias cuja expertise o Judiciário não possui, ao menos em abstrato.

Assim, havendo omissões inconstitucionais que envolvam políticas públicas, a posição do Judiciário, *a priori*, deve ser não interventiva, pelos motivos expostos. Todavia, há casos nos quais a intervenção é possível quando a capacidade institucional do Judiciário para decidir limita-se a determinar a aplicação de uma política pública já existente, com todas as questões técnicas já decididas e quando comprovadamente existentes recursos orçamentários, de modo que, nestes casos, não haverá déficit institucional do Judiciário. Nesta hipótese não estará imiscuindo-se em questões

técnicas ou orçamentárias, mas apenas aplicando algo concretamente já existente e que, por uma omissão injustificada, não foi ainda implementada.

Cite-se, por exemplo, o precedente julgado pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo reformas emergenciais em presídios (Recurso Extraordinário (RE) 592581, Dj. 13/08/15). Na oportunidade a Corte entendeu que o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, como sua integridade física e moral. Na hipótese, foi ressaltado pelo Min. Barroso que na Ação Civil Pública Originária restou demonstrado que havia recursos disponíveis no DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional –, bem como projetos técnicos para tais obras e ausente justificativa para a omissão, de modo que o Judiciário estaria apenas determinando a execução, não adentrando no mérito técnico da administração.

A questão ganha contornos mais complexos quando falamos em omissões normativas inconstitucionais que poderiam, em tese, ser colmatadas por sentenças normativas, sobretudo em relação às sentenças de prestação, que por sua natureza geram custos ao Estado, de modo que a teoria das capacidades institucionais funciona como relevante parâmetro de atuação. Nessa linha, o voto do Ministro Luiz Fux no julgamento que envolvia revisão geral anual do Executivo ressaltou a necessidade de se avaliar os reflexos das sentenças normativas nas contas públicas, consoante a “observância da realidade histórica e dos resultados possíveis”.

Em regra, como visto, a intervenção judicial colmatando omissões que envolvam políticas públicas deve ser mínima, ou deferente às escolhas já realizadas pelos Poderes representativos. Não poderia o Judiciário se substituir ao legislador ou ao gestor declarando uma política pública inconstitucional e colmatando o vazio por meio de uma sentença substitutiva (reconstrutiva) com a política que entendesse mais adequada, sob pena de subtrair por completo a escolha política.

Entretanto, em situações de políticas públicas que envolvam a proteção do mínimo existencial ligados a direitos materialmente fundamentais (vida, liberdade, saúde, educação, moradia e segurança) a edição da sentença de prestação poderia sobrepujar o parâmetro da autocontenção da capacidade institucional à luz do caso concreto. Esse mínimo de garantia à dignidade humana foi inclusive utilizado pelo STF ao determinar a realização de obras emergenciais em presídios. Foi também o que

ocorreu no caso envolvendo a renda mínima: tratou-se de sentença normativa de prestação tendo em vista que havia no caso uma proteção insuficiente.

Parece que a primeira fase seria analisar se estão presentes aqueles direitos ligados ao mínimo existencial já expostos. Em seguida, utilizar-se-ia a técnica da ponderação e a utilização do princípio da proporcionalidade (no teste da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) podem auxiliar nessa questão.

Sob este viés a recém introduzida Reforma do Consequencialismo e da Proporcionalidade na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB pode servir como um importante norte em tais casos de intervenção judicial em Políticas públicas. O art. 20 da LINDB (Decreto Lei 4.657/42) exige a consideração das consequências práticas da decisão quando fundada em valores abstratos, bem como a análise da proporcionalidade da medida, inclusive em face de possíveis alternativas (parágrafo único). A Corte deverá sopesar através da ponderação e da proporcionalidade a possibilidade e as consequências de uma sentença criativa, podendo, à luz do caso concreto, preferir ou não uma sentença criativa em deferência a questões técnicas ou à garantia do mínimo existencial.

Assim, a teoria das capacidades institucionais deve funcionar como limitador da atuação criativa em casos que envolvam questões técnicas, políticas públicas, ou questões que gerem custos ao erário como pagamentos de servidores, podendo ceder à luz de direitos materialmente fundamentais ligados ao mínimo existencial, devidamente balizado pelo princípio da proporcionalidade, sendo que o STF deve considerar a impossibilidade de se saber o montante de recursos disponíveis, bem como o conflito gerado pela interferência na competência orçamentária do Governo e do Parlamento, além das consequências práticas da decisão, inclusive em face de possíveis alternativas.

Outro parâmetro incide em hipóteses onde o juízo de inconstitucionalidade entra em conflito com a discricionariedade do legislador na individualização de uma dentre as inúmeras soluções aptas a conformar a norma com a Constituição. Quando existir forte margem de discricionariedade ao legislador, a Corte não deve indicar com precisão a regra aplicável ao caso, já que estaria limitando e invadindo seara ampla de outro Poder. Nestes casos, o mais indicado é a prolação de uma sentença aditiva de princípio que sirva de norte à atuação do Legislativo e a aplicação do direito pelos

juízos ordinários, conforme o modelo italiano já estudado, no caso das omissões inconstitucionais indefinidas.

Recomenda-se, portanto, que, quando existir forte margem de discricionariedade ao legislador ou órgão omissor, a Corte não deva indicar com precisão a regra aplicável ao caso, já que estaria limitando e invadindo seara ampla de outro Poder; nestes casos, o mais indicado é a prolação de uma sentença aditiva de princípio que sirva de norte à atuação do Legislativo e a aplicação do direito pelos juízos ordinários, conforme o modelo italiano. Todavia, quando o caso concreto indicar que a sentença de princípio ensejará forte insegurança jurídica, a Corte deve prolatar uma sentença normativa criando regra a fim de evitar conflitos futuros.

Tal parâmetro positivo parece ser o mais sensível de todos, já que demanda certo refinamento da Corte ao exigir uma análise do cenário político e institucional de forma estratégica a fim de efetivar a Constituição, sem gerar conflitos e travamentos da engenharia constitucional.

Sob o ponto de vista institucional a conjuntura nacional é extremamente intrincada. Destaca-se um Executivo forte com poderes normativos e executórios que pautam a agenda congressual; um Legislativo caótico que comumente se vale da liberação de emendas em troca de cargos objetivando manter o apoio das bases eleitorais; além de um Judiciário independente que tem a capacidade de se imiscuir em quaisquer temas face à constitucionalização do ordenamento e a ampla margem semântica e principiológica do texto constitucional e legal.

