



**UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional**

**GABRIEL GARCIA RODRIGUES DE BARROS**

**EXISTE DEMOCRACIA NA OMISSÃO?**

**Um estudo sobre o controle da omissão inconstitucional via ADO,  
democracia e diálogo institucional no Brasil**

**NITERÓI**

**2023**

**GABRIEL GARCIA RODRIGUES DE BARROS**

**EXISTE DEMOCRACIA NA OMISSÃO?**

**Um estudo sobre o controle da omissão inconstitucional via ADO,  
democracia e diálogo institucional no Brasil**

Dissertação de Mestrado apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense. Linha de pesquisa: Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto dos Santos Corval

NITERÓI

2023

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

R696e Rodrigues De Barros, Gabriel Garcia  
Existe democracia na omissão? : Um estudo sobre o controle da omissão inconstitucional via ADO, democracia e diálogo institucional no Brasil / Gabriel Garcia Rodrigues De Barros. - 2023.  
274 p.: il.

Orientador: Paulo Roberto dos Santos Corval.  
Dissertação (mestrado)-Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Niterói, 2023.

1. Omissão inconstitucional. 2. Democracia deliberativa. 3. Diálogo institucional. 4. Controle de constitucionalidade. 5. Produção intelectual. I. Corval, Paulo Roberto dos Santos, orientador. II. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD - XXX

GABRIEL GARCIA RODRIGUES DE BARROS

**EXISTE DEMOCRACIA NA OMISSÃO?**

**Um estudo sobre o controle da omissão inconstitucional via ADO,  
democracia e diálogo institucional no Brasil**

Dissertação de Mestrado apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense. Linha de pesquisa: Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Paulo Roberto dos Santos Corval (Orientador)  
Universidade Federal Fluminense

---

Prof. Dr. Enzo Bello  
Universidade Federal Fluminense

---

Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmiento  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

---

Prof. Dr. Daniel Augusto Vila-Nova Gomes  
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Niterói  
2023

## AGRADECIMENTOS

Estamos, no Direito, habituados aos pronomes (os de tratamento, principalmente). Agradeço a todos os que, ao meu lado, exercem diariamente a difícil tarefa de ser substantivo. A maioria dessas pessoas está bem longe dos muros da universidade e dos tribunais e exatamente por isso me permitem ser mais.

Ao meu orientador, Paulo Corval. Por seu olhar crítico aguçado; pela liberdade e autonomia, sem deixar de aparar as arestas e mudar os rumos quando necessário; pela humildade de se colocar ao lado e nunca acima; pela disponibilidade integral à ciência e à produção do conhecimento; pelo entusiasmo partilhado diante de cada descoberta.

Agradeço ao meu amor, Marcos, pela parceria; por ser inspiração (por tantos motivos que não caberiam no papel); e por tudo que fazemos juntos para mudar o que somos. A primeira linha deste trabalho foi escrita ao seu lado.

À minha família, por cada contribuição dada para que eu chegasse até aqui. À minha mãe, Moema, de quem recebi durante toda a infância o estímulo para ir além; ao meu pai, Beto, por ter sido o suporte de que eu precisava nas turbulências; às minhas irmãs, Emília e Helena, que me ensinam diariamente o que é o amor. A Rosana, por dividir as alegrias, os perrengues e as angústias do dia a dia. A Luciane, que me recebeu para que eu escrevesse várias dessas páginas no conforto de sua casa.

Aos queridos amigos que contribuíram com suas valiosíssimas opiniões sobre este trabalho: Natália Alves, Beatriz Ribeiro e Leonardo Sato.

A meu afilhado, Victor, a quem dedico este trabalho.

*Tá cada vez mais down a high society.*

(Rita Lee)

## RESUMO

A omissão inconstitucional é tema sensível das teorias da Constituição, pois tensiona a dinâmica de separação de poderes, os mecanismos de diálogo institucional e, em última análise, a própria ideia de democracia. A investigação sobre a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal é especialmente relevante nesse ponto, já que situa o tribunal numa encruzilhada: se toma providências, pode ser acusado de ativista; se não toma, está sujeito a reconfigurar a omissão, desta vez por meio de uma *omissão diante da omissão*. Diante disso, a presente pesquisa se constitui tendo por objeto as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão distribuídas e processadas num intervalo de treze anos, tendo por marco inicial a data da edição da Lei nº 12.063/2009. Seu objetivo é compreender, no que se refere ao processamento das ADOs analisadas, a dinâmica institucional que tem sido estabelecida entre o Supremo Tribunal Federal e os legitimados a propor a ação, a fim de obter pistas sobre o fenômeno da omissão inconstitucional no Brasil, o desenho do sistema de separação de poderes do país e sua legitimidade democrática. A metodologia empregada seguiu o raciocínio indutivo, com caráter empírico quantitativo e qualitativo. As técnicas de investigação usadas foram: (a) análise documental das decisões proferidas nas ADOs objeto da pesquisa; (b) tabulação de dados a partir das variáveis previstas, tendo por universo um conjunto de sessenta e sete ADOs; (c) revisão bibliográfica a partir dos marcos teóricos usados no trabalho, para subsidiar a interpretação dos resultados. A fonte primária de pesquisa e análise foi o sistema de processo eletrônico do Supremo Tribunal Federal, enquanto a secundária foram as fontes bibliográficas. Os resultados obtidos apontam para quatro conclusões gerais: (1) a literatura aponta para uma evolução na discussão sobre a omissão inconstitucional, de modo que há uma transição de um paradigma *jurídico-normativo* para outro *sócio-histórico* de identificação e caracterização do fenômeno; (2) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não acompanhou essa transição em toda a sua força, embora tenha dado sinais recentes de assimilação episódica desse movimento; (3) os dados revelam que a jurisdição da ADO foi majoritariamente usada para discutir temas de interesse corporativo das elites do serviço público, tendo relegado ao segundo plano a apreciação de temas de direitos fundamentais; parte dessa realidade é justificada pela aplicação rigorosa dos filtros da legitimidade ativa e da pertinência temática, tendência que, nada obstante, percebe movimento recente de inflexão; (4) quanto à legitimidade democrática das decisões que acolheram os pedidos formulados pela parte requerente, o tribunal a construiu a partir de três fatores distintos: o tema constitucional tratado, o esforço de fundamentação das decisões de procedência e o fator temporal no julgamento das ações; tomando-se por lente de análise a teoria da democracia deliberativa, a atuação do STF se revela frágil na medida em que assume posturas implícitas de interdição do debate, o que faz sobretudo a partir de mecanismos processuais formais; por fim, no geral, não foram encontrados indícios suficientes para caracterizar como *ativista* a postura do tribunal.

**Palavras-chave:** omissão inconstitucional; diálogo institucional; legitimidade; democracia; deliberação.

## ABSTRACT

Unconstitutional omission is a sensitive issue in constitutional theories, as it strains the dynamics of the separation of powers, the mechanisms of institutional dialogue and, ultimately, the very idea of democracy. The investigation into the democratic legitimacy of the Supreme Court is especially relevant at this point, since it places the court at a crossroads: if it takes action, it can be accused of activism; if it does not, it is subject to reconfiguring the omission, this time through an omission in the face of omission. In view of this, the present research is constituted having as object the Direct Actions of Unconstitutionality by Omission distributed and processed in an interval of thirteen years, having as initial milestone the date of the edition of Law No. 12.063/2009. Its objective is to understand, with regard to the processing of the ADOs analyzed, the institutional dynamics that have been established between the Federal Supreme Court and the legitimates to propose the action, in order to obtain clues about the phenomenon of unconstitutional omission in Brazil, the design of the country's separation of powers system and its democratic legitimacy. The methodology employed followed the inductive reasoning, with quantitative and qualitative empirical character. The research techniques used were: (a) documentary analysis of the decisions rendered in the ADOs object of the research; (b) data tabulation based on the predicted variables, having as universe a set of sixty-seven ADOs; (c) bibliographic review based on the theoretical frameworks used in the work, to subsidize the interpretation of the results. The primary source of research and analysis was the electronic process system of the Federal Supreme Court, while the secondary source was the bibliography. The results obtained point to four general conclusions: (1) the literature points to an evolution in the discussion on unconstitutional omission, so that there is a transition from a legal-normative paradigm to another socio-historical paradigm of identification and characterization of the phenomenon; (2) the jurisprudence of the Federal Supreme Court has not followed this transition in all its strength, although it has shown recent signs of episodic assimilation of this movement; (3) the data reveal that the jurisdiction of the ADO was mostly used to discuss issues of corporate interest of the elites of the public service, having relegated to the background the appreciation of issues of fundamental rights; part of this reality is justified by the strict application of the filters of active legitimacy and thematic pertinence, a trend that, nevertheless, perceives a recent movement of inflection; (4) regarding the democratic legitimacy of the decisions that accepted the requests formulated by the plaintiff, the court built it from three distinct factors: the constitutional issue dealt with, the effort to substantiate the decisions to grant the requests, and the time factor in the judgment of the actions; taking the theory of deliberative democracy as a lens of analysis, the STF's performance is revealed to be fragile insofar as it assumes implicit positions of interdiction of the debate, which it does mainly from formal procedural mechanisms; finally, overall, no sufficient evidence was found to characterize the court's stance as activist.

**Keywords:** unconstitutional omission; institutional dialogue; legitimacy; democracy; deliberation.



## LISTA DE ILUSTRAÇÕES E GRÁFICOS

<b>Gráfico 1</b> Normas constitucionais de eficácia limitada. ....	41
<b>Gráfico 2</b> Quantidade de ADOs distribuídas por ano .....	65
<b>Gráfico 3</b> Quantidade de ações que mencionam dispositivo constitucional relacionado ao tema .....	66
<b>Gráfico 4</b> Quantidade de ações que mencionam dispositivo constitucional relacionado ao tema (após nova categorização).....	68
<b>Gráfico 5</b> Distribuição temática dos dispositivos constitucionais sem regulamentação à época da promulgação da Constituição.....	70
<b>Gráfico 6</b> Distribuição temática dos dispositivos constitucionais pendentes de regulamentação .....	74
<b>Gráfico 7</b> Marcos temporais da jurisprudência do STF.....	77
<b>Gráfico 8</b> Quantidade média de ADOs por ano em relação aos marcos jurisprudenciais .....	102
<b>Gráfico 9</b> Quantidade de ADOs por categoria de autores .....	106
<b>Gráfico 10</b> Quantidade de autores por categoria .....	108
<b>Gráfico 11</b> Quantidade de ADOs propostas por confederações sindicais e entidades de classe que suscitaram cada tema constitucional.....	110
<b>Gráfico 12</b> Temas constitucionais invocados pelas confederações sindicais e entidades de classe.....	111
<b>Gráfico 13</b> ADOs inadmitidas propostas por confederações sindicais e entidades de classe em geral .....	114
<b>Gráfico 14</b> ADOs inadmitidas propostas por confederações sindicais e entidades de classe representativas de servidores da elite do Judiciário, Executivo e MP.....	115
<b>Gráfico 15</b> Quantidade de ações que mencionava cada categoria de requeridos .....	118
<b>Gráfico 16</b> Resultados das ações que incluíam pedidos de medida cautelar .....	159
<b>Gráfico 17</b> Quantitativo de ações que incluíam pedidos de medida cautelar .....	159
<b>Gráfico 18</b> Decisão final nas ADOs .....	166
<b>Gráfico 19</b> Processos com decisão final .....	166
<b>Gráfico 20</b> Quantitativo de decisões finais que tiveram recursos.....	184
<b>Gráfico 21</b> Tipos de recursos interpostos .....	184
<b>Gráfico 22</b> Colegialidade das decisões em recursos.....	185
<b>Gráfico 23</b> Tempo entre a distribuição da ação e a primeira decisão de mérito – casos com pedido de medida cautelar .....	187

**Gráfico 24** Tempo decorrido sem decisão de mérito entre a distribuição da ação e o encerramento da fase empírica da pesquisa (em dias)..... 191

## LISTA DE TABELAS

<b>Tabela 1</b> Síntese do conteúdo discutido nas ADOs .....	61
<b>Tabela 2</b> Categorização de ADOs fundadas no ADCT .....	67
<b>Tabela 3</b> Categorização de ADOs fundadas em Emendas.....	67
<b>Tabela 4</b> Proporção de ADOs que mencionam cada tema constitucional .....	71
<b>Tabela 5</b> Evolução da jurisprudência do STF em matéria de controle abstrato da omissão inconstitucional.....	78
<b>Tabela 6</b> Quantidade média de ADOs por ano .....	101
<b>Tabela 7</b> ADOs que pediram medida cautelar e que envolviam direitos fundamentais.....	160
<b>Tabela 8</b> Tempo entre a distribuição da ação e a primeira decisão de mérito .....	162
<b>Tabela 9</b> Argumentos das decisões sobre medidas cautelares.....	168
<b>Tabela 10</b> Tipos de fundamentação das decisões de mérito sobre medidas cautelares .....	170
<b>Tabela 11</b> Argumentos em decisões finais .....	173
<b>Tabela 12</b> Tipos de fundamentação das decisões de mérito sobre medidas cautelares .....	175
<b>Tabela 13</b> Tipos de fundamentação em decisões finais procedentes.....	177
<b>Tabela 14</b> Argumentos em decisões finais procedentes .....	177
<b>Tabela 15</b> Datas e temas das decisões finais procedentes .....	179
<b>Tabela 16</b> Providências tomadas nas decisões finais procedentes.....	180
<b>Tabela 17</b> Tempo decorrido entre a distribuição da ação e a decisão interlocutória de mérito .....	186
<b>Tabela 18</b> Média de tempo por tema .....	188
<b>Tabela 19</b> Tempo decorrido entre a distribuição da ação e a decisão final de improcedência .....	188
<b>Tabela 20</b> Tempo decorrido entre a distribuição da ação e a decisão final de procedência (integral ou parcial) .....	189

## SUMÁRIO

LISTA DE ILUSTRAÇÕES E GRÁFICOS .....	9
LISTA DE TABELAS .....	11
INTRODUÇÃO.....	15
Sobre o autor e a escolha do tema.....	16
Problema e objeto de pesquisa.....	18
Metodologia .....	21
Objetivo geral .....	24
Objetivos específicos .....	25
Estágio atual da discussão / estado da arte .....	26
Estrutura do texto.....	30
1. PONTO DE PARTIDA: O MAPA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NO BRASIL .....	32
1.1. Identificando o problema .....	32
1.2. A omissão enquanto dogma: a compreensão da omissão inconstitucional enquanto fenômeno estritamente jurídico-normativo.....	37
1.3. A omissão enquanto fato social: a compreensão da omissão inconstitucional a partir do paradigma sócio-histórico .....	44
2. O QUÊ? – OS TEMAS CONSTITUCIONAIS MAIS DISCUTIDOS E A VISÃO QUE SE TEM DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.....	59
2.1. Dados empíricos – primeira parte: a omissão segundo os requerentes. Quais foram e de que forma podem ser categorizadas as normas constitucionais discutidas nas ações analisadas? .....	59
2.1.1. Quantidade de ADOs propostas por ano .....	61
2.1.2. Conteúdos discutidos nas ADOs .....	65
2.1.3. Dispositivos constitucionais pendentes de regulamentação.....	69
2.1.4. Questões suscitadas .....	74
2.2. A outra face da moeda: a omissão inconstitucional segundo o Supremo Tribunal Federal .....	75

2.3. A solidificação do movimento jurisprudencial por meio da edição da Lei nº 12.063/2009 .....	98
2.4. Conclusões parciais.....	100
3. QUEM? – OS ATORES POLÍTICOS QUE MOBILIZARAM O SUPREMO EM TORNO DA CONTROLE DA OMISSÃO .....	105
3.1. Dados empíricos - segunda parte: quem foram os autores das ações analisadas e de que forma podem ser categorizados?.....	105
3.1.1. Quantidade de ações propostas por cada categoria de autor .....	105
3.1.2. Filtros de acesso: legitimidade ativa e pertinência temática .....	112
3.1.3. Perfil dos requeridos.....	117
3.1.4. Questões suscitadas .....	118
3.2. O processo de escolha dos legitimados ativos .....	119
3.2.1. As propostas apresentadas na Assembleia Nacional Constituinte .....	121
3.2.2. Os argumentos invocados .....	124
3.2.3. Uma análise individualizada dos legitimados .....	127
3.2.4. As contradições do modelo adotado .....	132
3.3. Acesso à justiça constitucional e as barreiras impostas à tutela de direitos fundamentais .....	134
3.4. Diálogo institucional no Brasil a partir da ADO .....	140
3.4.1. A separação de poderes hoje .....	140
3.4.2. O diálogo institucional como parâmetro de análise .....	143
3.4.3. O diálogo na cultura institucional brasileira .....	146
3.4.4. Diálogo institucional em meio à crise da democracia.....	149
3.5. Conclusões parciais.....	152
4. COMO E POR QUÊ? – O COMPORTAMENTO, OS ARGUMENTOS E A LEGITIMIDADE DO STF NO JULGAMENTO DAS AÇÕES .....	157
4.1. Dados empíricos - terceira parte: de que maneira o Supremo Tribunal Federal respondeu aos pedidos de controle abstrato da omissão? .....	157
4.1.1. As medidas cautelares .....	157
4.1.2. As decisões finais .....	165
4.1.3. Argumentos usados na fundamentação das decisões .....	167
4.1.4. As providências tomadas em cada decisão .....	180
4.1.5. A interposição de recursos .....	183

4.1.6. O fator temporal no julgamento das ações .....	185
4.1.7. Questões suscitadas .....	192
4.2. As técnicas de decisão do Supremo Tribunal Federal e a tensão com o regime democrático.....	192
4.2.1. De que democracia estamos falando? .....	192
4.2.2. Como explicar a atuação do STF nas ADOs? – Técnicas decisórias e possibilidades de criação judicial.....	214
4.3. Ativismo judicial? Como explicar o comportamento do Supremo?.....	225
4.4. Conclusões parciais.....	237
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	245
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	259

## INTRODUÇÃO

O que é capaz de garantir que uma norma valha? Essa é uma das questões essenciais da Teoria do Direito, especificamente de sua aceção mais afeta à dogmática jurídica.

O que é capaz de garantir que uma norma *de fato* valha? Essa, por sua vez, talvez seja uma questão mais próxima à Sociologia. Afinal, normas são cumpridas por pessoas, e não por outras normas.

O que é capaz de garantir que uma Constituição valha ou, ainda, que uma Constituição *de fato* valha? Essa é uma questão do Direito Constitucional, da Ciência Política, da Sociologia, da Teoria do Direito e de tantas outras áreas das ciências sociais. E assim não poderia deixar de ser, sobretudo porque a Constituição é, para além de uma norma, um documento político. É um compromisso social que se converte em documento jurídico, na medida em que é legitimado pelo poder constituinte supremo: o povo.

Aqueles filiados ao Direito Constitucional enquanto base de sustentação epistemológica poderão tender a se debruçar sobre a normatividade jurídica do texto constitucional. Assim, talvez se preocupem com a identificação dos mecanismos jurídicos por meio dos quais a Constituição vale. Leis complementares, leis ordinárias, mandados de segurança, ações diretas de controle de constitucionalidade, recursos extraordinários, atos administrativos regulamentadores e tantas outras ferramentas técnicas ganham destaque nesse panorama.

Por outro lado, aqueles mais próximos à Ciência Política poderão se voltar com mais atenção à dinâmica do poder enquanto elemento estruturador das relações sociais. Nesse sentido, ganham corpo as análises sobre os desenhos institucionais que favorecem ou desfavorecem a concretização das disposições constitucionais. Por consequência, sistemas políticos, regimes de governo, estruturas econômicas, indicadores sociais, sistemas eleitorais, métodos estatísticos e tantas outras ferramentas como essas conduzem as investigações.

Diante dessas duas grandes formas de se compreender a realidade constitucional, qual delas deve ter o protagonismo? É preciso uma boa dose de ousadia para se optar por uma em detrimento da outra. Afinal, a Constituição é algo muito maior do que cada uma dessas chaves de compreensão é capaz de apreender. É a soma do que propõem as duas vertentes das ciências sociais aplicadas, e é também mais do que essa soma. É a norma e é a realidade social. É o texto documental, como é também o espírito de organização do poder que reside na opinião pública.

A inquietação que deu origem a esse trabalho tem origem justamente nessa complexidade. Assumindo-se a Constituição como um fenômeno expansivo, que não cabe nas fronteiras limitadoras do Direito, os questionamentos sobre a omissão inconstitucional se impõem quase que de imediato. Logo em seguida à afirmação da Constituição como fenômeno multipolar, surge a questão: o que significa, então, o desprezo pela Constituição?

Um dos sentidos socialmente estabelecidos da Constituição é o de uma promessa. Especificamente em relação à Constituição brasileira de 1988, muitas foram as promessas feitas a um povo recém-vitimado pelas mazelas do regime ditatorial. O silêncio forçado deu lugar a um grito de esperança, que levou as expectativas de maior qualidade de vida às alturas.

Mais de trinta anos depois, a Constituição de 1988 deu conta de muitos dos compromissos que firmou com o povo brasileiro: vimos políticas de promoção da igualdade social serem implementadas e institucionalizadas, vimos a estabilidade da moeda concretizar os planos de manutenção da ordem econômica, vimos instituições democráticas serem erguidas e solidificadas.

Por outro lado, muitas foram as frustrações decorrentes das promessas não cumpridas. Se, de uma certa forma, vimos políticas afirmativas ganharem o debate público, é também certo dizer que uma infinidade de grupos vulneráveis ainda se encontram na periferia do poder e do acesso a direitos básicos. Ao mesmo tempo em que contivemos os males da hiperinflação, os assombros da crise fiscal nos rodeiam sem cessar. Simultaneamente ao fortalecimento de instituições sólidas de controle do poder, assistimos também às tentativas de desarticulação.

Por tudo isso, parece razoável dizer que a inefetividade de muitas das normas constitucionais é tema que não pode se distanciar do centro do debate público. A omissão no cumprimento do dever constitucional é um retrato de invisibilidade, uma certidão de inoperância. No que se refere aos direitos fundamentais, o álbum de invisíveis que conta a história do Brasil tem cor, tem gênero e tem cara.

### **Sobre o autor e a escolha do tema**

Por muito tempo se louvou a frágil premissa da objetividade pura do texto científico. Frágil porque irrealizável, sobretudo nas ciências sociais. Evitarei me filiar a essa abstração,



pelo menos neste momento introdutório. É que, em vez da neutralidade, elejo como valor maior para a minha modesta contribuição acadêmica a honestidade. Não somos neutros e jamais o seremos, de modo que prefiro ser transparente quanto às marcas que me trazem até aqui.

Assim, reputo essencial neste primeiro momento sinalizar à leitora e ao leitor os caminhos que me trouxeram até este trabalho, sem medo de usar a primeira pessoa. Ao fazê-lo, pretendo deixar à mostra algumas das premissas que ajudam a explicar o contexto da escrita. Afinal, o contexto integra o texto.

Não posso deixar de frisar que o comprometimento com algum grau de objetividade subsiste, é óbvio. Ciência não é opinião, e não é por essas águas que pretendo navegar. A preocupação é mais simples: evitar a ilusão de que o texto que escrevo não trará marcas de pessoalidade. Não tenho esse poder e não nutro essa falsa expectativa.

Ainda assim, busco tornar o meu trabalho o mais relevante possível, e o faço a partir da busca pela linguagem do interesse público. E é assim que compreendo o método científico: um afastamento do interesse privado, em prol do interesse público pelo conhecimento. Sendo público, não pode se fiar na pessoalidade, é verdade. No entanto, não é o recurso textual à primeira pessoa que fragilizará essa premissa.

Somos, enquanto sociedade, tão tolerantes a tantas outras formas de privatização do mundo acadêmico, sobretudo no mundo do Direito, que a recusa à honestidade da primeira pessoa soa bastante contraditória. Por que combater a pessoalidade somente e justamente naquilo que ela é produtiva? Por que evitar sua contribuição logo no ponto em que ela ajuda a compreender o objeto de pesquisa, num sentido mais amplo, assumindo seus pontos de partida como elementos integrantes do texto?

Para lidar com o dilema da objetividade, exerço no curso do trabalho a difícil tarefa do distanciamento. Isso vai muito além de uma preocupação gramatical com o emprego da terceira pessoa, mas se constitui como pressuposto de minha jornada de investigação, curioso que sou. E é exatamente por esse motivo que prefiro ser honesto e apresentar minha trajetória, como elemento integrante de cada palavra que escrevo.

Minha aproximação com o Direito parte de meu interesse pela comunicação e pela política. Antes de cursar Direito, cursei um semestre de Comunicação Social. A mudança veio de supetão: percebi que meu interesse residia na compreensão da realidade por meio das relações de poder, e não por meio do discurso. O campo da linguagem sempre me pareceu sedutor, mas sua fluidez foi devastadora para um metódico como eu. A normatividade, então, se apresentou como uma jangada mais segura para me aventurar pelo mar do conhecimento.

Logo em seguida veio o interesse pelo Direito Público, como elemento estruturador da política e da sociedade, em seu aspecto mais coletivo. Primeiro, por meio do Direito Penal. Depois, o Administrativo. Por último, o Financeiro (esse último estudado em meio à repercussão das discussões orçamentárias que se travaram em torno do *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, em 2016).

Já no Mestrado, o horizonte do Direito Constitucional apontava uma possível articulação da normatividade com o discurso, num movimento de retomada das aspirações iniciais da juventude. Afinal, como já salientado, a Constituição é, ao mesmo tempo, norma e discurso; poder e palavra; dever-ser e ser. É um dos elementos constitutivos de nossa identidade, à medida que estamos inseridos numa comunidade de iguais.

A escolha do tema, mais especificamente, partiu de alguns motivos: (a) minha militância pessoal, movida pelas bases da Teologia da Libertação, que me fez enxergar de forma nua e crua as condições de miséria extrema e degradação das condições básicas de vida de parcela significativa da população brasileira, sobretudo no que se refere a grupos vulneráveis, em situação de flagrante descumprimento do espírito constitucional de 1988; (b) o interesse acadêmico pelo tema da separação de poderes, que há milênios se discute e nunca se exaure, constituindo-se como uma urgência da vida pública também no século XXI; e (c) a curiosidade pela formatação de uma ideia de democracia, conceito sempre em disputa.

## **Problema e objeto de pesquisa**

A Constituição de 1988, embora se preocupe muito com temas como a eficácia dos direitos fundamentais, se dedica pouco ao enfrentamento dos casos de omissão. A palavra “omissão” só aparece quatro vezes no texto constitucional: uma no art. 103, tratando da inconstitucionalidade na forma omissiva; outras três vezes no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tratando do orçamento público. Isso revela um quadro de parca regulamentação sobre os mecanismos de controle da omissão inconstitucional, o que ajuda a justificar o problema de pesquisa.

O fenômeno sobre o qual se funda esta pesquisa, porém, é algo mais específico que a omissão amplamente compreendida, enquanto fenômeno sociopolítico situado nas fronteiras do que se tem chamado crise da democracia no Brasil (SOUZA NETO, 2020). Não se trata de investigar a inércia dos poderes constituídos e das instituições republicanas na execução de suas tarefas constitucionais, num sentido global. Também não se trata de perquirir as razões

pelas quais se tem falado em “Constituição invisível” (DIXON e STONE, 2018), termo cunhado para identificar movimentos de enfraquecimento da força normativa da Constituição.

A omissão de que trata esta pesquisa é aquela de estatura constitucional e de índole legislativa ou, pelo menos, normativa. Trata-se do não cumprimento, total ou parcial, de um comando de regulamentação estatuído na Constituição<sup>1</sup>. Ademais, além de constitucional, o objeto de pesquisa está relacionado a uma função legislativa, e não executiva ou jurisdicional. É necessário frisar: *função* legislativa, e não necessariamente *poder* Legislativo. Isso porque serão considerados também os agentes executivos e judiciários no exercício de funções legislativas, como ocorre, por exemplo, nos casos de projetos de lei com reserva de iniciativa ao Executivo<sup>2</sup>.

Em segundo lugar: busca-se delinear uma modalidade de omissão específica, qual seja, aquela que enseja o controle de constitucionalidade. Evita-se, portanto, uma definição mais ampla da omissão enquanto descumprimento de comandos constitucionais. O foco aqui é nos dispositivos da Constituição que, quando não observados, autorizam a intervenção judicial.

Em terceiro e último lugar: como decorrência do apontamento anterior, o controle judicial de que trata o trabalho é o controle de constitucionalidade abstrato. Ou seja, o objeto de pesquisa não é constituído por todo e qualquer tipo de omissão inconstitucional, mas tão somente aquela modalidade que autoriza o controle pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, processada e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme o art. 103, §2º, da Constituição de 1988<sup>3</sup>. Fica excluído da investigação, portanto, o exercício de controle da omissão inconstitucional pela via do Mandado de Injunção.

Tudo isso se soma a um importante marco temporal de análise: a promulgação da Lei nº 12.063/2009, que disciplinou o processamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Até então, as referidas ações eram processadas de modo quase idêntico ao rito da Ação Direta de Inconstitucionalidade, e, com isso, o processo deixava de contemplar importantes peculiaridades da omissão inconstitucional. Uma das importantes inovações da lei, por exemplo, é a instituição da possibilidade de deferimento de medida cautelar em sede

---

<sup>1</sup> Definição preliminar da ideia de omissão inconstitucional, para os fins do trabalho, que será submetida ao teste da revisão bibliográfica ao longo do primeiro capítulo, mas que se faz necessária neste primeiro esforço de delimitação.

<sup>2</sup> Embora em caráter muito residual, também o Judiciário pode desempenhar funções normativas, como é o caso da edição de regimentos internos de tribunais (art. 96, I, *a*, da Constituição).

<sup>3</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

de ADO. Embora já se indicasse um movimento jurisprudencial nesse sentido, foi por meio da lei que essa possibilidade se constituiu (VALE, 2009/2010).

As inovações trazidas pela Lei nº 12.063/2009 ajudam, portanto, a conferir uma certa maturidade ao controle da omissão inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. E é exatamente por esse motivo que se deu a escolha do marco temporal da pesquisa. Busca-se, com isso, perfilar não o histórico do STF acerca do tema, mas sim os seus comportamentos mais recentes, já à luz de uma certa consistência procedimental.

Ademais, a escolha pela pesquisa empírica envolve um inexorável esforço de delimitação. Como aponta Anderson Luís da Costa Nascimento (2021), as diferentes técnicas de pesquisa empírica, especificamente no campo do Direito, possuem vantagens e desvantagens distintas. Uma pesquisa quantitativa-qualitativa, como se propõe a ser a presente, tem como desafio lidar com um grande universo de dados. Para que isso seja possível, é imprescindível o exercício do recorte.

Por essa razão, tem-se, para além do recorte relacionado ao tipo de omissão investigada, uma delimitação da investigação que alcança também o aspecto temporal. Portanto, como já salientado, as ADOs analisadas são aquelas protocoladas no Supremo Tribunal Federal entre 27/10/2009 (data de promulgação da Lei nº 12.063/2009) e 27/10/2022, data em que se encerrou a fase empírica da pesquisa.

Dessa forma, como não poderia deixar de ser, o presente trabalho não tem por objetivo se debruçar sobre todo o regime da tutela da omissão, em sentido amplo, no Brasil. Afinal, boa parte dessa discussão é travada atualmente não em ADOs, mas em Mandados de Injunção, ADPFs e outras classes processuais. Além disso, por óbvio, debates relevantes sobre o tema são também travados fora da jurisdição constitucional.

Diante dessa amplitude, qualquer pretensão de esgotamento do tema envolveria um esforço menos empírico e mais teórico, pelo método dedutivo. No entanto, essa pesquisa parte de um projeto empírico, calcado no raciocínio indutivo, razão pela qual os recortes se fizeram necessários.

É necessário salientar que a ADO não compõe o *problema* de pesquisa, mas tão somente *objeto* de pesquisa. O que se pretende com o trabalho é investigar o fenômeno da omissão inconstitucional, de modo que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é tão somente o meio de investigação. Trata-se do mecanismo pelo qual se fará uma análise do comportamento do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle da omissão inconstitucional.

Sendo assim, os marcos teóricos do trabalho não serão os do direito processual, mas o do direito material constitucional. Discussões sobre o rito do processo não serão o foco da pesquisa, de modo que serão invocados somente quando necessários à compreensão de um aspecto material.

O problema de pesquisa pode ser sintetizado da seguinte forma: no período analisado, o STF se deparou com sessenta e sete requerimentos de controle de omissão inconstitucional, em ações classificadas como ADO. Qual foi o comportamento do Supremo em relação a esses requerimentos, especialmente no que se refere à temática envolvida, ao órgão/pessoa autora da ação e às razões invocadas para se acolher ou não o pedido formulado na ação? Além disso, quais são as premissas democráticas que legitimam ou deixam de legitimar esse mecanismo de controle?

## **Metodologia**

Embora seja questionável a distinção usual que se faz entre pesquisa quantitativa e pesquisa qualitativa (BECKER, 2014), a presente pesquisa tem, na linguagem científica corrente, caráter empírico quantitativo e qualitativo, com indispensável revisão bibliográfica na fase de interpretação dos resultados. Para subsidiar o instrumentário de pesquisa, tem-se como norte o raciocínio indutivo, de modo que as conclusões gerais serão obtidas a partir da análise particularizada do objeto.

As técnicas de investigação usadas foram: (a) análise documental das decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos prolatados nas ADOs objeto da pesquisa; (b) tabulação de dados a partir das variáveis previstas, tendo por universo um conjunto de sessenta e sete ADOs, obtidas a partir do recorte temporal explicitado anteriormente; (c) revisão bibliográfica a partir dos marcos teóricos usados no trabalho, para subsidiar a interpretação dos resultados.

A fonte primária de pesquisa e análise foi o sistema de processo eletrônico do Supremo Tribunal Federal, enquanto a secundária foram as fontes bibliográficas.

As principais variáveis e indicadores de análise foram os seguintes:

- a) Autor e requeridos da ação (Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem

dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional);

- b) Tema do dispositivo constitucional invocado como parâmetro de controle: direitos e garantias fundamentais; organização do Estado; organização dos poderes; defesa do Estado e das instituições democráticas; tributação e orçamento; ordem econômica e financeira; ordem social; disposições constitucionais gerais; ADCT; Emendas; ou não indicado expressamente;
- c) Decisão interlocutória (se houver): pendente de julgamento até o encerramento da pesquisa; deferindo antecipação de tutela ou medida cautelar; deferindo em partes antecipação de tutela ou medida cautelar; indeferindo antecipação de tutela ou medida cautelar; convertida a ação em outra; convertido o julgamento em definitivo;
- d) Decisão proferida em sentença ou acórdão: pendente de julgamento até o encerramento da pesquisa; extinção sem resolução do mérito / negado seguimento / prejudicada a ação / indeferida a inicial; pedidos julgados integralmente improcedentes; pedidos julgados parcialmente procedentes; pedidos julgados integralmente procedentes;
- e) Decisão proferida em recurso: pendente de julgamento até o encerramento da pesquisa; não conhecimento; conhecimento e desprovimento integral; conhecimento e provimento parcial; conhecimento e provimento integral.

A essas variáveis se somaram outras mais abertas, que buscavam compreender sinteticamente quais foram os argumentos e os tipos de fundamentos invocados em cada decisão, interlocutória, final ou em recurso. Assim, quanto ao conteúdo das decisões, foram previstas as seguintes variáveis:

- a) Decisões interlocutórias: decisão monocrática ou colegiada; dispositivo da decisão; data da decisão; decurso de tempo desde a distribuição (em dias); principais argumentos usados na fundamentação; dispositivos constitucionais

invocados; dispositivos não constitucionais invocados; súmulas de jurisprudência invocadas; literatura invocada; tribunais citados em jurisprudência;

- b) Decisões finais: decisão monocrática ou colegiada; dispositivo da decisão; data da decisão; decurso de tempo desde a distribuição (em dias); principais argumentos usados na fundamentação; dispositivos constitucionais invocados; dispositivos não constitucionais invocados; súmulas de jurisprudência invocadas; literatura invocada; tribunais citados em jurisprudência;
- c) Decisões em recursos: decisão monocrática ou colegiada; dispositivo da decisão; data da decisão; decurso de tempo desde a distribuição (em dias); principais argumentos usados na fundamentação; dispositivos constitucionais invocados; dispositivos não constitucionais invocados; súmulas de jurisprudência invocadas; literatura invocada; tribunais citados em jurisprudência.

Para os fins desta pesquisa, optei por coletar por conta própria os dados que subsidiariam a investigação, e não por recorrer a iniciativas já realizadas de quantificação do comportamento do Supremo, por dois motivos: (1) em atenção à adequação ao objeto, por considerar que os dados já produzidos são relativos a um objetivo específico, diverso dos que orientam este trabalho; (2) em atenção ao ineditismo, como esforço de contribuição com novos olhares para além dos já produzidos; e (3) em atenção às dificuldades e limitações que envolvem a base de dados do STF<sup>4</sup> e, em decorrência disso, à incerteza sobre a forma como elas foram ou não contempladas nos relatórios quantitativos publicados anteriormente.

A evolução da literatura aponta, ainda, para importantes observações de caráter teórico-metodológico. Mariano Silva (2022), ao propor um marco analítico-metodológico para a investigação sobre o comportamento do Supremo Tribunal Federal, traz um conjunto de oito categorias que influem na atuação do tribunal: (a) o acesso de atores externos ao tribunal; (b) o processo decisório; (c) o impacto em normas federais; (d) o impacto em normas estaduais; (e) o recrutamento de seus integrantes; (f) a reputação de seus integrantes; (g) a história do tribunal; e (h) os aspectos técnicos de sua atuação (doutrina jurídica).

---

<sup>4</sup> Como apontado por Daniel Augusto Vila-Nova Gomes (2021), existem pelo menos quatro patamares de dificuldades nas tentativas de representação do “Supremo por meio de números”: “i) falta de ampla integração e interoperabilidade de dados com o restante do poder judiciário; ii) quadro de patente “subnotificação” de dados sobre a atuação do Supremo e as repercussões de seu comportamento institucional; iii) necessidade de reconfiguração metodológica da forma de construção dos dados a respeito do STF; e, por fim, iv) problemas quanto à qualidade, a consistência e a integralidade das informações disponibilizadas.” (GOMES, 2021, p. 184).

A presente pesquisa recai sobre duas dessas variáveis: o processo decisório e os aspectos técnicos (doutrina jurídica). Ao fazê-lo, adota o marco do modelo *estratégico* dentre os modelos formais explicativos do comportamento judicial. O modelo estratégico tem como premissa a ideia de que juízes se orientam a partir de racionalidades estratégicas sobre a provável reação de outros atores, no momento de proferir uma decisão (GOMES NETO, 2020).

Costa e Costa (2018) apontam, ainda, que “a devida compreensão do significado político da atuação do Supremo exige o desenvolvimento de pesquisas empíricas que permitam avaliar o funcionamento do sistema como um todo” (COSTA e COSTA, 2018, p. 142). Para isso, conforme os autores, deve haver uma complementaridade entre (i) pesquisas focadas em padrões de ajuizamento e de decisão e (ii) estudos focados nos padrões de argumentação judicial. O presente trabalho se propõe a essa complementaridade.

Um outro marco analítico que inspira o trabalho é o da Análise Integral do Direito - AID (CORVAL, 2017). Trata-se de esforço de integração de dois pontos de vista que frequentemente são antagonizados no Direito: por um lado, o pensamento jurídico sobre suas razões fundamentais e forma de ser e, por outro lado, a dimensão operacional da norma e das instituições. Em outras palavras, o ponto de vista teórico e o prático. A AID parte do campo de estudo das políticas públicas, em forte ascensão, como aquele que demanda em maior grau esse esforço de integração, que vai além do próprio Direito e demanda também uma interlocução com as outras ciências sociais.

## **Objetivo geral**

O objetivo geral da pesquisa é compreender, no que se refere ao processamento das ADOs analisadas, a dinâmica institucional que tem sido estabelecida entre o Supremo Tribunal Federal e os legitimados a propor a ação, a fim de obter pistas sobre o fenômeno da omissão inconstitucional no Brasil, o desenho do sistema de separação de poderes do país e sua legitimidade democrática.



## Objetivos específicos

Os objetivos específicos da pesquisa são:

- a) Identificar se há padrões de contenção ou avanço do Supremo Tribunal Federal no suprimento da omissão legislativa, de acordo com o tipo de norma constitucional invocada, com os atores políticos envolvidos, com o bem jurídico tutelado ou quaisquer outros critérios que indiquem padrões decisórios;
- b) Identificar a proporção de decisões interlocutórias que deferiram, deferiram parcialmente ou não deferiram antecipação de tutela ou medida cautelar nas sessenta e sete ADOs analisadas;
- c) Identificar a proporção de sentenças e acórdãos que julgaram procedentes, parcialmente procedentes ou improcedentes os pedidos formulados na inicial, ou que extinguiram o processo sem resolução do mérito;
- d) Identificar as principais razões invocadas pelo STF para justificar a concessão ou a não concessão dos pedidos formulados nas petições iniciais;
- e) Identificar os temas tratados nas sessenta e sete ADOs analisadas (direitos e garantias fundamentais; organização do Estado; organização dos poderes; defesa do Estado e das instituições democráticas; tributação e orçamento; ordem econômica e financeira; ordem social; disposições constitucionais gerais; ADCT; ou Emendas) e a sua proporção;
- f) Identificar a proporção de autores das sessenta e sete ADOs de acordo com as categorias de legitimados previstos na Lei nº 9.868/1999 (Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional);

- g) Analisar os resultados da pesquisa qualitativa e quantitativa à luz das discussões da Teoria Constitucional sobre separação de poderes, freios e contrapesos, diálogo institucional, performance deliberativa e legitimidade democrática.

### **Estágio atual da discussão / estado da arte**

É vasta a produção bibliográfica sobre a interação entre os poderes e a aptidão dessa interação para fortalecer ou enfraquecer a democracia no Brasil. Afinal, a separação dos poderes e suas variações são tema de calorosos debates há séculos. Não bastasse o aspecto histórico, existem cada vez mais elementos que contribuem para que o tema volte ao centro das atenções: o protagonismo do Supremo Tribunal Federal na política brasileira dos anos 2000; as discussões acerca da real representatividade do Congresso Nacional; o acirramento dos mecanismos de oposição às indicações presidenciais para o STF; e, mais recentemente, o cenário de crise da democracia no Brasil.

Esses fatores contribuem para que a discussão em torno da legitimidade democrática da atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal nunca se esgote. Mesmo a vasta produção histórica não milita contra a relevância da presente pesquisa. Primeiro, pelo fator temporal: muitos acontecimentos das duas últimas décadas devem ser levados em consideração na análise do tema. Segundo, pelo recorte deste trabalho: busca-se investigar não o Supremo como um todo, mas a sua jurisdição no tema da omissão inconstitucional, que é especialmente delicado.

Ao identificar essas balizas, e por consequência criar filtros de análise, a revisão de literatura se torna menos volumosa. É que, embora sejam muitos trabalhos, não são tantos os que buscam superar as conclusões já antigas acerca do tema.

A produção acadêmica sobre a omissão inconstitucional é prova disso. Foi bastante lenta a superação da visão mais dogmática sobre o assunto. Era praticamente uníssona a caracterização da inconstitucionalidade por omissão somente a partir do prisma estritamente jurídico-normativo. Nesse sentido: MIRANDA, 1988; CLÈVE, 1994; FERRARI, 1999; MORAIS, 2002; PIOVESAN, 2003; BARROSO, 2008.

Em meados da década de 2010, porém, nas proximidades do aniversário de trinta anos da Constituição de 1988, o cenário de omissão global no cumprimento do projeto da Nova República já se apresentava de forma mais evidente. Com o passar do tempo, as violações omissivas ao texto constitucional já não eram tão facilmente ignoráveis. Era necessário dar conta desse problema, tratando-o não somente segundo uma análise normativa, mas também do ponto de vista sócio-histórico.

Foi nesse cenário que foi produzida a obra que fincou o estágio atual da discussão. Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015) propõe, como forma de lidar com o cenário global de omissão, uma compreensão da inconstitucionalidade omissiva não somente como fenômeno jurídico, mas sobretudo como um acontecimento social. A causa da situação omissiva passa a ser, nesse sentido, algo maior que somente o descumprimento de uma ordem normativa expressa, mas também a ineficiência do Estado, de modo mais amplo, principalmente no que se refere à efetivação de direitos fundamentais.

Também a produção sobre a legitimidade democrática da atuação do STF aponta para a lenta superação de paradigmas já obsoletos. Uma primeira categoria que precisou ser revista, já cristalizada na opinião pública e em parte da literatura do início do século XXI, é o da “judicialização”. Trata-se de conceito que orientou as primeiras compreensões dos anos 2000 acerca da atuação do Judiciário no Brasil e que persiste orientando parte da produção científica nacional até hoje.

O primeiro problema da ideia de “judicialização” é a sua imprecisão. Em 2016, Paulo Joaquim da Silva Rodrigues (2016) já apontava para a polissemia do termo. O autor inventariou os diferentes sentidos associados à “judicialização”, segundo seus cinco principais referenciais teóricos: Tate e Vallinder (1995); Vianna et. al. (1999); Ferejohn (2002); Hirschl (2006); Taylor e Da Ros (2008). Ao fazê-lo, apontou que, embora haja um núcleo de sentido mais ou menos estável entre essas diferentes visões da judicialização, há diferenças importantes entre elas, que contribuem para um uso oscilante do termo. Concluiu, ademais, que o conceito é altamente permeável ao contexto sociopolítico em que é elaborado.

Alguns dos referidos autores compreendem a judicialização segundo uma abordagem sociológica, enquanto forma de relação entre o Judiciário e a sociedade civil. Outros, por outro lado, constroem o conceito à luz da análise jurídica, com foco na normatividade da interação entre os poderes. Mais do que divergir quanto ao conteúdo do conceito, porém, os autores indicados divergem quanto à legitimação do fenômeno e na identificação de riscos à democracia nele contidos. Nas facetas mais sociológicas da análise, tende-se a identificar na

judicialização um certo grau de inevitabilidade e até mesmo intensificação da democracia. Nas facetas mais normativas, a tendência é a de realçar os riscos envolvidos no fenômeno.