Em relação ao Legislativo, a infinidade de novas relações na sociedade que precisam de regulamentação são constantes e dinâmicas, de modo que o legislador não dá conta de prever e responder concomitantemente às mudanças sociais.

A esquizofrenia do sistema político onde a população sequer entende a forma de escolha dos representantes e suas funções, bem como o extenso número de parlamentares e as divergências dos seus membros - que tendem a defender interesses políticos ou partidários em detrimento dos interesses públicos primários - comumente impedem a formação de consensos, seja pela atuação de minorias que funcionam como *veto players* da vontade da maioria, ou por interesses do próprio Legislativo.

Tal contexto acaba deslocando parte das questões para o Judiciário, em virtude da inoperância – ou do funcionamento seletivo - do Legislativo e/ou do Executivo, o que, de certa forma, diminui o custo político e eleitoral para os representantes tomarem decisões, gerando uma acomodação irresponsável.

Ackerman destaca que o sistema presidencialista contribui para a criação de tais problemas estruturais. O culto à personalidade tem uma relevância fundamental no processo de escolha do Chefe do Executivo, o que muitas vezes coloca o carisma à frente da qualidade técnica prejudicando a eficiência da administração e medidas de longo prazo. Adicionalmente o sistema de reeleição acaba fazendo com que o governante adote medidas de curto prazo para adquirir apoio popular com eficácia imediata.

Quando as esperanças se dissipam após a frustração das promessas a crise de legitimidade se instaura, como ressalta O'Donnell. Ademais, a concentração das políticas públicas nas mãos do Executivo gera a marginalização dos partidos e do Congresso das decisões mais relevantes, ensejando diversas consequências prejudiciais à institucionalidade como o enfraquecimento das relações entre os Poderes, queda no apoio popular, onipotência e impotência política, e excessos do Executivo.

Destarte, os conflitos entre o Executivo e o Legislativo acabam ensejando um ciclo de irresponsabilidade, onde todos buscam parte do crédito por alguma medida de sucesso e uma transferência de culpa para outras instituições em tempos de crise ou medidas de fracasso. Tais entraves político-institucionais entre Executivo e Legislativo são maximizados no sistema brasileiro, em razão do chamado *presidencialismo de coalização* que confere contornos próprios ao nosso intrincado sistema político.

O que deveria funcionar como meio de diálogo para eficiência das ações do Executivo, acaba por prejudicar a independência do Congresso criando certa ingerência do Presidente no funcionamento do processo legislativo, ao mesmo tempo em que caso o Chefe do Executivo não consiga cooptar institucionalmente a maioria do Congresso, seja por falta de capital político, seja por ausência de habilidade no jogo político, ou por fortes divergências partidárias, ideológicas ou de interesses próprios, cria-se um ambiente de instabilidade institucional sem governabilidade onde o Executivo fica à mercê do Legislativo, como se pode notar no processo de *impeachment* da Presidente

Dilma Rousseff em 2016, de modo que o governo sempre vai depender de custos políticos para se manter.

Tal lógica intrincada pode ser verificada na análise do complexo sistema orçamentário nacional. A relação entre Executivo e Legislativo no ciclo orçamentário é pautada por uma tônica de acordos políticos, na qual o Legislativo anui com as propostas do Executivo a fim de conseguir a destinação de recursos para manter sua base eleitoral, pois não possui força para alterar a destinação dos recursos, seja pelas restrições da Constituição e das leis que tratam do tema, seja pela não impositividade do orçamento em sua maioria, ao mesmo tempo em que o Executivo condiciona a liberação de recursos ao apoio parlamentar de suas medidas.

Dentro desse cenário de conflitos entre os Poderes e dificuldades institucionais, além da insuficiência para se efetivar as promessas do constitucionalismo democrático, o Judiciário constantemente é chamado a atuar, sobretudo em caso de omissões, atuando como legislador de terceiro grau.

A incapacidade político-institucional de outros Poderes ensejou uma virada relevante na postura do Judiciário diante da sociedade e sua centralização em uma série de questões. Além disso, tornou-se uma segunda arena política procurada por minorias parlamentares derrotadas no processo político ordinário e por vezes desempenha o papel de fiel no equilíbrio entre os Poderes.

Nelson Jobim, analisando em perspectiva, aduz que a atuação judicial decorre do sistema de controle de constitucionalidade, eis que a atuação do Supremo é sempre provocada e advém da própria constitucionalização de direitos econômicos e sociais e da impossibilidade de se formar consensos no Legislativo. Isto, por sua vez, resulta em normas de conteúdo aberto que cria uma variedade de interpretações possíveis, gerando, assim, um ciclo de disfuncionalidade que acaba erigindo o Poder Judiciário a uma espécie de “Legislativo supletivo”. O que é reforçado pelo próprio Legislativo como forma de deslocamento do ônus de decisões polêmicas para outra esfera de Poder, minimizando os custos eleitorais com sua base.

Por outro lado, esse alargamento desmedido de questões complexas que passam a ser decididas por Ministros não eleitos gera contundentes críticas de extrapolação de competências e interferências indevidas em áreas que o Judiciário não

possui a *expertise* técnica para decidir, tampouco a legitimidade democrática, trazendo consigo o receio de uma suposta *supremocracia*.

Nesta linha, o desenvolvimento da justiça constitucional culminou em um modelo no qual o Judiciário, por meio de Tribunais Constitucionais e Cortes Supremas, passou a desempenhar um protagonismo “constrangedor”, o que gera discussões acerca da sua legitimidade. Uma postura mais ativista de Cortes e Tribunais pode vir a ensejar os chamados ataques institucionais, e gerar um receio acerca de um suposto governo de juízes.

Toda essa intrincada conjuntura política e institucional deve ser levada em consideração quando da prolação de sentenças normativas, sobretudo em temas legislativos que levantam desacordos morais como no caso da união homoafetiva.

O que se espera é uma análise detida e estratégica por parte dos diversos atores que se encontram na arena constitucional, a fim de evitar uma crise: o mais importante é que não haja usurpação de funções, por isso o estabelecimento de parâmetros é essencial para a manutenção saudável do ambiente constitucional.

Desse modo, ao analisar o contexto político e institucional quando da prolação de sentenças normativas, a Corte deve avaliar as dificuldades político-institucionais da seguinte maneira: I – a dificuldade na formação de consensos sobre a matéria e os atores envolvidos; II - a complexidade da elaboração legislativa; III - o tempo razoável para a configuração da omissão inconstitucional, analisando se já há projeto em tramitação e quanto tempo está em deliberação; IV - a espécie normativa – se lei complementar ou ordinária -, em qual fase do processo legislativo está o projeto, se já houve arquivamento ou derrota em plenário e se há multiplicidade de projetos em tramitação; V - se há *veto players* ou medidas provisórias em vigor sobre o tema; e VI – qual o grau de tecnicidade da matéria.

Decisões normativas que gerem crises constitucionais e que violem diretamente a Separação dos Poderes, ou que se caracterizem como jogo duro constitucional, na expressão cunhada por Mark Tushnet, com o objetivo de aumentar o Poder da Corte, marcando posição política, ou funcionar como reação a ataques institucionais - como defendemos que ocorreu no caso da criminalização da

homotransfobia -, certamente serão objeto de correção e de reação pelos demais Poderes contribuindo para o mal-estar constitucional.

Analisados os parâmetros negativos, positivos e posturas dialógicas, foi buscado realizar o enquadramento das técnicas normativas conforme o tipo de omissão verificada. À luz da classificação exposta no capítulo um e das espécies de decisões normativas e julgados analisados no capítulo dois, bem como os parâmetros estipulados adrede estudados, a proposta que ora se faz busca garantir maior certeza jurídica na prolação de técnicas criativas, esmiuçando o leque de ferramentas à disposição do Supremo Tribunal Federal para atuar de forma normativa conforme o tipo de omissão que se apresente à Corte.

No caso de omissão inconstitucional total propriamente dita (explícita ou implícita), deve ser utilizada uma sentença normativa pura. A utilização da analogia nesses casos, se possível, pode servir como bússola a fim de diminuir a margem de discricionariedade do julgador ao inovar no ordenamento jurídico, como ocorrido no julgamento do direito de greve de servidores públicos e no caso do fundo partidário e candidaturas femininas, recurso decisório esse ressaltado pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto no julgamento da renda básica.

Isso se dá em razão do modelo italiano nunca ter possuído remédios específicos para o controle das omissões totais, como a exemplo de Portugal e do Brasil. No modelo nacional, contamos com a ADO e o MI para o controle específico das omissões totais, seja explícita ou implícita, ou mesmo via ADPF (art. 8º, II da Lei do Mandado de Injunção e do art. 12-F, §1º, da Lei de ADO e no art. 5º, §3º, da Lei 9.882/99). Não se deve olvidar, contudo, que também a ADI vem sendo utilizada para o controle das omissões, notadamente no caso de omissão decorrente de ablação.

Em situações de omissão decorrente de ablação, a utilização de uma sentença reconstrutiva (substitutiva) é a medida correta para a hipótese, de modo a colmatar o vazio criado pelo próprio Tribunal após o controle por ação via ADI, como ocorreu no caso da ADI 4650 - financiamento público de campanhas.

No caso de omissão parcial, relativa ou propriamente dita, bem como de omissão decorrente de vedação de proteção insuficiente, a utilização de sentenças normativas de garantia ou de prestação é recomendada, na medida em que se amoldam a

solucionar aqueles vícios, mas os parâmetros já expostos devem ser levados em consideração para cada caso.

Entretanto, existem hipóteses, como visto, nas quais a Corte deverá se abster de atuar, ainda que ocorra uma inconstitucionalidade por omissão em razão da matéria, como ocorre na seara penal. Em tais hipóteses, à luz dos parâmetros negativos analisados, e caso os parâmetros indiquem que a prolação de decisão criativa deverá ser branda, ou com uma intervenção mínima, é possível que a Corte utilize uma sentença normativa de princípio a fim de gerar diálogo com o Legislativo, sem deixar de buscar resolver a demanda a ele levada.

Vale destacar que, como visto, surgem diversas possibilidades de configuração da inconstitucionalidade por omissão de modo que é possível que haja intersecção entre elas, *e.g.*, em uma dada situação ocorra omissão implícita, total, e decorrente de proteção insuficiente, ou uma omissão decorrente de proteção insuficiente e ao mesmo tempo decorrente de ablação. Dessa maneira, no caso de proteção insuficiente que ao mesmo tempo seja estrutural, ou, no caso de omissão total ou decorrente de ablação, poderá ser utilizada outra espécie de técnica de decisão criativa.

Consoante analisado, é possível que a omissão inconstitucional decorra de falhas estruturais. A ideia por trás deste tipo de omissão está ligada à ocorrência de falhas estruturais do Poder Público em razão da ausência de coordenação entre legislador, órgãos e entidades públicas do Executivo responsáveis por garantir/regulamentar/dar concreção a comandos legais o que resulta e uma falência sistêmica, o que, ao fim e ao cabo, gera uma falta de medidas administrativas, legislativas e orçamentárias voltadas à superação de problemas estruturais, de modo que haverá omissão quando a falta dessas políticas públicas encerrem uma proteção insuficiente de direitos fundamentais. Dentro dessa lógica, as decisões normativas estruturantes refletem a técnica decisória adequada para lidar com a omissão estrutural com o objetivo de reestruturar determinada política pública fracassada com o objetivo de concretizar direitos fundamentais ou interesses socialmente relevantes.

Em diversos casos paradigmáticos tal técnica estrutural foi utilizada, como destaca Dantas: i) *Brown v. Board of Education of Topeka*, na qual a Suprema Corte dos EUA determinou o fim da segregação racial nas escolas públicas e da doutrina do *separate but equal*; a dificuldade de implementação dessa decisão levou a Suprema

Corte a se manifestar novamente, cerca de um ano depois, no chamado caso Brown II, oportunidade em que discutiu os mecanismos de implementação da decisão proferida anteriormente e firmou uma nova modelagem decisória para “reconstrução da realidade social e reestruturar organizações de grande porte”; ii) no julgamento do caso *PUCL v. India*, a Suprema Corte realizou e continua realizando significativas intervenções que contribuíram para a melhoria da política pública estatal: o Tribunal definiu critérios e parâmetros para a prioridade na alimentação de pessoas idosas, inválidos, homens e mulheres abandonados e com risco de fome, mulheres grávidas e crianças abandonas, em especial nos casos em que esses indivíduos ou suas famílias não tenham dinheiro para comprar alimentos e, ainda, determinou a criação de um programa de alimentação de meio-dia para as crianças na escola e um sistema nacional de segurança alimentar que privilegia a garantia de empregos; iii) na África do Sul o célebre caso *Government of Republica of South Africa v. Grootboom* retrata bem a questões das decisões estruturantes: determinou ao governo que promovesse a revisão de sua política pública de habitação, com atendimento imediato às necessidades das pessoas que se encontravam em situação de crise e urgência e delegou a fiscalização e acompanhamento do julgado à *Human Rights Commission*, que funcionou no caso como *amicus curiae*, tendo o Tribunal adotado o modelo dialógico de implementação através de medidas abertas e flexíveis, sujeitas à participação dos demandados e de órgãos técnicos; iv) No Brasil esse tipo de decisão foi encampada pelo Supremo Tribunal Federal no reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional da situação carcerária dos presídios no Brasil – MC, ADPF, Pleno, 347, 09/09/15, Rel. Min. Marco Aurélio – determinando a realização de audiências de custódia e descontingenciamento do Fundo Penitenciário.