Tate e Vallinder (1995) são mais enfáticos em relação aos efeitos negativos à democracia. Ferejohn (2002) aponta os riscos, mas diz que a judicialização não é necessariamente antidemocrática. Vianna et. al. (1999), embora também identifiquem riscos, adotam leitura positiva e afirmam se tratar de um processo de intensificação democrática. Hirschl (2006) conjuga a análise sociológica à normativa, apontando riscos, mas também compreendendo a judicialização num cenário de fortalecimento da democracia. Taylor e Da Ros (2008) adotam postura pragmática e não fazem prognóstico negativo ou positivo, mas também não apontam danos ao processo democrático.

Esse problema da polissemia e indeterminação do termo “judicialização”, que pode comportar visões tão distintas quanto essas descritas, foi corroborado em pesquisa recente de Jeferson Mariano Silva (2022). O autor ainda adiciona um segundo grave problema ao uso da categoria: a sua falta de rigor analítico. As construções teóricas sobre o conceito, quando testadas, não encontram paralelo na realidade. Identifica-se, ao final, uma inaptidão da categoria para explicar o comportamento do Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Ao investigar o comportamento institucional do Supremo Tribunal Federal, Daniel Augusto Vila-Nova Gomes (2021) apontou um terceiro problema grave que envolve a bibliografia sobre a ideia de judicialização. Em amplo esforço de sistematização da produção já publicada, o autor identificou que muitos autores insistem, equivocadamente, em tratar o fenômeno da judicialização da política como causa do problema, e não como um elemento que constitutivo da história do STF (GOMES, 2021).

A despeito dessa limitação, porém, é possível identificar, em algum grau, um giro na literatura da última década, conforme Mariano Silva (2022). À medida que se tornou obsoleta a construção teórica da “judicialização”, o foco passou a ser nos modelos de comportamento judicial. Importava mais, portanto, investigar a forma como juízes decidem do que somente identificar padrões normativos de atuação do tribunal. “(...) para explicar as interações entre os poderes, é presumivelmente mais adequado tratar o Supremo como um ator, não um instrumento” (MARIANO SILVA, 2022). Nesse espectro se situa também o debate em torno da fragmentação do processo decisório do Supremo, o que gerou discussões em torno de expressões como “onze ilhas” (MENDES, 2010) e “ministocracia” (ARGUELHES e RIBEIRO, 2018).

A essas observações se somam as compreensões acerca do diálogo institucional no sistema brasileiro, desenvolvidas na década de 2010. Uma das mais relevantes talvez esteja

sintetizada no trabalho de Conrado Hübner Mendes (2011). O autor questiona a doutrina da “última palavra”, substituindo-a por um processo contínuo de deliberação, que alcança, no máximo, uma “última palavra provisória”.

Ao desenvolver essa ideia, Mendes refuta a discussão sobre que poder deve deter a autoridade máxima numa democracia, substituindo-a por um raciocínio que dê conta da complexidade, das divergências, das diferentes fontes de legitimidade de cada poder. Reconhecendo essa realidade, introduz a lógica da deliberação, reafirmada em outro trabalho posterior (MENDES, 2013).

Com essas contribuições, o debate no Brasil avançou, de modo que se estabilizou relativamente a compreensão do Legislativo e do Judiciário enquanto atores políticos, e não meramente enquanto instituições autônomas e estáticas. Essa lente de análise é fundamental para dar conta da dinâmica real de interação entre os poderes.

Ademais, a discussão também evoluiu no que se refere à legitimidade democrática da atuação do Judiciário. Ainda conforme Mendes (2011), não se trata somente de uma legitimidade preexistente, mas sim de um processo contínuo de legitimação desses atores. O critério legitimador, nesse caso, é o argumento. Somente a partir do debate público a validade das decisões pode ser continuamente construída.

No final da década de 2010, o debate em torno da legitimidade democrática da atuação do Supremo Tribunal Federal se aprofundou, diante do contexto de crise democrática. As premissas que até então sustentavam a discussão tiveram de ser revistas. Afinal, a dinâmica de interação entre os poderes, e especialmente o papel do Supremo Tribunal Federal, alcançaram graus importantes de ineditismo.

A crise democrática no Brasil remonta às manifestações populares de junho de 2013, mas alcançou seu ápice com a eleição de Jair Bolsonaro em 2018. O fenômeno vem sendo tratado por diversos autores, entre os quais se destaca VIEIRA, 2018; NOBRE, 2022; SOUZA NETO, 2020; SARMENTO, 2023; NUNES, 2022; VIEIRA *et. al.*, 2022; PONTES, 2020.

Especificamente em relação ao papel do Supremo Tribunal Federal no cenário de crise, Daniel Sarmento (2023) aponta para três momentos cruciais nesse processo: o “momento lavajatista”, o período do governo Bolsonaro e o período pós-Bolsonaro. Em cada um deles, a postura do tribunal foi legitimada de formas distintas. No auge da crise, ganhou corpo a ideia de “democracia militante” (PONTES, 2020), apta a justificar uma certa heterodoxia em prol da defesa do regime democrático.

A presente pesquisa parte desse estágio da discussão, em que se identifica: (i) a construção de um paradigma sócio-histórico de caracterização da omissão inconstitucional;

(ii) o desenvolvimento de novas chaves de análise do comportamento do Supremo Tribunal Federal, derivadas da Ciência Política; e (iii) o surgimento de novos desafios que atualizam a discussão sobre a legitimidade democrática da atuação do tribunal, o que certamente interfere na jurisdição da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

### **Estrutura do texto**

O primeiro capítulo é um ponto de partida. Ele apresentará as premissas das quais o trabalho parte, considerando que nenhuma pesquisa empírica, por maior que seja a força do raciocínio indutivo, começa de um vazio. Existe um acúmulo anterior que orienta não só a escolha do tema, mas também a própria forma de concebê-lo. Nesse primeiro capítulo, então, será traçado um panorama sobre a omissão inconstitucional enquanto problema de pesquisa. O objetivo é deixar à mostra, num primeiro momento, quais são as diferentes formas de se constituir o problema a partir da literatura já produzida e dos acontecimentos recentes na história do Brasil. Dentre o universo de opções possíveis, buscarei sistematizar, a partir da produção já realizada, duas linhas mestras de compreensão do tema, que orientam duas lentes de análise que me parecem antagônicas. Ao final, indicarei qual paradigma, entre os dois apresentados, orienta o presente trabalho e a forma como ele concebe a omissão enquanto fenômeno político-jurídico. Isso será essencial para o desenvolvimento de todas as etapas posteriores da pesquisa.

No segundo capítulo, aplicarei essas premissas ao sistema de justiça constitucional. Para isso, apresentarei a primeira parte dos dados extraídos da fase empírica da pesquisa. Eles são focados na variável “o quê”. O objetivo será identificar a qual paradigma os autores das ADOs analisadas se filiam. O que eles entendem por omissão inconstitucional? Que temas constitucionais mais foram suscitados por eles? O que isso revela sobre a forma como a Justiça Constitucional trata o problema de pesquisa? Em seguida, para complementar a análise, buscarei entender como o próprio STF reagiu ao tema nas últimas décadas e a que lente de análise o tribunal se filiou. Com isso, buscarei contemplar não só a visão dos autores das ADOs, mas também a do tribunal.

No terceiro capítulo, o foco será na variável “quem”. Neste momento os autores das ações serão os protagonistas da pesquisa. O objetivo será o de identificar que categorias de autores foram mais recorrentes, qual foi a dinâmica estabelecida entre eles e o Supremo

Tribunal Federal e o que isso revela sobre a dinâmica de diálogo institucional em torno da omissão inconstitucional. Afinal, quem são essas pessoas que têm interesse no controle da omissão inconstitucional? Quais foram os atores políticos privilegiados pelo sistema? Quais foram os que ficaram de fora? Para subsidiar os dados da fase empírica da pesquisa, revisitarei a produção sobre alguns temas bastante caros ao tema tratado no capítulo: os filtros de acesso ao controle concentrado de constitucionalidade, o acesso à justiça constitucional e o diálogo institucional no Brasil.

No quarto capítulo, tentarei identificar as formas pelas quais o Supremo constrói discursivamente a sua legitimidade democrática, quando na análise dos pedidos formulados nas ADOs. Que fatores contribuíram para legitimar (não só juridicamente, mas também social e politicamente) as decisões mais ousadas? De que artifícios o tribunal se valeu para conformar a sua atuação nas ADOs investigadas? Para responder à pergunta “o comportamento do Supremo nas ADOs foi democrático?”, tentarei formular uma outra que a antecede “de que democracia estamos falando?”. Dessa forma, na revisão de literatura posterior à apresentação dos dados, revisitarei as teorias da democracia para identificar aquelas com as quais o comportamento do Supremo mais se harmonizaria. Em seguida, farei estudo breve sobre as técnicas de decisão que permitem algum grau de criação judicial. Por fim, tentarei extrair ferramentas de análise a partir da disseminada ideia de “ativismo judicial”.

## 1. PONTO DE PARTIDA: O MAPA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

O SR. CONSTITUINTE BONIFÁCIO DE ANDRADA: – Sr. Presidente, a nossa emenda, que recai sobre o art. 122, § 2º, visa a melhorar o entendimento entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, no tocante à inconstitucionalidade por omissão. No texto da lei, o Supremo Tribunal Federal manda para o Poder Legislativo uma determinação, uma obrigação para fazer, em certo prazo, uma lei, o que nos parece, digamos assim, um pouco chocante e conflitante.<sup>5</sup>

### 1.1. Identificando o problema

Várias e inesgotáveis são as controvérsias constitutivas daquilo que se convencionou chamar controle concentrado da omissão inconstitucional. A vinculação da atividade do legislador, que é a base sobre a qual se funda a inconstitucionalidade na forma omissiva, tensiona a dinâmica da separação dos poderes e, ao mesmo tempo, apresenta-se como possível solução ao problema da concretização dos direitos fundamentais. O papel do legislador nesse processo é fundamental porque “cria uma parte da esfera pública e da realidade da Constituição”, atuando como “elemento precursor da interpretação constitucional” (HÄBERLE, 2002, p. 27). Ao fazê-lo, exerce seu papel de materialização do texto constitucional, por meio de um processo de atribuição de sentido.

Mesmo na Alemanha, sistema jurídico de significativa referência na sistemática do controle de constitucionalidade, o tema da omissão inconstitucional é relativamente recente. No início do século XX, na vigência da Constituição de Weimar, o reconhecimento do *dever legislativo* era tido como inadmissível. Hans Kelsen e Georg Jellinek foram alguns dos que ecoaram esse pensamento, ancorados na defesa da irrestrita liberdade legislativa (MENDES, 2012a).

A virada se deu com o advento da Lei Fundamental de 1949. Ao vincular o legislador a uma robusta carta de direitos fundamentais e fortalecer a força normativa da Constituição, o ordenamento jurídico alemão abriu espaço para o reconhecimento, ainda incipiente, da possibilidade de responsabilização do Estado por ato de índole normativa (Ibid.).

---

<sup>5</sup> ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão de Sistematização. **Atas das Comissões**. Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, 1987, p. 1812. Disponível em <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituin角度/systema.pdf>>. Acesso em 26/03/2023.



Num primeiro momento, o tema era restrito às discussões em sede jurisprudencial, já que ainda não se cogitava de um aparato constitucional que buscasse sanar a omissão legislativa (BARROSO, 2008). Em seguida, passou a ser enfrentado de modo mais amplo pela literatura jurídica e ganhou fôlego na comunidade germânica. Sinais disso estão presentes na teoria dos direitos fundamentais desenvolvidas por Alexy, quando, por exemplo, o autor prevê os direitos a ações positivas normativas como um dos tipos de direitos inventariados por sua obra.

Conforme Alexy, “direitos a ações positivas normativas são direitos a atos estatais de criação de normas” (ALEXY, 2006, p. 202). Trata-se, em outras palavras, da prerrogativa de se exigir do Estado as medidas imprescindíveis à proteção de um bem jurídico constitucionalmente protegido. Essa formulação teórica vai diretamente ao encontro da doutrina do controle da omissão legislativa, pois traz em seu cerne a compreensão da normatização estatal como um direito subjetivo. “(...) também os direitos a ações positivas normativas adquirem o caráter de direitos a prestações” (Ibid., p. 202).

Além da Alemanha, também na Itália o tema começou a florescer nas discussões da jurisprudência, a partir do final da década de 1950 (BARROSO, 2008). O tribunal constitucional italiano já assumiu para si a tarefa do controle da omissão legislativa desde a sua instituição (MENDES, 2012a). Não por coincidência, os dois primeiros países que desenvolveram uma jurisprudência do controle da omissão inconstitucional, Alemanha e Itália, têm em comum o fato de terem experimentado pouco antes os horrores dos regimes fascistas.

Embora a construção de uma doutrina do controle da omissão legislativa já viesse se desenvolvendo pela via jurisprudencial nos referidos países, foi somente na antiga Iugoslávia, na Constituição de 1974, que se estabeleceu pela primeira vez um instrumento próprio de controle da omissão legislativa, da seguinte forma:

Artigo 377: Se a Corte Constitucional da Iugoslávia constatar que uma agência competente não aprovou uma portaria relativa à aplicação das disposições da Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia, estatutos federais ou outros regulamentos e decretos federais, e deveria ter aprovado tal portaria, a Corte informará a Assembleia. (PAVIČIĆ, 1974, em tradução livre).

Estava ali plantada a semente do controle da omissão legislativa. O foco era, como está expresso no texto, a efetividade das normas já vigentes (não só da Constituição, mas também de vários outros tipos de norma infraconstitucional).

Seguindo a tendência inaugurada pela Iugoslávia, a Constituição da República Portuguesa de 1976 também se dedicou ao tema. Em seu artigo 279<sup>6</sup>, estabeleceu a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e, em seu artigo 283<sup>7</sup>, instituiu o Tribunal Constitucional responsável por julgá-la.

Tendo por base tão poucos precedentes no direito estrangeiro, a Constituição brasileira de 1988 introduziu, em seu art. 103, §2<sup>o</sup>, o controle de constitucionalidade da omissão legislativa. O mesmo ocorreu na Costa Rica, em sua reforma processual de 1989; na Hungria, por meio da reforma constitucional de 1989; e, mais recentemente, na Bolívia, em 2009 (CAMPOS, 2015).

A instituição da ação direta de inconstitucionalidade no Brasil, como se viu, não foi precedida de grandes reflexões mais aprofundadas sobre o tema. Poucas eram as experiências no direito comparado capazes de informar o constituinte originário acerca da complexidade do assunto. Isso pode ser visto como um mérito da Constituição de 1988, tendo em vista a ousadia do desenho institucional que se formulava, mas também como um fator de desafio à concretização daquele sistema.

Fato é que a escassa experiência internacional, aliada a um estranhamento da comunidade jurídica nacional, fez com que o tema fosse recebido com desconfiança no Brasil (MENDES, 2012a). A citação que abre o capítulo deixa isso bem claro: a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal estabelecer uma obrigação ao Parlamento foi descrita como “chocante” na Assembleia Constituinte. A origem iugoslava do sistema de controle da omissão legislativa fortalecia o teor da crítica, muitas vezes vocalizada por grupos altamente refratários ao regime socialista.

---

<sup>6</sup> Na redação original: “ARTIGO 279.º (Inconstitucionalidade por omissão) Quando a Constituição não estiver a ser cumprida por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, o Conselho da Revolução poderá recomendar aos órgãos Legislativos competentes que as emitam em tempo razoável.” cf. Constituição da República Portuguesa, disponível em [www.pgdlisboa.pt/leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis), acesso em 23/10/2022.

<sup>7</sup> Na redação original: “ARTIGO 283.º (Comissão Constitucional) 1. Junto do Conselho da Revolução funciona a Comissão Constitucional. 2. Compõem a Comissão Constitucional: a) Um membro do Conselho da Revolução, por ele designado, como presidente e com voto de qualidade; b) Quatro juizes, um designado pelo Supremo Tribunal de Justiça e os restantes pelo Conselho Superior da Magistratura, um dos quais juiz dos tribunais da Relação e dois dos tribunais de primeira instância; c) Um cidadão de reconhecido mérito designado pelo Presidente da República; d) Um cidadão de reconhecido mérito designado pela Assembleia da República; e) Dois cidadãos de reconhecido mérito designados pelo Conselho da Revolução, sendo um deles jurista de comprovada competência. 3. Os membros da Comissão Constitucional exercem o cargo por quatro anos, são independentes e inamovíveis e, quando no exercício de funções jurisdicionais, gozam de garantias de imparcialidade e da garantia de irresponsabilidade própria dos juizes.” cf. Constituição da República Portuguesa, disponível em [www.pgdlisboa.pt/leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis), acesso em 23/10/2022.

<sup>8</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Não obstante a superficialidade da crítica, não parece razoável negar que haja, sim, uma aproximação entre o problema da omissão inconstitucional, concebido como tal, e uma concepção de Estado mais alargada. O problema da omissão inconstitucional é, por sua natureza, um problema do Estado Social (PIOVESAN, 2003). Isso porque a igualdade estatuída por esse modelo de Estado é aquela compreendida em sentido material, ou seja, aquela que se concretiza não perante a lei, mas por meio dela (BERCOVICI, 1999).

Somente um fazer do Estado, isto é, uma capacidade de agência, pode ser capaz de alcançar essa finalidade, em oposição a um não fazer, que se configura por uma omissão. “Anuncia-se a passagem do Estado liberal ao Estado social, intervencionista e planejador, de quem se exige prestações positivas. Inverte-se, desde logo, o objeto clássico da pretensão de omissão dos poderes públicos e transita-se para uma proibição de omissão” (PIOVESAN, 2003, p. 32).

Nesse sentido, a introdução da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão na Constituição de 1988 se revela coerente com o texto constitucional lido em sua totalidade. São várias as disposições que apontam para um crescimento do papel do ente público. O principal exemplo talvez seja a ampla carta de direitos fundamentais alocada no Título II, que também aponta para uma forte demanda pela ação do Estado. Daí se afirmar, de maneira “inquestionável” (GRAU, 2010, p. 174), que a Constituição de 1988 é uma Constituição dirigente.

A coerência do poder constituinte também se revela pela constatação da grande quantidade de dispositivos constitucionais que delegam ao poder Legislativo o dever de regulamentação. Muitos são os casos em que a Constituição não confere à norma os meios e técnicas necessários à sua executoriedade. Sem a previsão do correspondente mecanismo de saneamento da omissão legislativa, a aplicabilidade dessas disposições poderia ser ameaçada.

Disso se poderia extrair uma relativa falta de vontade do poder constituinte de prever a muitas das normas constitucionais a regulamentação suficiente à sua autoaplicabilidade. Assumindo-se como verdadeira essa proposição, surge o problema: por que razões o poder constituinte quis a produção da norma, mas não quis ampliar a sua produção de efeitos? Por que criar a norma, senão para que ela produza efeitos imediatos e diretos? Qual é a razão de se introduzir na Constituição um dispositivo normativo que não tenha eficácia plena?

Sem perder de vista a extensão do problema, que extrapola o objeto do Direito Constitucional e invade as fronteiras da História e da Ciência Política, pode-se extrair uma pista para a pergunta a partir de Oscar Vilhena Vieira e Ana Laura Pereira Barbosa, no texto

“Do Compromisso Maximizador à Resiliência Constitucional”, publicado no Dossiê 30 Anos da Constituição da Brasileira da Revista *Novos Estudos CEBRAP*.

Vieira e Barbosa apontam, no referido trabalho, que a elaboração da Constituição de 1988, particularmente, foi marcada por inúmeras disputas entre grupos de interesses antagônicos. Ao mesmo tempo, os autores ecoam a crítica tradicional de que se trata de texto constitucional excessivamente detalhado e ambicioso. Essa conjunção de fatores resultou, então, em uma estratégica incorporação de interesses, por vezes contraditórios, que garantiu, pelo menos nos primeiros 30 anos de vigência, aquilo que chamam de resiliência constitucional (VIEIRA e BARBOSA, 2018).

Em outras palavras, foram muitos os desacordos incorporados ao texto constitucional de forma atenuada. Parte da estratégia adotada durante o processo constituinte para lidar com esse dilema foi a redação dos pontos conflituosos de maneira genérica e reduzida, delegando ao legislador ordinário o papel de solucionar posteriormente os pontos controversos. Isso faz com que até hoje o texto constitucional seja objeto de constante disputa. Ao mesmo tempo, torna ainda mais relevante o problema da omissão inconstitucional.

Delegar ao legislador ordinário a tarefa de posteriormente regulamentar dispositivos constitucionais significou, pelo menos naquele momento, uma forma de se resolver os principais conflitos que se colocaram em torno dos debates da Assembleia Constituinte. Isso aconteceu principalmente na seara de temas que naquele momento foram entendidos como controversos e espinhosos, que dificultavam a conjugação dos interesses conflitantes em torno de um compromisso. Afinal, nas palavras de Peter Häberle, *Direito Constitucional é um direito de conflito e compromisso* (HÄBERLE, 1997).

Um bom exemplo desse impasse é o caso da proteção do trabalhador em face da automação, disposição que permeava, no momento constituinte, as preocupações com o futuro do trabalho diante das inovações tecnológicas. O direito de proteção do trabalhador veio a ser positivado no art. 7º, inciso XXVII, da Constituição de 1988. No entanto, sua previsão constitucional não lhe garantiu eficácia plena, tendo em vista que o poder constituinte não o dotou de meios e técnicas de executoriedade. Em vez disso, empregou a corriqueira formulação “na forma da lei”, para que o tema fosse detalhado pela via infraconstitucional.

Mais de três décadas após a promulgação da Constituição, porém, o dispositivo carece de regulamentação legal, a despeito de, até o ano de 2019, dezoito propostas

legislativas de regulamentação terem sido apresentadas na Câmara dos Deputados, conforme dados disponíveis no portal da Câmara<sup>9</sup>.

## **1.2. A omissão enquanto dogma: a compreensão da omissão inconstitucional enquanto fenômeno estritamente jurídico-normativo**

Assentadas, brevemente, as origens da discussão, pode-se passar a uma etapa seguinte: a da identificação da forma pela qual a omissão se constitui como fenômeno jurídico no Brasil. A construção histórica do tema apontará para duas formas essenciais de compreensão do problema: primeiro como um problema estritamente jurídico-normativo, conforme a dogmática tradicional; em seguida, como um problema social compreendido juridicamente, conforme perspectivas críticas desenvolvidas recentemente.

O objetivo desse raciocínio progressivo é estabelecer de modo mais detalhado o estado da arte do tema, bem como compreender as razões que ajudam a explicar o comportamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento das sessenta e sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão analisadas nesta pesquisa, cujos dados serão enfrentados no decorrer do trabalho.

A dogmática tradicional, ao se deparar com a norma insculpida no art. 103, §2º da Constituição de 1988, buscou os mecanismos então disponíveis para dar conta da conceituação daquilo que viria a ser a omissão inconstitucional, com o objetivo de demarcar os limites do seu controle pela via judicial. Nesse primeiro momento, a doutrina constitucional optou por recorrer às categorias que explicavam a forma pela qual as normas constitucionais produziam efeitos. Afinal, “o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da Constituição” (MENDES, 2012a, p. 68).

Como principal referencial teórico no assunto, invocou-se naquele primeiro momento a tríplice classificação das normas constitucionais desenvolvida por José Afonso da Silva, que veio a se tornar um marco da doutrina constitucional. Esse sistema classificatório

---

<sup>9</sup> Proposições apresentadas: PL 2010/1989; PL 2151/1989; PL 2867/1989; PL 4195/1989; PL 6101/1990; PL 2313/1991; PL 325/1991; PL 354/1991; PL 790/1991; PL 2902/1992; PL 3053/1997; PL 1366/1999; PL 34/1999; PL 2611/2000; PLP 208/2004; PL 2197/2007; PL 2197/2007; PL 1091/2019. As informações são constantes do portal da Câmara dos Deputados: DISPOSITIVOS constitucionais sujeitos à regulamentação. Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/ArtCF0500.htm>>. Acesso em 02/08/2022.

foi proposto pelo autor na célebre obra “Aplicabilidade das normas constitucionais”, cuja primeira edição data de 1968.

O sistema clássico de José Afonso da Silva distingue as normas constitucionais, no que se refere à sua eficácia jurídica, entre as de eficácia plena, as de eficácia contida e as de eficácia limitada ou reduzida (SILVA, 2007). Embora o referido sistema tenha sido altamente difundido e consagrado nas últimas décadas, sendo, portanto, de conhecimento de grande parte da comunidade jurídica, para os fins deste trabalho faz-se necessário revisá-lo, ainda que brevemente, porque seus contornos teóricos serão essenciais para a construção histórica da omissão inconstitucional enquanto categoria jurídica no Brasil. Esse é um dos principais pontos de partida do problema da omissão.

Normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que “produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los)” porque o legislador constituinte criou “uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto” (Ibid., p. 82). Nos termos formulados pelo autor, parece elementar à ideia de eficácia plena a incidência direta e imediata da norma. A imediatidade decorre do fato de que a norma é dotada “de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são auto-aplicáveis” (Ibid., p. 102).

Normas de eficácia contida, por sua vez, são aquelas que, assim como as de eficácia plena, produzem os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de fazê-lo), “mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias” (SILVA, 2007, p. 82). A eficácia é dita contida porque pode ser restrita pela atuação do legislador ordinário. Desse modo, a produção de efeitos da norma não fica vinculada à atuação do legislador, mas tão somente pode ser restringida por ele.

No caso das normas de eficácia limitada ou reduzida, ocorre o inverso. A atuação do legislador é essencial para que haja a produção dos efeitos essenciais da norma. Não há a produção automática de efeitos com a simples promulgação do dispositivo normativo. A falta de eficácia imediata, aliás, decorre da falta de vontade do legislador constituinte de estabelecer uma normatividade sobre a matéria bastante para isso (SILVA, 2007).

Em síntese:

Por isso, pode-se dizer que as normas de eficácia plena sejam de *aplicabilidade direta, imediata e integral* sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica, enquanto as normas de eficácia limitada são de *aplicabilidade indireta, mediata e reduzida*, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidos

aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes, como melhor se esclarecerá depois. As normas de eficácia contida também são de *aplicabilidade direta, imediata, mas não integral*, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade. (SILVA, 2007, p. 83, grifos do autor)

Tomando por base esse sistema classificatório, a categoria que mais importou naquele primeiro momento foi o da norma de eficácia limitada. Por sua natureza, que demanda um fazer legislativo, ela confere uma obrigação constitucional a um dos poderes da República que, caso não correspondida, pode gerar um quadro de omissão.

Surgiu, então, a inevitável questão: quais seriam as condições para que houvesse a omissão inconstitucional? Em que medida o não fazer legislativo configuraria uma liberdade decorrente da independência de cada um dos Poderes (assumindo-se o ato de não fazer enquanto um ato de liberdade e de vontade)? Em que medida, no sentido oposto, esse não fazer violaria a Constituição?

Clèmerson Merlin Clève foi um dos primeiros autores a enfrentar essas questões, em sua tese apresentada a concurso para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná, datada de 1994. Ao analisar o tema da inconstitucionalidade por omissão, afirmou que a omissão inconstitucional “não pode ser concebida do ponto de vista puramente naturalístico” (CLÈVE, 1994, p. 314). Com isso, quis dizer que a realidade social não é o critério para a identificação da omissão juridicamente relevante, mas sim o comando da norma. “(...) só é juridicamente relevante o não cumprimento de uma norma constitucional individualizada, e, portanto, ‘certa e determinada’.” (Ibid., p. 314-315).

A base invocada pelo autor para essa construção é a teoria desenvolvida por José Afonso da Silva. É no seio da ideia de norma constitucional de eficácia limitada que Clève desenvolve uma estrutura restritiva à inconstitucionalidade por omissão. Tudo isso se soma na obra a uma forte inspiração da doutrina portuguesa (CANOTILHO, 1982; MIRANDA, 1988).

Sobre o assunto, José Afonso da Silva aponta que o sistema de controle da inconstitucionalidade por omissão inaugurado pela Constituição de 1988 teve na Constituição portuguesa uma de suas principais inspirações. No entanto, acabou ficando aquém daquele modelo, por três razões essenciais: não instituiu o Tribunal Constitucional; não incluiu os cidadãos entre os legitimados ativos (como ocorre na Alemanha, por exemplo); e foi tímida quanto às consequências da decretação da inconstitucionalidade por omissão (SILVA, 2020).

A construção desenvolvida por Clèmerson Merlin Clève é também inspirada na doutrina penalista da omissão. A omissão, no Direito Penal, é juridicamente relevante quando

se referir a uma ação determinada (PRADO, 2011). Ou seja, ela se configura a partir de um confronto com um comportamento previamente prescrito. Sem a previsão expressa e anterior que obrigasse a uma ação determinada, não se poderia falar de omissão penalmente relevante. Clève transplanta esse raciocínio para o plano constitucional, postulando que a omissão inconstitucional só será caracterizada quando houver o dever constitucional expresso de agir (CLÈVE, 1994).

É importante registrar que Clève não reduz a eficácia da norma à ocasião de sua regulamentação. O autor endossa o entendimento de que todas as normas constitucionais são capazes de produzir uma eficácia mínima, de modo que diferem somente quanto ao grau de eficácia positiva alcançável (CLÈVE, 1994). O problema da omissão, portanto, seria um problema relacionado ao grau de eficácia da norma, a ponto de demandar a intervenção judicial ou não.

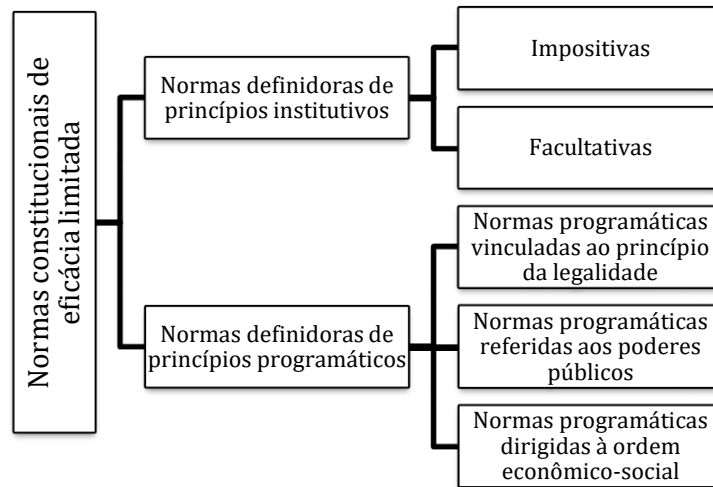
Flávia Piovesan, ao enfrentar o tema, caminhou em sentido parecido. A semelhança parte da base teórica de sua teoria: a autora também ressoou a tríplice classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia. Corroborando a construção que vinha sendo feita da omissão inconstitucional, a autora adotou a teoria de José Afonso da Silva como premissa para sistematizar o tema, tomando por referência a ideia sintetizada na categoria “normas constitucionais de eficácia limitada” (PIOVESAN, 2003).

A referida construção conceitual dá conta do problema decorrente da limitada produção de efeitos de um dispositivo da Constituição, por vontade do legislador de que esses efeitos fossem produzidos por uma atuação do legislador ordinário. Essa compreensão foi central para o desenvolvimento do trabalho.

Aprofundando o conceito, Flávia Piovesan buscou delimitar quais seriam exatamente as normas de eficácia limitada que dependem da atuação legislativa para a produção de efeitos. Para isso, distingue-as em dois subgrupos: normas definidoras de princípios institutivos e normas definidoras de princípios programáticos. O primeiro subgrupo comportaria as impositivas e facultativas, enquanto o segundo subgrupo comportaria as vinculadas ao princípio da legalidade, as referidas aos poderes públicos e as dirigidas à ordem econômico-social em geral. Assim:



**Gráfico 1** Normas constitucionais de eficácia limitada.



Fonte: elaborado pelo autor (2023), a partir de informações de Piovesan (2003).

Mais importante do que a profusão de conceitos, contudo, é a compreensão acerca do sentido intrínseco às ramificações feitas por Piovesan. Dentre as normas definidoras de princípios institutivos, só seriam caracterizadoras da omissão inconstitucional aquelas de índole impositiva, posto que são elas que vinculam a atividade do legislador ordinário.

Entre as definidoras de princípios programáticos, apenas interessariam ao tema aquelas vinculadas ao princípio da legalidade, pois são as únicas que estabelecem o dever jurídico de legislar<sup>10</sup> (Ibid.).

Como já foi dito, o objetivo desta construção histórica não é a apresentação de todas essas variações conceituais como fins em si mesmas. A finalidade não é a simples invocação de termos e categorias já há muito conhecidos, com o suposto intuito de elencar autores e divergências terminológicas, pois isso sequer seria necessário, ante a grandeza das obras que produziram os conceitos referidos. O objetivo aqui é a compreensão dos sistemas que deram

<sup>10</sup> Essa formulação doutrinária sobre os tipos de normas que ensejam omissão inconstitucional é reproduzida pelo Ministro Alexandre de Moraes em seu voto na ADO 26/DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) [...]. Autor: Partido Popular Socialista. Réu: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello, 06/10/2020, disponível em <<https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=ADO&numero=26>>. Acesso em 25/10/2022).

origem ao problema da omissão inconstitucional. Assim, os conceitos são apenas meios de se estabelecer os paradigmas presentes no delineamento do problema.

No bojo do que aqui se chama de dogmática tradicional estão também formulações que, a despeito de serem relativamente recentes, alinham-se em maior ou menor grau à compreensão desenvolvida nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988. É o caso, por exemplo, da doutrina de Luís Roberto Barroso, ao afirmar que “a inconstitucionalidade por omissão, como um fenômeno novo, que tem desafiado a criatividade da doutrina, da jurisprudência e dos legisladores, é a que se refere à inércia na elaboração de *atos normativos* necessários à realização dos comandos constitucionais.” (BARROSO, 2008, p. 32, grifo do autor).

Como se vê, Barroso delimita a ideia de inconstitucionalidade por omissão, circunscrevendo-a ao campo da normatização. O parâmetro para a identificação da inércia, nesse sentido, não seria a realidade empiricamente observada, mas sim a edição ou não de uma norma regulamentadora. Caso haja a norma, não haverá omissão. Não importa, para tanto, a aferição concreta do grau de efetivação do direito em questão a partir de indicadores sociais.

Barroso diferencia, ainda, três tipos de omissão: total (casos em que o legislador, embora convocado pelo constituinte, não edita nenhuma lei), parcial propriamente dita (casos em que a norma existe, mas é insuficiente ou deficiente) e relativa (casos em que a norma outorga um benefício a um grupo de pessoas, em prejuízo de outros grupos que deveriam ter sido contemplados) (BARROSO, 2008).

Desse sistema se poderia inferir um certo grau de invocação da realidade social como elemento integrante da classificação, tendo em vista a indicação da insuficiência ou deficiência da norma como parâmetros para a identificação do tipo de omissão. Além disso, também se observa o emprego do prejuízo a outros grupos como critério classificatório.

Isso poderia significar uma certa superação do paradigma dogmático tradicional. Essa, no entanto, não parece ser a conclusão mais apurada. É que, tal como consta da citada obra de Luís Roberto Barroso, a insuficiência, a deficiência e o prejuízo de outros grupos parecem ser concebidos como elementos estritamente textuais. Ou seja, são considerados somente como critérios de aferição da sintaxe da norma. O texto normativo inclui em seu conteúdo todos os grupos sociais ou não? Há uma vantagem conferida no texto a algum deles, em detrimento de outro?

Tem-se, portanto, que, mesmo nessa formulação, o critério de classificação não contempla a realidade sócio-histórica, mas tão somente os elementos textuais do dispositivo

normativo. Sendo assim, ainda que se mencione a insuficiência da norma como baliza para a configuração da omissão inconstitucional, é necessário avaliar de que maneira essa insuficiência é apurada. Ela será identificada a partir de uma análise sintática do texto, ou, por outro lado, a partir de uma análise da realidade social? Se o critério for exclusivamente textual, estaremos diante da perspectiva dogmática tradicional.

Também se filia a essa forma de enxergar o tema da omissão Regina Maria Macedo Nery Ferrari, ao acentuar que a inconstitucionalidade na forma omissiva não se caracterizará a partir da violação à Constituição em termos globais, sistemáticos, nem a partir de uma violação a um conjunto de princípios. Para a autora, isso significaria incorrer em incerteza e insegurança (FERRARI, 1999). Desse modo, somente a inércia frente a uma norma individualizada ensejaria a inconstitucionalidade.

Também aqui se verifica forte influência da doutrina constitucional portuguesa. Jorge Miranda já assentava, em seu Manual de Direito Constitucional, que o não cumprimento de norma certa e determinada é pressuposto para a caracterização da omissão legislativa juridicamente relevante (MIRANDA, 1988). De igual modo, Carlos Blanco de Moraes acentua a necessidade de uma exigência constitucional de ação preexistente (MORAIS, 2002).

Sintetizando a compreensão da dogmática constitucional nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, é possível identificar, enfim, um primeiro requisito lógico para a configuração do fenômeno da omissão inconstitucional: a existência de uma norma de estatura constitucional que, por si só, não é dotada de meios capazes de garantir a produção de efeitos em seu núcleo essencial e que, simultaneamente, confere ao legislador não uma faculdade, mas um dever de atuação, por vezes vinculado a um imperativo de legalidade. Como requisito essencial, essa omissão deveria decorrer de uma obrigação constitucional direta, expressa e delimitada, o que se configuraria a partir de enunciados normativos tais como “na forma da lei”, “nos termos de lei complementar” e “nos limites definidos em lei específica”.

Soma-se a esse núcleo essencial do conceito, em alguns autores, o fator tempo, como aponta Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015). Conforme identificado nas formulações mais tradicionais sobre a omissão inconstitucional, o descumprimento do dever de legislar, para que seja juridicamente relevante, deve ser apurado após o transcurso de tempo razoável entre a edição do dispositivo constitucional e a efetiva constatação da inércia. Ou seja, a inconstitucionalidade na forma omissiva só poderia ser diagnosticada após a estabilização do ordenamento constitucional.

O desenvolvimento histórico do tema, como se vê, é marcado por um paradigma estritamente jurídico-normativo de caracterização da inconstitucionalidade por omissão. Isso quer dizer que, desde a promulgação da Constituição de 1988, desenvolveu-se e consolidou-se no Brasil uma interpretação sobre o tema que alçava a própria norma jurídica à condição de parâmetro para identificação da omissão. Com isso, desprezou-se a realidade histórico-social como efetivo indicador da ocorrência do fenômeno.

Essa construção teve e ainda tem repercussões imediatas sobre a forma como o tema vem sendo tratado no Brasil. Não obstante, novas teorias vêm sendo desenvolvidas com o objetivo de ampliar o escopo da omissão inconstitucional, superando a textualidade da norma como único parâmetro de controle. A essas teorias se dedicarão as próximas páginas.

### **1.3. A omissão enquanto fato social: a compreensão da omissão inconstitucional a partir do paradigma sócio-histórico**

Permaneceu incólume por muito tempo na literatura jurídica a compreensão da omissão inconstitucional como fenômeno estritamente jurídico, isto é, respaldada por uma leitura que se limitava ao aspecto jurídico-normativo. Como já salientado, a construção histórica da inconstitucionalidade por omissão, no período pós-1988, privilegiou o entendimento segundo o qual ela se caracterizaria somente a partir de um dever constitucional expressamente atribuído a algum dos entes políticos (na maioria dos casos, o Congresso Nacional).

Todavia, novos olhares sobre a omissão inconstitucional têm sido desenvolvidos nos últimos anos, culminando em alternativas à visão anteriormente cristalizada. O que antes se via como incontestável já se mostra questionável, abrindo espaço para novas formas de se lidar com o fenômeno da omissão. O presente trabalho propõe o agrupamento dessas visões alternativas, bem como do substrato teórico que lhes dá suporte, sob a formulação da omissão enquanto fenômeno não estritamente jurídico, mas como um fenômeno da realidade social. A isso se dedicarão as próximas páginas.

A compreensão dogmática tradicional da omissão inconstitucional, como visto, teve por base o sistema de classificação tripartida das normas constitucionais quanto à sua eficácia, desenvolvido por José Afonso da Silva. O referido sistema, porém, não é o único a dar conta do problema da eficácia das normas constitucionais. Esse modelo, a despeito de ter se

consagrado como um dos mais recorrentes na produção acadêmica e o mais recorrente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (MORAES, 2020), não é o único modelo proposto na teoria constitucional. Outros modelos serão brevemente analisados a seguir, assim como as críticas formuladas à teoria de José Afonso da Silva. Primeiro, passa-se à análise das críticas ao modelo apresentado. Em seguida, à apresentação de modelos alternativos.

Em perspectiva crítica, Virgílio Afonso da Silva entende que o conhecido sistema de classificação das normas constitucionais a partir do seu grau de eficácia, desenvolvido por José Afonso da Silva, se revela incompatível com um regime de ampla proteção dos direitos fundamentais (SILVA, 2006a).

A incompatibilidade entre os dois modelos teóricos pode ser explicada da seguinte forma, em apertadíssima síntese. Conforme a teoria defendida por Virgílio, deve ser rejeitada qualquer forma de limitação implícita a direitos fundamentais. Ou seja: as limitações a esses direitos decorrem somente de uma restrição externa. Sendo assim, tanto as normas de eficácia plena quanto as de eficácia contida e de eficácia limitada podem, da mesma forma, sofrer restrições (Ibid.).

A partir da análise levada a cabo na tese, tentou-se demonstrar *que toda norma que garante um direito fundamental tem alguma limitação na sua eficácia*. Ou seja: *todas as normas são de eficácia limitada*. Aqui, mais uma vez, poder-se-ia imaginar que a tese defendida implica um menor grau de proteção aos direitos fundamentais. Mais uma vez, o que ocorre é o contrário. A classificação de José Afonso da Silva teve o *inegável mérito de romper com a concepção de norma constitucional despida de qualquer eficácia*. Essa é uma idéia agora consolidada. O que aqui se propõe é tentar ir um pouco além. (Ibid., p. 50)

O autor insiste na observação de que sua teoria não implica numa menor proteção aos direitos fundamentais. Pelo contrário, a proposição é a de que não é possível admitir nenhuma forma de restrição implícita a esses direitos, como algumas teorias buscam argumentar. Toda e qualquer restrição é externa. Isso significa, portanto, que as restrições acontecerão de forma clara, e não de forma disfarçada, como aconteceria no caso de se admitir uma restrição *a priori* de qualquer direito fundamental.

A subsunção dos direitos fundamentais a um regime como esse implicará num ônus argumentativo cada vez maior àquele que quiser restringi-lo. Isso não acontece no caso de se admitir uma limitação implícita à eficácia de qualquer direito fundamental. Portanto, reconhecer a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais, desde que pela via da

argumentação e da fundamentação, significa para o autor uma maior proteção desses direitos<sup>11</sup>.

Virgílio Afonso da Silva salienta, ainda, que são inúmeros os fatores necessários para que uma norma constitucional seja dotada de plena eficácia jurídica, sobretudo em relação a direitos fundamentais. “Não há norma constitucional que tenha plena eficácia apenas e tão somente porque uma constituição foi promulgada” (SILVA, 2021, p. 62). Para o autor, é necessário um conjunto de instituições e procedimentos, bem como a própria aceitação da norma pela sociedade, para que a norma seja eficaz. Para que a eficácia se configure, políticas públicas setoriais se tornam mecanismo de importância central.

O professor Virgílio compreende a eficácia da norma jurídica no seio de seus aspectos textuais, institucionais, financeiros, sociais, culturais e de todos os outros que interfiram na materialidade da atuação estatal (pela ação ou omissão). Até mesmo no que se refere aos direitos de liberdade, tradicionalmente compreendidos como vetores da abstenção do Estado, o autor formula a necessidade de integração do aparato jurídico com o aparato sócio-histórico da realidade, a fim de garantir a eficácia da norma (Ibid.). É o caso, no exemplo de Silva, do direito à liberdade de expressão, que, por sua natureza, demanda a paridade de acesso a meios de resposta.

A despeito da crítica de Virgílio Afonso da Silva às correntes de pensamento que ignoram cada uma das nuances apresentadas, o autor não rejeita de plano a distinção elementar entre a eficácia alcançada pela ação e a eficácia alcançada pela omissão. O foco é apontar para a insuficiência desse sistema tipológico, sugerindo novas formas de se pensar o problema da aplicabilidade das normas constitucionais, sobretudo no que se refere a direitos fundamentais.

---

<sup>11</sup> Ana Paula de Barcellos (2008) também contestou a tradicional visão sobre a eficácia ampliada de algumas normas constitucionais, mas por motivos distintos. A autora sustenta que ao princípio da dignidade humana só deve ser conferida eficácia positiva (o grau máximo de eficácia na teoria da autora) naquilo que fizer referência ao mínimo existencial (compreendido pela autora como a inclusão dos direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça). O argumento para isso, porém, é controverso. A autora sustenta que o Judiciário deve preservar o espaço de luta política. “Não cabe ao direito sufocar o espaço de participação, luta e conquista política, como se os juristas e o Judiciário formassem uma classe sacerdotal, superior e paternalista, capaz de prover todos os bens desejados pelo homem” (BARCELLOS, 2008, p. 354). Sem dúvidas ao Judiciário não deve ser atribuída a função política. No entanto, a questão merece atenção especial no que se refere a alguns direitos fundamentais que jamais são contemplados pelas instituições políticas no Brasil. O caráter aristocrático do Judiciário, denunciado pela autora, deve ser criticado principalmente nos pontos em que promove ainda maior exclusão social, marginalização e estratificação. No entanto, se há um ponto em que ele se legitima, é o da capacidade contramajoritária de proteção de minorias. A fragilização dessa premissa, uma das poucas sobre as quais se funda a legitimidade da corte, que é diversa da legitimidade política eleitoral, pode significar a fragilização de todo o sistema. Não é o caso da teoria desenvolvida por Barcellos, que, não obstante a justificação controversa, prevê um sistema coeso e coerente de proteção de direitos fundamentais.

A crítica desenvolvida por Virgílio, como se vê, está fortemente amparada por uma determinada visão do direito, que não o isola da realidade social, como se fosse um sistema autônomo. O autor insere no cerne de sua formulação a ideia de que a eficácia da norma constitucional é construída também a partir da realidade sócio-histórica. O comportamento das instituições políticas tem papel fundamental nesse processo.

Essa forma de compreender a dinâmica das normas constitucionais, aqui sintetizada a partir da obra do professor Virgílio, será determinante para o desenvolvimento das alternativas ao conceito tradicional dogmático da omissão inconstitucional. Antes de aprofundá-la, porém, faz-se necessária uma breve revisão dos outros modelos de classificação das normas constitucionais desenvolvidos no Brasil. Para além do modelo instituído por José Afonso da Silva, outros são formulados no seio da teoria constitucional brasileira. Alguns outros são, inclusive, muito anteriores à referida formulação.

É o caso, por exemplo, da teoria que distingue as normas constitucionais entre autoaplicáveis e não-autoaplicáveis, fortemente inspirada naquela desenvolvida por Thomas Cooley nos Estados Unidos (COOLEY, 1874). Ressoando a doutrina de Cooley no Brasil, Rui Barbosa<sup>12</sup> (1964) e Pontes de Miranda (1970) foram alguns dos principais nomes a seguirem a classificação bipartida das normas constitucionais.

Mais recentemente, Maria Helena Diniz sistematizou uma classificação que divide as normas constitucionais em quatro grupos, quanto à sua eficácia: normas constitucionais com eficácia absoluta, com eficácia plena, com eficácia relativa restringível e com eficácia relativa complementável (DINIZ, 1992). A grande inovação desse sistema é a criação de uma categoria autônoma que desse conta das normas que não estão submetidas à possibilidade de reforma pelo poder constituinte derivado, chamadas pela autora de normas com eficácia absoluta. As demais categorias encontram correspondentes na teoria de José Afonso da Silva (SILVA, 2007).

Por fim, cabe referência à classificação desenvolvida por Luís Roberto Barroso (2003) das normas constitucionais quanto ao seu conteúdo. Como se verá, não se trata de uma tipologia diretamente relacionada à eficácia jurídica da norma, mas sim ligada à sua matéria. Ou seja, não se trata de uma distinção que tem por base a aplicabilidade. No entanto, o sistema do autor dialoga com o objeto deste trabalho na medida em que relaciona o fenômeno da omissão inconstitucional a um tipo específico de sua classificação.

---

<sup>12</sup> “Mas nem tôdas as disposições constitucionais são auto-aplicáveis. As mais delas, pelo contrário, não o são. A constituição não se executa a si mesma; antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos” (BARBOSA, 1964, p. 170)

O autor distingue as normas constitucionais entre aquelas de organização, que traçam a estrutura do Estado; aquelas definidoras de direitos, que investem o cidadão ou cidadã de direitos subjetivos; e aquelas programáticas, que traçam finalidades públicas a serem alcançadas pela atuação do Estado (BARROSO, 2003).

A partir da distinção, Barroso assinala que, via de regra, a omissão inconstitucional estará associada a uma norma de organização ou definidora de direito, tendo em vista que, em relação às normas programáticas, a margem de liberdade conferida ao poder público é mais ampla, prescindindo de um dever específico de ação (BARROSO, 2008). Isso revela que, para o autor, a ideia de omissão inconstitucional deveria estar fortemente amparada num dever constitucional exposto e delimitado, sem o qual a omissão não seria juridicamente relevante.

Nada obstante a importância desses demais sistemas classificatórios desenvolvidos, é talvez a crítica de Virgílio Afonso da Silva aquela que mais fornece elementos de sustentação à compreensão da omissão em sentido mais amplo. Ao lado dela, o desenvolvimento da doutrina da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sobre a qual se tratará a seguir.

Sobre o assunto, uma primeira distinção se faz necessária: a distinção entre a eficácia de uma norma constitucional e a aplicabilidade dessa norma. A eficácia diz respeito à capacidade da norma de produzir ou não efeitos jurídicos, enquanto a aplicabilidade se preocupa com se a produção desses efeitos é imediata (não depende de nenhuma outra intervenção estatal) ou mediata (depende de alguma outra intervenção estatal) (BARCELLOS, 2022).

Como se viu, ao tratar das normas constitucionais, este trabalho empregou o termo eficácia, ao passo que agora, ao tratar especificamente de direitos fundamentais, a escolha é pelo termo aplicabilidade. Essa escolha decorre de uma compreensão dos direitos fundamentais em sentido amplo, reconhecendo a sua aptidão para vincular tanto as relações públicas (entre o Estado e o particular) quanto as relações privadas (entre particulares).

Desse modo, o cerne da discussão não parece ser a sua eficácia jurídica formal, tamanha a amplitude desses direitos. O problema a ser enfrentado parece residir na forma pela qual os direitos fundamentais produzem efeitos: se por meio da atuação do Estado ou por meio de sua abstenção; se por força judicial ou por atuação legislativa ou executiva; se por um comando constitucional ou infraconstitucional etc. Sendo assim, por se tratar de uma discussão acerca da mediação na produção dos efeitos jurídicos, optou-se pelo termo “aplicabilidade” para o tratamento da eficácia jurídica dos direitos fundamentais.

O tema merece destaque dentro da construção teórica delineada até aqui. É que no Brasil se desenvolveu uma escola bastante afeta ao assunto, inspirada sobretudo no fenômeno



do novo constitucionalismo latino-americano, caracterizado pela positivação constitucional de ampla carta de direitos humanos, na forma de direitos fundamentais (GARGARELLA e COURTIS, 2009).

A categoria jurídica dos direitos fundamentais possui, por natureza, forte vinculação ao tema de sua aplicabilidade. É que a própria denominação “direitos fundamentais” traz consigo uma razão de ser profundamente ligada à eficácia jurídica desses direitos. Entre a histórica difusão da doutrina dos direitos humanos e a mais recente concepção desses direitos enquanto direitos fundamentais, vários são os paradigmas superados. No entanto, um dos mais relevantes deles é aquele relacionado à eficácia jurídica.

Ao cunhar o termo “direitos fundamentais”, a tradição jurídica germânica buscou acentuar o aspecto positivo daqueles direitos que, embora já reconhecidos internacionalmente no plano axiológico (valorativo), passavam a integrar a ordem jurídica normativa (COMPARATO, 2003). Em outras palavras, a doutrina alemã instituiu um regime próprio de funcionamento para aqueles direitos que estavam previstos no texto constitucional, enquanto normas efetivamente postas, e não somente como valores perseguidos pelo Estado. “Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (CANOTILHO, 1993, p. 517).

O pensamento germânico que culminou nessa forma específica de compreensão dos direitos humanos enquanto direitos fundamentais era dotado de certa especificidade em relação a outras teorias que ebuliam no auge da Modernidade. Das quatro principais tradições jurídicas que tensionavam a discussão da época (inglesa, estadunidense, francesa e alemã), a alemã se destacou como aquela que, talvez pela primeira vez, compreendeu direitos não somente como direitos individuais, mas também como normas objetivas que deveriam restringir a atividade legislativa (MÖLLERS, 2013).

Para o pensamento inglês corrente, por exemplo, o império da lei (*rule of law*) se manifestava não por meio da lei positiva, mas sim da lei natural<sup>13</sup>. Tratava-se, diferentemente da compreensão alemã, de um mecanismo de validade do sistema. Na França pré-Revolução, em sentido semelhante, a lei era compreendida não como instrumento normativo, mas como

---

<sup>13</sup> “Tanto o poder absoluto e arbitrário como o governo sem *leis estabelecidas e fixas* não podem ser compatíveis com os fins da sociedade e do governo. Os homens não se dispõem a abdicar da liberdade do estado de natureza e a se submeter (à sociedade e ao governo), não fosse para preservarem suas vidas, liberdades e bens – e, através de *regras estabelecidas* de direito e propriedade, assegurar sua paz e tranquilidade.” (LOCKE, 1998, p. 508, grifos do autor). Ao acentuar a ideia de uma regra estabelecida, que na verdade é preestabelecida, o pensamento de Locke reafirma uma concepção da lei fortemente vinculada ao direito natural.

elemento da natureza, calcado na ideia de liberdade<sup>14</sup>. Nos Estados Unidos, a ideia de lei sequer era vista com bons olhos, pois os Fundadores a entendiam como uma ameaça potencial à liberdade<sup>15</sup>, ante a experiência ruim do período entre a independência e a adoção da Constituição dos EUA (Ibid.).

Em sentido bastante distinto aos três exemplos anteriores, na Alemanha se desenvolveu um entendimento da lei enquanto instrumento por meio do qual as ações do Estado se tornam racionais e previsíveis. Ou seja, não se trata de uma expressão de autodeterminação, mas de regulamentação de uma burocracia monárquica tecnicamente competente (Ibid.).

Por todos esses motivos, a cultura institucional germânica forneceu solo fértil para o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais nos termos em que ela veio a se desenhar. Nessa teoria, a aplicabilidade dos direitos humanos tem papel determinante, posto que a positivação é a forma pela qual eles deixam de ser meros horizontes da atividade estatal para se tornarem efetivamente norma jurídica.

Como um exemplo do paradigma alemão de normatização de direitos fundamentais, Konrad Hesse entende o princípio da inviolabilidade da dignidade humana não como fórmula abstrata ou mera declamação, mas como “fundação normativa dessa coletividade histórico-concreta” (HESSE, 1998, p. 110). A relevância do tema é tão grande para o aparato jurídico germânico, que Hesse chega a desenvolver a ideia de “funções democráticas dos direitos fundamentais” (Ibid., p. 138).

Ao prever a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais em seu art. 5º, §1º<sup>16</sup>, a Constituição brasileira de 1988 seguiu essa tendência, que foi inspirada não só no

---

<sup>14</sup> Montesquieu desenvolveu um conceito de lei não somente como lei normativa, mas também como lei da natureza, dialogando com Locke. Uma concepção mais radical da lei, segundo a sua lógica, poderia conferir excessivo poder ao legislador, tido como o mais perigoso dos agentes estatais. “Afirmo-o e parece-me que fiz esta obra apenas para prová-lo: o espírito de moderação deve ser o do legislador. (...) As formalidades da justiça são necessárias para a liberdade. Mas sua quantidade poderia ser tão grande que chegaria a contrariar o objetivo das próprias leis que as teriam estabelecido.” (MONTESQUIEU, 1996, p. 601). Sua doutrina teve mais recepção nos EUA do que na França revolucionária. Rousseau, cujo pensamento integrou com mais força a Revolução, se distanciava dessa concepção, sobretudo por não encarar o legislador como ameaça. “No estado de natureza, no qual tudo é comum, nada devo àqueles a quem nada prometi; apenas reconheço como pertencente a outrem aquilo que é inútil para mim. Não é assim no estado civil, no qual todos os direitos são fixados pela lei” (ROUSSEAU, 2010, p. 43).

<sup>15</sup> “Em nossos governos, o poder legislativo deriva superioridade também de outras circunstâncias. Sendo seu poder ao mesmo tempo mais amplo e menos suscetível de limites precisos, ele pode, com maior facilidade, mascarar suas intrusões nos poderes paralelos sob a forma de medidas complicadas e indiretas.” (MADISON, HAMILTON e JAY, 1993, p. 339)

<sup>16</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
(...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

ordenamento jurídico alemão, mas também no espanhol e no português. Com isso, a Constituição brasileira, assim como as que serviram de fonte de inspiração, alça os direitos fundamentais à categoria de normas preceptivas, e não meramente programáticas. Além disso, estabelece a estatura constitucional delas, de modo que a legislação ordinária deverá se mover nessa direção (MENDES e BRANCO, 2012).

No entanto, conforme Celso de Albuquerque Mello, nos anos seguintes à promulgação da Constituição de 1988, no que se refere à interpretação de disposições constitucionais sobre direitos fundamentais, o Poder Judiciário brasileiro adotou uma posição ultrapassada, quando se traça uma análise de direito comparado. O autor aponta que, contrariando a tendência verificada em países europeus como França e Alemanha, o Judiciário brasileiro, sobretudo os tribunais superiores, limitou a eficácia dos direitos fundamentais no sistema judicial nos primeiros anos da Nova República (MELLO, 1999).

Também na literatura jurídica se observou um movimento de contenção da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, não obstante a clareza da redação constitucional que a prevê. Para parte da literatura, a norma insculpida no §1º do art. 5º da Constituição é compreendida como uma norma-princípio, que estabelece uma determinação de que se atue em prol da máxima eficácia possível dos direitos fundamentais. Em outras palavras, uma ordem de otimização (BASTOS, 1989 *apud* MENDES e BRANCO, 2012).

Nesse ponto é inaugurada uma controvérsia jurídica acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nos casos em que faltar um comando legislativo necessário à efetivação da norma. Para Gilmar Mendes e Paulo Branco, a disposição do art. 5º, §1º autoriza a concretização de direitos fundamentais mesmo na falta de norma regulamentadora, caso em que a concretização se dará pela via da interpretação. “Os juízes (...) podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 286). Também nesse sentido, Alexandre de Moraes entende a eficácia dos direitos fundamentais de forma muito vinculada ao controle de constitucionalidade, alçando o Judiciário ao papel de principal ator responsável pela garantia desses direitos (MORAES, 2013).

Para grande parte da literatura, porém, a esfera de atuação do Judiciário é relativamente restrita, de modo que a concretização pela via da interpretação não ocorrerá no caso das normas que não forem autoaplicáveis, por lhe faltarem elementos mínimos indispensáveis que lhe garantam aplicabilidade ou por força de comando da Constituição, que o faz usualmente por meio da expressão “nos termos da lei” (BASTOS, 1989 *apud* MENDES e BRANCO, 2012).

Parece, portanto, configurar-se uma situação controversa: aos direitos fundamentais é reconhecida uma aplicabilidade imediata, mas ao mesmo tempo são erguidos obstáculos nesse processo, de ordem supostamente ontológica, referente à natureza do direito em questão. Assim, de acordo com a concepção da aplicabilidade imediata enquanto norma-princípio, alguns direitos devem produzir efeitos imediatamente, enquanto outros não, sem que se identifique quais direitos pertencem a cada grupo.

Numa leitura que confere protagonismo ao Judiciário nesse processo, a tarefa de delimitação de quais direitos demandarão aplicabilidade imediata caberia à interpretação constitucional, o que situaria a discussão em um terreno mais arenoso. Afinal, “a interpretação dos direitos fundamentais depende da posição teórica do intérprete” (TORRES, 1995, p. 79-80)<sup>17</sup>.

Em contrapartida, outras leituras sobre o tema buscam sistematizar minimamente as categorias de direitos dotadas de maior ou menor grau de aplicabilidade. Nesse esforço de sistematização, Ana Paula de Barcellos elenca, de forma não exaustiva, um conjunto de modalidades de eficácia jurídica. De acordo com a autora, a depender da maior ou menor capacidade de promover o efeito pretendido, a norma pode operar conforme as seguintes modalidades de eficácia: positiva ou simétrica; nulidade; ineficácia; anulabilidade; negativa; vedativa de retrocesso; interpretativa; e penalidades, sem prejuízo de outras (BARCELLOS, 2008).

A mais forte delas, conforme a autora, seria a eficácia positiva ou simétrica, sendo ela a que autoriza exigir judicialmente a realização do efeito querido pela norma. “Esta é a eficácia jurídica padrão e também a única capaz de superar a violação da norma quando esta se opere através de um comportamento omissivo” (Ibid., p. 352).

Em relação à eficácia jurídica do princípio da dignidade humana, a autora faz uma observação importante. No que se refere ao seu núcleo, manifesto por meio da ideia de mínimo existencial, seria possível reconhecer a eficácia positiva ou simétrica. Os demais princípios constitucionais, por sua vez, operariam por meio da eficácia interpretativa, negativa e vedativa do retrocesso (Ibid.).

Virgílio Afonso da Silva, reverberando a crítica apresentada anteriormente, relativa à eficácia das normas constitucionais, aponta que “toda norma que garante um direito

---

<sup>17</sup> Para a tradição alemã, isso sequer chegaria a ser um problema. Isso porque a hermenêutica seria concebida como parte integrante e indissociável do processo. Conforme Peter Häberle, “em se tratando de direitos fundamentais, já se processa a interpretação (talvez conscientemente?) no modo como os destinatários da norma preenchem o âmbito de proteção daquele direito” (HÄBERLE, 1997, p. 15).

fundamental tem alguma limitação na sua eficácia. Ou seja: todas as normas são de eficácia limitada” (SILVA, 2009a, p. 255). Segundo o autor, a crença de que existem normas de eficácia plena que definem direitos fundamentais contribui para um estado de inércia diante de direitos que já estariam supostamente garantidos. A ficção da plena eficácia acabaria por construir, paradoxalmente, na visão do autor, um estado de ineficácia.

Entre os paradigmas da omissão estatal e o do ativismo inoportuno, diante da constatação de que todos os direitos fundamentais são de eficácia limitada, Virgílio Afonso da Silva rejeita ambos. No lugar deles, propõe um sistema de constante diálogo constitucional, calcado em premissas de comunicação intersubjetiva entre o Estado e a sociedade (Ibid.). A finalidade é a constante busca pela concretização de direitos fundamentais.

É no seio dessa crítica à doutrina tradicional da aplicabilidade dos direitos fundamentais que pode ser desenvolvida uma compreensão da omissão inconstitucional enquanto fenômeno não exclusivamente jurídico-normativo, mas também amparado na realidade histórico-social<sup>18</sup>. Uma das contribuições fundamentais para essa construção, que, aliás, sintetiza o estado da arte da discussão, consiste na obra de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015).

Carlos Alexandre de Azevedo Campos propõe uma revisão da compreensão tradicional da omissão somente enquanto fenômeno normativo, compreendendo-a sobretudo como um acontecimento do mundo social. A causa da situação omissiva passa a ser, nesse sentido, algo maior que somente o descumprimento de uma ordem normativa expressa, mas também a ineficiência do Estado, de modo mais amplo, principalmente no que se refere à efetivação de direitos fundamentais (CAMPOS, 2015).

Uma importante diferença entre as duas compreensões da omissão aqui elencadas, uma delas como um fenômeno social e outra como um fenômeno estritamente jurídico, reside na forma pela qual a omissão é identificada. Quando entendida como problema normativo, ela só aparecerá a partir de uma investigação sobre o texto da norma. Somente a textualidade do dispositivo normativo poderá indicar a existência de uma obrigação, que, por sua vez, estará

---

<sup>18</sup> Apesar de ser o expoente da teoria clássica da aplicabilidade das normas constitucionais, José Afonso da Silva (2020) apresentou críticas importantes à visão tradicional sobre a omissão inconstitucional. Sua crítica, porém, focou nos efeitos das decisões em ADOs, e não necessariamente na forma de se caracterizá-la. Segundo o autor, a Constituição de 1988 deixou intacto o princípio da discricionariedade do legislador, já que não previu consequências expressivas para a decretação da inconstitucionalidade por omissão em ADO. Silva apontou ainda que era necessário ir um pouco além, estabelecendo-se a possibilidade de que a sentença que reconhecesse a omissão já dispusesse normativamente sobre a matéria discutida enquanto durasse a inércia legislativa (SILVA, 2020). Barcellos (2022) também reconhece que a decisão que somente dá prazo para o outro poder tomar providências, em caso de omissão inconstitucional, sem nenhuma consequência específica, mostrou-se ineficaz no Brasil. Mas esse não seria um problema desse tipo de decisão em si, já que, na experiência de outros países, ele tem efeitos mais concretos (BARCELLOS, 2022).

apta a caracterizar uma omissão juridicamente relevante. O problema será, portanto, um problema sintático, textual.

Por outro lado, na chave de compreensão sociológica, o foco não recairá somente sobre a análise do texto da norma, mas se qualificará sobretudo como uma investigação sobre a realidade social. Perde importância, nessa perspectiva, o esforço hermenêutico que busca responder se há ou não um dever constitucional expresso embutido no texto da norma. Paralelamente, ganha importância o esforço de mapeamento da realidade por meio de indicadores sociais, com o intuito de compará-los com o cenário ideal previsto na norma.

O objetivo será, portanto, entender a forma pela qual a norma se manifesta na vida concreta das pessoas. Em seguida, traça-se um comparativo entre a realidade descrita pelo dispositivo normativo e a realidade empiricamente apurada. Dessa comparação pode ser extraído um quadro de omissão. No entanto, conforme a chave de compreensão sociológica, essa omissão não estará necessariamente subordinada à existência de um dever constitucional expresso e delimitado, mas sim a uma interpretação sistemática do texto da Constituição.

Compreender a omissão como um fenômeno social não significa, necessariamente, que o problema será alheio ao direito. Isso não seria sequer possível, pois a base de sustentação da norma não é outra senão a realidade social. A mudança paradigmática consiste na forma pela qual se compreende a omissão na sua origem. De onde ela parte? Da norma ou da realidade social? O que a caracteriza?

Se o ponto de partida do raciocínio for a norma, uma quantidade predeterminada de temas poderá ser enquadrada no bojo da omissão. Afinal, a Constituição possui em seu texto uma quantidade restrita de obrigações expressas e delimitadas direcionadas a cada um dos atores jurídico-sociais.

Se o ponto de partida for, porém, a realidade social, a caracterização da omissão não se balizará pela quantidade de dispositivos constitucionais que textualmente estatuem uma obrigação expressa e delimitada. Por consequência, não haverá uma predeterminação da quantidade de temas constitucionais que poderão ensejar o quadro omissivo. Eles poderão ser poucos ou muitos, a depender das condições de vida da população.

A mudança paradigmática, nesse sentido, passa também por uma outra compreensão do sistema jurídico. Nesse ponto é relevante a crítica à dogmática jurídica realizada à luz da semiótica por Marcelo Neves. O autor compreende o ordenamento jurídico, do ponto de vista semiótico, como um complexo sistema de linguagem, que é dotado de três dimensões básicas: a sintática, a semântica e a pragmática (NEVES, 1988). Ao fazê-lo, Neves pavimenta o

caminho para que a análise sintática do texto constitucional não seja a única ferramenta para caracterização da inconstitucionalidade por omissão.

Compreender o sistema jurídico como uma *linguagem* inclui, invariavelmente, os aspectos *semântico* e *pragmático* como alguns dos seus âmbitos de realização. Por meio deles, os aspectos materiais da estrutura linguística ganham espaço na compreensão da omissão inconstitucional, de modo que os aspectos formais deixam de ser os únicos que valem. Isso faz com que o ordenamento jurídico seja entendido em perspectiva mais ampla, a partir de uma lógica *dialética*, que não seja restrita à rigidez da sintaxe. Afinal, “na sintaxe relevam-se as relações analíticas entre conceitos, proposições e raciocínios jurídicos, abstraindo-se os referentes fáticos (semântica) e os componentes finalístico-ideológicos (pragmática) da linguagem jurídica” (Ibid., p. 22).

Essa compreensão crítica do sistema jurídico, que tem Marcelo Neves como um de seus articuladores, não é recente, como se percebe (o texto referenciado é de 1988). No entanto, seus desdobramentos, especificamente no que se refere ao tratamento da jurisdição constitucional da inconstitucionalidade por omissão, parecem ser. Pode-se identificar na obra de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015), que melhor apresenta o estado da arte da omissão inconstitucional, forte relação com a crítica desenvolvida à luz da semiótica.

Os estudos de Carlos Alexandre de Azevedo Campos estão amparados por alguns precedentes no plano internacional: Friedrich Müller enfrentou a natureza da norma constitucional, identificando que sua realização envolve elementos normativos e empíricos, frisando que o Direito e a realidade são interdependentes (MÜLLER, 2006); Francisco Fernández Segado constatou a “realidade bifronte” do controle da omissão inconstitucional: ao mesmo tempo que é o descumprimento de uma obrigação constitucional de legislar, é também um resultado fático produzido por esse descumprimento (SEGADO, 2009); Peter Häberle questionou a realização incompleta de direitos fundamentais, decorrente de uma análise meramente textual das situações omissivas, e frisou o papel do legislador como primeiro intérprete constitucional (HÄBERLE, 2003).

Outros estudos mais recentes têm aprofundado a discussão no Brasil e dado continuidade à evolução da literatura sobre o assunto, culminando, por exemplo, na sistematização da ideia de “inconstitucionalidade sistêmica” (PEREIRA e GONÇALVES, 2019). Formulado dessa maneira, o conceito busca dar conta de um tipo de inconstitucionalidade que não se manifesta necessariamente a partir de um ato específico e comissivo, mas que, ainda assim, viola frontalmente a Constituição. Ao preverem que o fenômeno da inconstitucionalidade não se esgota no plano da validade, mas atinge igualmente

o da efetividade, os autores dão sinais de vinculação ao paradigma sócio-histórico de caracterização da omissão inconstitucional.

A transição paradigmática proposta por esse conjunto de ideias, caso se manifeste também na jurisdição constitucional, pode ter repercussões diretas e imediatas sobre o comportamento das instituições que exercem o controle da omissão. Isso porque a dimensão da fiscalização decorrerá justamente da compreensão que se tem do fenômeno omissivo. À medida em que se alarga o conceito, maior será a amplitude do controle, para o bem e para o mal.

A partir disso, dois prognósticos são possíveis. Por um lado, é possível inferir que a ampliação do grau de intervenção poderá acarretar um aumento do esforço de efetivação das normas constitucionais, o que seria certamente positivo. Por outro, poderá também trazer consigo o efeito colateral de abalo à dinâmica da separação de poderes. Esse segundo prognóstico merece mais atenção, por ser potencialmente nocivo.

Uma nova forma de olhar a omissão inconstitucional, calcada no aparato sócio-histórico, pode, de fato, gerar o risco de desequilíbrio na dinâmica de separação de poderes, tendo em vista a expansão dos mecanismos de controle que poderia acontecer. O obstáculo, no entanto, não é intransponível. Ao contrário do que se poderia supor de antemão, experiências recentes demonstram que o alargamento da ideia de omissão não implica, necessariamente, num risco à legitimidade democrática do controle. É o que mostra a análise de César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco sobre a sentença T-025, de 2004, da Corte Constitucional Colombiana (GARAVITO e FRANCO, 2010).

A referida decisão foi proferida pela Corte Constitucional Colombiana como resposta à explosão dos casos de migração forçada no país, problema ao qual se somava a ausência de políticas públicas sobre o tema. Como consequência, a corte reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional, tornando-se paradigma para que outros países viessem a fazer o mesmo<sup>19</sup>.

Garavito e Franco empreendem uma análise sobre o caso focada nos efeitos da decisão que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional. Diferentemente da forma como o Brasil veio a tratar o tema, o tribunal colombiano empreendeu vastos esforços de *cumprimento* da decisão. Para além do mero reconhecimento do quadro de omissão estatal, a corte inaugurou um procedimento de várias etapas de execução da sentença, que incluíam um forte diálogo com os outros poderes e com a sociedade civil.

---

<sup>19</sup> O Brasil é um dos países que seguiu a experiência colombiana, na ocasião do julgamento das medidas cautelares requeridas na ADPF 347/DF. O caso será explorado em detalhes mais adiante.



Diferentemente daquilo que se poderia pressupor, porém, esse diálogo não incorreu em uma fissura democrática. Muito pelo contrário, a forma pela qual se operou o cumprimento da sentença acabou por ampliar a qualidade da democracia e da harmonia entre os poderes, na análise dos autores (Ibid.).

Esse resultado foi alcançado a partir de algumas cautelas tomadas pelo tribunal. Todas elas estão associadas à autocompreensão da Corte Constitucional sobre seu papel no caso. Os juízes não atribuíram a si mesmos o papel de solucionar o problema, mas sim o de “desentranhar” o funcionamento do Estado no que se refere à implementação de políticas públicas capazes de lidar com o problema da migração forçada.

Não houve, portanto, invasão de um poder sobre a esfera de outro. O protagonismo do Judiciário, no caso, se limitou à coordenação das atividades desempenhadas pelos outros agentes estatais, fixando prazos, convocando audiências e direcionando os trabalhos. A tutela jurisdicional não se deu por meio de uma extensa decisão que buscava encerrar o assunto e proferir a última palavra, mas sim por meio de um procedimento longo e constante de participação e articulação de esforços. Somente em relação a audiências públicas na fase de cumprimento de sentença, foram realizadas quatorze entre junho de 2005 e janeiro de 2010 (Ibid.).

O caso colombiano é paradigmático para a compreensão da separação de poderes e dos modelos de diálogo constitucional, sobretudo quando inserido no quadro epistemológico do novo constitucionalismo latino-americano (GARGARELLA e COURTIS, 2009). Esse tema será explorado em mais detalhes posteriormente, de modo que neste momento importa principalmente identificar que a compreensão da omissão como um fenômeno social não implica, necessariamente, num potencial risco à democracia, por meio da expansão do controle judicial.

É a partir de todas as reflexões expostas neste capítulo introdutório que este trabalho assume o paradigma sócio-histórico como seu ponto de partida. É essa a lente de análise que parece realmente capaz de dar conta da complexidade do problema da efetividade da Constituição, sobretudo naquilo que toca os direitos fundamentais e as políticas públicas necessárias à sua implementação. Ademais, é esse o paradigma que está mais antenado com a evolução da literatura sobre o tema.

Sobre a evolução da bibliografia, a despeito dos avanços recentes, permanece ainda a sensação de que é necessário ir além dos postulados dogmáticos que orientaram a compreensão do texto constitucional nas primeiras décadas que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988. Hoje, mais de trinta anos após 1988, são novos os desafios que

mobilizam a teoria constitucional. O texto constitucional não é mais, em si, um problema de pesquisa (não apenas ele). A realidade social também deve sê-lo.

O texto constitucional, nesse sentido, deve ser encarado como algo muito distinto do que parcela importante da produção bibliográfica sugere: em vez de fim, deve ser lido como meio. Meio para algo maior, mais importante e mais urgente. O texto é um instrumento a partir do qual as tensões políticas se manifestam, ainda que a sob forma de *direito*, e não corolário definitivo de conquistas já estabilizadas. Na linguagem do Direito, é preciso ir além de sua sintaxe. Há urgências semânticas e pragmáticas.

## **2. O QUÊ? – OS TEMAS CONSTITUCIONAIS MAIS DISCUTIDOS E A VISÃO QUE SE TEM DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL**

### **2.1. Dados empíricos – primeira parte: a omissão segundo os requerentes. Quais foram e de que forma podem ser categorizadas as normas constitucionais discutidas nas ações analisadas?**

A introdução e o primeiro capítulo deste trabalho tiveram por objetivo delimitar o ponto de partida da pesquisa. Na introdução, busquei sistematizar a literatura revisitada antes do início da fase empírica da investigação. Ao fazê-lo, pretendi assentar o estágio evolutivo dos outros trabalhos que se dedicaram ao mesmo assunto e as questões que permanecem colocadas para o debate público. Já no primeiro capítulo, o intuito foi o de estruturar um panorama sobre a omissão inconstitucional, identificando as disputas que se travam em torno do tema. Com isso, entendi que era importante deixar claros os marcos teóricos aos quais me filio e que, naturalmente, pavimentaram o caminho percorrido adiante.

A partir deste segundo capítulo, o trabalho se debruçará sobre os dados obtidos na fase empírica da pesquisa. Num primeiro momento, os dados serão segmentados, analisados e discutidos, a partir de ferramentas elementares da estatística aplicada às ciências sociais (PRATES, 2017). A estatística é campo às vezes inóspito para pesquisadores do Direito, mas a manipulação de suas ferramentas é necessária para pesquisas quantitativas como esta (NICOLAU, 2013). Por outro lado, é necessária cautela para evitar os perigos da *ditatística* (GOMES, 2021) ou *ditadura dos números*, por meio da qual se sacraliza análises numéricas, que nem sempre são suficientes para dar conta da complexidade do problema.

Justamente para contornar esse risco, serão identificadas em seguida as questões suscitadas pelos dados. Isso fará com que os subcapítulos seguintes se voltem a essas questões, seguindo os caminhos indicados por elas. É que o significado dos dados para a pesquisa é algo bastante diferente do retrato de uma lei ou descrição puramente objetiva do modo como o fenômeno se constitui na realidade. Mais do que isso, os dados são sintagmas de uma complexa teia de interações. Nos termos da sociologia reflexiva (BOURDIEU, 2002), há entre os dados e a teoria uma combinação inseparável, uma relação de retroalimentação. Por isso, nesse segundo momento da análise, será fundamental a revisão da literatura já produzida sobre os pontos levantados. Isso dará subsídios para que a discussão avance.

Nesta primeira parte da exposição dos dados empíricos obtidos a partir da pesquisa realizada, o enfoque será nos *temas* discutidos em cada uma das sessenta e sete ADOs analisadas (“o quê”). Essa investigação tem relação direta com o percurso desenvolvido no primeiro capítulo, pois reflete os conflitos em torno da concepção do que vem a ser a omissão inconstitucional. Na análise dos dados, o ponto de vista analisado é o daqueles que propuseram as ações. Em seguida, para aprofundar a análise, o ponto de vista investigado será o dos ministros da Suprema Corte.

No que consiste, do ponto de vista dos autores das ações, aferido a partir dos documentos processuais, uma omissão inconstitucional? Quais temas mobilizaram os atores legitimados a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, no que se refere às ADOs analisadas? Que assuntos predominaram? E que outros estiveram ausentes das discussões do Supremo?

Além disso, serão também enfrentados também outros aspectos dos dados, inclusive o temporal. Trata-se de fator intimamente ligado à dinâmica de invocação da tutela jurisdicional, que terá por objeto a data de distribuição das ações.

Antes de prosseguir, algumas considerações metodológicas são importantes. A primeira delas é a de que a primeira ADO proposta ao Supremo Tribunal Federal não é a ADO 1/DF. Isso acontece porque a classe “ADO” só foi criada no ano de 2008 nos sistemas do tribunal, de modo que, até essa data, as ações eram autuadas como ADI.

À época da mudança, a Presidência do STF decidiu que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão que estivessem em tramitação seriam autuadas novamente, desta vez sob a classe ADO (MENDES, 2012a). A última ação proposta à corte sob a classe ADI foi a ADI 3902/MA, protocolada em 08/06/2007. A partir dela, todas as outras já foram autuadas sob a classe ADO.

Em segundo lugar, as ADOs de números 14 e 15 devem ser desconsideradas, pois, de acordo com informação prestada pelo sistema de Acesso à Informação do STF, as referidas ações não existem<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Após solicitação formulada no portal de Acesso à Informação do STF (solicitação nº 78385), recebemos a seguinte resposta: “Quanto às ADOs 14 e 15, não foram localizadas nos sistemas do Tribunal. Como na época de geração dos referidos protocolos as numerações eram geradas antes da autuação dos processos, contendo a data e hora, eventuais números processuais criados equivocadamente não poderiam ser aproveitados, sendo, por fim, cancelados.”

### 2.1.1. Quantidade de ADOs propostas por ano

A tabela a seguir apresenta uma síntese do conteúdo discutido em cada uma das ações investigadas na pesquisa. O parâmetro de controle foi identificado a partir de menção expressa na petição inicial de cada ação. A síntese do conteúdo foi construída a partir de uma análise sistemática dos pedidos formulados na petição inicial.

**Tabela 1** Síntese do conteúdo discutido nas ADOs

ADO n°	Data de distribuição	Parâmetro de controle	Síntese do conteúdo discutido na ação
9	20/10/2010	Art. 5º, V; art. 220, §§3º, II, e §5º; art. 211; e art. 222, §3º	Proibição de monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social e regulamentação de demais restrições
10	11/11/2010	Art. 5º, V; art. 220, §§3º, II, e §5º; e art. 222, §3º	Proibição de monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social e regulamentação de demais restrições
11	10/12/2010	Art. 5º, V; art. 220, §§3º, II, e §5º; art. 221, I, II, III e IV; e art. 222, §3º	Proibição de monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social e regulamentação de demais restrições
12	21/03/2011	art. 144, § 9º	Remuneração por subsídio para delegados de polícia
13	15/04/2011	art. 144, § 9º	Remuneração por subsídio para delegados de polícia
14			
15			
16	06/07/2011	Não foi encontrado nenhum dispositivo constitucional apontado expressamente	Fomento da atividade de bingo por meio da Lei de Incentivo ao Esporte
17	07/07/2011	Não foi encontrado nenhum dispositivo constitucional apontado expressamente	Fomento da atividade de bingo por meio da Lei de Incentivo ao Esporte
18	19/09/2011	Art. 165, III, §§ 5º e 6º; art. 166, §6º	Remuneração das carreiras dos analistas judiciários e técnicos judiciários
19	04/11/2011	Art. 165, III, §§ 5º e 6º; art. 166, §6º	Remuneração das carreiras dos servidores do Ministério Público da União
20	17/08/2012	Art. 7º, XIX	Regulamentação do benefício da Licença-Paternidade
21	28/09/2012	Art. 37, X	Reajuste da remuneração dos servidores do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais
22	12/12/2012	Art. 220, §4º	Restrições legais ao comércio e publicidade de bebidas alcólicas
23	21/01/2013	Art. 161, II	Regulamentação do rateio de recursos de Imposto de Renda e IPI repassados aos Estados e Municípios
24	21/06/2013	Art. 27 da EC 19	Elaboração da Lei de Defesa do Usuário dos Serviços Públicos
25	27/08/2013	Art. 91 da ADCT	Repasse de recursos aos Estados e DF em razão de créditos de ICMS
26	19/12/2013	Art. 5º, XLI, XLII e LIV	Criminalização da homotransfobia

27	20/02/2014	Art. 3º da EC 45	Implementação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas
28	26/08/2014	Art. 40, §§ 1º e 4º	CrITÉrios para aposentadoria de policiais do sexo feminino do Estado de São Paulo
29	12/09/2014	Art. 37, X	Reestruturação da carreira dos agentes de segurança do Poder Judiciário da União
30	16/03/2015	Art. 1º, III; art. 5º, <i>caput</i> (não impõem dever de regulamentação)	Isenção de IPI a pessoas com deficiência auditiva
31	17/03/2015	Art. 153, VII	Regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas
32	24/03/2015	Art. 40, § 4º, I	Aposentadoria especial do servidor público portador de deficiência
33	21/05/2015	Art. 100, §11	Créditos em precatórios para compra de imóveis públicos a credores do DF
34	Não foi distribuído - autuação cancelada	-	<i>Autuação cancelada</i>
35	26/08/2015	Art. 1º, <i>caput</i> e III; art. 5º, §§ 1º e 2º c/c arts. 6º, 195, § 5º e 201, § 6º	Abono anual ("gratificação natalícia") dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social
36	25/09/2015	Art. 40, §20	Instituição do Regimento Próprio de Previdência dos Militares Estaduais e Pensionistas de Goiás
37	16/11/2016	Não foi encontrado nenhum dispositivo constitucional apontado expressamente	Aplicação dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicação
38	14/03/2017	Art. 45, §1º	Regulamentação da representação demográfica dos Estados e DF na Câmara dos Deputados
39	11/04/2017	Art. 98, II	Regulamentação das eleições de juiz de paz no território nacional
40	11/04/2017	Art. 98, II	Criação da justiça de paz eletiva
41	29/06/2017	Não foi encontrado nenhum dispositivo constitucional apontado expressamente	Regulamentação do comércio e porte de armas
42	17/08/2017	Art. 37, X	Revisão geral anual da remuneração de magistrados
43	01/09/2017	Art. 37, X e XV; art. 128, §5º, I, c	Revisão geral dos subsídios das categorias do MP, MPF e MPT
44	24/11/2017	Art. 37, V	Regulamentação de cargos em comissão
45	20/12/2017	Art. 158, IV	Repasse de recursos de ICMS
46	28/12/2017	Art. 37, X	Fixação, alteração e revisão de subsídios de Ministros e Secretários
47	05/03/2018	Art. 32, §4º	Regulamentação das polícias e corpo de bombeiros do Distrito Federal
48	13/04/2018	Art. 158, III; 160, <i>caput</i> ; e 34, V, b	Repasse de recursos de IPVA
49	17/05/2018	Não foi encontrado nenhum dispositivo constitucional apontado expressamente	Regulamentação de carreiras de servidores públicos estaduais do Sergipe
50	03/07/2018	Art. 48, <i>caput</i> e XV; art. 37, X	Revisão de subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal
51	14/09/2018	Art. 5º, <i>caput</i> ; art. 196	Extensão de efeitos de legislação às entidades hospitalares privadas

52	27/05/2019	Art. 101, §4º, I a IV ADCT	Linha de crédito especial concedida pela União para pagamento de precatórios dos outros entes federativos
53	10/07/2019	Art. 93, V	Subsídios de desembargadores do TJBA
54	23/08/2019	Art. 23, VI e VII; Art. 225, <i>caput</i> e §1º, VI e VII	Vedação das práticas de risco à fauna e a flora; promoção de educação ambiental
55	03/10/2019	Art. 153, VII	Instituição de imposto sobre grandes fortunas
56	27/03/2020	Art. 1º, III; art. 3º, III; art. 6º, <i>caput</i> ; art. 170; art. 11, n. 1 (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - Decreto 591/92); e art. 12 (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - Decreto 3321/99)	Renda mínima emergencial
57	01/04/2020	Art. 6º; art. 7º, XII; art. 200, VIII; art. 225, §3º; Convenção 155 OIT	Obrigatoriedade de fornecimento de EPIs para profissionais de segurança privada
58	06/04/2020	Art. 101, §4º ADCT	Instituição de linha de crédito especial para pagamento de precatórios em regime especial em favor de entes federativos endividados
59	05/06/2020	Art. 225, <i>caput</i>	Reativação e repasse de recursos do Fundo Amazônia
60	05/06/2020	Art. 225, <i>caput</i>	Reativação e repasse de recursos do Fundo Clima
61	06/11/2020	Não foi encontrado nenhum dispositivo constitucional apontado expressamente	<i>Incompreensível</i>
62	01/03/2021	Art. 245	Assistência pública a herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso
63	16/03/2021	Art. 225, §4º	Condições de preservação do meio ambiente na utilização de recursos naturais de biomas brasileiros, especificamente o Pantanal mato-grossense
64	29/03/2021	Não foi encontrado nenhum dispositivo constitucional apontado expressamente	Regulamentação insuficiente da profissão de optometrista, sem reconhecer-lhe campo de atuação próprio
65	19/04/2021	Art. 1º, III; art. 5º, <i>caput</i> ; art. 6º; art. 37, <i>caput</i> ; art. 170, III, VI, IX; art. 196	Adoção de medidas de contenção e isolamento social frente à pandemia de Covid-19, incluindo competência para recomendar iniciativas legislativas de promoção de medidas econômicas
66	29/04/2021	Art. 1º, III; art. 5º, <i>caput</i> ; art. 6º; art. 37, <i>caput</i> ; art. 170, III, VI, IX; art. 196	Adoção de medidas de contenção e isolamento social frente à pandemia de Covid-19, incluindo competência para recomendar iniciativas legislativas de promoção de medidas econômicas
67	04/05/2021	Art. 155, §1º, III	Regulamentação de ITCMD em casos de doador ou falecido residente ou com bens no exterior
68	03/09/2021	Art. 155, §2º, XII, h	Definição de combustíveis e lubrificantes sobre os quais o ICMS incidirá uma única vez
69	22/11/2021	Art. 5º, XLII	Cominação de pena de reclusão ao tipo penal de racismo
70	09/12/2021	Art. 18, §4º	Definição de período para criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios, com inclusão da limitação temporal eleitoral
71	05/01/2022	Art. 37, X	Revisão anual de subsídio de ministro do Supremo

			Tribunal Federal, para fins de fixação de subsídios de magistrados
72	24/05/2022	Art. 144	Instituição e regulamentação da Polícia Penal do Estado de São Paulo
73	12/07/2022	Art. 7º, XXVII	Proteção do trabalhador em face da automação
74	12/07/2022	Art. 7º, XXIII	Adicional de remuneração para atividades penosas
75	25/07/2022	Art. 144	Instituição e regulamentação da Polícia Penal no Estado da Bahia
76	05/08/2022	Art. 5º, III, §3º, I e II EC 123/2022	Inclusão de categoria profissional no rol de beneficiários de programa assistencial
77	21/09/2022	Art. 243	Expropriação das propriedades usadas para exploração de trabalho escravo

Fonte: elaborado pelo autor (2023).

O primeiro dado que se extrai da tabela e que chama a atenção é aquele referente à data de distribuição de cada uma das sessenta e sete ações analisadas. Uma análise sobre essas informações pode revelar um elemento importante para a investigação. A pesquisa pretende identificar se há uma tendência de crescimento da quantidade de ADOs propostas ao tribunal, que seja proporcional à tendência de superação do paradigma estritamente jurídico-normativo de caracterização da omissão, conforme definido no capítulo 1.