Como espécies dessa técnica de implementação, é possível que sejam realizadas ordens coercitivas e sanções; acordos e planos de implementação; definição de parâmetros e indicadores; audiências públicas; e a nomeações de *players* ou comissões para acompanhamento.

Na utilização dessa técnica decisória normativa, sua utilização deve ocorrer de forma subsidiária e proporcional, levando em conta os parâmetros positivos já especificados. Todavia, caso a violação não possa aguardar a determinação de impulso da Corte às autoridades competentes para sanar as falhas estruturais, o Tribunal pode e deve atuar de forma precária a fim de minimizar os efeitos da omissão estatal estrutural.

A última hipótese de celeuma – a omissão anacrônica do Constituinte - vai ocorrer em situações nas quais se constata de forma clara e evidente, que a Constituição não mais revela a realidade social, estando, assim, atrasada e desconectada do seu tempo e da atual geração. A título de exemplo destaca-se o caso de união homoafetiva. No caso, nitidamente havia uma omissão do Constituinte derivado em compatibilizar o texto constitucional com a nova realidade social o que prejudicava o exercício de um direito fundamental.

Com base em Heller e Hesse, destacou-se que uma das principais formas de transformação constitucional é a mutação, de modo que se defende que a força normativa da Constituição depende de íntima conexão com as ações praticadas na sociedade: a Constituição deve ser permeável às mudanças das relações fáticas, de modo que, se uma proposição normativa não pode mais ser realizada, a revisão constitucional ou a mudança de interpretação da Constituição pode, ou mesmo deve, ser realizada; em outras palavras: a essência da Constituição reside na sua concretização na realidade, o que irá assegurar sua permanência no tempo.

A utilização da mutação constitucional, portanto, é a primeira hipótese de solução para a omissão anacrônica do Constituinte, a qual encontra limites no texto, nas cláusulas pétreas e no espírito da Constituição, sendo inconstitucional mutação que revele preferências ideológicas ou pessoais do julgador, como adverte Blanco de Moraes.

Entretanto, antes de realizar a mutação como solução definitiva para o problema da omissão anacrônica, o Supremo poderia adotar posturas prévias de controle fraco ou médio de modo a evitar atuar como Constituinte Originário *a priori*.

Assim, uma outra saída menos invasiva seria o estabelecimento de uma ponte dialógica que possa conferir algum grau de avanço ao *status quo* sem que a Corte crie uma norma de forma inovadora. Quando analisados os pressupostos negativos, verificamos que a primeira solução seria o envio de uma notificação sem força vinculante ao Legislativo para que atuasse. Tratava-se, assim, de controle fraco.

A outra alternativa, contudo, seria um modelo de controle médio. Diferentemente do que ocorreria no caso de criação de tipo penal, o qual o Judiciário apenas faria um apelo político para que houvesse atuação, sem força vinculante, nesse

caso seria possível o envio da decisão judicial ao Legislativo em forma de Proposta de Emenda à Constituição para que o Constituinte delibere sobre o tema. Tal proposta foi sugerida pelo Min. Teori Zavascki, como já ressaltado anteriormente no julgamento do caso envolvendo presos em condições degradantes por meio de projeto de lei.

Aqui acrescentamos a possibilidade do envolvimento de órgãos representativos da sociedade civil que poderiam tomar à frente da iniciativa legislativa ou mesmo via parlamentares e partidos políticos, de modo que o Judiciário funcionaria como propulsor do debate. Quanto à esta possibilidade, vale mencionar também o caso peculiar da ADO 25 (Plenário. ADO 25 QO/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 20/5/2020), na qual foi homologado acordo no âmbito do STF entre a União e Estados para envio de projeto de lei complementar pela União ao Congresso Nacional e esforço político para a aprovação de Proposta de Emenda à Constituição.

Tal caminho será notadamente mais democrático, já que a sociedade civil e o meio político decidirão se, de fato, é o momento de alteração do texto constitucional originário. Além de transferir o ônus do debate para os canais representativos por excelência, o Tribunal acaba fomentando a maior participação social nas discussões sobre a questão.

Há que se analisar “se”, “quando” e “como” o STF poderá atuar em casos de omissão anacrônica via mutação constitucional ou quando deverá se valer de um controle médio provocando o *start* no processo deliberativo sem adicionar conteúdo normativo ao texto constitucional. Os parâmetros negativos e positivos podem auxiliar nessa tarefa que deverá ser realizada de forma ponderada.

Por fim, há que se considerar o cenário possível no qual a Corte não observe tais parâmetros e isso pode ocorrer por vários motivos, tais como: pressões políticas e econômicas de atores externos, a incapacidade institucional do Tribunal e humana de seus Ministros de se autoconter de forma natural e orgânica, bem como a pressão social da opinião pública perante à Corte.

A não observância de parâmetros claros que tragam segurança jurídica, social e política, naturalmente poderá desencadear efeitos corrosivos à credibilidade institucional do Tribunal, eis que a invasão sobre temas originalmente afetos à seara dos Poderes Legislativo e/ou Executivo implica em atritos políticos e questionamentos

quanto ao avanço do Tribunal em temas que deveriam ser resolvidos pelos Poderes representativos por excelência.

Vale dizer que a solução política sempre deve ser prestigiada, por isso, a escolha pela atuação normativa como *última ratio* e a adoção de posturas prévias de autocontenção dialógicas evitam esse tipo de conflito e questionamento, preservando, portanto, a imagem institucional da Corte, bem como seu capital político para atuação estratégica. Um Tribunal Constitucional que entra em todas as batalhas sem sopesar o custo político e social de conflitos abertos com os demais Poderes e com a opinião pública está fadado a sofrer forte erosão do seu capital político e social.

Nos casos nos quais a sentença normativa não observe aqueles parâmetros expostos e possa ser considerada como uma sentença inconstitucional, quando atingir o núcleo essencial da Separação dos Poderes, portanto, ou fugir absolutamente do texto constitucional, indo, assim, além de qualquer possibilidade interpretativa/criativa, muito embora bem intencionado ou devidamente fundamentado mediante o *ônus argumentativo* e a retórica peculiar da Corte, duas soluções se apresentam.

A primeira delas e mais dialógica é que haja uma reversão legislativa via Emenda Constitucional, a fim de se evitar que a questão volte a ser levada à Corte mediante controle de constitucionalidade de Lei ou ato normativo infraconstitucional. Vale dizer, o Parlamento por iniciativa própria, ou do Executivo, editaria uma Emenda à Constituição, enquanto Poder Constituinte, de modo a demonstrar sua discordância à decisão normativa da Corte, trazendo, assim, o regramento que entender adequado ou simplesmente tornando sem efeito a decisão do Tribunal mediante uma Emenda oposta ao que foi decidido.

A vantagem dessa medida, politicamente, é que mostra a força política do Legislativo enquanto Poder independente que representa o Constituinte Derivado, criando, assim, o regramento para a matéria ou dando a última palavra sobre a questão após a decisão do Tribunal. A desvantagem, contudo, é que para cada decisão seria necessário uma Emenda à Constituição para que houvesse uma reversão do decidido pela Corte, o que, naturalmente, exige quórum qualificado de 3/5 em dois turnos o qual demanda grande esforço político.

Há ainda uma segunda alternativa, como sustentado por Ives Gandra Martins Filho e Luciano Henrique da Silva Oliveira, os quais defendem que o Congresso pode editar Decreto Legislativo, com base no art. 49, XI, da Constituição para sustar ato normativo de outros Poderes. O Ministro Carlos Ayres Britto (Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3059 MC/RS, fls. 124) afirmou que aquele dispositivo atribui ao Parlamento o poder de “vigília dos atos normativos dos demais Poderes”. Oliveira ressalta que a sustação do ato inconstitucional poderia ocorrer em paralelo à representação para apuração da responsabilidade funcional da autoridade.

Parece, em tese, que o uso da prerrogativa poderia ocorrer quando a sentença normativa preencher mera lacuna e não omissão inconstitucional, quando extrapolar a moldura da Constituição indo em frontal contrariedade ao texto e quando violar o princípio da reserva política-legal que está dentro do núcleo essencial da discricionariedade política do Legislativo, como nos casos de criação de tipo penal.

O grande problema, na linha do exposto, é que a edição de um Decreto Legislativo goza de uma força normativa menor do que uma Emenda Constitucional, de modo que seria mais fácil para o Congresso sustar via ato administrativo-político uma decisão judicial, além do que poderia ser considerado um ato de afronta ao Tribunal, colocando o Legislativo como controlador do Judiciário, o que acirraria os ânimos entre os Poderes. Ainda que a decisão seja inconstitucional e a utilização do Decreto fosse uma forma extremamente dura de reversão constitucional pelo Legislativo nos parece que acabaria por aumentar a crise entre os Poderes.

Sobre essa atuação em 2013 o Congresso editou o Decreto Legislativo 424/13, fundado no art. 49, XI, que sustou a Resolução 23.389/13 do TSE sob o argumento de vício formal por se tratar de matéria reservada à Lei Complementar. Posteriormente o STF julgou a matéria (ADIs nºs 4947/DF, 4965/PB, 5020/DF e 5028/DF) e declarou aquela Resolução do TSE inconstitucional, concordando com o argumento do Congresso, bem como declarou inconstitucional o Decreto Legislativo, exatamente por entender que não haveria previsão constitucional para a edição de decretos legislativos que visassem sustar atos do Judiciário.

Muito embora a Corte ainda não tenha enfrentado nenhuma situação limite mais grave na qual envolvesse tema sensível ou socialmente polêmico de reversão de decisão judicial propriamente dita por meio de Decreto Legislativo, acabou por derrubar

ambos os atos, atingindo, assim, a finalidade esperada pelo Congresso, porém, marcou sua posição jurídica e institucional de que não admitiria tal espécie de revés pelo Legislativo via Decreto Legislativo. O futuro irá dizer se o Congresso usará tal ferramenta e qual será o comportamento do STF em resposta.

A Emenda Constitucional, por outro lado, enquanto manifestação do Poder Constituinte, goza de maior força normativa e política, de maneira que confere maior legitimidade à decisão do Poder Legislativo, sobretudo quando tiver a iniciativa do Poder Executivo, formando, assim, uma verdadeira coalização entre os Poderes representativos em oposição do decidido pela Corte.

No limite, além da reversão legislativa exposta, decisões normativas inconstitucionais podem resultar em reações contra o Tribunal decorrentes do efeito *backlash* por meio de: i) críticas públicas; ii) manifestações sociais; iii) reações legislativas; iv) mudanças na composição do Tribunal; v) pedidos de *impeachment* de Ministros; vi) desobediência e resistência civil; e vii) cortes no orçamento do Judiciário.

Portanto, parece que em tais situações o Judiciário deveria aceitar a decisão política dos demais Poderes por Emenda Constitucional, sem prejuízo de revisitar o tema em momento futuro após algum tempo de sedimentação da matéria. A escolha do momento decisório e a utilização da “não decisão” devem ser sopesadas de forma estratégica pelo Tribunal a fim de minimizar conflitos e respeitar a vontade dos poderes representativos do povo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional.** 2009. 309 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

ABRANCHES, Sérgio H. H. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-33, 1988.

_____. Trinta anos de presidencialismo de coalizão, *Blog DADOS*, 2019 [published 31 May 2019]. Disponível em: < <http://dados.iesp.uerj.br/trinta-anos-de-presidencialismo-de-coalizao/> >. Acesso em 22 de julho de 2022.

ACKERMAN, Bruce. **The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy.** Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005. 384p.

_____. **A nova separação dos poderes.** Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 116 p.

_____. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo: RDA**, Rio de Janeiro, v. 265, jan./abr. 2014.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Defending judicial supremacy: a reply. **Constitutional commentary**, Minnesota. 17: 455, p. 455/482, 2000.

AMADEI, Leonetto. Intervento su Parlamento e Corte Costituzionale. **Collana “1956-2006, Cinquant'anni di Corte Costituzionale”** (Obra Coletiva), Tomo II, Ed, Corte Costituzionale, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**, 3ª Ed, Rio de Janeiro: Fórum, 2013.