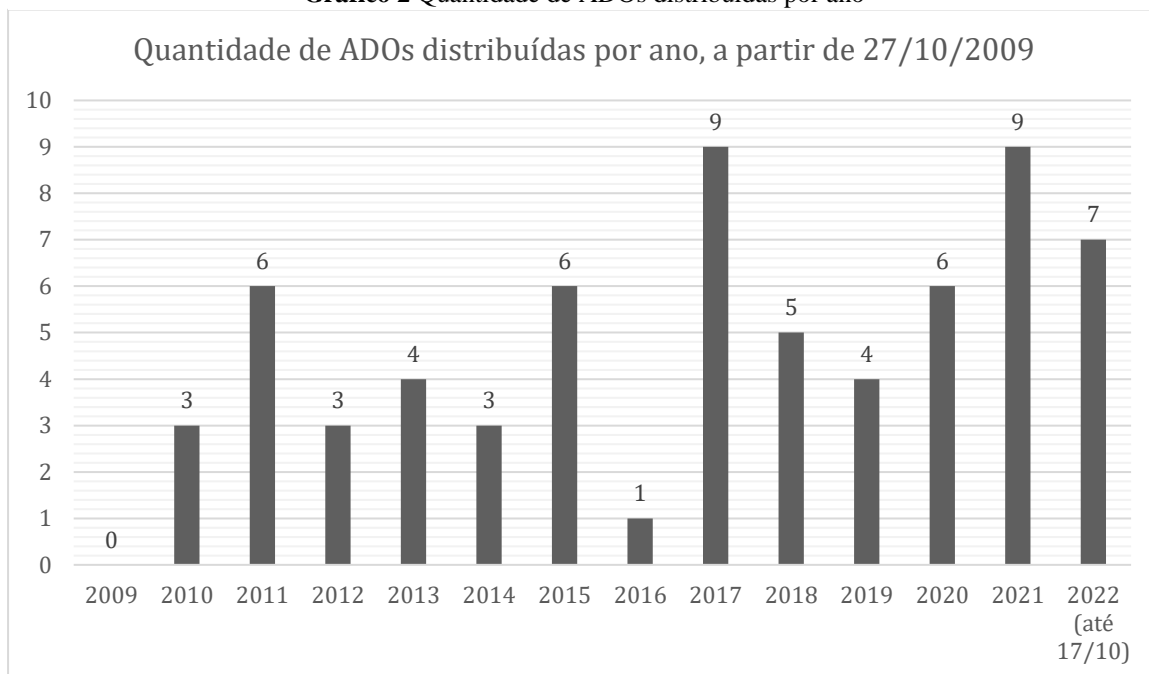
A hipótese, neste ponto, é de que a transição paradigmática descrita no capítulo 1 refletiu uma compreensão compartilhada também entre os autores das ações analisadas, fazendo com que haja um crescimento no quantitativo de ADOs distribuídas por ano. Afinal, a Ciência Política tem por matéria prima a própria sociedade, de modo que as compreensões teóricas desenvolvidas por ela podem refletir, em maior ou menor grau, um sentimento compartilhado entre as pessoas que operam o sistema de justiça. Sendo assim, é possível que a mudança paradigmática observada esteja também refletida no comportamento dos autores das ações analisadas.

Ademais, a hipótese se lastreia também na possibilidade de que, embora já existisse há muitos anos, o sistema de controle concentrado da omissão inconstitucional tenha adquirido especial espaço com a promulgação da Lei nº 12.063/2009, que consolidou a disciplina jurídica da ADO. É esse, aliás, o marco temporal que informa o recorte da pesquisa.



Segmentando-se as informações por cada ano, tem-se o seguinte quadro de distribuição de ADOs.

**Gráfico 2** Quantidade de ADOs distribuídas por ano



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Uma primeira observação do gráfico não conduz à confirmação imediata da hipótese desenvolvida. Pelo contrário, fica sugerida a conclusão de que a quantidade de ADOs distribuídas por ano ao Supremo Tribunal Federal não tem relação direta com a evolução jurisprudencial do tema.

### **2.1.2. Conteúdos discutidos nas ADOs**

Uma outra análise importante sobre os dados encontrados na pesquisa é aquela relacionada aos temas constitucionais que foram abordados nas sessenta e sete ações investigadas. Quais foram os temas que mais mobilizaram os legitimados para propor ADO ao Supremo Tribunal Federal?

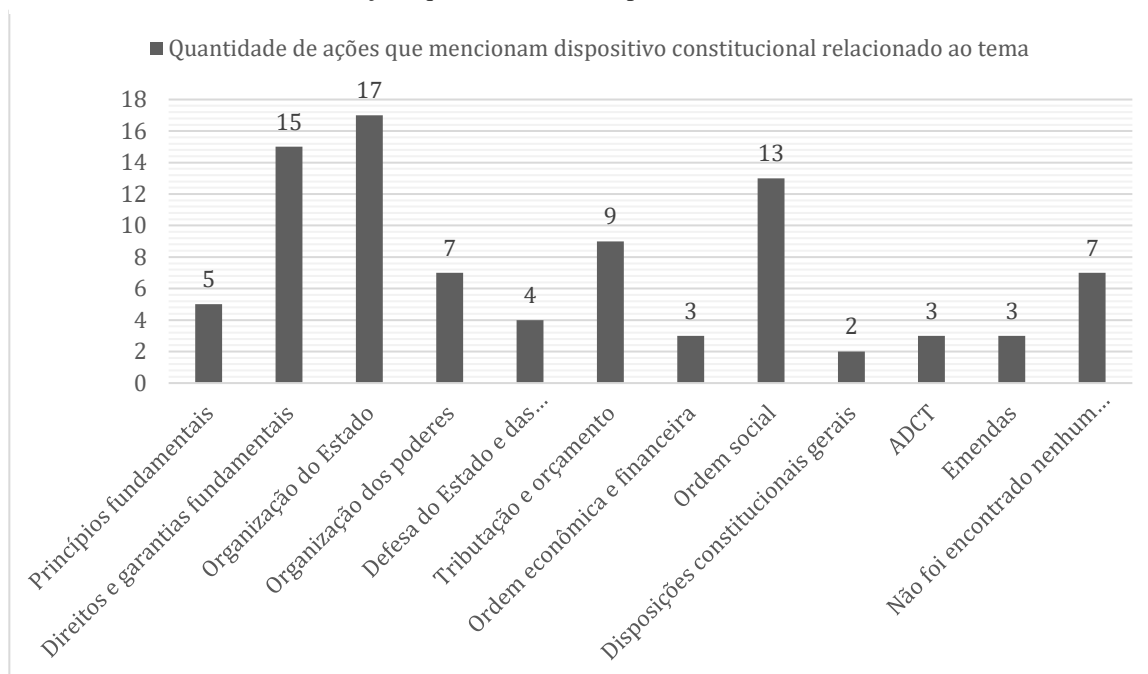
Para isso, as ações foram segmentadas em doze categorias, a depender de seu conteúdo. As categorias refletem o índice sistemático da Constituição de 1988, de modo que a ação pertence a alguma(s) delas de acordo com o parâmetro de constitucionalidade

invocado<sup>21</sup>. Por exemplo, se na ação foram informados o art. 5º e o art. 170 como dispositivos constitucionais violados, esta ação será computada na categoria “direitos e garantias fundamentais” e “ordem econômica e financeira”, pois é a esses títulos que estão vinculados os dispositivos na Constituição. Isso evidencia, como se nota, que uma mesma ação pode ser classificada em mais de uma categoria.

As nove primeiras categorias refletem a organização do texto constitucional, dividido em títulos: princípios fundamentais; direitos e garantias fundamentais; organização do Estado; organização dos poderes; defesa do Estado e das instituições democráticas; tributação e orçamento; ordem econômica e financeira; ordem social; e disposições constitucionais gerais. As demais categorias inseridas foram: ADCT; Emendas; e “não foi encontrado nenhum dispositivo constitucional apontado expressamente”. Esta última categoria foi necessária em razão de terem sido identificadas várias ações que se limitavam a indicar um dispositivo infraconstitucional como parâmetro de controle ou nenhum parâmetro de controle expreso.

A partir disso, tem-se a seguinte distribuição temática das sessenta e sete ações analisadas:

**Gráfico 3** Quantidade de ações que mencionam dispositivo constitucional relacionado ao tema



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

<sup>21</sup> Costa (2018) apontou a dificuldade metodológica de se classificar os temas das ações a partir da dogmática aplicada pelo STF. Por isso, optei por seguir a organização sistemática da Constituição, a partir de uma identificação minha dos dispositivos constitucionais indicados na petição inicial, e não necessariamente a indicação dos temas feita pelo STF no sistema processual.

Uma outra organização dessas informações pode ser obtida a partir de um novo enquadramento do conteúdo dos dispositivos relacionados ao ADCT e às Emendas nas demais categorias. Essa nova formulação, porém, não decorreu de um critério objetivo, mas sim de uma livre aproximação temática realizada por nós. Dessa forma, a categorização dos dispositivos do ADCT e das Emendas ocorreu da seguinte maneira:

**Tabela 2** Categorização de ADOs fundadas no ADCT

<b>ADO</b>	<b>Dispositivo do ADCT</b>	<b>Categoria(s) enquadrada(s)</b>
25	Art. 91	Tributação e orçamento
52	Art. 101, §4º, I a IV	Tributação e orçamento
58	Art. 101, §4º	Tributação e orçamento

Fonte: elaborado pelo autor (2023)

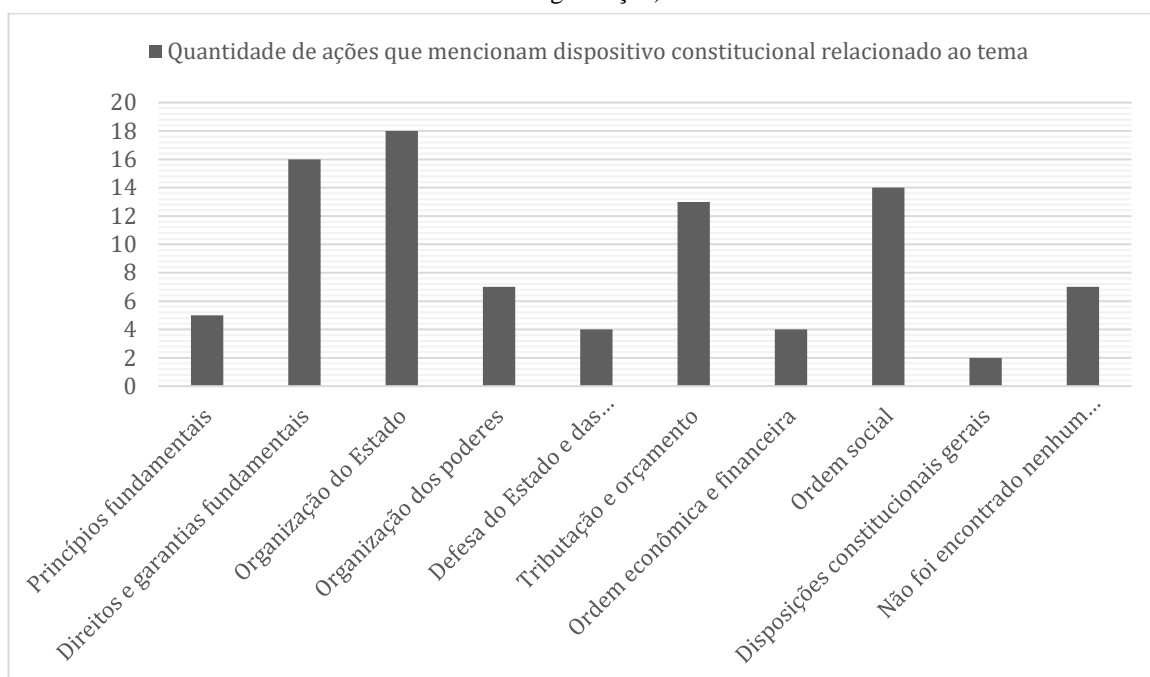
**Tabela 3** Categorização de ADOs fundadas em Emendas

<b>ADO</b>	<b>Dispositivo de Emenda</b>	<b>Categoria(s) enquadrada(s)</b>
24	Art. 27 da EC 19/1998	Direitos e garantias fundamentais; Organização do Estado; Ordem econômica e financeira.
27	Art. 3º da EC 45/2004	Tributação e orçamento
76	Art. 5º, III, §3º, I e II da EC 123/2022	Ordem social

Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Após essa nova organização das informações, tem-se a seguinte distribuição temática das ações:

**Gráfico 4** Quantidade de ações que mencionam dispositivo constitucional relacionado ao tema (após nova categorização)



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Conjugando a análise quantitativa com a qualitativa, que se dá por meio da observação da tabela que apresenta os temas constitucionais discutidos em cada ação, duas informações relevantes podem ser extraídas:

- a) O tema constitucional que mais despertou o interesse dos atores legitimados a propor ADO, entre as ações analisadas, é a organização do Estado. Foram 18 ações que tinham por parâmetro de controle um dispositivo constitucional vinculado ao Título III da Constituição. Entre elas, o art. 37, X foi o campeão de menções, aparecendo em 7 ações.

Na maioria desses casos, o que se encontrou foi uma discussão acerca da remuneração de servidores públicos, revisões gerais anuais, planos de carreira e aposentadorias. Somente 8 dessas 18 ações não tinham por objetivo direto a tutela jurisdicional de algum aspecto relativo à remuneração de servidores públicos. Entre essas 8, destacam-se ações que buscaram a regulamentação da criação de municípios (ADO 70); a adoção de medidas de combates à pandemia

de Covid-19 (ADOs 65 e 66); e a elaboração da Lei de Defesa dos Usuários dos Serviços Públicos (ADO 24).

- b) O segundo tema constitucional que mais apareceu na pesquisa foi o dos direitos e garantias fundamentais. Foram 16 ADOs mencionando expressamente algum dispositivo vinculado ao Título II da Constituição.

Há, aqui, uma observação interessante a se fazer. A tutela da omissão, no que se refere aos direitos e garantias fundamentais, parece estar em movimento de expansão, sobretudo após os efeitos da pandemia de Covid-19. Entre 01/01/2020 e 17/10/2022, foram propostas 22 ADOs, sendo 7 delas relacionadas a direitos fundamentais. A proporção é de 31,8%, que é superior à média global. No total de 67 ações, 16 delas invocaram dispositivos relacionados a direitos e garantias fundamentais, o que representa um percentual de 23,9%.

Para ambas as observações, faz-se necessário entender se esses percentuais refletem a quantidade de dispositivos pendentes de regulamentação em cada título da Constituição, ou se, por outro lado, refletem um interesse maior dos legitimados para propor ADO em algum desses temas. Com o objetivo de elucidar esse questionamento, passa-se aos apontamentos a seguir.

### **2.1.3. Dispositivos constitucionais pendentes de regulamentação**

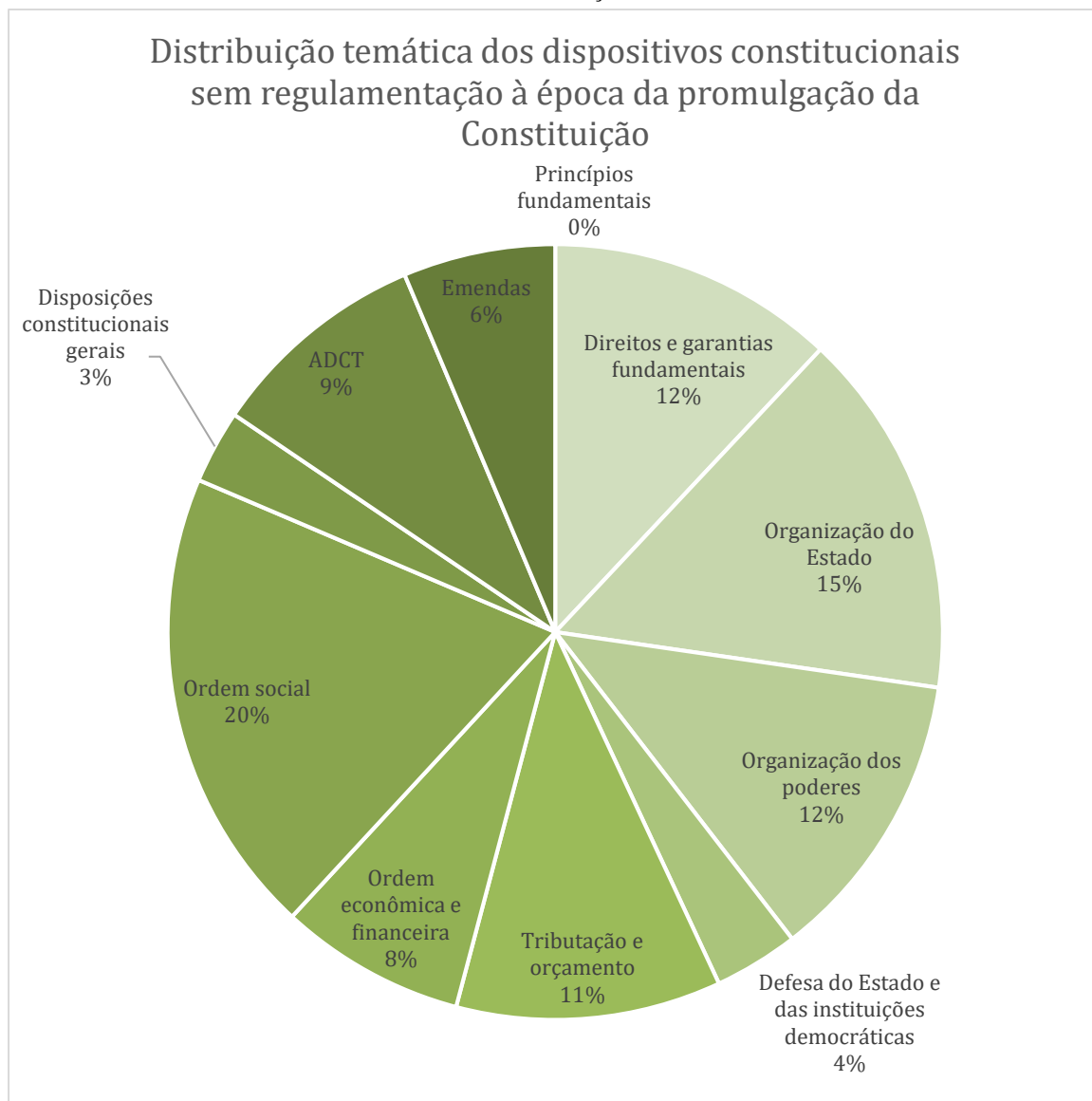
Para identificar se há ou não um reflexo da estrutura constitucional nos resultados acima observados, é necessário levar em consideração a quantidade de dispositivos constitucionais pendentes de regulamentação. Para isso, usamos como base de dados um levantamento realizado pela Câmara dos Deputados<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Constituição Federal: dispositivos constitucionais sujeitos à regulamentação**. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/LeginfraNao.htm>>. Acesso em 17/10/2022.

Em primeiro lugar, analisaremos a distribuição do total de dispositivos pendentes de regulamentação à época da promulgação da Constituição de 1988. A distribuição desses dispositivos de acordo com os títulos do texto constitucional é a seguinte:

**Gráfico 5** Distribuição temática dos dispositivos constitucionais sem regulamentação à época da promulgação da Constituição



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Para se traçar um comparativo entre a quantidade total de dispositivos constitucionais não regulamentados por tema e a quantidade de ADOs ajuizadas por tema, usaremos as informações que consideram também o ADCT e as Emendas na classificação das ações analisadas, a fim de se ter uma mesma base de categorias. Assim, tem-se o seguinte resultado:

**Tabela 4** Proporção de ADOs que mencionam cada tema constitucional

	<b>Quantidade de dispositivos não regulamentados originalmente</b>	<b>Quantidade de ADOs propostas que invocam o tema entre 27/10/2009 e 27/10/2022</b>
<b>Princípios fundamentais</b>	0%	7,5%
<b>Direitos e garantias fundamentais</b>	12%	22,4%
<b>Organização do Estado</b>	15,3%	25,4%
<b>Organização de poderes</b>	12,2%	10,4%
<b>Defesa do Estado e das instituições democráticas</b>	3,5%	6%
<b>Tributação e orçamento</b>	11%	13,4%
<b>Ordem econômica e financeira</b>	7,8%	4,5%
<b>Ordem social</b>	19,5%	19,4%
<b>Disposições constitucionais gerais</b>	3%	3%
<b>ADCT</b>	9,2%	4,5%
<b>Emendas</b>	6,4%	4,5%

Fonte: elaborado pelo autor (2023)

É evidente que, para que chegue a conclusões mais sólidas, essa comparação deveria levar em consideração a quantidade de dispositivos não regulamentados à época da distribuição de cada ação. No entanto, o objetivo deste trabalho não é traçar um comparativo numérico em microescala, mas sim identificar padrões no nível macro.

Com isso, a pergunta a ser respondida é a seguinte: quais foram os grandes temas constitucionais que mais demandaram regulamentação? Eles coincidem com os temas invocados pelos autores das ADOs? Que motivos ajudam a explicar essa relação?

Algumas conclusões preliminares podem ser extraídas dessa comparação em nível macro:

- a) Alguns temas despertaram mais o interesse dos legitimados a propor ADO do que poderia se esperar, a partir da quantidade de dispositivos não regulamentados pela Constituição. A organização do Estado é um desses. Trata-se do tema campeão entre as ADOs, mas não era o que mais demandava regulamentação à época da promulgação da Constituição. Caso se constituísse uma lógica de reprodução da realidade normativa constitucional, o tema mais discutido em ADO seria a ordem social. No entanto, ela aparece somente no terceiro lugar. É importante frisar que a maior parte das ADOs que discutiam dispositivos

relacionados à organização do Estado no fundo tinham relação com remuneração e demais aspectos da carreira de servidores públicos.

- b) Os direitos fundamentais ganharam mais destaque do que se poderia esperar. Essa realidade pode ser explicada também pela crescente invocação da tutela da omissão no que se refere a direitos fundamentais, verificada nos últimos anos. O cenário de crise democrática (SOUZA NETO, 2021; SARMENTO, 2023) e omissão do Poder Executivo em temas importantes pode ter contribuído para esse cenário.
- c) A ordem econômica e financeira tem sido menos invocada na tutela da omissão do que se poderia prever, a partir da configuração observada na Constituição. A proporção de ADOs que discutem esse tema é quase a metade da proporção de dispositivos não regulamentados. A ordem econômica e financeira é aspecto central para a realização de outras disposições constitucionais, como a concretização de direitos fundamentais, por exemplo. Porém, não vem despertando o respectivo interesse por parte dos atores legitimados a propor ADO.

Essas e outras observações podem ser feitas a partir dos resultados da pesquisa. A principal delas, porém, parece estar relacionada à disparidade entre a importância conferida a alguns temas pela Constituição e pelos atores legitimados a propor ADO. Ao final, a tutela constitucional da omissão parece ter priorizado, por parte dos requerentes, assuntos relacionados às carreiras de servidores públicos, sobretudo nas primeiras décadas de vigência da Constituição de 1988.

Temas como os direitos fundamentais também foram bastante invocados, mas talvez não segundo o grau de importância que lhes confere o texto constitucional. Se há um tema que merecia proeminência na tutela jurisdicional, é o dos direitos fundamentais. A Constituição lhes confere prioridade absoluta e são eles uns dos principais norteadores da atuação do Supremo Tribunal Federal.

A explicação dessa realidade passa pela discussão dos legitimados ativos em ADO. A realidade que se constata parece dificultar o acesso de atores políticos que poderiam aprofundar o debate da regulamentação de direitos fundamentais, da ordem econômica constitucional e da operacionalização de políticas públicas pela via orçamentária e tributária.



Essa reflexão será aprofundada posteriormente, após a revisão de literatura sobre modelos de diálogo institucional, separação de poderes e análise dos principais atores que mobilizaram o Supremo Tribunal Federal na tutela da omissão inconstitucional.

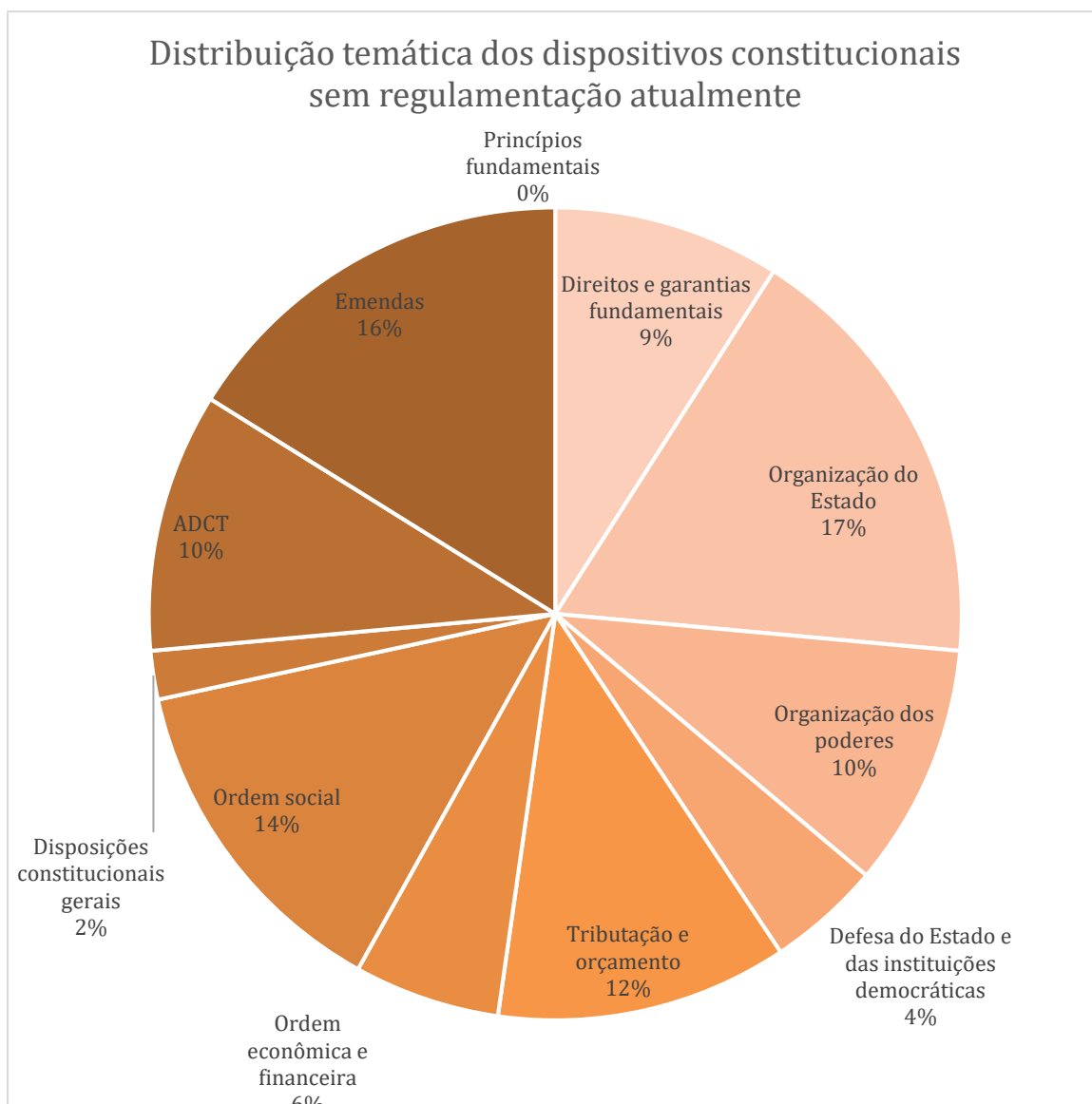
No entanto, vale dizer, apesar das disparidades apontadas, pode-se observar que, em termos gerais, as proporções comparadas não são absolutamente distintas, o que conforma uma certa tendência de semelhança. É necessário frisar: identificou-se uma tendência, e não uma fiel reprodução dessas proporções, tendo em vista a existência de alguns temas mais relevantes na jurisdição do Supremo que não detêm a mesma relevância numa análise sistemática do texto constitucional.

Apenas para fim ilustrativo, apresenta-se a seguir a quantidade de dispositivos ainda não regulamentados, até a data de encerramento da pesquisa, conforme a base de dados da Câmara dos Deputados<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS, *Constituição...*, *op. cit.*

**Gráfico 6** Distribuição temática dos dispositivos constitucionais pendentes de regulamentação



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

#### 2.1.4. Questões suscitadas

Para aprofundar a análise dos dados, é necessário identificar os questionamentos que são suscitados por eles. São essas questões que conduzirão a investigação, direcionando o foco das próximas etapas.

Primeiro, passemos ao aspecto temporal da análise, isto é, o quantitativo de ADOs distribuídos por ano. Os *autores* das ADOs, numa análise preliminar e restrita ao quantitativo das ações, não parecem percorrer uma trajetória de crescimento, o que sugeriria, num

primeiro momento, que não compartilham da transição paradigmática de caracterização da omissão inconstitucional (do paradigma jurídico-normativo para o paradigma sócio-histórico). O que dizer, porém, dos *ministros* do Supremo Tribunal Federal? Qual foi a evolução jurisprudencial do tema no STF?

Segundo, o processo de promulgação da Lei nº 12.063/2009, que regulamentou a ADO, introduz algum elemento novo à discussão? Existem indícios, extraídos a partir do debate legislativo, que podem ajudar a compreender a forma pela qual se caracteriza a omissão inconstitucional?

Terceiro, após esse aprofundamento da investigação, o que os dados revelam sobre os temas constitucionais priorizados pelos autores das ADOs analisadas? Há indícios acerca da eficácia da jurisdição constitucional no que se refere a temas específicos, como direitos fundamentais, organização do Estado, ordem social etc.?

A essas perguntas se dedicarão as páginas seguintes.

## **2.2. A outra face da moeda: a omissão inconstitucional segundo o Supremo Tribunal Federal**

O que o Supremo Tribunal Federal entende, historicamente, como omissão inconstitucional? Há sinais de acolhimento, pelo tribunal, do paradigma sócio-histórico de caracterização da omissão inconstitucional?

Não obstante a relevância das compreensões desenvolvidas mais recentemente sobre a omissão inconstitucional, calcadas no paradigma que aqui se denomina sócio-histórico, às quais se filia o presente trabalho, o marco teórico adotado pelo Supremo Tribunal Federal não parece ter acompanhado essa transição na mesma intensidade que a evolução da bibliografia. Isso não significa, porém, que não haja sinais de aproximação.

O conceito de omissão inconstitucional adotado pelo Supremo foi, durante muito tempo, o do paradigma jurídico-normativo, pelo menos no que se refere ao controle concentrado da omissão. Recentemente, houve algumas variações desse padrão, que caminham no sentido da transição paradigmática registrada na literatura. No entanto, esse movimento ainda é pontual, de modo que ainda não se pode dizer que está superada a construção histórica do tribunal.

O comportamento da corte nas sessenta e sete ações diretas de inconstitucionalidade por omissão analisadas na pesquisa revela uma modulação histórica do conceito adotado. No entanto, as variações ao longo do tempo não apresentam rupturas estáveis, embora apresente importantes pontos de virada nos entendimentos sobre o tema. No geral, ainda não é possível afirmar categoricamente que o marco conceitual adotado tenha sido alterado.

Para enfrentar a jurisprudência do Supremo sobre o assunto, foram analisados alguns dos principais julgamentos que conformaram historicamente o controle da omissão inconstitucional no tribunal. Todavia, antes de adentrar nessa análise, um caso especial merece destaque. Trata-se da celebrada ADPF 347/DF, que culminou no reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, em razão das condições em que se encontravam à época (e ainda se encontram) as pessoas privadas de liberdade no Brasil.

Embora não se trate de ação de controle abstrato da omissão inconstitucional, em sentido estrito, é inegável que a decisão proferida em medida cautelar na ADPF 347/DF não poderia ser ignorada nesse preâmbulo do desenvolvimento histórico da jurisprudência do STF sobre o tema. Na ocasião, o Plenário do tribunal deferiu parcialmente a cautelar requerida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), determinando uma série de medidas direcionadas à superação do estado de coisas inconstitucional decorrente da precariedade do sistema penitenciário brasileiro.

O julgado é importante porque o ECI tem relação direta com o fenômeno da omissão, quando compreendida num sentido amplo. Além disso, é relevante também porque na fundamentação da decisão proferida pelo Supremo foram inúmeros os dados da realidade social considerados na formulação da convicção dos juízes. Indicadores tais como relatórios de pesquisa da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ e estudos técnicos do INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias) foram invocados na deliberação do colegiado para subsidiar o reconhecimento do ECI. Isso tudo aponta para um caso bastante interessante em que o paradigma sócio-histórico norteou a atuação do tribunal.

Ao se basear em dados empíricos como esses para reconhecer a inconstitucionalidade sistêmica, o Supremo Tribunal Federal cravou em sua história um caso paradigmático de desvio da rigidez até então refletida na opção pelo paradigma jurídico-normativo. O critério para o deferimento parcial das medidas requeridas na ADPF 347/DF não foi a textualidade de um dispositivo específico, mas sim a realidade brasileira concreta e empiricamente observada.

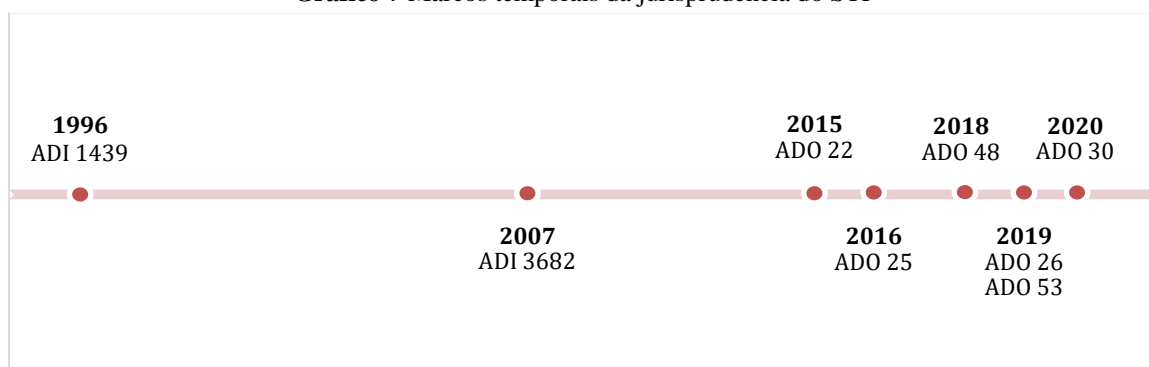
Uma postura institucional como essa leva o tribunal a se posicionar como autêntico ator político, pelo fato de que passa a se inserir no momento da formulação de políticas públicas (CAMPOS, 2015). Isso levou alguns autores a acusar a corte de ativismo judicial

(STRECK, 2015), no entanto, a crítica perde força quando se leva em consideração o efeito de desbloqueio institucional que pode derivar do reconhecimento do ECI, ampliando as formas de participação dos outros poderes (GARAVITO e FRANCO, 2010).

A importância do caso da ADPF 347/DF, porém, ainda encontra limites na jurisprudência da corte. Nada obstante a sua relevância histórica, que inclusive abriu precedente importante para que outros movimentos similares viessem a acontecer, ainda não é possível dizer que a introdução do ECI no Brasil foi acompanhada de todo o aparato institucional necessário à sua concretização. Esse aparato se refere, principalmente, à fase de cumprimento das decisões, que mobilizou significativo esforço da Corte Constitucional no caso colombiano (Ibid.). Ademais, ainda não é possível dizer que a jurisprudência do ECI no STF foi capaz, por si só, de superar por inteiro a compreensão que se tem no Supremo acerca da omissão inconstitucional tratada neste trabalho. E nem poderia fazê-lo, tendo em vista se tratar de fenômenos bastante distintos. Afinal, a omissão inconstitucional que é objeto deste trabalho é aquela que autoriza o controle de constitucionalidade pela via da ADO. Ainda assim, porém, a referência à ADPF 347/DF é inevitável, ante a magnitude do entendimento que se consolidou como um dos pontos mais marcantes da história recente do Supremo Tribunal Federal.

No que se refere especificamente ao controle abstrato da omissão, o julgamento de algumas das ações analisadas na pesquisa foram oportunidades para que o Supremo aditasse ou revisitasse o conceito de omissão inconstitucional firmado pelo tribunal. Com base nesse histórico, apresenta-se a seguir um retrospecto sintético dos posicionamentos da corte.

**Gráfico 7** Marcos temporais da jurisprudência do STF



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

**Tabela 5** Evolução da jurisprudência do STF em matéria de controle abstrato da omissão inconstitucional

Ano	Ação	Pontos de destaque
1996	ADI 1439	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Fixou requisitos para caracterização da omissão passível de controle via ação direta;</li><li>▪ Vocalizou impossibilidade de conversão de ADI em ADO (entendimento consolidado na ADI 986/DF, em razão de se tratar de pedidos diversos);</li><li>▪ Impossibilidade de conceder liminar em casos de omissão parcial;</li><li>▪ Única medida possível na ADO é a mera comunicação ao órgão estatal inadimplente, de que este se acha em mora constitucional (se for omissão de órgão administrativo, determinará que empreenda as medidas necessárias no prazo de 30 dias).</li></ul>
2007	ADI 3682	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Institui conceito de <i>inertia deliberandi</i>;</li><li>▪ Prevê possibilidade de fixar prazo também ao Poder Legislativo;</li><li>▪ Inicia discussão sobre efeitos retroativos da decisão.</li></ul>
2015	ADO 22	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Sistematiza diferença entre omissão parcial e critério político.</li></ul>
2016	ADO 25	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Revisita conceito de omissão inconstitucional;</li><li>▪ Endossa possibilidade de fixação de prazo ao Legislativo;</li><li>▪ Introduz a possibilidade de decisão que supre a lacuna legislativa.</li></ul>
2018	ADO 48	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Exclui do âmbito da ADO a omissão administrativa que não esteja relacionada à edição de ato regulamentar.</li></ul>
2019	ADO 26	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Institui a possibilidade de colmatação da lacuna por meio do alargamento da aplicação de norma já existente, ainda que em âmbito penal;</li><li>▪ Aprofundamento da função contramajoritária em cenário de crise; vocalização da relativa fungibilidade entre ações de controle concentrado;</li><li>▪ Fundamentação fortemente amparada no paradigma sócio-histórico.</li></ul>
	ADO 53	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Uso da expressão “síndrome de inefetividade”.</li></ul>
2020	ADO 30	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Primeiro caso de controle da omissão fundado em norma principiológica/programática;</li><li>▪ Invocação forte de argumentos extrajurídicos na fundamentação.</li></ul>

Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Para a construção desse histórico foram consideradas não só as sessenta e sete ações analisadas na pesquisa, como também aquelas outras citadas no julgamento dessas ações. Ou

seja, foram considerados também os precedentes invocados pelo Supremo ao decidir sobre as ADOs investigadas.

O precedente mais antigo sobre o tema da omissão inconstitucional citado nas ações analisadas data de 2003. Trata-se do voto do relator Ministro Celso de Mello no julgamento da Medida Cautelar na ADI 1439, que definiu sumariamente a inconstitucionalidade por omissão. Na ocasião, o voto dedicou as seguintes linhas ao assunto:

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade, portanto, pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em uma *facere*, gera a inconstitucionalidade por ação.

Pode ocorrer, no entanto, que o Poder Público deixe de adotar as medidas, legislativas ou não, que sejam necessárias para tornar efetivos, operantes e exequíveis os próprios preceitos da Constituição. Em tal situação, o Estado abstém-se de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs. Desse *non facere* ou *non prestare*, resulta a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.<sup>24</sup>

Na ocasião do julgamento da referida ação, o tribunal referendou um conceito de inconstitucionalidade por omissão que tem por essência: (a) a existência de um preceito constitucional que demanda medidas legislativas para se tornar efetivo, operante e exequível; (b) a existência de um dever de prestação imputado pela Constituição ao Estado; (c) a abstenção do Estado em relação ao dever constitucional de prestação.

Para que a formulação faça sentido, é necessário entender o citado “dever de prestação” como um dever de provisionar as medidas legislativas necessárias para que o preceito constitucional se torne efetivo, operante e exequível. Identifica-se aqui uma influência da doutrina de Thomas Cooley, que distingue as normas constitucionais entre as autoaplicáveis e não autoaplicáveis (COOLEY, 1874). A inconstitucionalidade por omissão só seria possível, nesse sentido, diante de normas não autoaplicáveis.

Também a existência de um dever normativo é indicada como um dos requisitos para a ocorrência da omissão inconstitucional. Sem ele, segundo o Supremo, não haveria que se

---

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1439. Ementa: [...] A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fundada nas múltiplas distinções que se registram entre o controle abstrato por ação e a fiscalização concentrada por omissão, firmou-se no sentido de não considerar admissível a possibilidade de conversão da ação direta de inconstitucionalidade, por violação positiva da Constituição, em ação de inconstitucionalidade por omissão, decorrente da violação negativa do texto constitucional. Autor: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Réu: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, 22/05/1996. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=ADI&numero=1439#>. Acesso em 25/10/2022.

falar em inconstitucionalidade. No caso da ADI 1439/DF, o tribunal entendeu que o art. 7º, IV, da Constituição, parâmetro de controle invocado na ação, de fato impunha um dever de legislar ao Estado, ao qual correspondia um direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação.

Vê-se, portanto, que a corte relacionou a atividade legiferante a um dever subjetivo do cidadão, garantido pelo texto constitucional. A lente de análise empregada foi puramente textual, pois não se considerou no julgamento qualquer indicador social capaz de atestar a realidade da população brasileira no que se refere ao salário-mínimo. O parâmetro de avaliação foi a Constituição e somente ela.

O julgamento da Medida Cautelar na ADI 1439/DF voltou a ser invocado futuramente pelo tribunal como precedente<sup>25</sup>. Fixou-se, assim, como primeiro marco conceitual da omissão inconstitucional apta a autorizar o controle judicial de constitucionalidade.

É necessário salientar que a ADI 1439/DF não foi sequer conhecida, restando prejudicado o pedido de medida liminar. O não conhecimento, porém, ocorreu por razão meramente formal: à época, o STF entendia que era impossível a conversão de ADI em ADO. Como os pedidos foram formulados na petição inicial em forma de ADI, o tribunal entendeu que era impossível decidi-los nos termos de um ADO (ação de fato cabível no caso). Ainda assim, o acórdão sistematizou os elementos centrais do conceito de omissão inconstitucional.

Para além da definição preliminar de omissão inconstitucional e da consolidação do entendimento sobre a impossibilidade de conversão de ADI em ADO, o acórdão revela ponto bastante interessante sobre a posição do Supremo em matéria de inconstitucionalidade por omissão. Como já dito, o tribunal historicamente se filiou ao paradigma jurídico-normativo na caracterização do fenômeno em debate, o que se constata também por meio da ADI 1439/DF. Isso porque o parâmetro de controle é avaliado textualmente, a partir da redação da norma constitucional. É ela quem diz se existe o dever público de sanar omissão ou não. E isso está presente no acórdão em questão.

Ocorre, porém, que, apesar de o parâmetro de controle se constituir a partir da redação do texto constitucional, indicadores econômicos e sociais aparecem em destaque na decisão, o que poderia apontar para uma sinalização na direção do paradigma sócio-histórico. Em determinado momento do acórdão, o tribunal passa a analisar a alegação de que a fixação do salário mínimo pelo Poder Executivo se omitiu parcialmente sobre a determinação

---

<sup>25</sup> É o caso, por exemplo, da ADO 49/SE, julgada em 01/08/2018.



constitucional do art. 7º, IV, de que o valor do salário mínimo deve ser “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Para enfrentar o argumento, a corte se vale de uma breve sistematização dos principais índices inflacionários da época, entre eles o ICV/DIEESE, o IPC/FIPE, o INPC/IBGE e o IGP-M/FGV. Logo em seguida, entende que a fixação do valor de R\$ 112,00, adotado pelo Poder Executivo na Medida Provisória nº 1.415/1996, “é aviltante e humilhante”<sup>26</sup>. Tudo isso é constatado em uma análise da realidade social, que se dá a partir de indicadores econômicos e das percepções particulares dos julgadores.

Apesar dessa sinalização, que apontaria na direção do paradigma sócio-histórico do controle da omissão inconstitucional, extrai-se que o parâmetro de controle permanece sendo somente a norma constitucional expressa e delimitada, marcada pela expressão “fixado em lei” ou outra similar. Não se considera como parâmetro nenhuma interpretação sistemática ou global da Constituição, mas tão somente o dispositivo que expressamente determine uma providência legislativa direcionada.

Por esse motivo, as análises da realidade social que aparecem na fundamentação da decisão não chegam a ter o condão de afastar o pilar jurídico-normativo que sustenta o controle da omissão inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O parâmetro de controle permanece sendo o dispositivo constitucional individualmente considerado, como unidade autônoma de sentido, e somente ele. É a norma específica quem diz se há algum dever descumprido pelo Estado.

Em termos de efeitos da decisão proferida em ADO, o tribunal sistematizou nessa ocasião um entendimento que já vinha se consolidando. A procedência do pedido em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não importa na possibilidade de o próprio julgador colmatar a norma, isto é, expedir provimentos normativos que atuem como sucedâneo do dispositivo constitucional. Conforme o relator, “em tema de controle abstrato de omissão inconstitucional, são extremamente limitados os poderes deferidos pela Carta da República ao Supremo Tribunal Federal (...)”<sup>27</sup>.

Sendo assim, a eventual procedência do pedido em ADO implicaria tão somente na cientificação da mora ao poder competente para editar a norma. A única medida possível, portanto, nesse caso, seria a mera comunicação ao ente estatal inadimplente, de que se encontra em mora constitucional. Se fosse o caso de uma omissão administrativa, porém, o

---

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1439, *op. cit.*

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1439, *op. cit.*

órgão seria cientificado para empreender as medidas necessárias ao saneamento da omissão num prazo de 30 dias.

Em seguida, como segundo relevante movimento jurisprudencial sobre o tema, veio o julgamento da ADI 3682/MT, datado de 2007. O voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, na parte em que analisa o conceito da omissão inconstitucional, denuncia a profundidade do assunto: “É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do Direito Constitucional moderno”<sup>28</sup>.

Esse julgamento é importante porque altera o entendimento consagrado anteriormente nos autos da ADI 2495<sup>29</sup>, acerca da inércia legislativa. Naqueles termos, o tribunal entendia que não haveria de se cogitar de omissão inconstitucional do legislador, quando já tivesse sido desencadeado o processo legislativo que culminaria na promulgação da norma necessária à aplicação do dispositivo constitucional. Em outras palavras: se o Parlamento já tivesse dado início a um projeto de lei ou de outra medida regulamentadora, a possibilidade de controle da omissão se extinguiria.

Reverendo o tema, capitaneado pelo voto do relator Ministro Gilmar Mendes na ADI 3682/MT, o Supremo passou a entender de modo diverso. Com a introdução do conceito de *inertia deliberandi*, o mero desencadeamento do processo legislativo deixaria de ser capaz de suspender a possibilidade de controle judicial. Isso significa que, nas palavras do relator:

Essas peculiaridades da atividade parlamentar, que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam, todavia, uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional.

---

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3682. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. [...]. Autor: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. Réus: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes, 06/09/2007. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=ADI&numero=3682>. Acesso em 25/10/2022.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2495. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC Nº 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998). ESTADO DE SANTA CATARINA. Mora inconstitucional que não se verifica, tendo o Chefe do Executivo estadual, em cumprimento ao dispositivo constitucional sob enfoque, enviado à Assembléia Legislativa projeto de lei sobre a revisão geral anual dos servidores catarinenses. Ação direta prejudicada. Autor: Partido Social Liberal. Réu: Governador do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Ilmar Galvão, 02/08/2002. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=ADI&numero=2495>. Acesso em 25/10/2022.

Não tenho dúvida, portanto, em admitir que também a inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Dessa forma, pode o Supremo Tribunal Federal reconhecer a mora do legislador em deliberar sobre a questão, declarando, assim, a inconstitucionalidade da omissão.<sup>30</sup>

A Constituição de 1988 regulamenta o processo legislativo, especialmente no que se refere à iniciativa, à sanção e ao veto, mas é tímida quanto à fase deliberativa (discussão e votação). Isso faz com que, dadas as complexidades da atividade legiferante, muitos projetos passem anos a fio pendentes de votação. Excluir essa realidade da possibilidade de controle judicial, equivaleria a, nos termos do entendimento firmado pelo tribunal, por em risco a ordem constitucional.

Com isso, a ADI 3682/MT se firmou como marco jurisprudencial que expandiu, em grande medida, a atividade de controle da omissão inconstitucional pelo STF. Agora, o simples fato de existir projeto de lei tramitando no Congresso Nacional não seria capaz de afastar a possibilidade de procedência dos pedidos formulados em ADO. Dessa forma a corte deu mais um passo rumo à ampliação de sua atuação no controle de constitucionalidade da omissão.

Para além disso, o julgamento da referida ação também consolidou outro elemento de expansão (essa mais tímida) da atividade de controle da omissão. Como já salientado, num primeiro momento o Supremo limitou os efeitos da decisão em ADO à mera comunicação da mora constitucional e, no caso de omissão administrativa, à determinação do prazo de 30 dias para empreender as medidas normativas necessárias.

Na ADI 3682/MT, porém, sistematizou-se um entendimento um pouco distinto, que, ao que parece, já vinha se desenhando anteriormente. Com fundamento no princípio do Estado de Direito (art. 1º), na imediata aplicação dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e na previsão do dever de concretização dos direitos constitucionais, no caso do mandado de injunção (art. 5º, LXXI), o tribunal entendeu pela possibilidade de fixar prazo ao Congresso Nacional, para que adote as providências legislativas necessárias, o que antes se admitia somente em relação à Administração Pública. No caso, o prazo fixado foi de dezoito meses.

Cabe salientar que a fixação de prazo ocorreu sem que se previsse medidas mais constritivas para o caso de se esgotar esse período de tempo sem o saneamento da omissão. O fato inclusive chegou a ser discutido na sessão de julgamento:

---

<sup>30</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3682, *op. cit.*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Imagino que esse prazo seja cogente, não simplesmente dilatório. Fico a pensar o que faremos se, no caso de descumprimento, houver a formalização, pela requerente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de uma reclamação? O que decidiremos a respeito?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) Ou, eventualmente, da prorrogação do prazo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Eu prefiro não me comprometer com o prazo, quer dizer, considero apenas um apelo à razoabilidade temporal.<sup>31</sup>

Ao final, embora o voto do relator tenha prevalecido quanto à possibilidade de fixação do prazo para o Poder Legislativo, fato é que o tema não foi suficientemente disciplinado. Não foram previstas novas medidas constritivas para o caso de se transcorrer o período de tempo determinado sem a adoção de qualquer providência relevante. Ao final, embora tenha sido vencido formalmente o Ministro Sepúlveda Pertence, em relação à sua preferência por não se comprometer com o prazo, fato é que o tribunal referendou em partes essa postura. Fixou-se um prazo, mas sem dotá-lo de medidas constritivas suficientes para que produzisse de fato algum efeito relevante. Ao fim e ao cabo, também o Supremo optou por não se comprometer efetivamente com o tema.

Isso aponta, aliás, para uma relativa fragilidade da fase de execução no processo de controle de constitucionalidade, tendo em vista a falta de previsão e regulamentação de medidas que sejam efetivas no cumprimento de sentença. Por maior que seja o esforço de fundamentação na fase decisória, ele não parece vir acompanhado de igual esforço para a efetivação dessas decisões.

Ainda no bojo da ADI 3682/MT, outro ponto merece destaque. Embora os efeitos da decisão tenham permanecido modestos, o voto do relator apontou para a possibilidade de retroatividade da decisão que reconhecer a omissão legislativa. A justificativa é a de que o estado de inconstitucionalidade pode ter produzido efeitos no passado. Assim, seria possível cogitar de uma sentença com efeitos retroativos. O tema, porém, não chegou a ser aprofundado na decisão.

Por fim, no que se refere ao paradigma adotado na caracterização da omissão inconstitucional, tem-se novamente a prevalência do marco jurídico-normativo. Essa conclusão decorre da indicação, na decisão, de dispositivo constitucional individualmente considerado como único parâmetro de controle. No caso, o art. 18, §4º da Constituição.

---

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3682, *op. cit.*

No entanto, também aqui se encontram nuances dessa constatação. Assim como na decisão analisada anteriormente, novamente o tribunal se valeu de observações da realidade para fundamentar seu entendimento sobre a existência ou não da omissão. No presente caso, o relator se debruçou sobre o fenômeno da proliferação de municípios no quadro federativo brasileiro, o que decorreria da falta de regulamentação do art. 18, §4º. Isso configurou, nas palavras do relator, um “estado de inconstitucionalidade”.

É bastante interessante o uso da expressão “estado de inconstitucionalidade”, pois ele aponta para um fenômeno concretamente apurado, não necessariamente vinculado a um dispositivo autônomo. O termo sugere a existência de uma situação globalmente inconstitucional, ou seja, uma realidade que se confronta com uma interpretação sistemática da Constituição. Isso tudo convergeria para a identificação do paradigma sócio-histórico. No entanto, a leitura jurídico-normativa do tema é a que prevalece, tendo em vista a forma como se deu a caracterização do dever constitucional, que se deu a partir de norma individualmente considerada, como unidade autônoma de sentido.

Anos mais tarde, em 2015, no julgamento da ADO 22/DF, o Supremo desenvolveu em mais detalhes um ponto específico do tema da omissão inconstitucional. Sem promover grandes mudanças no entendimento que vinha se construindo, o tribunal traçou uma diferença entre a omissão parcial e a opção política legislativa. Não foi a primeira vez que o STF o fez, certamente, mas a decisão revela rara clareza sobre o assunto.

Na ocasião, discutia-se a aplicação da norma inculpada no art. 220, §4º da Constituição, regulamentada pela Lei nº 9.294/1996. A referida lei restringiu sua eficácia, no parágrafo único de seu art. 1º, às bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac. Com isso, a ADO 22/DF pedia o reconhecimento da omissão inconstitucional parcial, ante a falta de regulamentação no que se refere aos demais produtos não abarcados pela legislação.

Em seu voto, a relatora Ministra Carmen Lúcia salientou que a matéria foi objeto de amplos debates no Congresso Nacional, durante os sete anos de tramitação do Projeto de Lei nº 4.556/1989. Assim, ressaltou que a restrição dos efeitos da lei a somente uma parcela dos produtos regulamentados não significava uma omissão legislativa, mas sim uma legítima opção parlamentar. A própria definição do critério restritivo seria uma escolha explicitamente tomada pelo Parlamento.

Com esse entendimento o tribunal reafirmou uma tendência que já se observava anteriormente, de forma ainda mais explícita: a de diferenciar cautelosamente a omissão parcial inconstitucional da legítima opção legislativa pela restrição da regulamentação.

Seguindo adiante no breve retrospecto que se faz da jurisprudência do Supremo sobre o tema, chega-se ao julgamento da ADO 25/DF, que data de 2016. Na ocasião, o tribunal voltou a discutir temas importantes sobre o controle da omissão legislativa, como, principalmente, a questão dos efeitos da sentença que reconhece a mora parlamentar.

A ADO 25/DF pode ser lida como um dos grandes marcos entre as sessenta e sete ações investigadas nesta pesquisa. Em seu julgamento, o tribunal revisitou várias de suas premissas anteriormente construídas. Ocorreu algo como um ponto de revisão da doutrina do Supremo sobre a omissão inconstitucional desenvolvida até o momento. Um fator temporal talvez ajude a explicar o porquê de isso ter ocorrido naquele momento.

Como já salientado anteriormente, a regulamentação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no ordenamento jurídico brasileiro ganhou força somente no ano de 2009, após a promulgação da Lei nº 12.063/2009, que alterou a Lei nº 9.868/1999. A ADO 25/DF foi, portanto, uma das distribuídas nos primeiros anos que se seguiram à referida lei. Sua distribuição se deu em 27/08/2013.

Apesar de ser a décima quinta ação a ser distribuída<sup>32</sup>, dentre as sessenta e sete analisadas, todas já classificadas pelo tribunal sob a forma de ADO, a ADO 25/DF foi somente a quarta a ser enfrentada pelo Plenário, entre as tratadas neste trabalho<sup>33</sup>. Dessa forma, vê-se que seu julgamento foi uma oportunidade de revisitar posicionamentos históricos da corte, ante a recente edição da Lei nº 9.868/1999.

Uma das discussões travadas no Plenário naquela ocasião foi sobre os efeitos da sentença que reconhece a mora parlamentar inconstitucional. O voto do relator Ministro Gilmar Mendes, que julgava procedente a ação, previa a declaração do estado de mora legislativo e a determinação de prazo de doze meses para saná-lo. Além disso, estipulava que, após o lapso temporal, caso não fossem adotadas as medidas necessárias, a mora seria convertida em decisão aditiva, de modo que ao Tribunal de Contas da União seria delegada competência para efetuar o cálculo dos repasses de compensação financeira prevista na Lei Complementar nº 87/1996. Tudo isso se daria em aplicação por analogia do parágrafo único do art. 161 da Constituição em relação aos fundos de participação.

Em seguimento ao voto do relator, foi intenso o debate entre os ministros acerca da ousada proposta de previsão de efeitos aditivos à decisão que reconhecesse a mora, ainda que

---

<sup>32</sup> Por um erro do tribunal, a numeração das ADOs pulou as de número 14 e 15, que não existem de fato, conforme informação prestada pelo STF, por meio de seu portal de Acesso à Informação.

<sup>33</sup> Dentre as sessenta e sete ações analisadas, antes de julgar a ADO 25/DF o Plenário só havia julgado em definitivo a ADO 28/SP (julgada em 16/04/2015) e a ADO 22/DF (julgada em 22/04/2015).

isso só pudesse ocorrer, conforme o relator, num eventual decurso do prazo sem a adoção das medidas necessárias. Vejam-se os principais trechos da discussão:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – (...) Acompanho o voto de Sua Excelência, assentando a mora, que digo, escancarada, como já ocorreu também no tocante a outros dispositivos da Constituição Federal, do Congresso Nacional. Mantenho-me fiel ao que venho sustentando: em se tratando de mora de outro poder, não cabe assinar prazo para que seja afastada. O § 2º do artigo 103 do Diploma Maior apenas prevê a imposição de prazo quando a mora é de autoridade administrativa. Aí, sim, o Judiciário pode, não se substituindo à própria autoridade administrativa, impor o prazo de 30 dias para que seja adotada a providência. (...) Então, embora compreendendo o objetivo a ser alcançado, considerado o voto do Relator, limito-me a assentar a mora do Congresso Nacional. Em contexto minimamente sério, com o pronunciamento do Supremo, o Congresso Nacional agiria. Mas, no Brasil, as coisas são diferentes, principalmente nesses tempos estranhos.

(...) O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Confesso que tenho dúvidas sobre a solução do caso, não quanto à existência de mora - não há dúvida de que existe a mora -, mas tenho dúvida sobre a solução dada pelo Judiciário.

(...) A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Quando a Constituição afirma a transitoriedade, isto pode se transformar em permanente? E o Supremo pode dizer isso, está na Jurisdição? Porque esta norma do § 3º do artigo 91, evidentemente, deu uma solução transitória. Então, eu acho que este é o primeiro ponto de esclarecimento: de que estamos falando? Estamos falando que não existe norma constitucional a dar caminho? Não. Estamos dizendo que há uma norma constitucional, que deu um atalho até que se retomasse o caminho. Este atalho não é para ser para sempre a estrada; não fizeram a estrada, então, agora viemos nós, os engenheiros jurídicos da Federação, dizendo: mas era para ser construída, demoraram demais. Então, a mora é isso.

(...) O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – (...) Confesso que eu tenho muita dúvida. Até que pode ser uma solução, sob aspecto político mais justa. Agora, não sei até que ponto, esta é a minha dúvida, nós, Supremo Tribunal Federal, Poder Judiciário, podemos substituir uma norma provisória do ADCT por uma norma provisória que nós criamos, atribuindo a outro órgão a sua execução. Essa é a minha dúvida. Especialmente, porque eu não vejo como, sinceramente, declarar inconstitucional o parágrafo 3º do artigo 91, por mais injusto que ele seja.

(...) O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu deixaria, porque nós estamos construindo, na verdade, as sentenças de inconstitucionalidade por omissão. O Supremo está construindo. A meu entender, a jurisprudência do Supremo está num processo de construção, assim como fez no mandado de injunção. Eu ficaria num meio-termo nesse momento, ou seja, declara a mora, fixa um prazo e reserva ao Tribunal a faculdade de deliberar uma espécie de execução depois de esgotado o prazo.

(...) O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu gostaria de, carinhosa e respeitosamente, contrapor a minha posição a esse argumento. Eu acho que o papel do Supremo, em casos de omissão prolongada, é estabelecer um diálogo institucional. (...) E, portanto, dizer: devolvo a matéria ao Congresso com a afirmação da mora e aguardo por um ano; se não vier a solução do Congresso, eu já estou propondo a solução alternativa. Eu, para ser sincero, acho que essa solução é boa. E acho que é melhor do que nós retomarmos esse assunto daqui a um ano, até porque a experiência de fixação de prazo e não atuação do Congresso tem sido repetida em precedentes anteriores, o que justifica nós já termos uma solução alternativa.

(...) O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Enfim, eu quero dizer que tenho dúvidas, muitas dúvidas. Por isso, estou optando por essa medida, essa solução que espelha um pouco mais de auto-contenção do Supremo: julga precedente, reconhece a mora, fixa um prazo. E, sem prejuízo de uma posterior deliberação, comunica isso ao Parlamento. É uma forma de diálogo.

(...) O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Posso fazer uma reflexão. Penso assim: se se tratar, por exemplo, da criação de um órgão ou de alguma providência neutra, acho que o máximo que o Tribunal pode fazer é declarar a mora; mas, se da mora decorrer claramente violação a direito subjetivo, aí eu acho que o Tribunal pode ir além. Como nesse caso não é uma questão orgânica, mas é uma questão que envolve vulneração a direito, eu acho que se legitima. (...) Mas sanar situações de violação a direito subjetivo é um dos papéis do Judiciário, embora seja uma ação direta.

(...) O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Se Vossa Excelência me permite, eu tenho muita dificuldade em superar essa taxatividade do artigo 103, § 2º, da Constituição.

(...) O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Eu tenho a impressão de que, na verdade, o legislador constituinte trabalhou com um conceito estanque de omissão, tratando como se fossem de natureza diversa o controle por ação e o por omissão. Essa era um pouco a visão naquele momento.

O que acabou acontecendo, a meu ver - e nós percebemos isso naquele caso do FPE -, é que, quando se trata, por exemplo, de omissão parcial, acaba havendo aquilo que a gente tem chamado de uma fungibilidade entre o controle abstrato de normas e o controle da omissão. Tanto é que, naquele caso - Vossa Excelência há de se lembrar -, nós acabamos aceitando tanto ADIs quanto ações diretas por omissão, uma vez que o que se apontava de fato era uma omissão, já que a Lei não fora atualizada. Esse foi até o nosso debate.

(...) Agora, nós temos que fazer uma releitura do Texto Constitucional, que, no caso, adotou o modelo português, o da ação direta por omissão, ao dizer que só haveria a advertência. Mas aqui houve um aprendizado quando nós percebemos que a omissão não se resume apenas a uma omissão de caráter absoluto.

(...) A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu acho também, Ministro Gilmar, que, na esteira do que o Ministro Lewandowski acaba de levantar, é importante a gente notar que a Constituição é viva: nós vamos reconstruindo na medida da necessidade.

(...) O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu continuo convencido de que, em se tratando de um outro Poder, em homenagem ao princípio da separação dos Poderes, não é possível fixar-se um prazo. Mas, depois, eu verifiquei que há jurisprudência já da Corte - não diria que é jurisprudência, mas existem alguns precedentes em que nós fixamos um prazo para o Poder Legislativo. Esse é um aspecto: há precedentes.

Outro aspecto que eu considerarei é que, na verdade, se trata de um prazo impróprio, porque se o Legislativo, o Congresso Nacional, não cumprir esse prazo, não acontece absolutamente nada; ao contrário do que ocorreria se um administrador não cumprisse o prazo, porque se não o fizer, ele poderia incorrer até em crime de responsabilidade. Então há uma diferença. É um prazo impróprio. Eu diria até, com todo o respeito, um prazo inócuo. A consequência que o Relator fixou é que, decorrido esse prazo, um outro órgão, um órgão técnico, fará o rateio destas verbas.

Eu, lendo atentamente o voto do Relator, e já o fiz na sessão passada, disse que Sua Excelência se reportou, salvo engano, ao art. 35 da lei que regula o Tribunal



Constitucional Alemão e este art. 35 estabelece duas coisas - estou citando de cabeça. Primeiramente, a obrigação que tem o tribunal de, ao declarar a omissão, fixar regras de transição, porque, evidentemente, a sociedade não pode ficar no vácuo, aguardando, enfim, que a situação se resolva. O ordenamento jurídico não tolera a chamada anomia. Então, nesse aspecto, concordo com o Relator que é preciso que Supremo Tribunal Federal regule isso de alguma maneira.

(...) O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Isso significa, portanto, que a ação direta por omissão deve ser vista e qualificada como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Poder Público, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum.

(...) O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – (...) Em bom português, está revelado no artigo 103, § 2º, da Carta da República que, em se tratando de omissão de órgão administrativo, o Supremo pode determinar prazo para que o órgão atue. Considerada omissão de poder, como é a do Poder Legislativo, dá-se ciência a esse Poder da omissão. O Supremo simplesmente assenta o ato omissivo, não fixando as condições para o exercício do direito pelos Estados. A maioria delega a um órgão auxiliar do Legislativo o estabelecimento desses parâmetros.

Deixo nos anais do Tribunal, principalmente tendo em conta as notícias constantes dos jornais de hoje, que a Câmara dos Deputados está criando comissão para ferir a invasão de competência, a transgressão, pelo Supremo, do princípio da separação dos Poderes, a minha perplexidade. Onde vamos parar? Não sei, Presidente.

(...) O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Senhor Presidente, só para fazer duas observações, a propósito agora da observação do Ministro Marco Aurélio. A rigor, tenho a impressão - até disse no meu voto ou no debate - que a Constituinte partiu de uma ideia quase que - vamos chamar assim - naturalista da omissão, de que haveria uma omissão absoluta ou total no não atendimento, respondendo inclusive àquele modelo - já referido agora pelo Ministro Celso de Mello - das normas de eficácia limitada, que era da nossa tradição, o tal constitucionalismo simbólico, promessas que ficavam bloqueadas pela inércia do legislador. Mas a própria experiência do Tribunal, a partir do Mandado de Injunção 107, em que se fazia um apelo, revelou que isto era, tanto no mandado de injunção como na ação direta por omissão, de uma flagrante inocuidade, porque não se conseguiu algo de orgânico para fazer com que se deflagrasse o processo legislativo a partir da provocação do Supremo Tribunal Federal. Tivesse sido efetivo aquele apelo feito a partir do Mandado de Injunção 107, certamente a Corte não usaria de outros instrumentos. Mas, nos passos seguintes, surgiram novidades. Por quê? Descobriu-se que uma parte da chamada omissão, e talvez a maior parte hoje, passa a ser da omissão parcial, aqueles casos da incompletude parcial - a exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, concessão de benefício a um grupo e não extensão a outro que está na mesma posição -, em que o legislador tem que atuar. Por isso que nós inclusive passamos a aceitar, como no caso da ADI sobre o FPE, a possibilidade de utilização de ADI e de ADO, simultaneamente, entendendo que, portanto, haveria aqui, vamos chamar assim, uma relativa fungibilidade. Portanto, é nesse contexto dessa evolução que se admite também a possibilidade de uma fixação de prazo.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25. Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 2. Federalismo fiscal e partilha de recursos. 3. Desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003. Medidas compensatórias. 4. Omissão inconstitucional. Violação do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Edição de lei complementar. 5. Ação julgada procedente para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão. [...]. Autor: Governador do Estado do Pará. Réu: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 18/18/2017, disponível em

A reprodução desses trechos do debate, correndo o risco de soar extensa demais, corrobora a importância do julgamento da ADO 25/DF, que se revelou momento de rediscussão até mesmo do conceito de omissão inconstitucional. Nos trechos referenciados estão expressos os principais conflitos em torno da matéria, sendo interessante medida da intensidade das divergências.

A discussão está longe de se esgotar, e não chegou a um ponto final e definitivo. Naquela ocasião, porém, o tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixado o prazo de doze meses para saneamento da omissão, vencido, nesse ponto, somente o Ministro Marco Aurélio.

Ou seja, a grande maioria do tribunal parecia, à época, já ter se convencido e consolidado a possibilidade de se fixar prazo para o Congresso Nacional adotar medidas legislativas, ainda que uma interpretação literal do texto constitucional restringisse essa possibilidade aos casos de omissão administrativa.

A maior divergência no julgamento se deu no momento da definição das consequências que se seguiriam ao caso de inércia do Congresso Nacional após o prazo de doze meses. Por maioria, o tribunal entendeu que nesse caso caberia ao Tribunal de Contas da União fixar o valor do montante das transferências discutidas, bem como calcular o valor das cotas de partilha, tudo conforme os critérios previstos no art. 91 do ADCT.

Ou seja, a solução adotada representou um movimento histórico na jurisprudência do tribunal sobre o tema. Após a ampliação das possibilidades de controle verificada no julgamento da ADI 3682/DF, de 2007, em que se previu a possibilidade de fixação de prazo para que o Legislativo saneasse a omissão, agora, em 2016, deu-se um passo além. Agora, além de fixar prazo, o tribunal poderia determinar a colmatação da lacuna, caso o prazo fosse descumprido.

Isso se deu, é claro, não sem divergências. Nesse ponto do julgamento da ADO 25/DF, que definia as consequências do descumprimento do prazo, foram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Teori Zavascki e Carmen Lúcia, que, no ponto, não acompanharam o relator.

Em 2018, veio a ser julgada a ADO 48/MG, em que se discutia o tema do repasse de recursos de IPVA, tendo por parâmetros de controle o art. 158, III; o art. 160, *caput*; e o art.

34, V, b. A referida ação não é emblemática, já que foi liminarmente indeferida, em decisão monocrática. No entanto, a fundamentação da decisão, proferida pelo relator Ministro Gilmar Mendes, traz pontos interessantes que avançam na compreensão da omissão administrativa pelo Supremo Tribunal Federal.

Enfrentando o tema da omissão do Poder Executivo, a jurisdição constitucional consolidou, por meio da ADO 48/MG, evocando a ADI 19, julgada em 1989, o entendimento segundo o qual a omissão inconstitucional administrativa se caracterizaria, via de regra, no seio do seu poder regulamentar. Ou seja: só haveria de se falar em inconstitucionalidade quando a edição de ato regulamentar fosse condição para a execução de uma lei.

Com isso, o tribunal afirmava ser incabível a ADO quando a inércia administrativa significar o descumprimento de um dever legal, e não a falta de edição de ato regulamentar necessário. A justificativa é a de que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não é a via adequada para a efetivação de ato administrativo em caráter concreto. Afinal, trata-se de ação de controle abstrato.

O entendimento firmado pela corte parece óbvio, mas exclui de sua alçada temas importantes que podem significar verdadeiro quadro de omissão, tais como a inércia administrativa na organização dos serviços de defensoria pública, por exemplo. O exemplo, aliás, é citado na própria decisão.

Ademais, o julgado corrobora alguns indícios que já vinham se manifestando: também neste ponto o Supremo parece se vincular fortemente a um paradigma jurídico-normativo para a caracterização da omissão inconstitucional. Esse paradigma se revela igualmente sólido no que se refere à inércia de índole administrativa. Ao enfrentar o tema, o tribunal consagrou entendimento de forte vinculação ao texto constitucional (e, no caso, legal) como parâmetro de controle.

A omissão se caracteriza, portanto, não pelo quadro de violação gerado pela inércia do Poder Executivo, que seria aferido conforme indicadores da realidade social, mas sim por meio da investigação sintática da norma que demanda o ato regulamentar. Isso faz com que, como a própria decisão aludida reconhece, quadros de grave omissão sejam excluídos da possibilidade de controle pela via da ADO. É o caso, por exemplo, da falta de organização eficaz dos serviços de defensoria pública, realidade que foi muito presente em vários estados da Federação nas últimas décadas e que, ainda assim, não poderiam ser enfrentados na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Em junho de 2019, veio a ser julgada uma das ações emblemáticas do tribunal, a ADO 26/DF, que, em linhas gerais, resultou na criminalização da homofobia e da transfobia

por adequação hermenêutica ao tipo penal do racismo. A decisão, que até a finalização da pesquisa que originou este trabalho ainda não havia transitado em julgado, dividiu opiniões<sup>35</sup>. Além de juridicamente controversa, revelou-se também politicamente delicada<sup>36</sup>.

Foram intensos os debates entre os ministros na ocasião, de modo que a principal divergência se deu em torno da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal estender a aplicação dos tipos penais referentes ao racismo, para que também abarquem os casos de homotransfobia. Essa extensão se daria a partir da técnica decisória da interpretação conforme a Constituição, e não por analogia *in malam partem*, como salientou o relator Ministro Celso de Mello diversas vezes em seu voto.

Embora o voto do relator enfatizasse categoricamente se tratar de procedimento hermenêutico, e não de analogia em desfavor do réu, tampouco criação de uma nova tipificação penal, o Ministro Marco Aurélio se manifestou com frequência nas sessões de julgamento do caso, em inveterada oposição ao entendimento que vinha se mostrando majoritário. Alguns trechos da discussão são elucidativos:

---

<sup>35</sup> Alguns autores criticaram a atuação do Supremo no caso, entendendo que a decisão extrapolava a competência do tribunal e se tornava ainda mais delicada por tangenciar a esfera penal. Nesse sentido: TURRA e MACHADO, 2021; SOUZA GOMES e BOLWERK, 2022. Por outro lado, outros autores salientaram a relevância e a urgência do tema, ressaltando que não se tratava de criação de um tipo penal, mas de procedimento legítimo de interpretação constitucional. Nesse sentido: THAMAY e SEIXAS, 2020; LEAL e MORAES, 2020.

<sup>36</sup> Durante o julgamento, que se estendeu por seis sessões do Plenário, o Supremo Tribunal Federal passou a receber intensas críticas de parlamentares, que culminaram em ameaças de *impeachment* de alguns dos ministros. Tudo isso se deu em reação à votação favorável à parcial procedência da ADO 26/DF, que começava a se desenhar. Sobre o incidente, em determinado momento do julgamento, o Ministro Celso de Mello, relator da ação, se manifestou nos seguintes termos: “Eis, Senhor Presidente, a que ponto chegaram o fanatismo, o obscurantismo, o fundamentalismo e o caráter profundamente retrógrado de alguns dos denunciantes. É inaceitável acusar-se um Juiz pelo exercício regular (e legítimo) da atividade jurisdicional. Esse esdrúxulo pedido de ‘impeachment’ não tem qualquer suporte na Constituição, nem na própria lei que rege a matéria (Lei nº 1.079/50, art. 39). Na realidade, nenhum magistrado pode sofrer ‘impeachment’ por haver exercido, de modo inteiramente regular, a jurisdição que lhe foi atribuída. Esses denunciantes estão ressuscitando o absurdo e inconstitucional ‘crime de hermenêutica’ que Ruy Barbosa censurava e criticava, já no final do século 19 (1896), no Recurso de Revisão Criminal nº 215 (v. ‘O Júri e a Independência da Magistratura’).” Além disso, em outro momento do voto do relator, encontra-se referência a uma frase que ficou conhecida na voz de Damares Alves, então Ministra de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, o que também aponta para uma tensão entre os poderes: “Essa visão de mundo, Senhores Ministros, fundada na ideia, artificialmente construída, de que as diferenças biológicas entre o homem e a mulher devem determinar os seus papéis sociais (‘meninos vestem azul e meninas vestem rosa’), impõe, notadamente em face dos integrantes da comunidade LGBT, uma inaceitável restrição às suas liberdades fundamentais, submetendo tais pessoas a um padrão existencial heteronormativo, incompatível com a diversidade e o pluralismo que caracterizam uma sociedade democrática, impondo-lhes, ainda, a observância de valores que, além de conflitarem com sua própria vocação afetiva, conduzem à frustração de seus projetos pessoais de vida.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) [...]. Autor: Partido Popular Socialista. Réu: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello, 06/10/2020, disponível em <<https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=ADO&numero=26>>. Acesso em 25/10/2022.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vale o mito que Vossa Excelência veiculou inicialmente: na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cabe declarar a existência ou não da mora do Congresso Nacional. É a primeira vez que se parte na própria ação direta de inconstitucionalidade por omissão para interpretação conforme.

(...) O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Só para fazer também um acréscimo e uma reflexão, a propósito desse aparte do Ministro Marco Aurélio. Temos precedentes, que ontem foram citados, a propósito de até uma relativa fungibilidade entre a ADI e Ação Direta por Omissão, que acabamos por aplicar no caso do FPE. Portanto, a rigor, essas ações se desenvolvem de uma maneira peculiar, por isso que o Tribunal, inclusive, expressamente naquele precedente, assentou essa possibilidade.

(...) O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência empolgou o princípio constitucional da legalidade estrita, da necessidade de lei formal e material, em termos penais. [em crítica ao voto do Ministro Alexandre de Moraes]<sup>37</sup>

No fundo, a discussão que se travava girava em torno da possibilidade de o Supremo ir além da mera cientificação do poder inerte, no caso de procedência da ADO. Como já visto, o tema já havia sido pacificado pelo tribunal, mas voltou ao centro debate por iniciativa do Ministro Marco Aurélio. Ao final, foi corroborada, mais uma vez, a possibilidade de se ir além da mera notificação, que, nos termos do voto do relator, revelou-se insuficiente na tradição do controle da omissão inconstitucional no Brasil.

O mero apelo ao legislador, no entanto, nem sempre se tem demonstrado solução eficaz, quando não inócua, em razão da indiferença revelada pelo Poder Legislativo, que persiste, não obstante a decisão emanada desta Corte, em permanecer em estado de crônico e reiterado inadimplemento da prestação legislativa que lhe incumbe promover.<sup>38</sup>

Um outro dissenso se apresentou no momento em que o Ministro Marco Aurélio sugeriu, após a leitura do voto do relator e de alguns votos vogais, que o julgamento fosse suspenso e que se aguardasse novas providências do Congresso Nacional. Submetida ao Plenário, a referida preliminar de prejudicialidade foi rejeitada por maioria, de modo que o julgamento prosseguiu. Para fundamentar a continuidade sem a suspensão, o tribunal considerou que a mora congressual já se prolongava por um largo período de tempo; que o tema é sensível e demanda providências urgentes; e que há precedentes do tribunal, no julgamento de ADOs, que autorizam o prosseguimento da ação.

---

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, *op. cit.*

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, *op. cit.*

Ao final, a ADO 26/DF veio a ser conhecida em parte, e, na parte em que foi conhecida, julgada procedente, por maioria, para, entre outras medidas, dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional. Nesse ponto foram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que a julgavam parcialmente procedente, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Para além da decisão, foram fixadas três teses relacionadas aos temas discutidos no processo.

Vários são os motivos que tornam a ADO 26/DF um marco da jurisprudência do STF. O primeiro deles é um novo passo adiante nas possibilidades de se exercer o controle da omissão inconstitucional. Ao preencher a lacuna por meio da adequação do caso a uma norma já existente, o tribunal foi além das medidas já empreendidas até então no controle da inércia legislativa. Por se tratar de âmbito penal, não seria possível a corte colmatar a lacuna por si só, de modo que sanou a omissão pela via hermenêutica.

O segundo deles é o exercício da função contramajoritária, mesmo num cenário de crise institucional, em que o tribunal se encontrava em cenário de forte ameaça. A tutela dos direitos fundamentais e do Estado de Direito foram elementos norteadores da decisão, consubstanciados expressamente em vários dos votos proferidos.

O terceiro deles consiste na vocalização, pelo Ministro Gilmar Medes, de uma discussão que vinha acontecendo na corte sobre a fungibilidade entre as ações de controle concentrado de constitucionalidade. Ao se referir ao assunto, o Ministro Gilmar sinalizou a existência de precedentes que autorizam essa flexibilidade, em direção contrária à compreensão inicial do tribunal sobre o tema.

O quarto e último deles tem a ver com o paradigma de caracterização da omissão inconstitucional. Embora se mantenha, para fins de identificação da inconstitucionalidade, a vigência do paradigma jurídico-normativo, a fundamentação de muitos dos votos trouxe consigo indicadores sociais que delineavam o cenário de violência à população LGBT. Como já ocorria anteriormente, esses dados da realidade não importavam para a constatação da omissão, que permanecia ocorrendo por meio de análise do texto constitucional.

No entanto, dessa vez um passo adiante foi dado. Para a discussão sobre a prejudicialidade ou não da matéria, isto é, a suspensão ou não do julgamento para que se aguardasse providências iminentes do Congresso Nacional, muitos ministros trouxeram argumentos de caráter sócio-histórico de maneira ainda mais expressiva do que se via até

então. Ao decidir sobre o assunto, os ministros Roberto Barroso, Celso de Mello, Alexandre de Moraes, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli invocaram em suas decisões, diretamente ou por referência ao relator, indicadores sociais relacionados à população LGBT no Brasil<sup>39</sup>.

Não se trata, portanto, de aplicação do paradigma sócio-histórico à identificação da omissão inconstitucional. Nos autos da ADO 26/DF, a identificação da omissão se deu em análise sintática estrita do art. 5º, incisos XLI, XLII e LIV. Porém, chegou-se mais próximo disso do que antes. O entendimento acerca da existência ou inexistência de prejudicialidade do mérito (o que se configuraria na iminência de providência a ser tomada pelo Congresso Nacional), poderia se construir unicamente a partir de uma análise jurídica.

Não foi isso que aconteceu, como já salientado. Indicadores alarmantes da violência contra a população LGBT foram levantados, direta ou indiretamente, por oito dos onze ministros na análise da prejudicialidade. Tudo isso aponta para uma ampliação do controle judicial da omissão inconstitucional pelo STF, em consonância com um movimento que já vinha se observando.

Dois meses após a conclusão do julgamento da ADO 26/STF, em agosto de 2019, no julgamento da ADO 53/BA, o tribunal deu mais um indício desse movimento. Na decisão proferida naqueles autos, o relator Ministro Alexandre de Moraes usou a expressão “síndrome de inefetividade” para caracterizar a omissão. Assim como o uso do termo “estado de inconstitucionalidade”, referido anteriormente, também este outro sugere a existência de uma situação globalmente inconstitucional, ou seja, uma realidade que se confronta com uma interpretação sistemática da Constituição.

Feito esse breve retrospecto, é necessário frisar que todos esses movimentos na direção do paradigma sócio-histórico foram destacados como desvios ao paradigma predominante e consolidado no Supremo Tribunal Federal, qual seja, o jurídico-normativo. As ações analisadas na pesquisa indicam que, para caracterizar a omissão inconstitucional, o Supremo tende a rejeitar argumentações principiológicas ou fundamentadas em interpretações sistemáticas da Constituição.

Algumas das ações analisadas foram propostas com fundamento exclusivo em argumentações principiológicas, deixando de indicar dispositivos constitucionais expressos que levavam à identificação de um dever legislativo. É o caso, por exemplo, da ADO 41/DF, que buscava o reconhecimento de um direito subjetivo à compra, porte e posse de armas de

---

<sup>39</sup> Dentre os ministros citados, somente Dias Toffoli invocou esses dados para concordar com a suspensão do julgamento. Os demais fizeram referência aos indicadores para discordar da suspensão.

fogo. Ao enfrentá-la, a corte não conheceu da ação, por não se constatar dever constitucional de legislar relacionado ao tema.

Entre as sessenta e sete ações pesquisadas, treze delas<sup>40</sup> (19,4 %) não indicam dispositivo constitucional expresso, do qual se depreenda o dever de legislar, ou indicam normas programáticas e/ou principiológicas. Dessas treze ações, dez foram extintas sem análise do mérito<sup>41</sup>, uma foi julgada procedente<sup>42</sup> e duas estavam pendentes de julgamento<sup>43</sup> até o encerramento da pesquisa.

Como se vê, contrariando a tendência identificada anteriormente, uma dessas treze ações foi julgada procedente, embora não indicasse nenhum dever constitucional decorrente de dispositivo que impusesse obrigação legislativa expressa e delimitada. Trata-se da ADO nº 30/DF. A ela se dedicarão os parágrafos seguintes, tendo em vista a sua importância na construção da jurisprudência do STF sobre o controle da inconstitucionalidade por omissão.

A ADO 30/DF foi ajuizada em março de 2015 pelo Procurador-Geral da República em face do Congresso Nacional, buscando a extensão do benefício fiscal que concedia isenção de IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) às pessoas com deficiência auditiva. É que o art. 1º, IV, da Lei nº 8.989/1995, na redação dada pela Lei nº 10.690/2003, concedia isenção de IPI na compra de automóveis somente às pessoas com deficiência física, visual e mental, além dos autistas. Desse modo, com esse texto legal em vigor à época, as pessoas com deficiência auditiva ficavam excluídas do âmbito de incidência da norma.

Ocorre que, na petição inicial, o Procurador-Geral da República não indicou nenhum dispositivo constitucional expresso que servisse de parâmetro de controle de constitucionalidade. A inicial propõe a ADO “contra o inciso IV do art. 1º da Lei Federal nº 8.989/1995”<sup>44</sup>. Os dispositivos constitucionais aparecem tão somente no corpo da petição, quando são invocados o art. 1º, III (dignidade da pessoa humana como fundamento da

---

<sup>40</sup> ADOs nº 16, 17, 30, 37, 41, 49, 51, 56, 57, 61, 64, 65 e 66.

<sup>41</sup> ADOs nº 16, 17, 37, 41, 49, 51, 56, 57, 61 e 64.

<sup>42</sup> ADO nº 30.

<sup>43</sup> ADOs nº 65 e 66.

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 30. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão parcial. Inertia deliberandi. Configuração. Direito Tributário. IPI. Aquisição de veículos automotores. Isenção prevista no art. 1º, IV, da Lei nº 8.989/95. Políticas públicas de natureza constitucional. Omissão quanto a pessoas com deficiência auditiva. Ofensa à dignidade da pessoa humana e aos direitos à mobilidade pessoal, à acessibilidade, à inclusão social e à não discriminação. Direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais. Procedência. [...]. Autor: Procurador-Geral da República. Réus: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Dias Toffoli, 24/08/2020, disponível em <<https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=ADO&numero=30>>. Acesso em 25/10/2022.



República) e o art. 5º, *caput* (princípio da igualdade e previsão geral de proteção aos direitos fundamentais).

Fato semelhante já havia ocorrido outras vezes, em ações que, da mesma forma, confundiam objeto do controle de constitucionalidade com parâmetro de controle. Em outras palavras: ações que apontavam omissão num dispositivo legal, sem demonstrar o dispositivo constitucional desrespeitado. Com isso, tratavam a lei já editada como se fosse o próprio parâmetro de controle, quando na verdade a lei consiste no seu objeto, já que é a sua edição ou complementação que se pretende.

A ADO 30/DF, porém, pode não ser um exemplo próprio de confusão entre esses termos, mas sim uma aposta na flexibilidade do tribunal para julgar o tema. A aposta, se for esse o caso, era ousada, pois até então o STF era firme no posicionamento de caracterizar o dever constitucional de legislar somente a partir de dispositivo que indicasse expressamente essa obrigação, por meio de formulações como “nos termos da lei” e afins.

O julgamento da ação ocorreu em 2020 e marcou mais um passo em direção à ampliação do controle da omissão inconstitucional pelo Supremo. Pela primeira vez, entre as ações analisadas na pesquisa, o tribunal julgou procedente uma ADO fundada exclusivamente em normas principiológicas e/ou programáticas. A corte julgou procedentes os pedidos, para declarar a inconstitucionalidade por omissão, determinar a aplicação do art. 1º, IV da Lei nº 10.690/2003 também às pessoas com deficiência auditiva e estabelecer o prazo de dezoito meses para que o Congresso Nacional adotasse as medidas legislativas necessárias. Restou vencido somente o Ministro Marco Aurélio, no que se refere à fixação de prazo para saneamento da omissão, sob o argumento da autocontenção do tribunal.

Fato curioso é que, após o julgamento, em 2021, foi promulgada a Lei nº 14.287/2021, que alterava a redação do dispositivo aludido, para incluir também no texto legal as pessoas com deficiência auditiva. Com isso, consumou-se o movimento realizado pela corte e estabilizou-se a matéria, por meio da edição da lei.

No corpo da decisão do Supremo, a *inertia deliberandi*, conceito já apresentado e invocado pela primeira vez na ADI 3682/MT, foi um dos pontos da fundamentação. Para além dele, foram também considerados o debate parlamentar que deu origem ao benefício fiscal, o histórico legislativo do assunto, a possibilidade de a pessoa com deficiência auditiva dirigir (apurada a partir de referências bibliográficas da área da saúde), a dignidade humana como fundamento da República e o preenchimento dos requisitos para o controle jurisdicional de políticas públicas, nos termos da jurisprudência do tribunal.

Além disso, a decisão chega a verbalizar a possibilidade de a corte proferir decisões de conteúdo aditivo em sede de ADO, o que poderia parecer algo impossível em anos passados. Para isso, invoca o magistério dos ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso em sede doutrinária (MENDES, 2012a; BARROSO, 2008).

Esse talvez seja, dentro do panorama que se desenhou, o maior passo em direção ao paradigma sócio-histórico de caracterização da omissão inconstitucional, por dois motivos. Primeiro, porque a corte admitiu o controle da inércia legislativa sem se fundar em dispositivo constitucional que previsse obrigação expressa de legislar, mas sim em normas principiológicas (art. 1º, III e art. 5º, *caput*). Segundo, porque na fundamentação foram invocados argumentos extrajurídicos, como, por exemplo, estudos científicos da área da saúde que informavam a possibilidade de uma pessoa com deficiência auditiva dirigir.

Alguns fatores podem ter contribuído para esse movimento. Em primeiro lugar, o fato de o assunto não ser dos mais polêmicos, na relação entre os três poderes constituídos. A instituição de benefícios fiscais e a proteção à pessoa com deficiência não pareciam ser, à época do julgamento, tema objeto de grandes disputas entre o Judiciário e os demais poderes no Brasil. Além disso, os passos previamente dados pelo STF, que suavizaram o impacto que uma decisão como essa poderia ter, caso não fosse precedida de julgamentos como o da ADO 26/DF, por exemplo.

Vê-se, assim, que o movimento do STF em direção ao paradigma sócio-histórico, embora fosse muito tímido até 2020, ganhou força com o julgamento da ADO 30/DF, em agosto de 2020. Resta saber se essa tendência se confirmará nos próximos anos ou se ao julgamento da ADO 30/DF será reservada a pecha de um ponto fora da curva.

### **2.3. A solidificação do movimento jurisprudencial por meio da edição da Lei nº 12.063/2009**

O movimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a ADO ajudou a conformar a disciplina legal do tema, que culminou na edição e promulgação da Lei nº 12.063/2009. O processo de elaboração da lei revela uma verdadeira dinâmica de diálogo institucional, que não é só sugerida, mas fica bastante explícita já no momento de apresentação do Projeto de Lei nº 2.277/2007.

O indício mais claro desse diálogo consta da própria minuta da lei. O projeto inicial, de autoria do então deputado federal Flávio Dino, do PCdoB/MA, encerra o capítulo dedicado à justificativa da proposta com o seguinte dizer: “a proposição origina-se de sugestão do ilustre Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal”<sup>45</sup>.

Ora, a interação entre Judiciário e Legislativo, que não é estranha à dinâmica institucional brasileira, não só existe, como também é explicitada no próprio corpo do projeto de lei. Sem dúvidas, o movimento jurisprudencial que vinha se desenhando no STF foi, pelo menos em parte, positivado. Isso revela uma interessante extensão dos efeitos das decisões judiciais do Supremo que foram disciplinando o controle da omissão inconstitucional ao longo do tempo, fazendo com que a atuação do tribunal fosse além dos estritos limites dos autos processuais.