ARCIDIACONO, L.; CARULLO, A.; CASTORINA, E. **Diritto Costituzionale**. 2ª Ed. CEDAM, 2013. 576 p.

ARGUELHES, Diego Werneck. A palavra e o poder: o STF e a separação de Poderes na jurisprudência de Celso de Mello. **JOTA**, 13 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-palavra-e-o-poder-o-stf-e-a-separacao-de-poderes-na-jurisprudencia-de-celso-de-mello-13072020#_ftn15>.

BARKHUYSEN, J. Uzman, T.; EMMERIK, M.L. Van. THE DUTCH SUPREME COURT: A RELUCTANT POSITIVE LEGISLATOR. **Leiden Law School**, Netherlands Report to the Eighteenth International Congress of Comparative Law, p. 645-688, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 522 p.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(SYN)THESIS**, v. 5, n. 1, 2012.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª Ed. - Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. 452 p.

_____. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro (48), p. 60-98. 1995.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**. V. 9, n. 4, 2018.

_____. NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Conjur**, 26 de abril de 2006. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_

direito_constitucional_brasil>. Acesso em 14 de dezembro de 2021.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020. 576 p.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Papel criativo dos tribunais – Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 46, n. 146, Junho, 2019.

BAZÁN, Victor. **Control de las omisiones inconstitucionales e inconvenionales**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014. 992 p.

_____. Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión. **Revista Derecho del Estado**, Colômbia, n. 20, p. 121-144, dez. 2007.

BELLOCCI, M.; GIOVANETTI, T. Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte Costituzionale. **QUADERNO PREDISPOSTO IN OCCASIONE DELL'INCONTRO DI STUDIO CON LA CORTE COSTITUZIONALE DI UNGHERIA**. 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986. 303 p.

BIELSCHOWSKY, Raoni. **Separação dos poderes, cooperação constitucional e lealdade institucional**. Conference: I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política. Janeiro 2015.

BLANCO DE MORAIS, Carlos de. **As mutações constitucionais implícitas e seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso**. 2013, p. 487-522. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org). Constitucionalismo e Democracia. 1ª Ed. Juspodvm: Salvador, 2013.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade.** In: Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** – por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 280 p.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012. 1656 p.

_____. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **RDA – revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013.

_____. STF e o dogma do legislador negativo. **Revista Direito Estado e Sociedade**. n. 44, p. 189-220, jan./jul. 2014.

BREWER-CARIAS, Allan. R. GENERAL REPORT Subject IV.B.2 **CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS IN COMPARATIVE LAW**, *XVIII International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law Washington July 26-30, 2010.*

BRUST, Leo. **La Sentencia Constitucional en Brasil.** 2011. Universidad Salamanca. Tesis Doctoral. Facultad Derecho. 2011.

_____. A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas. **Rev. direito GV [online]**. vol.5, n.2, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Estado de Coisas Inconstitucional.** 1ª Ed, Salvador: Juspodvm. 2016. 336 p.

_____. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal** eBook. Rio de Janeiro: Forense; 1ª Edição, 2017.

_____. Atualidades do controle judicial da omissão legislativa. **Direito Público**. Porto Alegre, ano 8, n. 42, p. 47-83, nov./dez. 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Ponta de espada, ponta de língua e divisão de Poderes. **JOTA**, 18 de junho de 2020. Disponível em: < <https://www.jota.info/opinioao-e-analise/artigos/ponta-de-espada-ponta-de-lingua-e-divisao-de-poderes-18062020> >.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris (SAF), 1993, Reimpressão, 1999. 134 p.

CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. O caso McCulloch v. Maryland e sua utilização na jurisprudência do STF. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 247-270, jan./mar. 2019.

CAVALCANTI, Márcio André Lopes. Informativo 894-STF Comentado (21/03/2018). **Dizer o Direito**. Maio de 2018. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files2018/info-894-stf.pdf>>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional no Brasil. **In: Judicialização da Política e Democracia (Obra coletiva)**. Julia Maurmann Ximenes (Org.). 1a ed. Brasília: IDP, 2014.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, vol. 89, n. 7, 1976.

CHEVALLIER, Jacques. **L'État de droit**. 3.ed. Paris: Monchrestien:2001. 3.ed. Paris: Monchrestien: 2001

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 114 p.

CLÈVE, Clemerson Merlin; LORENZETTO, Bruno. The Brazilian Supreme Federal Court and the Shared Constitutional Authority. **RJLB**, Ano 7, nº 5, 2021.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Martins Fontes, São Paulo, 2006. 1056 p.

CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di diritto costituzionale**. vol. 2, Padova: Cedam, 1984. 492 p.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional**. 2017. 220 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

DAZA, Germán Alfonso López. Colombian constitutional judge as the positive legislator: a government of the judges? **Cuestiones Constitucionales – Rev. Mexicana de Derecho Constitucional**, Ciudad de México, n. 24, p. 169-193, ene./jun. 2011.

DOUGLAS, William; ARAÚJO, Eugênio Rosa de; CHAVES, André Luiz Maluf. **Omissão inconstitucional e revisão geral anual dos servidores públicos: razões pelas quais o STF deve dar cumprimento ao art. 37, X, da Constituição Federal**. 3ª Ed, Niterói: Impetus, 2017. 209 p.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution**. Oxford: Harvard University Press, 1996. 404 p.

_____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 608 p.

DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 3, p. 189 – 212, set./dez. 2016.

FACHIN, Melina Girardi. SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões Estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, vol. 4, n. 1, p. 211-246, mai./jun. 2018.

FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org). **Constitucionalismo e Democracia**. 1ª Ed. Juspodivm: Salvador, 2013.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Tribunal Constitucional español como legislador positivo. Pensamiento Constitucional. Año XV N° 15*, 2011.

_____. El Control de las Omisiones Legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. **Estudios Costitucionales**, Ano 7, n. 2, 2009

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2008.

_____. A Democracia através dos direitos – O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político – tradução de Alexander Araújo de Souza Gomes. **Editora Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2015.

_____. **Per una Costituzione della Terra**. Teoria politica. Nuova serie Annali, 10 | 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo — RDA**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 1-17, 2000.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Incentivos Eleitorais, Partidos e Política Orçamentária. Dados [online]. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 45, n. 2, 2002.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Juspodivm, 2019.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, 2005.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires, 2010.