Prova disso é que o Ministro Gilmar Mendes, que tem vasta produção bibliográfica sobre a omissão inconstitucional e que encampou a campanha pela proposta da lei, é também o relator de quatro das oito ações paradigmáticas citadas na evolução jurisprudencial do Supremo desenvolvida no tópico anterior: a ADI 1.439-1/DF; a ADI 3.682-3/MT; a ADO 25/DF; e a ADO 48/MG.

É interessante notar também que essa via que se estabeleceu entre o Judiciário e o Legislativo teve, também, um novo fluxo de retorno. O deputado Flávio Dino, autor do projeto de lei, veio a se tornar autor da ADO 31/MA, em 2015, já na qualidade de Governador do Estado do Maranhão, com o objetivo de regulamentar o Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto no texto constitucional em seu art. 153, VIII. Trata-se de um novo movimento, desta vez de retorno, em que a normatização do tema, bastante influenciada pela compreensão do Supremo, orientou também a forma pela qual os outros poderes (neste caso, o Executivo) buscavam sanar uma omissão concretamente apurada.

A análise sobre a interação entre os poderes durante a edição da Lei nº 12.063/2009 será retomada com mais afinco no próximo capítulo, dedicado ao diálogo institucional. O que importa, para o momento, é perceber que a disciplina do tema no Brasil foi fortemente influenciada pela atuação do Supremo Tribunal Federal. A jurisdição constitucional, portanto, pode ser encarada como aspecto essencial para a conformação daquilo que entendemos hoje como omissão inconstitucional.

---

<sup>45</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 2277/2007. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: [Portal da Câmara dos Deputados \(camara.leg.br\)](http://portal.da.camara.br). Acesso em 05/03/2023.

A construção jurisprudencial, por sua vez, não se dá exclusivamente a partir da intuição de membros do STF, mas reflete sobretudo os interesses em questão em cada um dos paradigmas jurisprudenciais. Nesse sentido, os atores políticos que mobilizam o Supremo em torno da ideia de omissão são fundamentais para o impulsionamento ou retração da Corte na formulação de conceitos da omissão inconstitucional.

Essa interação pode ser melhor explicada pelos marcos da Ciência Política, que encaram o Supremo Tribunal Federal não somente como instrumento, mas como verdadeiro ator político, que se relaciona com outros atores políticos (MARIANO SILVA, 2022). Essa chave de compreensão será imprescindível para a investigação a que se propõe o presente trabalho, e será melhor explorada no próximo capítulo.

#### **2.4. Conclusões parciais**

No que se refere ao aspecto temporal da pesquisa, sugeriu-se, num primeiro momento, que os autores das ações analisadas não pareciam estar num movimento crescente e estável de mobilização do controle abstrato da omissão.

Os dados merecem, porém, tratamento mais apurado, após a discussão sobre o entendimento histórico do STF acerca do tema. Para que se faça uma análise mais ponderada, é necessário identificar os anos em que ocorreram os marcos jurisprudenciais apontados. A partir desses marcos, é possível identificar, no detalhe, os anos em que houve avanços importantes nos entendimentos judiciais e, assim, compará-los com o quantitativo de ações propostas.

Os marcos jurisprudenciais identificados neste capítulo datam de 1996, 2007, 2015, 2016, 2018, 2019 e 2020. Sendo assim, para medir a reação a esses paradigmas, seria possível organizar as novas ADOs em seis grupos, de acordo com os anos seguintes a cada uma das decisões: ações distribuídas entre 2009 e 2015; distribuídas em 2016; distribuídas entre 2017 e 2018; distribuídas em 2019; distribuídas em 2020; distribuídas entre 2021 e 17/10/2022.

A partir disso, é possível calcular a média aritmética de ações distribuídas por ano em cada um desses períodos, como possível reação ao marco jurisprudencial verificado no ano anterior. Assim:

**Tabela 6** Quantidade média de ADOs por ano

<b>Período</b>	<b>Quantidade média de ações distribuídas por ano</b>
2009 a 2015	1
2016	1
2017 a 2018	7
2019	4
2020	6
2021 a 17/10/2022	8

Fonte: elaborado pelo autor (2023)

A construção desse método tem por objetivo levar a cabo a virada metodológica sugerida por Mariano Silva (2022)<sup>46</sup>. O autor aponta para a necessidade de se pesquisar a jurisdição constitucional a partir de uma chave de compreensão que não seja aquela estritamente normativa, mas que considere também o aspecto comportamental. Nessa perspectiva, vale mais investigar como os atores políticos e jurídicos se relacionam e interagem no ambiente judicial, e não somente conferir à corte um caráter ontológico ou metafísico, que se revela numa abordagem do tribunal como entidade unitária, estável e isenta de contradições.

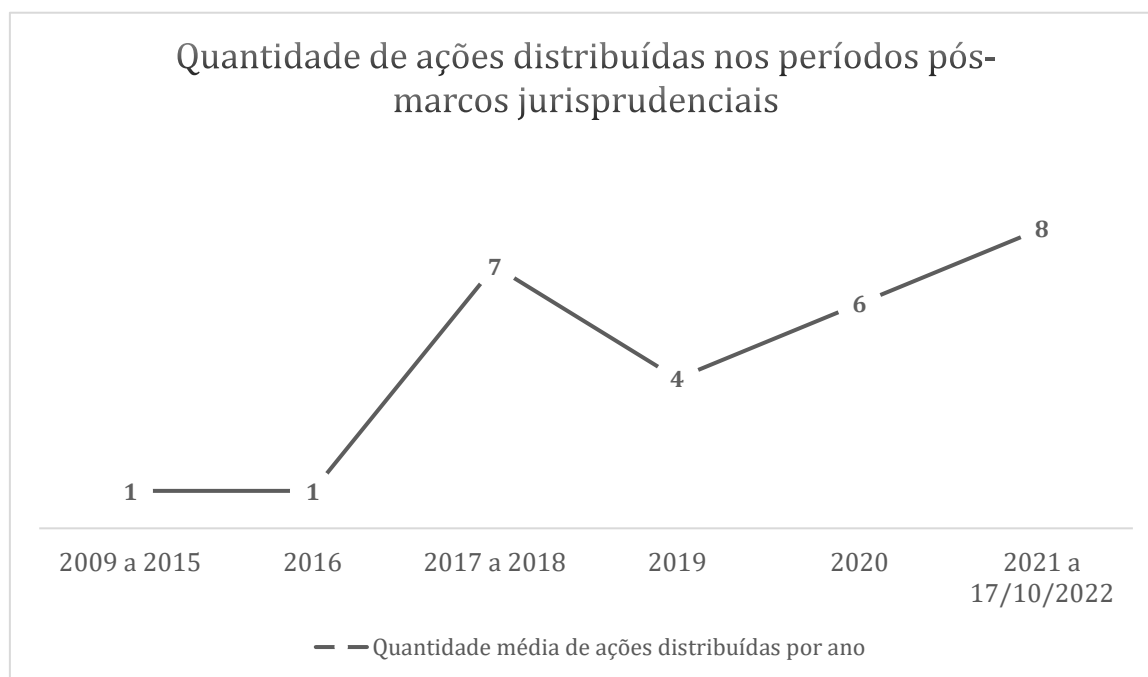
Um outro aspecto a ser superado é aquele que considera o conjunto de ministros do Supremo Tribunal Federal como o protagonista soberano da pesquisa, desprezando ou conferindo menor atenção aos demais atores que mobilizam a atuação do tribunal. A investigação ganha em profundidade quando se compreende a jurisdição como uma complexa relação entre os poderes e a sociedade civil.

A dinâmica de evolução da quantidade de ações, calculada de acordo com períodos subsequentes a viradas jurisprudenciais sobre o tema, pode ser visualizada da seguinte maneira:

---

<sup>46</sup> “Atualmente, os estudos sobre o Supremo enfrentam três grandes desafios: a produção de comparações, a integração do Tribunal às análises das relações executivo-legislativo, e a orientação das pesquisas para o teste e formulação de teorias. Elaborada para estimular estudos comparativos, a hipótese da “judicialização” não chegou a tanto, embora tenha contribuído para o desenvolvimento de estudos judiciais em contextos nacionais até então alheios a esse campo, como o brasileiro. Produção comparativa regular sobre tribunais constitucionais só emergiu em 2015, apartada daquela hipótese e nos marcos dos modelos de comportamento judicial. (...) Um segundo desafio é imposto pelo isolamento dos estudos sobre o Supremo em relação às outras áreas das ciências sociais. (...) De outro lado, um maior diálogo depende da incorporação, pelos estudos judiciais, dos quadros analíticos comuns às outras áreas das ciências sociais. (...) Mas o principal desafio é a carestia teórica. (...) O desenvolvimento de pesquisas voltadas ao teste e à formulação de teorias exige que o campo de estudos sobre o Supremo leve a sério o conhecimento que acumulou.” (MARIANO SILVA, 2022, p. 12)

**Gráfico 8** Quantidade média de ADOs por ano em relação aos marcos jurisprudenciais



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Analisados dessa forma, os dados conduzem à conclusão preliminar de que, ainda que de forma irregular, pode ser identificada uma tendência de aumento da quantidade de ADOs propostas ao Supremo, à medida em que o tribunal ampliava suas ferramentas de controle da omissão inconstitucional. A hipótese desenvolvida antes do aprofundamento da pesquisa, portanto, não está inteiramente confirmada.

Pode-se extrair disso o indício de que os atores que mobilizam a jurisdição constitucional têm compartilhado uma compreensão mais ampla acerca do controle concentrado da omissão. Como visto, a expansão observada entre esses atores pode ter sido um movimento de reação à atuação da própria corte, que vem trilhando uma trajetória em direção ao paradigma sócio-histórico de caracterização da inconstitucionalidade omissiva. A corte, por sua vez, também se inspira no movimento anteriormente observado na Academia, por meio dos avanços delineados anteriormente na teoria da omissão inconstitucional. A teoria, ao fim e ao cabo, remonta à própria sociedade, verdadeiro motor da transformação, cujos sentimento e compreensão são traduzidos numa linguagem científica por meio das Ciências Sociais.

No entanto, essa confluência em torno da expansão do conceito de omissão inconstitucional encontra limites. Como já salientado anteriormente, a construção do paradigma jurídico-normativo de caracterização da inconstitucional por omissão norteou a

atuação do Supremo Tribunal Federal historicamente, desde a promulgação da Constituição de 1988. Ainda que esse paradigma venha sendo suavizado, à medida que diversas manifestações da compreensão sócio-histórica venham sendo registradas, fato é que ainda não se dissolveu por inteiro a compreensão do estado de omissão a partir de uma análise estritamente textual da norma constitucional.

Essa é uma constatação que pode explicar duas conclusões formuladas nas páginas anteriores. A primeira delas é a de que, apesar de disparidades, existe alguma tendência de reprodução da proporção de regulamentações demandadas pelo texto original da Constituição na proporção de ADOs propostas ao Supremo. Essa tendência, porém, não se concretiza por inteiro, tendo em vista algumas disparidades pontuais no comparativo, sobretudo no que se refere à discussão de assuntos relacionados à remuneração e estruturação de algumas carreiras de servidores públicos.

Os temas mais submetidos à jurisdição constitucional não foram relacionados a direitos fundamentais, à ordem social ou a políticas públicas como um todo, como se poderia supor a partir dos significados associados à Constituição de 1988. Pelo contrário, as ADOs foram, em grande parte, espaço para mobilização de interesses privados corporativos.

Essa constatação contradiz até mesmo o paradigma jurídico-normativo de caracterização da omissão, segundo o qual poderia se esperar um esforço de regulamentação das normas cuja eficácia depende de detalhamento. Conforme o entendimento de que somente o texto da norma é capaz de configurar o estado omissivo, é esperado que os temas que mais apresentam estruturas lexicais como “na forma da lei” demandem maior tutela jurisdicional. Essa tendência, porém, quando testada, não foi confirmada. Afinal, não houve semelhanças proporcional entre o quantitativo de temas pendentes de regulamentação na Constituição e o quantitativo de temas submetidos à análise do Supremo por meio das ADOs analisadas.

A identificação da prevalência do paradigma jurídico-normativo ajuda também a explicar a subtutela de direitos fundamentais pendentes de regulamentação. Embora se observe um aumento na propositura de ADOs que discutem direitos fundamentais nos últimos anos, constatou-se que a sua importância numérica entre as ações ajuizadas não reflete a importância qualitativa desses direitos na Constituição de 1988. Conforme Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

“O reconhecimento no Brasil da inconstitucionalidade por omissão legislativa tem se dado sob a concepção puramente obrigacional, ignorando, por completo, o viés normativista da identificação da omissão, o que deve ser reprovado, em especial, por conta da posição dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira”. (CAMPOS, 2015, p. 29)

Ao falar em “viés normativista”, o autor não se refere ao que neste trabalho se chama de paradigma jurídico-normativo, mas sim à falta de reconhecimento do grau de normatividade conferido aos direitos fundamentais na Constituição de 1988. Nesse sentido, aponta para a necessidade de direcionamento ao que aqui se chama de paradigma sócio-histórico de caracterização da omissão.

Em síntese, nos últimos anos houve avanços pontuais, por meio de decisões que caminham em direção ao paradigma sócio-histórico por parte do STF. Como já visto, esses marcos decisórios expandiram também a jurisdição da ADO, com um aumento no quantitativo de ações. É possível que, caso essa tendência se confirme nos próximos anos, o controle concentrado da omissão caminhe com mais vigor em direção ao sentido que originalmente lhe atribuiu o texto constitucional, qual seja, o da defesa e promoção de direitos fundamentais.

Se esse movimento se confirmar, o mapa da omissão no Brasil poderá ser reformado, na direção daqueles que, mesmo sem saber, esperam ansiosamente por isso. A ver.



### **3. QUEM? – OS ATORES POLÍTICOS QUE MOBILIZARAM O SUPREMO EM TORNO DA CONTROLE DA OMISSÃO**

#### **3.1. Dados empíricos - segunda parte: quem foram os autores das ações analisadas e de que forma podem ser categorizados?**

O esforço de delimitação do que a jurisdição do Supremo entende como omissão inconstitucional orientou o capítulo anterior. Neste capítulo, importa identificar quem foram os atores políticos que mobilizaram o controle da omissão por meio das ADOs analisadas. Esse panorama, focado na variável “quem”, trará pistas para uma compreensão sobre a forma como o diálogo institucional se estabelece em torno dos casos de ineficácia (e inefetividade) da Constituição no Brasil. Assim, chegamos a um segundo pilar da pesquisa: o do diálogo institucional.

##### **3.1.1. Quantidade de ações propostas por cada categoria de autor**

Num primeiro momento a investigação buscou entender qual era o grau de representatividade de cada categoria de autor, dentro do espectro geral da análise. Com isso, buscou-se identificar se existia algum grau de proporcionalidade nessa distribuição quantitativa, ou se, por outro lado, alguma categoria predominou em detrimento de outras. Para além da discussão sobre o diálogo institucional, essa informação será relevante também para aprofundar uma crítica acerca do acesso à justiça constitucional de saneamento da omissão.

O método construído para esta fase da investigação foi o seguinte. Em primeiro lugar, os autores das ações foram elencados e sistematizados, na exata forma em que foram identificados na petição inicial de cada processo e/ou nos dados das partes cadastrados no sistema processual.

Em seguida, foram classificados segundo as categorias previstas na lei que regulamenta a ADO e a ADI (art. 2º da Lei nº 9.868/1999): (1) Presidente da República; (2) Mesa do Senado Federal; (3) Mesa da Câmara dos Deputados; (4) Mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa; (5) Governador de Estado ou Distrito Federal; (6)

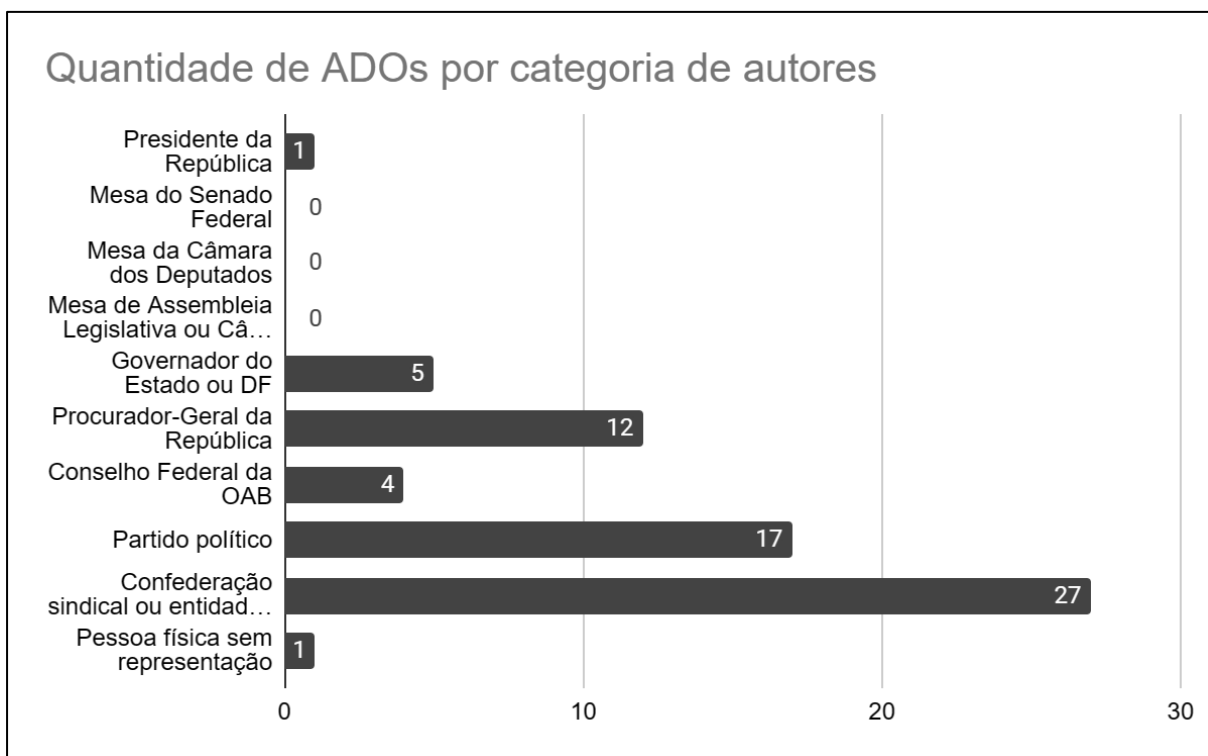
Procurador-Geral da República; (7) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (8) partido político; (9) confederação sindical ou entidade de classe.

A classificação dos atores, realizada por mim, teve por base não um juízo crítico acerca da viabilidade do enquadramento daquela pessoa ou entidade naquela categoria. O critério foi o da autoclassificação, isto é, o da forma como a pessoa ou entidade buscava se identificar, a fim de alcançar o direito à jurisdição. No caso das entidades de classe, por exemplo, não pretendi formular um juízo meu sobre se aquela entidade de fato atendia ou não aos requisitos legais para tanto. O critério foi unicamente a forma pela qual a entidade se definiu em sua petição inicial, neste primeiro momento. A satisfação do requisito processual será enfrentada mais adiante.

Para além das nove categorias definidas em lei, uma décima categoria precisou ser criada no curso da pesquisa. Foi registrada uma ADO proposta por uma pessoa física, em nome próprio, sem que houvesse na petição inicial um esforço de enquadramento do autor em alguma das categorias que autorizam a propositura da ação. Trata-se da ADO 61/RO. Por conta dela, foi criada a categoria (10) pessoa física sem representação institucional.

Os resultados obtidos nessa etapa foram os seguintes.

**Gráfico 9** Quantidade de ADOs por categoria de autores



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Como se vê, a categoria campeã, com vantagem expressiva, é a das confederações sindicais e entidades de classe (40,3% das ações), seguida pelos partidos políticos (25,37%) e pela Procuradoria-Geral da República (17,91%).

Os dados dizem bastante por si só, mas merecem tratamento mais apurado. Seria interessante adicionar a eles uma nova segmentação das categorias de autores, a partir do critério da vinculação a estruturas formais do Estado. Isto é, dividir as categorias entre aquelas que estão vinculadas a algum ente ou poder estatal e, em razão disso, estão integradas às estruturas institucionais de representação política, e aquelas que possuem um grau distinto de autonomia, justamente por não estarem vinculadas a um braço do Estado, comportando-se mais como um movimento social do que como um órgão público.

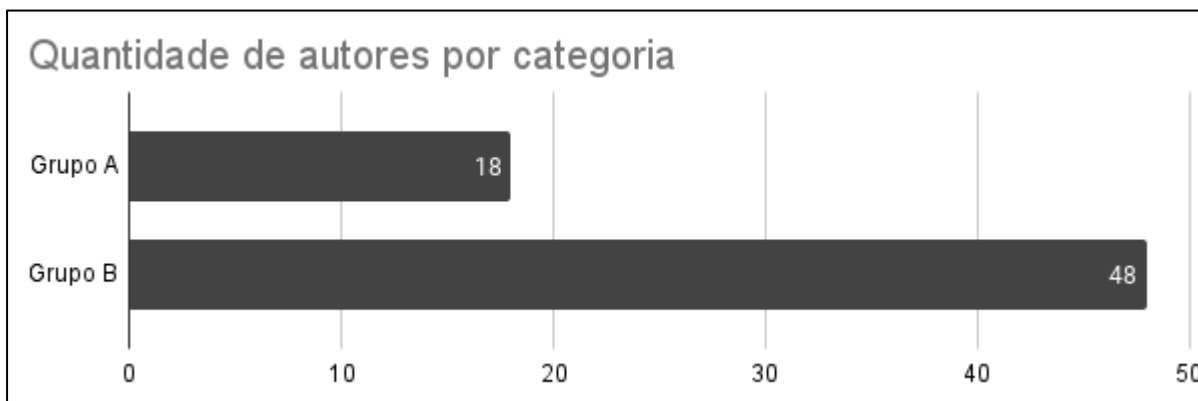
Nessa perspectiva, comporiam um primeiro grupo, denominado grupo A, caracterizado pela vinculação formal às estruturas estatais, as categorias (1) Presidente da República; (2) Mesa do Senado; (3) Mesa da Câmara; (4) Mesa de Assembleia ou Câmara Legislativa; (5) Governador de Estado ou DF; e (6) Procuradoria-Geral da República. O grupo B, por sua vez, caracterizado por entidades mais autônomas em relação ao Estado, seria composto por (7) Conselho Federal da OAB; (8) partidos políticos; e (9) confederações sindicais e entidades de classe. A categoria (10) pessoa física sem representação institucional fica excluída desta etapa da investigação, em razão de sua total excepcionalidade.

Merece nota o possível apontamento de uma imprecisão da classificação do Conselho Federal da OAB e dos partidos políticos como entidades com certa autonomia em relação ao Estado. No caso da OAB, por não se tratar propriamente de uma entidade de classe, mas sim de organismo *sui generis*. No caso dos partidos, porque eles integram, sem dúvidas, a estruturação das instituições políticas.

De fato, não se trata de entidades inteiramente independentes em relação ao Estado. No entanto, a meu juízo, possuem uma atuação que, na prática, se aproxima mais de um organismo exterior à estrutura estatal do que de um órgão público. O caso dos partidos políticos é particularmente interessante. Embora sejam centrais para a organização das instituições políticas, sua estrutura interna de funcionamento se diferencia muito das formas de atuação de seus filiados, depois de eleitos para um cargo público. No dia a dia da política, os partidos se comportam mais como um movimento social e menos como um braço do governo ou do Parlamento, diferentemente de seus filiados eleitos para cargos públicos.

Adotando-se a classificação a partir dos grupos A e B, tem-se o seguinte quantitativo:

**Gráfico 10** Quantidade de autores por categoria



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Fica nítido que o Grupo A, de índole mais vinculada ao Estado em sua acepção formal-institucional, teve interesse expressivamente menor que o Grupo B, de índole menos vinculada às estruturas estatais, na mobilização do Supremo em torno da ADO, no período apurado.

É necessário salientar que, em relação ao Grupo A, um ator específico merece destaque: a Procuradoria-Geral da República. A PGR é responsável por doze das dezoito ações atribuídas ao grupo. Sem ela, sobrariam apenas Governadores, com cinco ações, e Presidente da República, com uma ação. Esse destaque é importante, pois também a PGR é entidade com certo grau de especificidade em relação às demais do Grupo A. Afinal, o Ministério Público Federal é concebido na Constituição como órgão dotado de expressiva autonomia em relação aos demais poderes<sup>47</sup>.

A análise aponta para a conclusão preliminar de que, no período analisado, o controle concentrado da ADO foi suscitado mais por instituições de fora do Estado do que por instituições de dentro do Estado. Essa formulação pode ser tida como contraintuitiva, tendo em vista (i) a estrutura jurídica que entidades e instituições de Estado possuem para acessar o Supremo, em relação aos organismos externos e (ii) o interesse público como norte da atuação dos entes estatais, que deveria promover um esforço infinitamente maior do que o de atores externos em prol da eficácia constitucional.

<sup>47</sup> Fábio Kerche (2010) sugere que, no desenho constitucional de 1988, o Ministério Público é o agente privilegiado para provocar o Judiciário.

A diferença entre ambos se torna ainda maior quando se restringe a observação a membros do Executivo e do Legislativo, excluindo-se, portanto, a atuação do Ministério Público. Somente seis das sessenta e sete ações analisadas foram ajuizadas por presidentes, governadores e mesas legislativas.

Em relação ao Legislativo, pode-se pensar: ora, essa situação está dentro da normalidade, já que seria contraditória em si a ideia de o Parlamento ajuizar ação buscando provimento do próprio Parlamento. Ocorre que: (i) o Parlamento não é órgão unitário, já que contempla a divergência como o cerne de sua atuação. Sendo assim, a atuação da Mesa Diretora em face do conjunto do Congresso Nacional não é contraditória *per se*. Além disso, (ii) a omissão de que trata a ADO não é somente a omissão parlamentar. Também são tuteladas pela ADO as hipóteses de omissão de outros atores políticos, nos casos em que lhe é constitucionalmente assegurada a reserva de iniciativa. Portanto, a escassa atuação do Legislativo no cenário analisado não deve ser tida como natural e auto evidente<sup>48</sup>.

Há, ainda, um outro elemento interessante a ser considerado: o acúmulo da literatura indica que, no controle abstrato, governadores e atores do mundo do Direito têm maior êxito (MARIANO SILVA, 2022), o que poderia configurar um estímulo a esses personagens. Não foi isso que se verificou, no entanto, nas ADOs analisadas.

Outra conclusão preliminar que pode ser extraída dos dados tem relação com a promoção do interesse público por meio dos atores das ações. A princípio, a proeminência das entidades externas ao Estado pode sugerir um aspecto positivo: o do possível protagonismo das confederações sindicais e entidades de classe nas ADOs apuradas, o que pode estar relacionado à defesa de direitos sociais e dos trabalhadores. Essa sugestão, porém, merece tratamento detalhado para ser confirmada ou refutada.

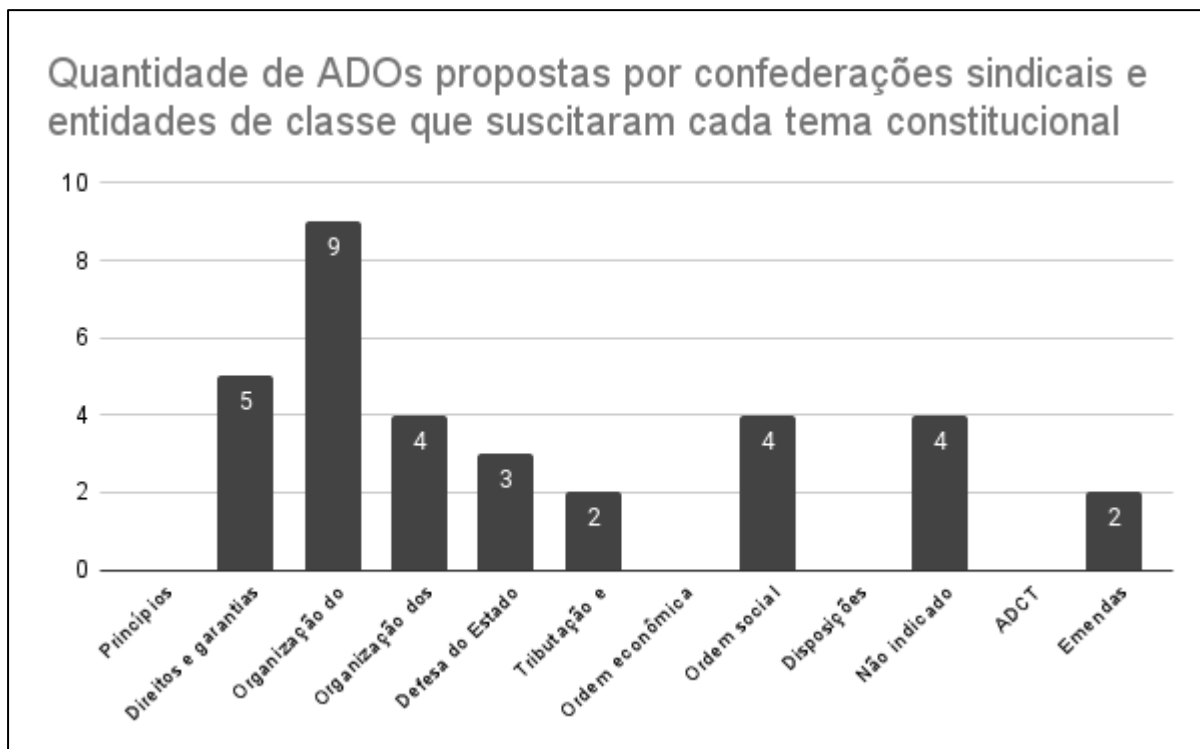
Para melhor aferir o comportamento das confederações sindicais e entidades de classe, protagonistas nos resultados obtidos, tornou-se necessário avaliar os temas que elas mais invocaram. Com isso, buscou-se identificar se predominaram temas de direitos fundamentais, ordem social, democracia e princípios, ou se, por outro lado, preponderaram temas da burocracia estatal, da ordem financeira e tributária. A metodologia de identificação dos temas constitucionais invocados seguiu o método descrito no capítulo 2.

---

<sup>48</sup> O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência restritiva à legitimidade das Mesas legislativas em ações diretas de controle abstrato de constitucionalidade (MENDES, 2012a). No entanto, o foco da análise aqui empreendida, pelo menos neste momento, é a invocação do direito de ação por essas entidades, e não necessariamente a interpretação adotada pelo tribunal acerca da sua possibilidade. O importante, agora, é identificar se as Mesas legislativas tentaram ou não tentaram acionar a jurisdição constitucional nas ADOs analisadas.

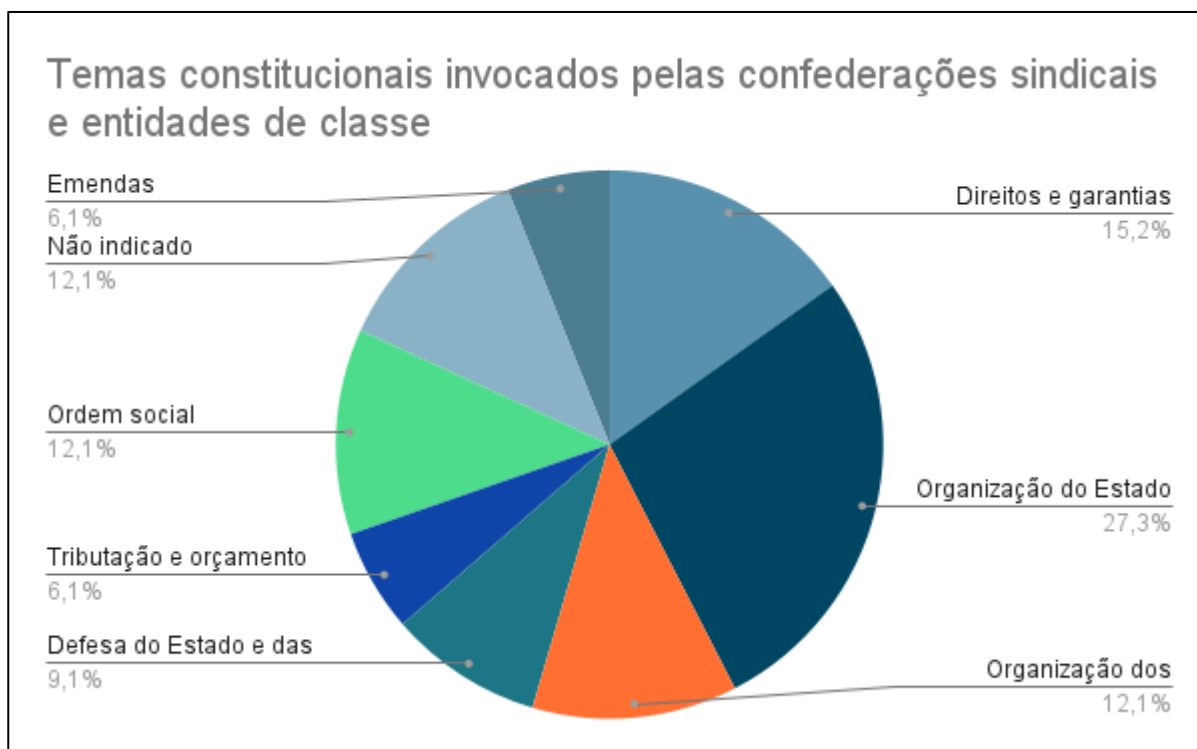
Categorizando os temas constitucionais invocados pelas confederações sindicais e entidades de classe, os resultados são estes:

**Gráfico 11** Quantidade de ADOs propostas por confederações sindicais e entidades de classe que suscitaram cada tema constitucional



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

**Gráfico 12** Temas constitucionais invocados pelas confederações sindicais e entidades de classe



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Como se vê, a análise quantitativa aponta para uma conclusão distinta. Preponderou, nas ações propostas por confederações sindicais e entidades de classe, o tema da organização do Estado, que, a princípio, aponta para assuntos do aparato burocrático. A organização do Estado foi invocada em nove das vinte e sete ações, ou seja, um terço. Princípios fundamentais não foram invocados em nenhuma ação. Direitos e garantias fundamentais, embora estejam em segundo lugar, estão bastante atrás da categoria mais invocada, com somente cinco ocorrências.

Um passo adiante deve ser dado. A partir de uma análise qualitativa dessas vinte e sete ações, constata-se que a maior parte delas (dezenove<sup>49</sup>) tem por objeto pedidos exclusivamente remuneratórios e/ou corporativos, tratando de pedidos de reajuste de remuneração, reestruturação de plano de carreira, fixação de subsídios e gratificações, benefícios previdenciários e outros interesses corporativos. Somente oito<sup>50</sup> dessas vinte e sete

<sup>49</sup> ADOs nº 12, 13, 18, 19, 20, 21, 27, 29, 33, 36, 42, 43, 46, 49, 50, 51, 53, 71 e 76.

<sup>50</sup> ADOs nº 9, 11, 16, 17, 47, 57, 64 e 75.

ações não tinham por objeto interesses exclusivamente remuneratórios, ainda que lateralmente implicassem no aspecto financeiro.

Soa ainda mais relevante o dado de que, dentre as dezenove ações de teor fortemente corporativo, doze delas<sup>51</sup> são referentes a carreiras de servidores públicos da elite do Judiciário, do Executivo e do Ministério Público. Trata-se de um acesso à justiça constitucional que, ao fim e ao cabo, está circunscrito, em maior parte, a interesses corporativos da elite de servidores públicos.

Portanto, entendo que está refutada a conclusão preliminar de que a proeminência de entidades externas ao Estado nas ADOs analisadas poderia significar um protagonismo de partidos políticos e confederações sindicais nos esforços de tutela de direitos fundamentais. A conclusão que se extrai, aliás, pelo menos em um nível incipiente, é a de que as entidades que de fato têm o interesse de tutelar direitos fundamentais ficaram, em sua maior parte, de fora do sistema de controle concentrado da omissão.

Isso se deve, sugere-se, às rigorosas restrições constitucionais de legitimidade ativa e pertinência temática. O possível efeito disso é uma fuga para a jurisdição de controle concreto, de modo que a omissão inconstitucional hoje pode ocupar o Supremo mais pela via dos Mandados de Injunção e ADPFs do que pela ADO. O quadro geral é preocupante e tem como possíveis efeitos colaterais o fortalecimento das práticas casuísticas da corte e a fragilização do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, que é o que detém os mecanismos mais bem estruturados de revisão judicial e que consiste na função precípua de um Tribunal Constitucional.

Para enfrentar o tema, passemos a uma análise mais aprofundada dos requisitos de acesso à jurisdição da ADO.

### **3.1.2. Filtros de acesso: legitimidade ativa e pertinência temática**

A legitimidade ativa é estabelecida pelo texto constitucional, em seu artigo 103, ao elencar os atores político-jurídicos que podem propor ações diretas de controle concentrado de constitucionalidade. A dogmática constitucional distingue esses atores, chamados legitimados, entre os legitimados universais<sup>52</sup> e os legitimados especiais<sup>53</sup>. Os especiais são

---

<sup>51</sup> ADOs nº 12, 13, 18, 19, 21, 27, 42, 43, 46, 50, 53 e 71.

<sup>52</sup> Presidente da República, Mesas do Senado e da Câmara, PGR, Conselho Federal da OAB e partidos políticos.



aqueles que só podem acionar o controle concentrado de constitucionalidade na defesa de interesses pertinentes à sua esfera jurídica ou de afiliados (BARROSO, 2008). A restrição imputada a eles é comumente chamada de pertinência temática.

A pertinência temática é uma restrição criada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e não por norma constitucional<sup>54</sup>. Ela não se aplica aos legitimados universais, sob o argumento de que neles se presume o interesse de preservar a supremacia da Constituições, em razão de suas atribuições institucionais (MORAES, 2020).

Em ambos os casos, trata-se de filtros de acesso à jurisdição do controle abstrato de constitucionalidade. A justificativa para a introdução desses requisitos, segundo a dogmática constitucional, é a ideia de se evitar que essas ações passem a focar em interesses individuais subjetivos. A finalidade maior delas, argumenta-se, é a defesa da integridade da ordem constitucional (BARCELLOS, 2022). Será que, para alcançar esses objetivos, outros atores políticos não seriam mais eficazes, tais como movimentos sociais e organizações da sociedade civil, em geral?

No sistema brasileiro, o requisito da legitimidade ativa é especialmente rigoroso em relação às entidades de classe. Para que possam acessar o Supremo pela via da ADO, essas entidades precisam demonstrar que (i) possuem filiados em pelo menos nove Estados da Federação; (ii) que seus filiados estão ligados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional; e (iii) que a ação proposta tem pertinência temática com a atuação da entidade (BARROSO, 2008).

Essa breve contextualização serve para situar as bases da discussão que se segue. A primeira pergunta que norteou esta etapa da pesquisa foi: quão recorrente foi, entre as ADOs analisadas, o argumento da ilegitimidade ativa, para fundamentar a restrição do acesso à justiça para confederações sindicais e entidades de classe?

Entre as ações propostas por confederações sindicais e entidades de classe, que foram vinte e sete, nenhuma delas foi julgada procedente ou parcialmente procedente até o final do período de apuração desta pesquisa. Oito estavam pendentes de julgamento até o fim do marco de análise. Ou seja, todas as que foram julgadas (dezenove) tiveram como resultado a

---

<sup>53</sup> Governadores, Mesas de Assembleias Legislativas, confederações sindicais e entidades de classe.

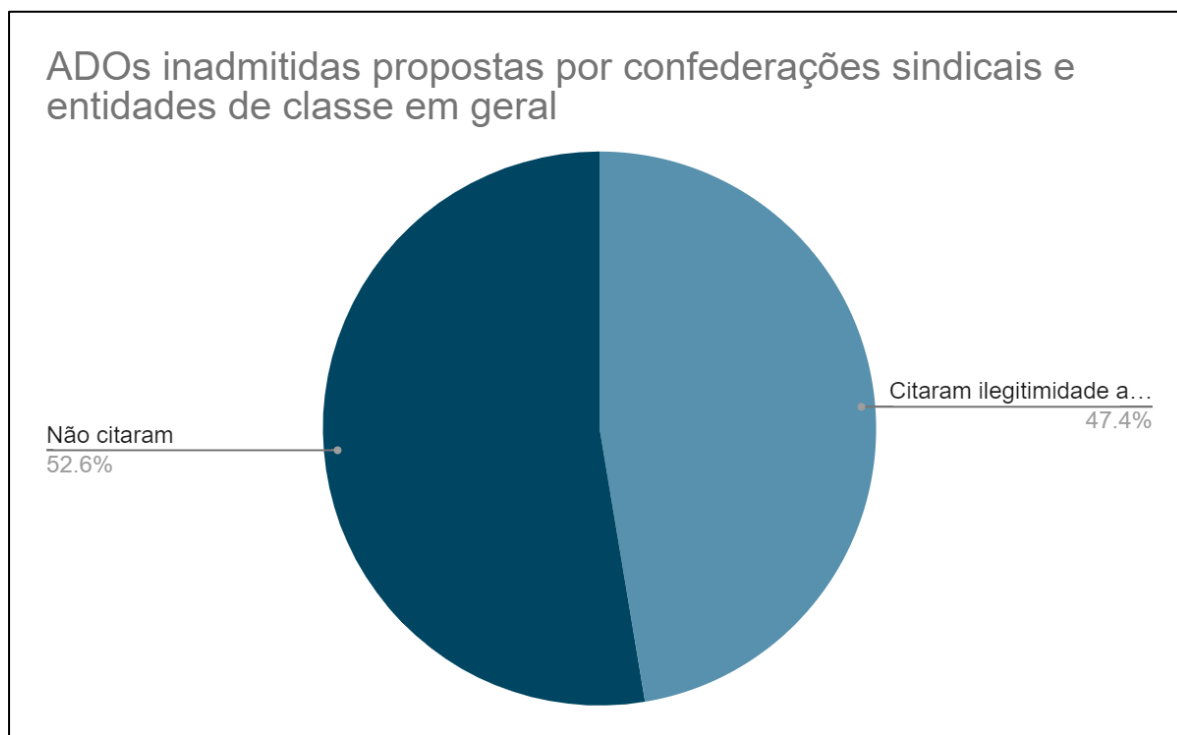
<sup>54</sup> O tema é bastante controverso e suscita críticas. “A relação de pertinência envolve inequívoca restrição do direito de propositura (...). Assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação - análoga, talvez, ao interesse de agir do processo civil -, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas.” (MENDES, 2012a). Em sentido parecido, Virgílio Afonso da Silva argumenta que o STF extrapolou as competências que lhe são previstas pela Constituição ao limitar a legitimidade para propor ações de controle de constitucionalidade (SILVA, 2021, p. 510).

improcedência do pedido, a extinção sem resolução de mérito, a negativa ao seguimento da ação, o indeferimento da inicial ou foram julgadas prejudicadas as ações.

Isso, aliás, pode sugerir algo sobre a forma como o tribunal lida com os interesses dessas organizações. Essa análise, porém, será feita no capítulo seguinte, em que será feita análise qualitativa das fundamentações das decisões. Por ora, o mais importante é identificar a facilidade ou dificuldade de acesso ao Supremo entre os atores legitimados a propor ADO. O critério, por enquanto, é tão somente a propositura da ação.

Das dezenove ações inadmitidas pelo Supremo, nove delas invocaram o argumento da ilegitimidade ativa em sua fundamentação. Trata-se de 47%, aproximadamente.

**Gráfico 13** ADOs inadmitidas propostas por confederações sindicais e entidades de classe em geral



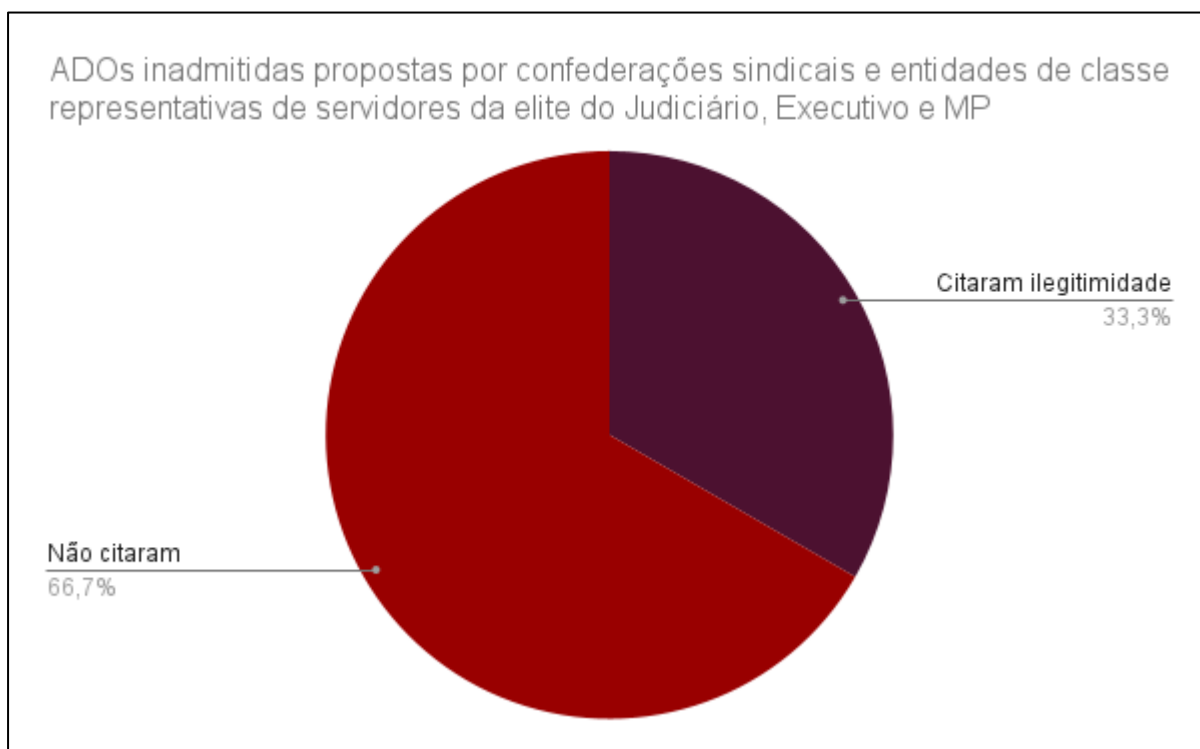
Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Esse número pode ser interpretado de diversas formas. Conclusões mais apuradas demandariam um juízo crítico acerca das classificações pretendidas pelos autores em suas petições iniciais. Não é esse o objetivo aqui. O intuito da presente pesquisa é extrair pistas sobre a forma como o diálogo institucional ocorreu (ou deixou de ocorrer) em torno do controle abstrato da omissão inconstitucional. Sendo assim, a conclusão preliminar que se pode extrair é a de que, a princípio, as confederações sindicais e entidades de classe

enfrentaram, proporcionalmente, mais problemas que as outras categorias de autores para acessar a jurisdição do controle abstrato da omissão.

Um novo recorte deve ser feito. Mencionei anteriormente que, dentre as ações propostas por confederações sindicais e entidades de classe, doze delas são referentes a interesses corporativos de servidores públicos da elite do Judiciário, do Executivo e do Ministério Público. É interessante notar que, entre essas doze ações, já referenciadas anteriormente, somente quatro enfrentaram problemas com a legitimidade ativa. A proporção é de um terço (33%), inferior à proporção geral.

**Gráfico 14** ADOs inadmitidas propostas por confederações sindicais e entidades de classe representativas de servidores da elite do Judiciário, Executivo e MP



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Em outras palavras, entidades representativas de servidores da elite do Judiciário, do Executivo e do Ministério Público tiveram, proporcionalmente, menos problemas que as demais confederações e entidades de classe, no que se refere ao filtro da legitimidade ativa.

O segundo filtro de acesso analisado é o da pertinência temática. Como já mencionado, não se trata de um filtro aplicável a todas as categorias de autores, mas somente

a três delas: Mesas de Assembleias e Câmaras Legislativas; Governadores de Estados e DF; e confederações sindicais e entidades de classe.

Entre as ações propostas por Governadores, que foram cinco, duas estavam pendentes de julgamento na data do encerramento da fase empírica desta pesquisa. Das três que já haviam sido julgadas, duas foram inadmitidas, por questões formais ou materiais. Dessas duas, uma delas foi inadmitida com base no argumento da falta de pertinência temática, o que, por consequência, conduziu ao argumento da ilegitimidade ativa. Proporcionalmente, tem-se uma taxa de 50% de restrição com base no filtro da pertinência temática.

Para aproveitar a oportunidade, permito-me uma breve análise crítica dessa ocorrência. Trata-se da ADO 31, proposta em 17/03/2015 pelo então Governador do Maranhão. A ação tinha por objetivo regulamentar a instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil, previsto no art. 153, VII, da Constituição, mas nunca efetivamente implementado, em razão da inércia do Legislativo em seu dever de regulamentação.

O processo foi extinto sem resolução do mérito, sob o argumento de que não havia pertinência temática. O Supremo entendeu que um Governador de Estado não tem interesse público na cobrança do Imposto sobre Grandes Fortunas, pelo fato de que não seria obrigatória a repartição de receitas desse tributo entre os Estados, já que se trataria de tributo federal.

O entendimento do Supremo nesse caso não parece acertado, tendo em vista o impacto, ainda que indireto, do Imposto sobre Grandes Fortunas em todo o sistema tributário nacional. A progressividade do sistema tributário, prevista na Constituição, seria estimulada com a regulamentação pretendida pelo Governador do Maranhão, o que certamente impactaria na arrecadação estadual e em todas as discussões sobre reformas tributárias, nas quais os Estados têm participação bastante expressiva.

À parte a crítica à decisão, que tem fundamentação breve e sucinta, o que importa aqui é reconhecer que o STF parece aplicar um filtro rigoroso em termos de pertinência temática. Não se trata, pelos indícios obtidos, de uma compreensão em sentido amplo do interesse em torno da matéria. Deve-se demonstrar um interesse objetivo e concreto em torno da matéria constitucional debatida.

O problema que parece surgir a partir disso é o de que, ao conferir tamanho rigor à pertinência temática, o tribunal pode tornar o controle concentrado da omissão mais suscetível a interesses privados (ou públicos, desde que vinculados imediatamente ao autor da ação) e menos fortalecido por temas de interesse nacional. Assim, corre-se o risco de enfraquecer a

proteção de temas que tenham menos condições de se associarem imediatamente a um interesse particular, como a proteção de direitos e garantias fundamentais. O mesmo pode ocorrer com interesses difusos, como a proteção do meio ambiente, por exemplo.

No caso das confederações sindicais e entidades de classe, o filtro da pertinência temática não chega a ser um grande problema, numa análise preliminar. Das dezenove ações inadmitidas, somente três (16%) mencionaram a pertinência temática como um problema. Em todas essas três, a ilegitimidade ativa também foi citada.

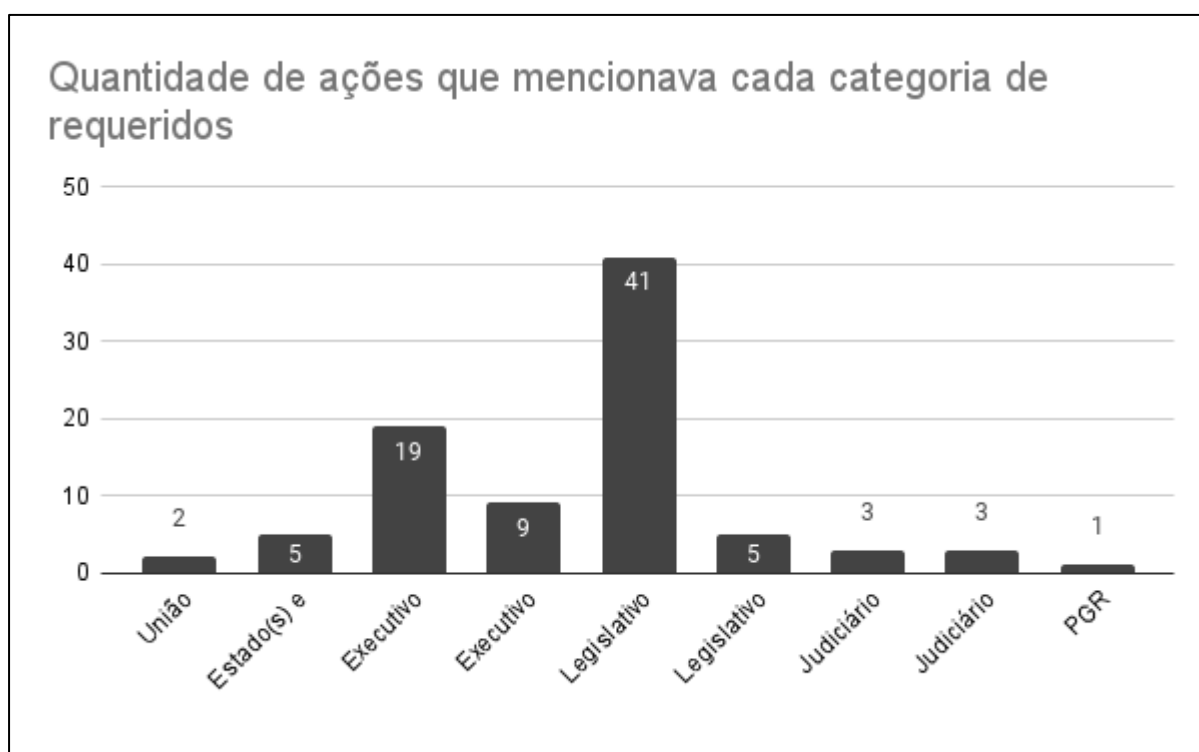
### **3.1.3. Perfil dos requeridos**

Com o fim de instruir melhor a discussão sobre o diálogo institucional que será feita ao longo do capítulo, fez-se necessário mapear o perfil das entidades arroladas no polo passivo das ações. Assim, será possível identificar não só aqueles que mais acessaram o Supremo com o intuito de sanear uma omissão inconstitucional, mas também aqueles que mais foram demandados por sua eventual inércia.

Os requeridos foram classificados segundo nove categorias: (1) União; (2) Estado(s) e Município(s); (3) Executivo federal, incluindo Presidência da República, Ministérios e demais órgãos vinculados à estrutura do Executivo federal; (4) Executivo estadual ou municipal, bem como os órgãos a ele vinculados; (5) Legislativo federal; (6) Legislativo estadual ou municipal; (7) Judiciário federal, incluindo Justiça Federal comum e Justiças especializadas vinculadas à União; (8) Judiciário estadual; e (9) Procuradoria-Geral da República. Cada ação tem em seu polo passivo uma ou mais categorias de requeridos.

Os resultados estão expostos a seguir.

**Gráfico 15** Quantidade de ações que mencionava cada categoria de requeridos



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Em alguns casos, a referência à União no polo passivo correspondia a uma demanda em face da Presidência da República. O mesmo ocorreu com a referência a Estados e Municípios. Ainda assim, optei por manter a categoria usada na petição inicial, para minimizar o risco de eventuais distorções.

As entidades mais demandadas, como se vê, foram o Legislativo federal (Congresso Nacional), como se poderia esperar, demandado em quarenta e uma ações; o Executivo federal, demandado em dezenove ações; e o Executivo estadual ou municipal, demandado em nove ações.

Desse dado não se extraem grandes conclusões, num primeiro momento. Ele servirá apenas para ajudar a entender o mapa da omissão no Brasil e os paradigmas do diálogo institucional, que serão analisados na fase de revisão bibliográfica.

### 3.1.4. Questões suscitadas

Os dados apresentados suscitam algumas questões, que orientarão a discussão deste capítulo.

Em primeiro lugar, a escolha pelos legitimados a propor ADO no Brasil está baseada em que critérios? Que razões justificam que outros perfis de organizações tenham ficado de fora? O sistema atual de fato ajuda a promover o diálogo institucional em prol da democracia e dos direitos fundamentais?

Em segundo lugar, que categorias sociológicas ajudam a explicar o acesso à justiça no Brasil, no que se refere às estruturas econômicas que favorecem ou dificultam esse acesso? Como explicar o papel de partidos políticos na mobilização da estrutura judicial?

Em terceiro lugar, de que forma pode ser explicado o modelo de diálogo institucional adotado no Brasil? Quais são as características do nosso sistema político que promovem ou dificultam o diálogo? É possível falar em democracia deliberativa a partir desse sistema de controle abstrato da omissão?

A essas questões, que certamente extrapolam os limites da presente pesquisa, se dedicam as próximas páginas. O esforço de adequação ao recorte da investigação conduzirá as perguntas àquilo que de fato mais importa para a interpretação e o tratamento dos dados levantados.

### **3.2. O processo de escolha dos legitimados ativos**

Nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, os legitimados ativos são aqueles que atuam como advogados da Constituição (MENDES, 2012a). Por se tratar de processo objetivo, não se estabelece propriamente uma relação processual entre autores e requeridos. Não se afere um interesse privado das partes, mas sim um interesse público, vocalizado a partir de uma demanda particular dos autores. Há, portanto, um *interesse público de controle* (Ibid.).

Antes de 1988, somente o PGR detinha legitimidade para contestar a constitucionalidade em abstrato. Na atual Constituição, porém, esse quadro se expandiu, amparado por um claro repúdio ao modelo anterior (Ibid.). Houve certa celebração da literatura nessa ampliação. Nesse sentido: PIOVESAN, 2003; BARROSO, 2008; KOCK e COURA, 2018; BARCELLOS, 2022.

Não obstante, ainda que reconhecendo o avanço, alguns autores vocalizam críticas ao modelo adotado. Flávia Piovesan (2003), por exemplo, aponta que a Constituição teria avançado mais se tivesse previsto a iniciativa popular para ADI e ADO. Afinal, se está prevista a iniciativa popular em projeto de lei ordinária, seria razoável que os cidadãos tivessem o poder de questionar a constitucionalidade de leis, atendidos determinados requisitos. A autora ressoa, nesse ponto, entendimento pioneiro de Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986), seguido também por Clèmerson Cléve (1994).

Gilmar Mendes, por sua vez, questiona a reprodução fiel dos legitimados para propor ADI para o caso dos legitimados para propor ADO. Saliencia que o Presidente e as Mesas da Câmara e do Senado possuem direito de iniciativa em projeto de lei (à exceção dos casos em que a Constituição prevê iniciativa privativa de outra entidade). Portanto, são, no mínimo, corresponsáveis pelo estado de inconstitucionalidade.

No entanto, após a promulgação da Lei nº 12.063/2009, ficou pacificado que também esses atores possuem legitimidade para propor ADO. Esse entendimento, ao final, acaba sendo endossado pelo princípio hermenêutico que conduz à interpretação que promova a maior eficácia da norma constitucional (MENDES, 2012a).

De fato, a expansão do rol de legitimados parece ter representado um passo adiante rumo à proteção da eficácia constitucional. Porém, resta identificar quais foram os argumentos que ampararam essa opção, a fim de compará-los com a realidade apresentada pelos dados obtidos na fase empírica da pesquisa.

Para entender como se deu a redação do art. 103, incisos I a IX, da Constituição, que estipula os legitimados a propor ADI (e, por consequência, ADO), foi necessário que eu me debruçasse sobre o processo constituinte. As discussões travadas na Assembleia Nacional Constituinte sobre o tema certamente me dariam pistas sobre os motivos que levaram à escolha desse rol de atores.

Sendo assim, fez-se necessário visitar a base de dados do Senado Federal acerca da Constituinte, que concentra todas as atas de comissões, subcomissões, atas de plenário e diários dos trabalhos revisionais<sup>55</sup>. Num primeiro momento, identifiquei que a base de dados é bastante vultosa e que o assunto que eu estava investigando é multidisciplinar, o que faz com que ele apareça na discussão de várias comissões e subcomissões diferentes. Dessa forma, foi necessário restringir o conjunto de documentos analisados, a fim de viabilizar a continuidade da pesquisa.

---

<sup>55</sup> A base de dados está disponível para acesso livre e gratuito no portal do Senado Federal. Disponível em <[https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/ct\\_abertura.asp](https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/ct_abertura.asp)>. Acesso em 25/03/2023.



Seguindo essa perspectiva, esta fase da investigação foi levada a cabo por meio de duas etapas: (1) consultas aos projetos e emendas apresentados, por meio da pesquisa no portal APEM: Formulários de Pesquisa<sup>56</sup>; e (2) análise das atas da Comissão de Sistematização<sup>57</sup>, a fim de destacar os principais argumentos invocados no debate acerca do tema. Dessa forma busquei identificar (1) as propostas em discussão e (2) os principais argumentos usados para repudiar ou enaltecer cada uma delas.

Após a pesquisa documental, recorri à literatura já produzida sobre o tema, com o fim de expandir a investigação sobre as razões que levaram à escolha de cada legitimado a propor ADO.

### **3.2.1. As propostas apresentadas na Assembleia Nacional Constituinte**

Na primeira etapa desta fase da investigação, o que concluí foi que o rol de legitimados para propor ADI estava longe de ser assunto pacífico. Foram encontradas pelo menos seis propostas de emendas ao texto provisório, que apresentavam propostas em sentidos bastante distintos entre si.

A primeira delas é a Emenda ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão nº 39<sup>58</sup>, proveniente da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições. Ela foi seguida pela Emenda ao Anteprojeto do Relator da Comissão nº 423<sup>59</sup>. As emendas são datadas de 18/05/1987 e 29/05/1987, respectivamente, e são de autoria do constituinte Paulo Macarini (PMDB/SC).

Em ambos os casos, propunha-se a ampla legitimidade popular para ajuizamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade. Os filtros de acesso à jurisdição do controle abstrato, portanto, seriam reduzidos a quase zero, pelo menos naquele primeiro momento. Caberia ao legislador, posteriormente, criar parâmetros que delimitassem a forma pela qual os cidadãos acessariam o Supremo com essa finalidade.

---

<sup>56</sup> APEM: Anteprojeto, Projetos e Emendas da Assembleia Nacional Constituinte de 1988. Disponível em: <<https://www6g.senado.gov.br/apem/search>>. Acesso em 25/03/2023.

<sup>57</sup> Atas disponíveis em <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>. Acesso em 25/03/2023.

<sup>58</sup> Disponível em <<https://www6g.senado.gov.br/apem/data/data/ANTE/15883.html>>. Acesso em 25/03/2023.

<sup>59</sup> Disponível em <<https://www6g.senado.gov.br/apem/data/data/EMEN-E/10809.html>>. Acesso em 25/03/2023.

O texto previa a seguinte redação para o possível dispositivo constitucional: “qualquer cidadão ou pessoa jurídica é parte legítima para representar ao Tribunal Constitucional por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”. Como se vê, essa proposta estava atrelada a uma outra, que suscitou certa polêmica no momento constituinte: a criação de um Tribunal Constitucional no Brasil (ou, no mínimo, o destacamento das funções de um Tribunal Constitucional em algum dos tribunais já existentes).

O parecer proferido em ambos os casos foi pela rejeição das propostas. A justificativa usada na Emenda nº 39 foi: “sair da privacidade concedida atualmente ao Procurador-Geral da República para a universalidade acenada na Emenda, representa brusca mudança, cujas consequências não podemos avaliar”. Em relação à Emenda nº 423, a justificativa principal é a de que:

Desconsiderando o fato de haveremos suprimido do texto a figura do Tribunal Constitucional, entendemos excessivamente ampla a proposição que retira a privacidade do Procurador-Geral da República, para o oferecimento de ação direta de inconstitucionalidade, estendendo a legitimidade “ad causa” a qualquer cidadão ou pessoa jurídica.

Em 01/06/1987, o constituinte Saulo Queiróz (PFL/MS) apresentou a Emenda ao Anteprojeto do Relator da Comissão nº 158<sup>60</sup>, também proveniente da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições. A proposta de redação previa o acréscimo de um outro legitimado ativo: um corpo de vinte de pessoas jurídicas de direito privado. O parecer foi pela rejeição, sob a justificativa reiterada de que a proposta colidia com o entendimento acerca da existência do Tribunal Constitucional e com o entendimento acerca da legitimidade de pessoas jurídicas para propositura de ADI, vocalizado em outra oportunidade pelo relator da comissão.

Em 01/07/1987, veio a ser proposta uma redação sobre a legitimidade em ADO, especificamente, por meio do Anteprojeto da Comissão da Ordem Social<sup>61</sup>. Antes de mais nada, é interessante notar que o tema foi objeto de interesse da Comissão da Ordem Social. Mais interessante ainda é perceber que, nesse caso, se discutiu especificamente a legitimidade para ADO, e não para todas as ações diretas de controle de constitucionalidade.

Essa constatação reafirma a existência do conflito exposto no primeiro capítulo deste trabalho, entre duas formas bastante distintas de compreensão do fenômeno da omissão

---

<sup>60</sup> Disponível em <<https://www6g.senado.gov.br/apem/data/data/EMEN-E/10545.html>>. Acesso em 25/03/2023.

<sup>61</sup> Disponível em <<https://www6g.senado.gov.br/apem/data/data/ANTE/23663.html>>. Acesso em 25/03/2023.

inconstitucional. Uma delas está envolta por adornos dogmáticos, enquanto a outra aponta para uma compreensão do interesse social em nível macro. O Anteprojeto da Comissão da Ordem Social, por si só, sinaliza uma proposição que extrapola a alocação do tema da omissão na dogmática do controle abstrato de constitucionalidade, mas que contempla também uma perspectiva de promoção da ordem social, em consonância com a evolução teórica exposta no capítulo 1.

A redação proposta pelo Anteprojeto da Comissão da Ordem Social foi:

Art. 27 - Os direitos que, previstos neste Título, dependam de lei para seu exercício, poderão ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, proposta por, no mínimo, 30 (trinta) entidades associativas.

Parágrafo único – Para os que não dependam de lei, o Ministério Público ou qualquer pessoa são partes legítimas para requerer a tutela jurisdicional necessária a tornar efetivo o seu cumprimento, isentando-se os autores das respectivas custas judiciais e do ônus da sucumbência, exceção feita aos litigantes de má fé.

Por se tratar de Anteprojeto, e não emenda, não há informação sobre a rejeição ou aprovação, tampouco parecer da comissão. A incorporação ou rejeição das propostas se daria no seio da Comissão de Sistematização. Pela análise do texto final aprovado, vê-se que foi rejeitada a proposta na forma redigida, mas foi absorvida a ideia de que entidades associativas fossem legítimas para propor ADI e, por consequência, ADO. O movimento foi, na verdade, de ampliação da proposta, já que no texto final não se exige um conjunto numérico de entidades, embora se exija a abrangência nacional.

Em 02/07/1987, foi apresentada a Emenda 1P ao Projeto de Constituição nº 5862<sup>62</sup>, já sob a égide da Comissão de Sistematização. A autoria é da constituinte Dirce Tutu Quadros (PTB/SP). A proposta reverberava a ideia já apresentada anteriormente de legitimação universal para propositura de ADI, por meio da inclusão do cidadão, sem maiores condicionantes, entre o rol de legitimados. O parecer final foi contrário, “na forma do consenso firmado na Comissão de Sistematização”.

Em 13/08/1987, por fim, foi proposta a Emenda Popular 1P ao Projeto de Constituição nº 20705<sup>63</sup>, também no seio da Comissão de Sistematização. Em seu item 4, propunha que qualquer cidadão é parte legítima para propor ADI. O parecer final foi pela prejudicialidade dessa sugestão, por já estar contemplada no Projeto de Constituição.

---

<sup>62</sup> Disponível em <<https://www6g.senado.gov.br/apem/data/data/EMEN-M/36222.html>>. Acesso em 25/03/2023.

<sup>63</sup> Disponível em <<https://www6g.senado.gov.br/apem/data/data/EMEN-M/51050.html>>. Acesso em 25/03/2023.

### 3.2.2. Os argumentos invocados

O debate sobre os atores políticos que poderiam acionar as engrenagens do sistema de controle concentrado de constitucionalidade foi precedido por um outro, mais amplo. Antes de se debruçar sobre os legitimados para propor ADI, a Comissão de Sistematização enfrentou um outro assunto, que já vinha sendo ventilado em diversas comissões temáticas: a criação de um Tribunal Constitucional no Brasil<sup>64</sup>.

Ao longo das discussões travadas na Comissão de Sistematização, foi suscitada em diversos momentos a criação de um Tribunal Constitucional, ou, pelo menos, a concentração das funções de um tribunal desse tipo em alguma das cortes já existentes. Não havia um modelo único sendo proposto. Havia vários em discussão, embora a distinção entre eles nem sempre ficasse clara.

Em alguns casos se propunha um tribunal que cuidasse das garantias dos direitos constitucionais, hipótese em que se teria um tribunal de garantias. Em outros, desenhava-se um sistema em que o Supremo Tribunal Federal, já existente, passaria a ter competência exclusivamente constitucional. Em outros, ainda, previa-se uma espécie de tribunal responsável por estabelecer uma relação de intermediação entre a sociedade e o Estado (algo próximo ao que passou a ser o desenho institucional do Ministério Público), ao lado do que se chamou de defensoria do povo. Algumas propostas chegavam a situar o Tribunal Constitucional fora do Judiciário.

Não obstante a variedade de proposições em jogo, uma delas talvez tenha se destacado, levando-se em consideração as críticas e os elogios a ela direcionados. Trata-se da ideia de reservar a um tribunal a competência única do controle concentrado de constitucionalidade, de modo que a ele não caberia o julgamento de processos subjetivos, que envolvem interesses individualizados. Esse tribunal pertenceria à estrutura do Judiciário, mas com uma forma diferenciada de investidura dos juízes. Uma das propostas previa, por exemplo, indicações de ministros pela Câmara dos Deputados, pelo Presidente da República e pelo próprio STF.

Interessa, para o presente objetivo, identificar os principais argumentos em torno do debate. Começemos pelas críticas. A primeira delas, vocalizada logo no início dos trabalhos da Comissão de Sistematização, evocava, como regra, que a existência de um Tribunal

---

<sup>64</sup> ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão de Sistematização, *op. cit.*

Constitucional é inerente ao sistema parlamentar misto e não existe no sistema presidencialista, que orienta a tradição brasileira<sup>65</sup>.

Uma segunda crítica, que foi direta ou indiretamente reiterada, é a de que o acolhimento da proposta conduziria o Brasil a uma situação de permanente politização do Judiciário<sup>66</sup>. Esse risco estaria atrelado ao fato de que as nomeações dos juízes seriam submetidas a interesses e circunstâncias políticas. A experiência europeia, conforme esse argumento, confirmaria o risco.

A terceira contraposição identificada é um pouco mais sofisticada. Ela sustenta que o Tribunal Constitucional é um produto histórico da Europa que não se ajusta à tradição brasileira, sobretudo no formato externo ao Judiciário, de que se chegou a cogitar<sup>67</sup>. Ademais, a criação de uma estrutura separada e diversa criaria imensas dificuldades, principalmente na hipótese de esse tribunal ganhar a atribuição de julgar conflitos de jurisdição.

Entre os argumentos favoráveis à ideia, o primeiro deles era o de que um Tribunal Constitucional poderia se constituir em uma defensoria do povo, que ajustaria melhor a relação democrática da sociedade com o Estado<sup>68</sup>. Sustentou-se, ainda, que essa estrutura cumpre função de maior importância nas democracias modernas<sup>69</sup>. Por fim, levantou-se o risco de esvaziamento do controle concentrado de constitucionalidade, caso à Corte Constitucional fossem atribuídas competências de Direito infraconstitucional. Nesse sentido: “não podemos soterrar esse Tribunal com atribuições de Direito Civil ou Penal, o que sem dúvida irá perturbar o seu funcionamento límpido em matéria constitucional”<sup>70</sup>.

Ao final, a decisão foi no sentido da proposição vocalizada pelo constituinte Nelson Jobim (MDB/RS)<sup>71</sup>, segundo a qual era necessário dar prosseguimento à tradição brasileira de harmonização entre os sistemas de controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade. A instituição desse sistema misto no Brasil já estaria sedimentada, segundo o argumento, desde que instituída pela Emenda Constitucional nº 16/1965, que acrescentou o controle concentrado de constitucionalidade às competências do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 737/738.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 1453.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 936.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 737.

<sup>70</sup> Fala do constituinte Vivaldo Barbosa (PDT/RJ). *Ibid.*, p. 1805.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 1796/1797.

Dada a escolha pela permanência do sistema misto de controle de constitucionalidade, que tem no Supremo Tribunal Federal um exemplo de suprema corte que reúne processos objetivos e subjetivos, colocou-se para discussão o debate sobre os legitimados para propor ações diretas de controle concentrado. Essa discussão já se iniciou com uma defesa aguerrida, reiterada por diversas vezes ao longo dos trabalhos da Comissão de Sistematização, de que não se expandisse demasiadamente o rol de legitimados. Nesse sentido:

O SR. CONSTITUINTE NELSON CARNEIRO: – Sr. Presidente, Sras. e Srs. Constituintes, temos pecado porque somente o Procurador-Geral pode argüir inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal; agora vamos pecar por excesso. Vejam V. Exas quantos podem argüir inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: o Presidente da República; o Primeiro-Ministro; a Mesa do Senado da República; a Mesa da Câmara Federal; a Mesa das Assembléias Legislativas, que são 23 no Brasil; os Governadores de Estado, que também são 23; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, que são outros 20; o Procurador-Geral da República; o Procurador-Geral da Justiça nos Estados e no Distrito Federal; e as confederações sindicais. O Constituinte Vivaldo Barbosa acha que é pouco e quer então que, além do Conselho Federal da Ordem dos Advogados, todas as Secções Regionais do Brasil também possam argüir a inconstitucionalidade. Então não há como aceitar esta emenda por melhores que sejam os propósitos de S. Ex<sup>a</sup>. (...) Tenho a tranqüilidade, e felicito-me por ter sido durante dez anos membro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados, de não aconselhar esta egrégia Assembléia Nacional Constituinte a aprovar este dispositivo sob pena de estarmos multiplicando por 100 as pessoas que podem argüir inconstitucionalidade. Então, não se fará mais nada no Supremo Tribunal Federal, senão aceitar emendas de inconstitucionalidade, pois já está muito elevado o número de pessoas e entidades que podem apresentar tais pedidos. Aumentando mais 23, se antes sofríamos por escassez, agora vamos sofrer por abundância. Daí eu pedir a rejeição da emenda.<sup>72</sup>

A fala do constituinte Nelson Carneiro (MDB/RJ) se volta contra proposta encaminhada por Vivaldo Barbosa (PDT/RJ), que defendia que a legitimidade da OAB não se restringisse ao Conselho Federal, mas que se estendesse aos Conselhos Estaduais de igual forma. A argumentação contrária à proposta foi tão enfática, que o proponente voltou atrás e retirou a sugestão, após o discurso de Nelson Carneiro.

Sob as mesmas justificativas, foi liminarmente rechaçado o debate sobre a iniciativa popular em ações de controle concentrado. Estavam ratificadas, portanto, as decisões proferidas sobre esse assunto nas comissões temáticas. Argumentou-se, ainda, que a iniciativa popular só faria sentido caso tivesse sido aprovada a proposta de criação de um Tribunal Constitucional. Nesse sentido:

---

<sup>72</sup> Ibid., p. 1810.

O SR. CONSTITUINTE NELSON JOBIM: – (...) os sistemas jurídicos que estendem às pessoas físicas a possibilidade ativa da ação de inconstitucionalidade, são sistemas que vedam à judicatura ordinária o conhecimento de questões constitucionais. Esta é a razão de existir em sistemas jurídicos a possibilidade de as pessoas físicas recorrerem ou entrarem com ação de declaração de inconstitucionalidade em tese, porque não há outro caminho.<sup>73</sup>

Em outras palavras: o fato de existir controle difuso de constitucionalidade no Brasil faria, segundo esse argumento, com que não fosse necessária a legitimidade popular em controle concentrado. Nelson Jobim ainda argumenta que o sistema brasileiro é mais eficaz e tem tradição distinta daquela que prevê a legitimidade popular para controle concentrado. O nosso sistema se inspira, conforme o constituinte, no Direito americano e se distingue do Direito europeu, que fundou as Cortes Constitucionais. O mesmo raciocínio foi aplicado à breve discussão travada em torno de uma possível ação de controle preventivo de constitucionalidade.

### **3.2.3. Uma análise individualizada dos legitimados**

Para aprofundar a discussão, faz-se necessário revisitar a literatura já produzida sobre cada um dos legitimados, tanto sob o ponto de vista mais dogmático quanto sob a vertente mais teórica.

#### **3.2.3.1. Presidente da República**

A previsão do Presidente da República como um dos legitimados sedimenta uma das formas de promoção do interesse público de controle de constitucionalidade. Afinal, enquanto representante eleito pelo povo, o Presidente é capaz de vocalizar, em algum grau, o interesse público, ainda que sob diversas limitações.

O fato de o Presidente intervir no processo legislativo, por meio da sanção ou veto, não desabona sua legitimidade para propor ação de controle abstrato, por várias razões. A principal delas é a de que, ainda que o Presidente tenha anuído com uma norma

---

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 1819.

inconstitucional, não deve ser compelido a permanecer no erro, sendo-lhe possibilitada a arguição da inconstitucionalidade (MENDES, 2012a).

### 3.2.3.2. Mesas legislativas (Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal)

No caso das Mesas legislativas, a escolha se justifica por uma vontade do constituinte de que as ações de controle abstrato não se tornassem especificamente uma proteção de minorias parlamentares, mas também de maiorias, representadas pelas Mesas por elas eleitas. O direito de propositura às minorias, por outro lado, embora não seja previsto expressamente, acaba ocorrendo na prática por meio da legitimidade dos partidos políticos (Ibid.).

É interessante notar que a presente pesquisa não registrou nenhuma ADO proposta por Mesas legislativas. Trata-se da única classe de autores que não propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no período investigado. Essa realidade pode decorrer justamente de as Mesas serem eleitas por maiorias parlamentares, que, em tese, seriam relativamente responsáveis pelo quadro de omissão.

### 3.2.3.3. Governadores de Estado ou do Distrito Federal

A legitimidade de governadores está subordinada à demonstração da pertinência temática, como já salientado anteriormente. Esse fator, por si só, já aponta para uma baixa participação no quantitativo geral de ações distribuídas por autor.

Há, porém, um outro fator que ajuda a explicar essa realidade. Nas últimas décadas, o STF passou a adotar de forma mais intensa o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999, que permite que o julgamento de medidas cautelares seja convertido no julgamento definitivo das ações. Conforme Costa e Costa (2018), isso provocou uma queda na participação de governadores no ajuizamento de ADIs e ADPFs.

Um dos motivos é o de que, ao se restringir a concessão de liminares, governadores passavam a ter menos chances de obter um julgamento favorável dentro do seu próprio mandato (considerando que um mandato dura quatro anos). Esse fenômeno pode ajudar a explicar também a baixa participação de governadores identificada no presente trabalho,



tendo em vista que o marco temporal da pesquisa abrange um período em que a adoção do rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999 já estava estabilizada na jurisprudência do Supremo.

#### 3.2.3.4. Procurador-Geral da República

Como já mencionado, o PGR era o único legitimado a propor ações diretas de inconstitucionalidade antes da Constituição de 1988. Mas, após 1988, passou a ter papel bastante distinto. Em vez de atuar como representante da União, passou a atuar como representante do interesse público.

Essa transição, porém, não tornou a atuação do PGR menos suscetível ao perfil da pessoa que está no exercício do mandato. Estudo recente mostra, de forma bastante didática, que o mandato do PGR Cláudio Fonteles (2003-2005), por exemplo, representou um momento de participação única no quantitativo de autores de ADIs e ADPFs (COSTA e COSTA, 2018). A quantidade referente ao período do mandato daquele procurador foi bastante superior à média geral, o que ajuda a explicar a volatilidade da atuação da Procuradoria-Geral da República.

Na posição que ocupa, de representante do interesse público, o PGR ocupa papel privilegiado no rol de legitimados. Ao receber representações de cidadãos, tem autonomia para propor ou não uma ação direta de controle de constitucionalidade, com base no próprio juízo acerca de cada representação. Nada obstante, é de se entender que essa autonomia não é irrestrita. Para tentar lidar com o problema, Luís Roberto Barroso, por exemplo, afirma que é boa prática institucional o encaminhamento de todas as representações revestidas de “seriedade” e plausibilidade à Suprema Corte, com posterior formulação de parecer de concordância ou discordância com o pedido (BARROSO, 2008, p. 154).

Embora sejam vagas as previsões de “seriedade” e “plausibilidade”, fato é que não se trata de uma vinculação do Ministério Público Federal ao juízo exclusivamente privado daquele que ocupa o seu posto mais alto. Sobre o tema, Daniel Sarmiento (2021) alertou que há remédios no desenho institucional brasileiro para a inércia do PGR, quando ela significar risco de comprometimento da sua função democrática. O alerta de Sarmiento se direciona à atuação penal do MPF, mas pode ser também compreendida em sentido mais amplo, como um remédio ao sequestro da Procuradoria-Geral da República pelo interesse privado de seu mandatário.

### 3.2.3.5. Conselho Federal da OAB

A questão relativa à legitimidade da OAB foi abordada durante a revisão das discussões travadas no seio da Assembleia Nacional Constituinte. Diante da proposta de inclusão da Ordem dos Advogados do Brasil no rol de legitimados, cogitou-se de uma expansão dessa legitimidade aos conselhos estaduais da Ordem. No entanto, a proposta foi rejeitada e ao final se consolidou a legitimidade restrita ao Conselho Federal.

A inclusão da OAB deriva do relevo jurídico-constitucional que se conferiu à instituição (MENDES, 2012a). Essa justificativa, porém, é submetida a forte crítica. Vianna *et. al.* (2007) apontam que a OAB possui posição singular, já que é uma entidade comprometida com os interesses de uma corporação, mas que não é tratada como as demais entidades de mesma índole, já que não depende da comprovação da pertinência temática.

Ao mesmo tempo em que as entidades de classe e confederações sindicais passam por um severo filtro de acesso ao Supremo, por meio do requisito da pertinência temática, a OAB está isenta dessa demonstração, embora também possa ser concebida, em sentido amplo, como uma entidade de classe. Isso indica “que a sociedade brasileira vem preservando a influência política dos profissionais do direito, originária, entre nós, do próprio processo de formação do Estado nacional” (VIANNA *et. al.* 1999, p. 13).

### 3.2.3.6. Partido político com representação no Congresso Nacional

Em relação à legitimidade dos partidos políticos, Gilmar Mendes aponta que o modelo brasileiro é bastante peculiar, pois, tradicionalmente, a legitimidade é conferida a um número determinado de parlamentares que, quando unidos, alcançam o direito de propositura. Assim ocorre na Alemanha, na Áustria, em Portugal e na Espanha, por exemplo (MENDES, 2012a). No Brasil, porém, atribuiu-se a legitimidade a qualquer partido político, desde que representado no Congresso Nacional.

A atuação de partidos na jurisdição do controle abstrato é peculiar. Taylor e Da Ros (2008) demonstram que partidos políticos não necessariamente buscam uma decisão favorável quando acionam o controle abstrato. O objetivo pode ser mais simples: dar visibilidade aos atos de oposição, com um custo político relativamente baixo. Ou seja: acionar a jurisdição constitucional, por si só, independentemente do resultado da ação, pode ser interessante a

esses atores. Esse é um dado que pode ajudar explicar a relativamente expressiva participação de partidos no quantitativo de ações apuradas neste trabalho.

Vianna et. al. (2007) apontam que partidos de esquerda tendem a ser mais atuantes em ADIs, o que amplia o uso do controle concentrado como ferramenta de afirmação de interesses de minorias parlamentares. Essa conclusão conduz a uma conclusão já estabilizada de que a escolha do constituinte pela legitimidade dos partidos políticos leva ao reconhecimento de um direito de propositura da minoria parlamentar (MENDES, 2012a).

Em outras palavras, a legitimidade de partidos políticos em ações diretas de controle de constitucionalidade pode ser entendida como mais uma das garantias de minorias parlamentares. Ela faz com que partidos de baixa representação no Congresso tenham a possibilidade de questionar decisões da maioria por meio da jurisdição constitucional. Ademais, contribui para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito, pois fortalece o direito de oposição (CLÈVE, 1994, p. 172).

### 3.2.3.7. Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional

Como já salientado anteriormente, num primeiro momento a legitimidade seria restrita às confederações sindicais. Ao final do processo constituinte, porém, foram também incluídas no dispositivo constitucional as entidades de classe, desde que com atuação em âmbito nacional.

Para parte da literatura, essa foi uma medida que ajudou a promover a democratização da jurisdição constitucional, ao promover a inclusão de mais atores representativos da sociedade civil. A medida fortaleceria em grande medida “a base de legitimação democrática da jurisdição constitucional”, que passaria “a operar como um mecanismo de defesa e mesmo de participação da sociedade na condução dos negócios públicos, em lugar de servir apenas como instrumento de governo” (BARCELLOS, 2022, p. 688).

Essa afirmação merece ser revista à luz dos resultados obtidos na fase empírica da presente pesquisa. Como demonstrado em análise preliminar no início do capítulo, a atuação de entidades de classe na propositura das ADOs analisadas, especificamente, parece ter mais relação com interesses corporativos do que com interesses da sociedade civil globalmente considerada.

Outro aspecto interessante sobre as entidades de classe tem a ver com os destinatários de sua atuação. Estudo recente demonstra que, na jurisdição constitucional, entidades de classe tendem a atuar mais em face de atos legislativos, enquanto partidos políticos tendem a se voltar para atos do Executivo (COSTA e COSTA, 2018). A ampla participação de entidades de classe nas ADOs investigadas no presente trabalho parece corroborar essa conclusão.

#### **3.2.4. As contradições do modelo adotado**

Em linhas gerais, o que se extrai desse panorama é que o rol de legitimados da Constituição de 1988 deriva de uma certa falta de consenso em torno da existência de um Tribunal Constitucional. O problema do Tribunal Constitucional é anterior ao dos legitimados para ADI e conforma as suas controvérsias. As disputas acerca das características assumidas pelo STF pavimentaram o caminho das ações diretas de controle de constitucionalidade.

Ao que parece, a discussão sobre o rol de legitimados foi a oportunidade encontrada para compensar a derrota dos que defendiam a criação de um Tribunal Constitucional. Se não era possível criar uma corte especializada no controle concentrado, então que pelo menos se expandisse as ações diretas, para que outros atores pudessem participar do sistema. A discussão se daria, portanto, no varejo, de modo que a cada entidade sugerida seria ou não conferido, individualmente, o *status* de legitimado ativo.

A aparente consequência disso é a de que, colocada nesses termos, a discussão abriu espaço para os *lobbys* corporativos. Isso justificaria, por exemplo, a inclusão da OAB, por meio de seu Conselho Federal, no rol de legitimados, apartada da previsão que já contemplava entidades de classe. Sobre o tema, outros atores já haviam apontado a peculiaridade da situação, enfatizando seu caráter corporativo (VIANNA *et. al.*, 1999; VIANNA *et. al.*, 2007).

O mesmo ocorreu na discussão sobre a redação do inciso que previa a legitimidade de confederações sindicais, para que abarcasse também outras entidades de classe de caráter nacional. A princípio, a discussão se encaminhava para que somente confederações sindicais fossem contempladas no rol de legitimados. A proposta de ampliação, a fim de incluir outros

tipos de entidades de classe, foi vocalizada pelo constituinte Nelton Friedrich (MDB/PR)<sup>74</sup> (ver p. 1810).

Para sustentar a ideia, Friedrich advogou que, na redação originalmente proposta, seriam deixadas de fora entidades importantes que não são ligadas estritamente à categoria de trabalhador. Cita como exemplos a UNE (União Nacional dos Estudantes) e a CNBB (Confederação Nacional dos Bispos do Brasil). Em resposta, contra-argumentando, o constituinte Nelson Carneiro (MDB/RJ): “agora, o que se quer, com a devida vênia do nobre Constituinte Nelton Friedrich, é uma arca de Noé. Todo mundo pode dirigir-se ao Supremo Tribunal Federal, é uma arca de Noé.”<sup>75</sup>

Ficou claro na argumentação de Nelton Friedrich que a sua proposta de ampliação tinha relação direta com uma insatisfação relacionada à rejeição da proposta de legitimidade popular para ADO. Após a contra-argumentação de Nelson Carneiro, Friedrich insistiu que em outras Constituições o cidadão tem legitimidade para contestar a omissão inconstitucional em controle abstrato. Aqui, porém, “não passa do que já está posto”<sup>76</sup>.

Ao final, diante da pressão do Plenário, Friedrich retirou sua proposta. A inclusão das entidades de classe veio a acontecer somente em momento posterior.

Disso tudo se extrai que as razões que orientaram o rol de legitimados oscilaram entre, por um lado, uma sólida concepção do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro enquanto sistema que rejeita o modelo europeu, e, por outro, uma inclusão pouco criteriosa de entidades que representavam um certo prestígio para os constituintes, a depender de juízos valorativos individualizados no momento de cada proposta aditiva.

A Comissão de Sistematização parece não ter enfrentado suficientemente o tema da criação do Tribunal Constitucional, o que deixou pontas soltas para os demais embates que decorriam desse desenho institucional. O debate sobre a Corte Constitucional passou longe do consenso e, por isso, se desdobrou em tentativas de ampliação artificial do rol de legitimados. O resultado final é uma lista de atores político-jurídicos que não necessariamente guarda coerência com as discussões sobre teoria constitucional travadas na Constituinte, capitaneadas pelo parlamentar Nelson Jobim.

A impressão que fica é a de que se optou por soluções controversas, que buscavam, por um lado, restringir a atuação do Supremo Tribunal Federal em sede constitucional a um diálogo entre instituições de Estado, e, por outro, ampliar essa atuação para entidades da

---

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 1810.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 1811.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 1811.

sociedade civil, no varejo, dentro dos limites impostos pela rejeição ao modelo de legitimidade popular. Em outras palavras: se o povo não poderia suscitar diretamente a inconstitucionalidade em tese, que se expandisse, então, essa possibilidade para entidades representativas da sociedade civil.

O problema foi que a delimitação dessas entidades não se deu também em conjunto, de forma coerente, a partir de critérios fixados previamente. Ela ocorreu de maneira esparsa, como tentativa de amenizar, ao máximo possível, a falta de representatividade popular decorrente das escolhas antecedentes.

Ao que parece, porém, não foi bem isso que aconteceu. A julgar pelos dados apresentados no início deste capítulo, as entidades da sociedade civil que de fato mobilizaram o Supremo em sede de ADO não foram as melhores representantes do interesse popular. A consequência é a de que, no lugar do povo, a Constituinte deu mais espaço a entidades da sociedade civil que frequentemente privilegiaram interesses corporativos. Prova disso é que entre os autores das ADOs investigadas neste trabalho não estão a UNE ou a CNBB, entidades invocadas pelos constituintes como justificativa para ampliar o rol de legitimados.

Para compreender esse problema, porém, não basta se deter sobre a discussão sobre o rol de legitimados. Afinal, a mera inclusão de “entidades de classe” no texto constitucional poderia abrir margem para a atuação de uma série de entidades de fato representativas do interesse social. Ou seja: a UNE, a CNBB e tantas outras de fato poderiam ter proposto ADOs ao Supremo.

O filtro parece ser outro. O motivo pelo qual as entidades que mais acessaram o Supremo em ADO são aquelas que representam interesses de uma certa elite do serviço público pode estar atrelado ao acesso à justiça constitucional, tema de que tratarei adiante.