GINSBURG, Tom. **The Global Spread of Judicial Review**. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. Nova York: Oxford University Press, 2008.

GÓES, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson de Moraes. A Hermenêutica do Desenvolvimento Nacional à Luz do Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 118, pp. 321-364. jan./jun. 2019.

GRABER, Mark A. *A New Introduction to American Constitutionalism*-**Oxford University Press** (2013)

GROPPI, Tania. A Justiça Constitucional em Itália. Publicado originalmente em *Subjudice*. p. 71-77, jan./jun. 2001. In: **DIREITO PÚBLICO** Nº 4 – Abr-Maio-Jun/2004 – DOCTRINA ESTRANGEIRA.

GUSTIN, Miracy; DIAS, Maria Tereza. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Del Rey, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY; Jonh. **Os artigos federalistas, 1787-1788**. Nova fronteira, 1993.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Editora Mestre Jou, 2000.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Pres, 2004.

HORVATH, Estevão. **Poder Executivo e Orçamento Público**. In: LEITE, George; STRECK, Lenio; NERY JR, Nelson (Coord). *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. Editora RT, São Paulo, 2017.

IANNUCILLI, Loris. **Profili storici e teorici**. In: *Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, Vilnius – 2, 2008.

ISRAEL, Lucas Nogueira. O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos: por uma conformação constitucionalmente adequada²¹. **Revista da PGBC**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 21-49, dez. 2011.

JOBIM, Nelson. STF não é responsável por ativismo judicial, diz Nelson Jobim - **JOTA Info**, 2020, p. 01/03. Disponível em: < <https://www.jota.info/casa-jota/stf-nao-e-responsavel-por-ativismo-judicial-diz-nelson-jobim-07072020> >

JORDAN, Meagan M. Punctuated Equilibrium: An Agenda-Based Theory of Budgeting. In: KHAN, Aman; HILDRETH, W. Bartley. **Budget Theory in the Public Sector**. Quorum Books, 2002.

JUSTEN, Marçal. Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, Edição Especial: p. 13-41, nov. 2018.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 448 p.

LAQUIÈZE, Alain. **État de droit e soberania nacional na França**. p. 338-378. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. O Estado de Direito: história, teoria, crítica. Martins Fontes, São Paulo, 2006.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 100, p. 189-200, jan./dez. 2005.

LOCKE, John. **Segundo Tratado do Governo Civil**. Petrópolis: Vozes, 2019. 392 p.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed., Trad.: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MAGALHÃES, Breno Baia. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **REVISTA DIREITO GV. SP**, V. 15, N. 2., e1916, 2019.

MALFATI, Elena.; PANIZZA, Saule.; ROMBOLI, Roberto. **Giustizia Costituzionale**. 4a Ed, Giappichelli Editore, Torino, 2013.

MALUF, André Luiz. Omissão Legislativa Inconstitucional e a Tipologia das Sentenças Aditivas: Novas Reflexões à Luz do Direito Italiano. **RJLB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA**, v. 4, p. 1243-1277, 2018.

_____. O regime jurídico da omissão inconstitucional nas Constituições Estaduais e o controle administrativo da omissão. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, n. 54, jul/set, 2016.

_____. Sentenças manipulativas do direito italiano e a ADI 4.650 sobre financiamento de campanhas – **Publicado em Brasil Jurídico**, 2014. Disponível em: < <https://uff.academia.edu/AndréLuizMaluf> >

_____. Reflexões sobre o projeto aprovado pelo Senado que regulamenta o Mandado de Injunção. **Carta Forense**, Junho, 2016. Disponível em: < <https://uff.academia.edu/AndréLuizMaluf> >

_____. O controle administrativo da omissão inconstitucional. **JOTA**, Novembro de 2016. Disponível em: < <https://www.jota.info/especiais/o-controle-administrativo-da-omissao-inconstitucional-03112016> >

MALUF, André Luiz; MEOTT, Matheus. Omissões Legislativas na Corte Equatoriana: um horizonte para o Brasil. **Resumo Expandido apresentado no I Seminário de Jurisdição Constitucional e Justiça Dialógica na América Latina**. UFF Niterói, Junho, 2015.

MALUF, André Luiz; SILVESTRE, Matheus Meott. A utilização de sentenças aditivas pelo STF através da interpretação conforme à Constituição: um estudo a partir da ADPF 54. **Revista Publicum Rio de Janeiro**, v. 3, n. 2, 2017, p. 54-77.

MALUF, André Luiz.; DOUGLAS, William; GRECO, Rogerio. Conflito entre os Poderes: pode o Supremo criar o crime de homofobia? **JOTA**, 12 fev. 2019. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/conflito-entre-os-poderes-pode-o-supremo-criar-o-crime-de-homofobia-12022019> >

MALUF, André Luiz.; CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. SEPARAÇÃO DOS PODERES NA ENGENHARIA INSTITUCIONAL BRASILEIRA: UMA CRÍTICA À LUZ DO PAPEL NORMATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. In: Clarissa Brandão Kowarski, Eduardo Manuel Val, Marco Aurélio Lagreca Casamasso. (Org.). **Estado de Direito temas contemporâneos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2022.

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. **Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália**. p. 2-4.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999. 945 p.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. 25 anos de interpretação constitucional: uma história de concretização dos direitos fundamentais. In: BRASIL, **A Constituição de 1988 na visão dos ministros do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. **Revista Jurídica Virtual Brasília**, vol. 1, n. 8, janeiro 2000.

_____. **Jurisdição Constitucional** (O controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha), 5. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

_____. MI e seus respectivos limites constitucionais: análise do julgamento da renda básica. **Revista Conjur**, 01 de maio de 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-mai-01/observatorio-constitucional-mandado-injuncao-respectivos-limites-constitucionais> >.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 5 T, 1996.

MÖLLERS, Christoph. *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*. New York: Oxford University Press, 2013

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 946p.

_____. Escolha de ministros do STF precisa de mais participação de todos os poderes. **Revista Conjur**. 11 de julho de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/justica-comentada-escolha-stf-envolver-poderes>>.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 336 p.

NAGEL, Robert F. **Constitutional Cultures: The Mentality and Consequences of Judicial Review**. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1989.

_____. **Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies**. Stanford Law Review. 661. 1977-1978

NETO, Cláudio P. Souza; FILHO, Ademar Borges de Sousa. Raposa Serra do Sol expõe limites às sentenças aditivas. **Revista Conjur**, 07 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-07/raposa-serra-sol-expoe-limites-producao-sent-encas-aditivas>>.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 263 p.

_____. **(Não) Solucionando problemas constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões**. São Paulo: Lua Nova, n. 93, p. 201-232, set./dez. 2014.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, ano IV, n. 13, jul./ago./set.2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 6. ed., 2012.

NÚÑEZ, Claudio Felipe Alexandre Magioli; QUINTANA, Fernando. Repúblicas em conflito: A separação dos poderes *made in America*. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014.

O'CONNOR, Sandra. Public trust as a dimension of equal justice: some suggestions to increase public trust, **The Supreme Court Review**, 36:10, 1999, p. 13.

O'DONNELL, Guillermo. **DEMOCRACIA DELEGATIVA?** CEBRAP, Novos Estudos n. 31. out 1991.

OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. **A missão do Congresso Nacional de zelar pela sua competência legislativa**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da CLEG do Senado (Texto para Discussão n. 289). Dez. 2020.

PAIVA, Paulo Frederico. Decisões Manipulativas em controle de constitucionalidade e sua admissibilidade em material criminal. **OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009.

PELICIOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. 1. ed. São Paulo: LRT, 2008. 296 p.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **Revista Juris Poiesis**, ano 18, n. 18, jan./dez. 2015.

PIERGIGLI, Valeria. Qual a proteção para os sujeitos vulneráveis em tempos de crise? Algumas respostas da Corte Constitucional. Traduzido por André Luiz Maluf. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, ano 14, n 45, jan/jun, 2020.

POSNER, Richard. **The Federal Courts, Challenge and Reform**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. 1. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2019. 376 p.

RECONDO, Felipe. Julgamento da renda básica mostra desestruturação do governo no STF. JOTA, 28 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/julgamento-da-renda-basica-mostra-desestruturacao-do-governo-no-stf-28042021>.

RODRIGUES, Taíla Albuquerque. Emendas parlamentares individuais: a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo após a promulgação da Emenda Constitucional 86/2015. **Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF**: 045 Orçamento em Discussão. 2019.

ROMBOLI, Roberto. El Control de Constitucionalidad de las leyes in Italia. UNED. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 4. 2º semestre, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Omissão Inconstitucional e troca de sujeito**. In: TAVARES, André Ramos. *Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*, Fórum, 2007.

ROUSSEAU, J. J. **O contrato social**. 3ª Ed. São Paulo. Martins Fontes, 1996.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. NOVEDADES SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN: LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR COMO LEGISLADOR SUPLENTE Y PRECARIO. **Estudios Constitucionales**, Año 7, Nº 2, 2009.

SANTORO, Emilio. **Rule of law e “liberdade dos ingleses”. A interpretação de Albert Venn Dicey**. In: *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003.

_____. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria, História e Métodos de Trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

_____. **Controle de Constitucionalidade e Democracia: Algumas teorias e parâmetros de ativismo**. In: Jurisdição Constitucional e Política. (Org) Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Forense, 2015

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 525 p.

SERAFIM, Matheus. A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR E AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS: CONTRIBUIÇÕES PARA A COMPREENSÃO DAS MODIFICAÇÕES INFORMAIS DA CONSTITUIÇÃO. **Revista Diálogo Jurídico**, Vol. 18, n. 1, Jan./Jul. 2019.

SIEYÈS, Emmanuel. **Escritos y Discursos de la Revolucion**. Ed. de R. Maiz. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, **Revista dos Tribunais**, 798 – 2002.

SILVA, Gabriela Costa e; JUNIOR, Dirley da Cunha. EFEITOS DAS DECISÕES EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: DA POSSIBILIDADE DE PROLAÇÃO DE SENTENÇAS CRIATIVAS NO CONTROLE ABSTRATO DAS OMISSÕES DO PODER PÚBLICO. **Revista de Direito Brasileira** | São Paulo, SP | v. 19 | n. 8 | p. 395 - 418 | Jan./Abr. 2018.

SILVESTRI, Gaetano. **La Corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale**. Parigi, Aprile 2013.

SINGH, Annie; BHERO, Moreblessing Zaryl. "Judicial Law-Making: Unlocking the Creative Powers of Judges in Terms of Section 39(2) of Constitution". **PER / PELJ** 2016.

SOMBRA, Thiago Luis. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL REPRESENTATIVO? O IMPACTO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NA DELIBERAÇÃO. **Revista DIREITO GV**. V. 13 N. 1 JAN-ABR 2017.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 218 p.

_____. Pontes de transição entre direito e política: sentenças aditivas na experiência recente do STF. **Revista Publicum Rio de Janeiro**, Número 2, 2016

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. 975 p.

_____. **Sobre a decisão do STF (União homoafetiva)**. 2011. Disponível em: <<http://leniostreck.blogspot.it/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>>.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 198 p.

SUNSTEIN, Cass R. **Backlash's Travels**. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, N. 157, 2007.

TAMANAH, BRIAN Z. **Relocating the Rule of Law**. Hart Publishing – Oxford and Portland, Oregon, 2009.

TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional Substantiva. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, 2007

_____. Justiça Constitucional e suas fundamentais funções. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 43 n. 171 jul./set. 2006.

TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco. **Omissão Inconstitucional. Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. PUC-SP. Editora Max Limonad, 2018. 605 p.

_____. **Os Instrumentos Judiciais Específicos de combate à omissão inconstitucional no Brasil e sua contextualização socioeconômica**. In. TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco. **Omissão Inconstitucional. Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. PUC-SP. Editora Max Limonad, 2018. 605 p.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. “Governo versus Jurisdição”: aportes para compreensão da crise nas democracias contemporâneas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 3 p.349-373, 2019.

TUSHNET, Mark. **Constitutional Hardball**. John Marshall Law Review, Washington, v. 37, n. 2, 2004.

UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, maio/ago. 2011.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 256 p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. 240 p.

_____. Supremocracia. **Rev. direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, jul/dec. 2008.

VILANOVA, Lourival. **A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal**. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XIV, n. 57-58, jan./jun. 1981.

WALDRON, Jeremy. **The Rule of Law**. Stanford Encyclopedia of Philosophy/Fall 2016.

WERNECK, Diego; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo Direito, Estado e Sociedade. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n.38, p. 6-50, jan/jun 2011.

WILLEMANN, Marianna Montebello. Consitucionalismo Democrático, Backlash e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 33, janeiro/fevereiro/março de 2013, pág. 02

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. **Giustizia costituzionale**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. vol. 41. Mulino, 1988.