### **3.3. Acesso à justiça constitucional e as barreiras impostas à tutela de direitos fundamentais**

A discussão sobre o acesso à justiça é inevitável para a compreensão dos dados apresentados no início deste capítulo. Afinal, há razões bastante convincentes para crer que há fatores estruturais, por um lado, e circunstanciais, por outro, que ajudam a explicar a democratização do acesso à jurisdição da ADO.

Antes de mais nada, porém, é importante delimitar o que se entende por “acesso à justiça”, especialmente “acesso à justiça constitucional”. A justiça constitucional, compreendida especialmente a partir do paradigma dos direitos fundamentais, foi por muito tempo estudada somente a partir de sua função contramajoritária. Porém, como alerta Jeremy Waldron, é preciso ir além da pergunta “como são tomadas as decisões?”, para compreender também a questão “quem participa da tomada de decisões?” (WALDRON, 1993).

O problema do acesso à justiça é, em linhas gerais, o problema da marginalização na tomada de decisões e dos efeitos dessa realidade sobre a vida dos destinatários dessas decisões. Para aprofundar essa discussão, é salutar ampliar o que se entende por acesso à justiça. E, para isso, é necessário ir muito além da mera previsão constitucional contida no inciso XXXV do art. 5º, que consagra a inafastabilidade da jurisdição. É que acesso à justiça e acesso à jurisdição são coisas distintas, embora não raro sejam tratadas como similares no Brasil (IRIBURE JÚNIOR, 2016).

Distinguir o mero acesso à jurisdição do verdadeiro acesso à justiça significa estabelecer uma diferenciação entre Direito e justiça (Ibid.), que ecoa também numa distinção entre forma e substância. Seja lá qual for a ideia de justiça que se tenha, é necessário estabelecer que a justiça não é necessariamente produto do Direito. Não se trata de uma unidade de sentidos, em que, por meio de uma operação lógica, é possível deduzir do cumprimento da norma uma materialização de justiça.

Sendo assim, assumindo-se que Direito e justiça não são irmãos siameses, é necessário assumir também que valer-se da jurisdição não significa necessariamente acessar a Justiça (aquí compreendida como o Judiciário, em sua efetiva prestação jurisdicional). Existem inúmeras barreiras que fragmentam e dificultam o acesso à efetiva prestação jurisdicional.

Algumas delas são bastante claras: é o caso da legitimidade ativa, por exemplo, combinada com o requisito da pertinência temática. Outras são mais sutis e têm relação com aspectos socioeconômicos tais como a estrutura jurídica para acesso ao Judiciário, a capacidade institucional de pautar o debate, recursos para o exercício do *lobby* etc. Outras, ainda, são tão intangíveis que exigem um alto grau de cuidado na sua constatação. Trata-se das subjetividades do julgador, que se manifestam no teor de suas decisões, refletindo ou contradizendo estruturas de exclusão e marginalização que conformam a sociedade brasileira.

A constatação dessas barreiras, longe de esgotar as formas pelas quais a jurisdição é limitada, conduz à conclusão, verbalizada por Iribure Júnior, de que o acesso à justiça não se mede pelo acesso à jurisdição (Ibid.).

Em sentido complementar, Paulo Eduardo Alves da Silva sublinha um outro problema no tratamento do tema no Brasil. O autor sinaliza que o acesso à justiça vem sendo compreendido a partir de critérios exclusivamente procedimentais, tais como volume de processos, custas judiciais, duração média dos processos, metas de produtividade etc. (ALVES DA SILVA, 2019). Para lidar com esses aspectos procedimentais que são tidos como problemáticos, algumas das soluções apresentadas e implementadas passam pela redução da formalidade dos processos.

Ocorre que, na constatação do autor, a simplificação das estruturas processuais, além de não incidir sobre os problemas mais preocupantes, que são de ordem qualitativa, acaba por gerar outros tipos de obstáculos. Em outras palavras: os dados apresentados no trabalho citado mostram que o problema do acesso à justiça é muito mais de ordem qualitativa do que quantitativa, e que as soluções desenvolvidas não enfrentam essa constatação (Ibid.).

A distorção verificada, relacionada à forma como se entende o acesso à justiça, decorre em grande parte da concepção clássica das “três ondas renovatórias”, que foi muito influente no Brasil (CAPPELLETTI e GARTH, 1988). Segundo a teoria, são três as ondas que buscam transpor os obstáculos enfrentados pela sociedade no acesso à justiça: uma primeira onda diz respeito à assistência judiciária gratuita; uma segunda, à representatividade dos direitos difusos e coletivos; e uma terceira, à efetivação dos direitos e solução dos litígios, contemplando métodos de autocomposição (BERNARDES e CARNEIRO, 2018).

Na forma como foi recepcionada pela comunidade jurídica, a terceira onda de Cappelletti e Garth, principalmente, produziu interpretações muito associadas à simplificação dos processos judiciais. Ao subdimensionar o problema, o debate em torno do tema produziu soluções em um único sentido: o da redução na formalidade processual (ALVES DA SILVA, 2019). Como pontos altos desse fenômeno, tem-se a promulgação do Código Civil de 2002, calcado na ideia de “operabilidade” (AMARAL, 2006), e do Código de Processo Civil de 2015, fortemente influenciado pelo estímulo à solução extrajudicial de conflitos e à (PINHO e STANCATI, 2016).

Soma-se a isso o fato de que, não obstante a relevância da obra de Cappelletti e Grath, sua recepção no universo do Direito parece ter ignorado todo o acúmulo teórico anterior sobre o acesso à justiça no Brasil. Ou seja, as ondas renovatórias passaram a ser tratadas como o principal mapa dos problemas a serem sanados no Judiciário brasileiro, no que se refere ao acesso à justiça, desconsiderando questões mais complexas da realidade socioeconômica brasileira (ALVES DA SILVA, 2019).



Essas constatações preliminares ajudam a situar o problema concreto do estudo num cenário mais amplo do acesso à justiça no Brasil. Há estrita relação entre os dados apresentados no início do capítulo e a discussão teórica sobre o tema. Como já salientado, os dados apontaram algumas lacunas na representação do interesse popular na jurisdição recente da ADO. E há algumas razões que ajudam a explicar essa realidade.

Identifiquei, nesta fase da investigação, razões internas ao Supremo Tribunal Federal que ajudam a explicar as barreiras encontradas. Além disso, com base no retrospecto teórico sobre o acesso à justiça, construí uma hipótese sobre razões externas ao tribunal que podem interferir no objeto da análise. Devido às limitações da presente pesquisa, essas hipóteses não serão testadas, mas tão somente serão levantadas com o objetivo de traçar um diálogo entre a teoria do acesso à justiça e os dados obtidos.

Tendo por base a pertinente observação de Iribure Júnior (2016), no sentido da distinção entre acesso à justiça e acesso à jurisdição, no presente caso não é possível ir muito além da primeira etapa: a do acesso à jurisdição. O problema da representação popular na jurisdição da ADO é tão grave, que por enquanto não é possível avançar no sentido do acesso à justiça. Antes, é necessário entender por que até o mesmo o acesso à jurisdição, etapa primária, é tão comprometido no que se refere a movimentos sociais e entidades representativas de grupos marginalizados.

Entre a escassa literatura sobre o tema, há alguns autores que fornecem pistas para a questão. Primeiro, passemos às razões internas ao tribunal. O primeiro filtro identificado é o da pertinência temática, apontada como uma das principais travas ao acesso à justiça constitucional. Para além das discussões sobre a constitucionalidade desse requisito, criado pela jurisprudência<sup>77</sup>, o filtro da pertinência temática é compreendido como contrário ao caráter coletivo das ações de controle concentrado de constitucionalidade (LEMOS JUNIOR e LEITE, 2017).

Em segundo lugar, tem-se como entrave ao interesse popular a interpretação originalmente conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao termo “entidades de classe”, no que se refere à legitimidade ativa para ações diretas de controle abstrato de constitucionalidade<sup>78</sup>. O Supremo desenvolveu historicamente uma jurisprudência que limita

---

<sup>77</sup> Há vasta produção crítica à construção jurisprudencial do requisito da pertinência temática, fundando-se no argumento da inconstitucionalidade da medida. Nesse sentido, a título exemplificativo: SILVA, 2021; RANGEL, 2017; MENDES, 2012a; VAINER, 2009.

<sup>78</sup> Brandão e Nunes (2018) identificaram três grupos de argumentos que sustentam o entendimento predominante no STF sobre o sentido da expressão “entidades de classe”: “(i) argumentos textuais ou originalistas, baseados em uma suposta ‘vontade do constituinte’; (ii) argumentos fundados na sobrecarga de trabalho do STF; (iii) argumentos sobre o papel do controle de constitucionalidade e sobre a função institucional do STF no regime

a extensão do conceito “entidades de classe de âmbito nacional”, para abranger apenas as entidades representativas de categorias econômicas ou profissionais. E essa construção tem raízes no contexto histórico da transição democrática dos anos 1980.

A realidade atual do controle concentrado de constitucionalidade, como um todo, é bastante influenciada pelo período de transição democrática. No final dos anos 1980, foi necessário encontrar alternativas à realidade constitucional do período ditatorial, em que somente o PGR detinha legitimidade para propor ações de controle abstrato. Diante desse cenário, o processo constituinte de 1988 tinha duas opções na mesa: alargar expressivamente as funções de controle abstrato do STF ou dar pequenos avanços, a fim de não abalar sobremaneira o sistema. A opção escolhida foi a segunda, o que resultou no enfraquecimento das possibilidades de atuação contramajoritária do STF (BRANDÃO e NUNES, 2018).

Soma-se a isso a constatação de que estava presente, no momento constituinte, uma demanda de que o Supremo continuasse exercendo o papel de árbitro das instituições, típico do período autoritário (Ibid.). Essa forma de conceber a atuação do tribunal entrou em conflito com a ideia de um outro desenho, que fosse capaz de dar conta das demandas da sociedade civil de modo mais amplo.

Nada obstante a força histórica do entendimento restritivo desenvolvido pelo tribunal, é necessário registrar que há sinais de que essa interpretação restritiva está mudando, especialmente em meio ao cenário de crise democrática, como aponta Daniel Sarmiento (2020). O ponto de virada foi o julgamento da medida cautelar requerida na ADPF 709/DF, em que o Plenário reconheceu a legitimidade ativa de instituições que representam grupos de vulneráveis para ações de controle abstrato, sem que houvesse um componente econômico ou profissional na atuação dessas instituições.

Trata-se de forte virada jurisprudencial, em direção a uma ampliação das possibilidades de representação do interesse popular na jurisdição constitucional. Daniel Sarmiento qualificou como “jurisprudência defensiva” a atuação histórica do tribunal, obstinada a evitar a sobrecarga de processos. Na forma como vinha se consolidando, a orientação da corte favorecia a tutela de interesses econômicos e fechava a portas para movimentos sociais (SARMENTO, 2020). O movimento empreendido na ADPF 709/DF se repetiu em outros julgados posteriores, de modo que a ampliação do filtro de acesso à jurisdição constitucional vem ganhando força.

---

constitucional de 1988.” (BRANDÃO e NUNES, 2018, p. 185). O último dos três argumentos é o que mais revela uma certa posição do tribunal entre as teorias da democracia que procuram justificar a atuação judicial. Nesse sentido, ver capítulo 4.2.

Uma terceira explicação possível para as barreiras ao acesso à justiça constitucional consiste naquilo que Lênio Streck chama de “baixa constitucionalidade” (STRECK, 2014). Trata-se de um fenômeno causado pelo enfraquecimento da juridicidade da Constituição, que faz com que se a compreenda mais como carta de intenções políticas do que como norma. Num sentido mais amplo, essa formulação traduz algo já identificado pela teoria constitucional há muitas décadas: um baixo grau de comprometimento com a efetividade das normas constitucionais, que se revela também numa jurisdição restritiva do controle abstrato de constitucionalidade.

Por fim, diante dos dados apresentados no início do capítulo, submetidos a uma breve revisão da literatura sobre o acesso à justiça, parece razoável construir uma hipótese que ajude a explicar que fatores externos ao STF interferem no quadro de restrição ao interesse popular na jurisdição da ADO. Ao que parece, existem circunstâncias socioeconômicas que interferem diretamente na forma pela qual as organizações civis acessam o Supremo. O indício motivador dessa conclusão é a constatação de que há uma porcentagem expressiva de corporações da elite do serviço público entre o total de autores das ADOs analisadas, como demonstrado no início deste capítulo.

Essa conclusão corrobora os resultados encontrados por Costa (2018). O referido estudo caracterizou, após pesquisa restrita às ADIs e ADPFs, as entidades de classe como uma das “demandantes de grande porte”, ao lado dos governadores, do PGR e dos partidos políticos. Juntos, esses atores respondiam por 93% das ADIs e ADPFs ajuizadas entre 1988 e 2017 (COSTA, 2018).

O diagnóstico de Oliveira *et. al.* (2016) é ainda mais condizente com os resultados da presente pesquisa. Os autores apontaram, em pesquisa restrita às ADIs, portanto sem considerar as ADOs, que o controle concentrado vinha atendendo majoritariamente a interesses corporativistas. O estudo apontou que, entre 2013 e 2015, 28% das ADIs distribuídas ao Supremo foram propostas por confederações sindicais e entidades de classe (OLIVEIRA *et. al.*, 2016). A presente pesquisa identificou um número ainda mais expressivo, em relação às ADOs: 40,3%.

As explicações dessa situação são várias possíveis. A primeira delas tem a ver com a estrutura interna dessas instituições. Mobilizar o Supremo não é simples e não é barato. Em primeiro lugar, é necessária assistência jurídica especializada em matéria constitucional, o que pode custar bastante caro. Ademais, a atuação na Corte Constitucional envolve, invariavelmente, o acompanhamento de eventuais audiências públicas em Brasília, atendimentos particulares com magistrados e, como sempre acontece, altas doses de *lobby*.

Sem dúvidas, associações representativas da elite do serviço público podem dar conta dessas demandas financeiras com mais facilidade.

Para além disso, existe um certo poder de pautar o debate público que talvez seja mais facilmente exercido por servidores da elite dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Ministério Público. Com vários e poderosos canais de comunicação com a imprensa, autoridades civis, Academia e tantas outras entidades, essas organizações desenvolvem recursos eficazes de vocalização de suas demandas. Como tribunal de inquestionável influência política, o Supremo talvez tenha seu comportamento influenciado por essa realidade, ainda que essa influência não seja determinante no resultado dos julgamentos.

Em terceiro lugar, tem-se a natureza dos pedidos das ações. Corporações de servidores públicos buscaram, em sua maioria, nos termos dos dados apresentados no início do capítulo, a tutela jurisdicional de suas remunerações, com frequentes pedidos de reajustes, reestruturação de carreiras e outras formas de vantagens econômicas. Ou seja, suas ações têm um caráter de investimento apto a produzir retorno financeiro. Entidades defensoras de grupos vulneráveis, por outro lado, podem ter uma atuação menos economicamente quantificável, o que certamente interfere na quantidade de energia necessária para acionar o controle de constitucionalidade. Afinal, não há expectativa de retorno financeiro.

### **3.4. Diálogo institucional no Brasil a partir da ADO**

A discussão sobre o acesso à justiça constitucional revela as limitações práticas do sistema de controle da omissão. Para aprofundar a análise, é necessário entender um pouco melhor a interação estabelecida entre os poderes políticos. Diante desse panorama, o que se pode inferir sobre a forma pela qual o diálogo institucional se manifesta no Brasil em torno da omissão inconstitucional?

#### **3.4.1. A separação de poderes hoje**

O diálogo institucional se estabelece como um paradigma decorrente da dinâmica de separação de poderes. Trata-se, portanto, de uma resposta a um problema que lhe é anterior.

Surge como categoria da Ciência Política que ajuda a explicar a interação entre os poderes na democracia, já que esse é um terreno árido para a manutenção do equilíbrio de poder numa sociedade politicamente organizada.

Embora o problema remonte à Antiguidade, fato é que a discussão sobre ele nunca esteve perto de se esgotar. As questões sempre se renovam, já que novos tempos trazem novos contornos ao tema. No século XXI, o acento é na tensão crescente entre Executivo e Judiciário, identificada como uma das grandes urgências relacionadas à doutrina da separação de poderes (ACKERMAN, 2009). Trata-se de um momento posterior àquele em que ao Judiciário foi conferido um superpoder, sobretudo sob a influência da escola alemã. “O primado do direito encontra configuração na primazia da Constituição e na primazia da lei; ele é assegurado por um controle judicial quase ilimitado” (HESSE, 1998, p. 165).

A identificação de Ackerman já não é mais tão recente, de modo que desconsidera o contexto de crise internacional da democracia que se iniciou nos anos 2010 e que já é recorrentemente apontado pela produção recente (LANDAU, 2013; FERRAJOLI, 2018; LEVITSKY e ZIBLATT, 2018; PONTES, 2020). No entanto, trata-se de um diagnóstico ainda relevante. A tensão apontada pelo autor decorre da forma pela qual se constituiu o Judiciário no modelo norte-americano. Embora tenha sido bem-sucedido na promoção de um Judiciário independente e “técnico”, nas palavras do autor, o modelo estadunidense gerou um governo burocrático excessivamente politizado.

Num primeiro momento, a ação revolucionária norte-americana foi relativamente eficaz em bloquear a atividade governamental, em vez de facilitá-la. Mas, sobretudo desde a I Guerra Mundial, o Executivo veio ganhando espaço, libertando-se do controle político e judicial (MÖLLERS, 2013). Tudo isso gerou uma reconfiguração da correlação de forças.

Soma-se a isso o fato de que, no século XX, a teoria da separação dos poderes estabilizada até então tornou-se obsoleta, diante da consciência da natureza da burocracia do poder, pela teoria de Weber (VILE, 1998). O resultado desses fatores foi o de que o Executivo se transformou, no imaginário coletivo, em um inimigo do Estado de Direito<sup>79</sup> (ACKERMAN, 2009).

No que interessa ao presente trabalho, as observações de Bruce Ackerman podem ajudar a explicar por que Legislativo e Executivo estiveram distantes do STF no ajuizamento de ADOs. Numa estrutura que delega ao Executivo a gestão do aparato burocrático, altamente

---

<sup>79</sup> Segundo o autor, o mesmo não ocorreria nas experiências do parlamentarismo, em que se mantém a promessa de uma relação mais promissora entre a democracia e a especialização técnico-funcional.

politicizado, com intervenções pontuais do Parlamento, não é razoável esperar que esses atores queiram delegar ao Judiciário o controle da regulamentação dos dispositivos constitucionais.

O estudo pode ajudar também a explicar a crescente tensão havida entre Judiciário e Executivo no Brasil da Nova República. Essa tensão foi identificada na fase empírica da pesquisa, quando se constatou uma certa parcimônia do Judiciário no julgamento das ADOs, sobretudo num primeiro momento, com o fim de evitar uma invasão na esfera de atribuições do Executivo.

Os estudos do autor, porém, têm limites importantes. Em primeiro lugar, como já salientado, não dão conta do cenário recente de crise da democracia, em que a situação se inverteu. Nos últimos anos, no Brasil, a arena pública alçou o Judiciário, e não mais o Executivo, ao posto de inimigo do Estado de Direito, questionando a autoridade e a legitimidade de decisões judiciais que interferiam no jogo político. Por outro lado, na história recente foi o Executivo, e não mais o Judiciário, quem se agigantou rumo à tirania, de modo que o Judiciário passou a atuar como força de contenção, em caráter reativo.

Uma segunda limitação está relacionada à circunscrição da teoria de Ackerman ao cenário estadunidense. O próprio autor reconhece a impossibilidade de importação automática desse modelo para outras nações, ainda que o celebre como caso de sucesso entre as democracias ocidentais.

Levando em consideração essas duas limitações, são relevantes as observações de Dalmau (2021). Ao analisar os efeitos práticos das Constituições engendradas no seio do novo constitucionalismo latino-americano, o autor identifica sinais verdadeiros de transformação das estruturas sociais. Os textos constitucionais permitiram, segundo Dalmau, que os ciclos econômicos positivos fossem aproveitados de forma mais igualitária.

No entanto, o autor sinaliza que essas Constituições não foram capazes de conter as tensões entre a vontade popular e o governo constituído. Ressalta, ainda, as ocorrências de autoritarismo em governos latinos, que se deram pela via do Executivo. Tudo isso aconteceu contra as Constituições, e não por meio delas (DALMAU, 2021).

No Brasil, a experiência recente apresenta uma tensão entre os poderes capitaneada pela “crise do pemedebismo” (NOBRE, 2022). O pemedebismo, tratado como ponto nevrálgico do chamado “presidencialismo de coalizão”, consistiu por muito tempo no Brasil como fator de estabilização da relação entre Executivo e Legislativo. Ao enfrentar os abalos sísmicos da segunda metade dos anos 2010, o sistema político brasileiro refundou essa prática, tornando-a ainda mais poderosa e estável.

Soma-se a isso o contexto de contínuos ataques ao Judiciário, sobretudo a partir do estímulo advindo do ex-presidente Jair Bolsonaro. A contestação violenta da autoridade das decisões não ficou restrita ao Supremo Tribunal Federal e alcançou também o Legislativo (MENDES, 2019).

O cenário brasileiro recente apresenta, portanto, uma configuração bastante instável da dinâmica de separação de poderes. As tensões ocorrem em todas as vias, entre Executivo e Judiciário, entre Executivo e Legislativo, entre Legislativo e Judiciário.

### **3.4.2. O diálogo institucional como parâmetro de análise**

Para lidar com o problema da separação de poderes, adoto como marco teórico de análise o diálogo institucional. O diálogo institucional não é uma categoria da dogmática jurídica, mas sim da teoria constitucional. Por não ser um conceito dogmático, não possui um núcleo rígido e invariável de sentido. Nada obstante, apresenta um conjunto de ideias mais ou menos estáveis que conformam o seu sentido. Existe, portanto, um estrato semântico que parece imune às oscilações práticas dos usos que envolvem o tema.

Nas obras revisadas, identifiquei esse núcleo relativamente estável de sentido. É recorrente a menção ao diálogo institucional como uma teoria que refuta a necessidade premente da “última palavra”. Talvez seja esse o elemento estruturante do conceito, presente em muitas das obras que o analisam (GARGARELLA, 2016; DIXON, 2011; FISHER, 1988; MENDES, 2011; SOUZA NETO e SARMENTO, 2012; ANDRÉA, FRANCISCO e GUNDIM, 2021; RAMOS e PINHEIRO, 2018).

Trata-se de uma proposta de superação da demanda, bastante comum, por um desenho institucional que centralize em um único órgão a atribuição de tomar decisões definitivas de interesse público. Em meio à segmentação do poder própria do constitucionalismo, é natural que se anseie por uma entidade apta a guardar a autoridade suprema de arbítrio. Na América Latina, marcada pelo personalismo típico de sua tradição autoritária (HOLANDA, 1995), o messianismo institucional é ainda mais sentido.

Para contornar o equívoco dessa premissa, as teorias do diálogo propõem um sistema calcado na interação entre os poderes. Em vez de demonizar o diálogo e encará-lo como risco à preservação da estabilidade do sistema, busca-se incorporá-lo à *práxis* das instituições. Em vez de um sistema decisional hierárquico, propõe-se um outro dialógico, em que a

legitimidade das decisões não é concentrada, mas partilhada entre as distintas instituições de Estado. Ao compartilhar o exercício da tomada de decisão, a teoria do diálogo institucional busca reduzir o déficit de legitimidade das instituições democráticas (RAMOS e PINHEIRO, 2018).

Parte da literatura encara o diálogo institucional como gênero, do qual decorrem duas espécies: o diálogo interinstitucional, que se dá entre poderes distintos, e o diálogo intrainstitucional, que ocorre no seio de um mesmo poder (ANDRÉA, FRANCISCO e GUNDIM, 2021). Para o presente trabalho, o foco é o diálogo interinstitucional, já que o objetivo é entender a forma como a separação de poderes viabilizou ou dificultou o controle da omissão inconstitucional.

Na origem, o conceito buscava explicar principalmente a relação entre Judiciário e Parlamento. O poder Executivo, por sua vez, foi, durante algum tempo, negligenciado pelos estudos da separação de poderes. É que, no contexto revolucionário, as discussões pareciam se centrar no grau de risco que o Legislativo ou o Judiciário poderiam oferecer no processo de derrocada do absolutismo (MÖLLERS, 2013).

Mas, com o agigantamento do Executivo no século XX, bem como a partir do cenário da crise democrática do século XXI, há cada vez mais elementos para incluir também o Executivo nas análises do diálogo institucional. No Brasil, que mais importa para a presente pesquisa, o tema é especialmente delicado, tendo em vista a sucessão de golpes de Estado que conformam a história do país (SCHWARCZ, 2016).

As teorias do diálogo não estão imunes a críticas. Uma das principais delas é a de que, em termos de proteção de direitos fundamentais, a supremacia judicial pode ser mais eficaz, já que está dotada de autoridade máxima e meios de coerção. A essa crítica Souza Neto e Sarmento (2012) respondem que o diálogo institucional não é em si incompatível com a proteção dos direitos das minorias. Acrescentam que a doutrina da supremacia judicial radical não é a única capaz de promover esse ideal. Na realidade, conforme salientam os autores, a supremacia judicial absoluta é um mito, que não se sustenta na dimensão prescritiva, tampouco na dimensão descritiva da realidade.

Os autores afirmam, ainda, em relação ao caso brasileiro, que a retórica da “supremacia judicial”, embora muito presente no discurso, esconde a existência de vários casos na jurisprudência do STF em que a Corte promoveu relativa abertura para revisão de seus posicionamentos anteriores, após um ato legislativo subsequente à decisão (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012). Com isso, sustentam e reiteram que não há sistema político livre de alguma forma de interação entre os poderes.



A literatura celebra a experiência do Canadá como um dos exemplos canônicos de aplicação prática da teoria do diálogo institucional (BRANCO, 2011; VICTOR, 2013). O ordenamento jurídico do país prevê mecanismos de constante interação entre o Legislativo e o Judiciário, quando no exercício da interpretação constitucional. A pedra angular do sistema é a “cláusula não obstante”<sup>80</sup>, que autoriza a eficácia de ato normativo cuja inconstitucionalidade foi proclamada pelo Judiciário. Isto é, ainda que a Corte entenda que a norma é inconstitucional, ela pode permanecer produzindo efeitos. Para isso, o Parlamento deve manifestar expressamente a vontade de prolongar a eficácia da norma declarada inconstitucional.

A experiência dialógica canadense não surgiu de uma demanda normativa, mas de uma atitude espontânea das instituições. Num primeiro momento, ocorreu nos casos em que decisões judiciais foram seguidas por uma providência legislativa, o que pode ocorrer em qualquer sistema jurídico. No Canadá, porém, isso ocorreu em meio a um sistema de controle fraco de constitucionalidade, em que a decisão judicial não tem o peso de última palavra. O modelo fraco de controle de constitucionalidade, aliás, é terreno fértil para a experiência dialógica, pois faz com que o diálogo institucional seja visto com mais naturalidade (TUSHNET, 2008).

No sistema canadense, as decisões são encaradas como provocações para o diálogo, e não como encerramento definitivo de conflitos institucionais. Isso se dá por meio de “níveis de escrutínio”, que são barreiras calcadas em diretrizes para a atuação do Judiciário (CLÈVE e LORENZETTO, 2015). Ou seja, não se trata de um controle autoritário de um poder sobre o outro, mas sim da criação de balizas que conformam a atuação de cada um, reciprocamente.

A África do Sul é também, mas de forma um pouco distinta, um exemplo em que a postura dialógica formata o desenho institucional. Lá, a prática do diálogo não é tão normatizada e decorre mais de um comportamento orgânico da Corte (ANDRÉA, FRANCISCO e GUNDIM, 2021), como ocorre no caso canadense. No entanto, no Canadá a intenção espontânea dos juízes não está desacompanhada de uma disposição constitucional que a corrobore. No caso sul-africano, todavia, essa disposição dos juízes é ainda mais sobressalente, já que não há o elemento normativo.

Também o caso colombiano pode ser representativo do modelo dialógico. A Corte Colombiana, ao julgar o litígio estrutural que resultou no reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, empreendeu um largo esforço de integração dos outros poderes em prol da

---

<sup>80</sup> No inglês, *notwithstanding clause*.

superação da situação calamitosa<sup>81</sup>. Ao fazê-lo, atuou no sentido de destravar a inércia institucional (GARAVITO e FRANCO, 2010).

Na Nova Zelândia, há também uma cultura dialógica. Lá, o diálogo institucional surge num contexto de controle fraco de constitucionalidade, mas em que há um compromisso orgânico de juízes com a proteção de direitos, assim como no Canadá, na África do Sul e no caso colombiano. Na Nova Zelândia, porém, há um elemento peculiar: a Declaração de Direitos do país não é considerada hierarquicamente superior às leis ordinárias. Isso faz com que, em vez de invalidar leis, a Corte exerça um outro tipo de controle, o controle semântico. Assim, coordena a atividade hermenêutica, por meio da vocalização dos significados da Declaração (RAMOS e PINHEIRO, 2018).

Há outras nações que, em maior ou menor grau, instituíram elementos dialógicos em seus ordenamentos jurídicos. Várias dessas experiências influenciaram a introdução de alguns desses elementos na cultura institucional brasileira.

### 3.4.3. O diálogo na cultura institucional brasileira

No Brasil, o problema do diálogo institucional em torno da omissão inconstitucional já despertava preocupação à época da Assembleia Nacional Constituinte que levou à promulgação da Constituição de 1988. A seguir, um dos discursos em que se vocaliza a necessidade de um “relacionamento melhor” entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional.

O SR. CONSTITUINTE BONIFÁCIO DE ANDRADA: – Sr. Presidente, a nossa emenda, que recai sobre o art. 122, § 2º, visa a melhorar o entendimento entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, no tocante à inconstitucionalidade por omissão. No texto da lei, o Supremo Tribunal Federal manda para o Poder Legislativo uma determinação, uma obrigação para fazer, em certo prazo, uma lei, o que nos parece, digamos assim, um pouco chocante e conflitante. Entendemos que ao Supremo Tribunal Federal cabe comunicar ao Poder Legislativo o problema, para que este, com a sua responsabilidade possa resolvê-lo. Agora, no tocante aos órgãos administrativos, o Supremo de fato pode exigir, dentro de 30 dias, que seja cumprida a sua exigência e superada a omissão constitucional. Quer dizer, a nossa emenda visa a dar ao texto constitucional um relacionamento melhor entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo.<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> No âmbito dos processos estruturais, Nóbrega, França e Casimiro (2022) apontam formas de se atenuar três dos possíveis efeitos indesejados do diálogo institucional: a afronta ao princípio da separação dos poderes; a incapacidade técnica do Judiciário para operar políticas públicas; e o risco do efeito *backlash*. Apresentam, como um fusível, a postura colaborativa da Corte, com um papel limitado à identificação dos direitos violados e dos parâmetros normativos aplicáveis ao caso.

<sup>82</sup> ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão de Sistematização, *op. cit.*, p. 1812.

O resultado foi, a princípio, um desenho institucional com poucas aberturas à interação entre os poderes, especialmente no que se refere ao controle abstrato da omissão. O texto constitucional não deu tratamento suficiente à ADO, fazendo com que, num primeiro momento, as possibilidades de atuação do STF fossem bastante limitadas no julgamento de uma ação desse tipo.

Ampliando o panorama, para além da omissão inconstitucional, a situação muda um pouco. À semelhança das experiências de outros países, desenvolveu-se um esforço dialógico na Nova República, sob a Constituição de 1988. No entanto, mesmo esse movimento tem limites bastante claros. O quadro normativo de 1988 suscita algumas possibilidades pontuais de diálogo, mas sem deixar de lado o protagonismo da decisão judicial. Ademais, reveste os dispositivos que preveem a interação entre os poderes da ideia de controle, e não de deliberação.

Não obstante o quadro normativo, no comportamento do Supremo Tribunal Federal é possível identificar sinais de afeição à tese do diálogo institucional. Porém, esses sinais estiveram muito mais atrelados a posturas individuais e episódicas de alguns dos ministros do que a uma diretriz coordenada da Corte (CLÈVE e LORENZETTO, 2015). Por isso, pelo menos no que se refere ao STF, o diálogo é hoje sentido mais como uma meta a ser buscada do que como uma postura consolidada na jurisdição constitucional.

Essa realidade não chega a causar estranheza, pois o panorama do diálogo institucional no direito comparado não se reflete, automaticamente, na realidade brasileira. Há diferenças importantes entre os contextos e culturas jurídicas do Brasil e do Canadá, África do Sul, Nova Zelândia e Colômbia<sup>83</sup>. Em todos esses países, ainda que houvesse um estrato normativo que o previsse, o diálogo se consolidou como uma prática orgânica dos atores políticos, e não como uma opção teórica seguida por alguns poucos ministros.

Vanessa Regina Lírio do Valle caminha em sentido parecido. A autora reconhece que o desenho institucional brasileiro introduziu ferramentas que poderiam concretizar uma experiência de diálogo. Cita como exemplo as audiências públicas realizadas no STF. No entanto, identifica também limitações importantes à experiência do diálogo no Brasil.

---

<sup>83</sup> O caso colombiano talvez seja o que mais se aproxime da atuação do Supremo Tribunal Federal, mas sem perder de vista as peculiaridades brasileiras. Um dos pontos a se considerar, nessa comparação, é o das competências jurisdicionais assumidas pelo STF, que sufocam o tribunal com processos de controle difuso de constitucionalidade e reduzem a esfera de atuação no controle abstrato. Somente Agravos e Recursos Extraordinários somam mais de 80% do acervo de processos da Corte (VAINER, 2009). Na Colômbia, por outro lado, por essas e outras razões, a jurisdição constitucional pode assumir um caráter mais participativo, que aceita, por exemplo, a iniciativa popular em controle abstrato de constitucionalidade e facilita a realização de audiências públicas e admissão de *amicus curiae* nos processos (SILVA, 2014).

A primeira delas tem relação com a forma pela qual são admitidos os participantes das audiências e *amici curiae*. Sem regras claras e prévias de escolha, somente grupos privilegiados têm acesso à arena de debates, segundo a autora. A segunda consiste na falta de um instrumentário que garanta que o debate seja sistematizado e levado em consideração na decisão final. Como resultado, tem-se o subaproveitamento dos potenciais efeitos produzidos pelas discussões (VALLE, 2014).

Tudo isso enfraquece o cenário de deliberação, que não deve ser confundido com uma conversa. A deliberação (diálogo) pressupõe a existência de dois ou mais atores que partilham a necessidade de tomada de uma decisão específica. A conversa, por outro lado, não envolve uma necessidade prática para além da disposição genérica para o intercâmbio de ideias (TREMBLAY, 2005).

Uma outra limitação do comportamento dialógico do Supremo Tribunal Federal tem relação com a diferenciação necessária entre deliberação externa e deliberação interna. Na deliberação externa, a motivação principal é o convencimento de atores externos. Na deliberação interna, o foco é no convencimento dos colegas ministros. Para Virgílio Afonso da Silva, no STF prevalece a lógica da deliberação externa, em detrimento do esforço de convencimento e deliberação entre os ministros (SILVA, 2009b).

Aprofundando o teor da crítica, Conrado Hübner Mendes aponta que ao STF se atribui com frequência uma missão messiânica, conferindo-se ao tribunal um pretensão papel de reserva de justiça (MENDES, 2008). Essa forma de enxergar a jurisdição constitucional, partilhada por muitos atores da comunidade jurídica, apenas contribui para a proliferação de comportamentos personalistas e descoordenados dentro do tribunal. Tudo isso em flagrante oposição ao esforço deliberativo.

Sem discordar desse diagnóstico, Ramos e Pinheiro (2018) reconhecem que, apesar de a cultura jurídica brasileira estar fortemente arraigada no messianismo do STF, há casos em que decisões da Corte suscitam um diálogo relevante em torno de direitos fundamentais. São casos em que a jurisdição constitucional produz efeitos indiretos sobre a realidade social. Isto é, a mera propositura de uma ação de controle de constitucionalidade, e não necessariamente a decisão proferida nessa ação, já desencadeia a solução pretendida.

A presente pesquisa também identifica sinais desse fenômeno. Onze<sup>84</sup> das sessenta e sete ações analisadas na fase empírica da pesquisa foram extintas sem resolução do mérito, em razão de providência legislativa ou judicial ocorrida no curso do processo.

---

<sup>84</sup> ADOs nº 18, 19, 23, 24, 35, 52, 56, 57, 64, 68 e 72.

Um caso interessante é o da ADO nº 57, em que entidade representativa de profissionais de segurança privada requeria a obrigatoriedade de fornecimento de equipamentos de proteção para esses profissionais, frente à pandemia da Covid-19. A mera propositura da ação desencadeou a edição da Lei 14.023/2020, que regulamentou o tema. Não é possível dizer que a propositura da ADO foi determinante para a edição da lei. No entanto, certamente se constituiu como instrumento de pressão para a adoção de providências legislativas nesse sentido.

Essa e as demais ocorrências similares estão longe de afastar a pertinência do diagnóstico sintetizado pela literatura. Em primeiro lugar, porque a postura dialógica nesses casos está mais atrelada aos demais poderes (sobretudo o Legislativo) do que ao Judiciário. O papel do Supremo foi meramente o de desincumbir-se da tarefa de controle, diante da providência legislativa ou administrativa. Em segundo lugar, porque elas não foram capazes de consolidar uma cultura estável de diálogo. Apesar de todos os esforços, a realidade brasileira do diálogo institucional ainda é episódica e pouco organizada.

#### **3.4.4. Diálogo institucional em meio à crise da democracia**

O que dizer sobre os abalos provocados pela crise da democracia no Brasil, no que se refere à cultura de diálogo institucional?

A crise democrática é identificada por vários autores. No plano internacional, David Landau (2013) já alertava para os perigos de um constitucionalismo abusivo. No Brasil, Marcos Nobre (2022) identifica o fenômeno a partir das revoltas populares de 2013 e o relaciona à crise do “pemedebismo”. Cláudio Pereira de Souza Neto (2020) também identifica no ano de 2013 uma explosão social que orientou os fatos subsequentes. O governo Bolsonaro é o ápice desse processo, culminando num estado de “neoliberalismo autoritário” (SOUZA NETO, 2020).

Em sentido parecido, Rodrigo Nunes (2022) identifica pelo menos outras duas crises que se associam à da democracia (e que ajudam a explicá-la): a “crise do centrismo” e a “crise de legitimidade do neoliberalismo”. Ocorre que, em vez de darem lugar a uma retração desses dois sistemas, elas promoveram o oposto: a sua intensificação (NUNES, 2022). João Gabriel Madeira Pontes (2020), ao se debruçar sobre a crise democrática, prevê a legitimidade da sua autodefesa, por meio da tese da democracia militante.

Detalhar a dinâmica do diálogo institucional sob essa excepcionalidade é especialmente relevante porque, quando a ordem democrática está sob risco, o papel de cada uma das instituições é imediatamente reconfigurado (ou deveria ser). E uma das medidas dessa excepcionalidade é a legitimidade conferida a cada um dos poderes no período de turbulência. Quando a autoridade de um dos poderes democraticamente constituídos é questionada, um dos cerne do diálogo deixa de existir: o do posicionamento equitativo dos atores políticos.

No Brasil da segunda metade dos anos 2010 e início dos anos 2020, o tema ganhou especial relevo. Em meio ao que Oscar Vilhena Vieira, Rubens Glezer e Ana Laura Pereira Barbosa (2022) chamaram de “infralegalismo autoritário”, o Executivo federal buscou corroer o sentido de marcos normativos e jurisprudenciais, valendo-se de sua competência regulamentar. Tudo isso foi acompanhado de um esforço discursivo de deslegitimação do Parlamento e da Suprema Corte, bem como de uma retórica violenta de perseguição.

No que se refere à relação com o Judiciário, o problema foi ainda maior. A razão pública foi substituída pela cólera pública. Proliferaram argumentos calcados no ataque ao Supremo Tribunal Federal, em vez de argumentos racionais voltados ao debate construtivo. Como o foco da presente pesquisa é a jurisdição constitucional, é especialmente relevante a posição que assumiu o STF nesse contexto extraordinário.

O Supremo Tribunal Federal não está e nem deve estar imune a críticas. Vasta é a literatura que formula críticas bastante plausíveis à instituição. Mas o que houve foram veiculações que, em vez de promover o diálogo, ameaçaram a estabilidade institucional. Souza Neto e Sarmiento (2012), já há mais de uma década, portanto antes do período de crise, previam a necessidade de se diferenciar as reações públicas às decisões do STF, entre aquelas que promovem a democracia e a pluralidade, por um lado, e aquelas que buscam retaliar de forma ilegítima a instituição, por outro. Essa diferenciação veio a se tornar ainda mais pedagógica no cenário de crise da democracia.

Um exemplo claro de desestabilização nas formas razoáveis de diálogo está documentado no acórdão da ADO nº 26, que resultou na criminalização da homotransfobia. A seguir, uma das manifestações do Ministro Celso de Mello, relator da ação, sobre as reações à pauta da ADO nº 26 para julgamento:

Eis, Senhor Presidente, a que ponto chegaram o fanatismo, o obscurantismo, o fundamentalismo e o caráter profundamente retrógrado de alguns dos denunciantes.

É inacreditável acusar-se um Juiz pelo exercício regular (e legítimo) da atividade jurisdicional.

Esse esdrúxulo pedido de “impeachment” não tem qualquer suporte na Constituição, nem na própria lei que rege a matéria (Lei nº 1.079/50, art. 39).

Na realidade, nenhum magistrado pode sofrer “impeachment” por haver exercido, de modo inteiramente regular, a jurisdição que lhe foi atribuída.

Esses denunciadores estão ressuscitando o absurdo e inconstitucional “crime de hermenêutica” que Ruy Barbosa censurava e criticava, já no final do século 19 (1896), no Recurso de Revisão Criminal nº 215 (v. “O Júri e a Independência da Magistratura”)<sup>85</sup>

No curso da ADO nº 26, o tribunal tangenciava um dos temas mais recriminados por muitos parlamentares e alguns integrantes do Executivo federal: a proteção da vida, da liberdade e da segurança da população LGBT. No contexto de crise da democracia, essa proteção foi altamente descredibilizada e retaliada por agentes públicos, com apoio popular massivo. A retaliação chegou à forma de chantagem, por meio da ameaça em torno de um possível *impeachment* de alguns dos ministros da Corte.

Ao lidar com os ataques, o Supremo não cedeu e empreendeu postura proeminente naquilo que se entendeu como defesa da democracia, inclusive com a aplicação de medidas pouco ortodoxas (VIEIRA, GLEZER e BARBOSA, 2022), em oposição à postura parcimoniosa de outrora, quando no exercício do controle abstrato de constitucionalidade (CASTRO, 1997; VIANNA *et. al.*, 1999). Uma dessas medidas, talvez a mais polêmica delas, foi a abertura do Inquérito nº 4.781, veiculado publicamente como “Inquérito das *Fake News*”.

O comportamento do tribunal diante do cenário ameaçador pode se justificar a partir da tese da democracia militante (PONTES, 2020). Mas, para além do conceito, será necessário justificar a atuação da Corte também num marco temporal razoável, que permita a identificação da extensão da excepcionalidade. Por enquanto, ainda não é possível identificar se esse contexto será capaz de abalar, e por quanto tempo, a estrutura do diálogo institucional no Brasil.

---

<sup>85</sup> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERACÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII). [...]. Autor: Partido Popular Socialista. Réu: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello, 06/10/2020, disponível em <<https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=ADO&numero=26>>. Acesso em 25/10/2022.

### 3.5. Conclusões parciais

Ao analisar o perfil dos autores das ADOs analisadas, a pesquisa identificou que confederações sindicais e entidades de classe foram a categoria predominante no panorama de atores que mobilizaram a jurisdição da omissão inconstitucional. Aprofundando a análise, com o objetivo de entender o tipo de conteúdo discutido nessas ações, constatou-se que não se privilegiou assuntos de interesse público em sentido estrito, mas sim interesses corporativos das categorias representadas. O foco foi em questões remuneratórias e de carreira, e não na garantia de direitos fundamentais, da ordem democrática e da ordem social. Esse resultado chama especialmente a atenção, pois trata de temas que poderiam facilmente ser solucionados pela via do controle concreto de constitucionalidade.

Os dados obtidos, submetidos à revisão da literatura, sugerem que fatores externos ao STF interferem no quadro de restrição ao interesse popular na jurisdição da ADO. Ao que parece, existem circunstâncias socioeconômicas que interferem diretamente na forma pela qual as organizações civis acessam o Supremo. O indício motivador dessa conclusão é a constatação de que há uma porcentagem expressiva de corporações da elite do serviço público entre o total de autores das ADOs analisadas.

Em relação aos demais autores das ações, ao dividi-los entre o grupo A (atores de índole mais vinculada às estruturas formais de Estado) e o grupo B (atores de índole menos vinculada às estruturas estatais), o grupo B se mostrou muito mais proeminente. A análise aponta para a conclusão preliminar de que, no período analisado, o controle concentrado da ADO foi suscitado mais por instituições de fora do Estado (grupo B) do que por instituições de dentro do Estado (grupo A).

Embora essa constatação não seja de todo surpreendente, ela pode ser tida como contraintuitiva, tendo em vista (i) a estrutura jurídica que entidades e instituições de Estado possuem para acessar o Supremo, em relação aos organismos externos e (ii) o interesse público como norte da atuação dos entes estatais, que deveria promover um esforço infinitamente maior do que o de atores externos em prol da efetividade constitucional.

É necessário salientar que, em relação ao Grupo A, um ator específico merece destaque: a Procuradoria-Geral da República. A PGR é responsável por doze das dezoito ações atribuídas ao grupo. Sem ela, sobrariam apenas Governadores, com cinco ações, e Presidente da República, com uma ação. Esse destaque é importante, pois também a PGR é entidade com certo grau de especificidade em relação às demais do Grupo A. Afinal, o



Ministério Público Federal é concebido na Constituição como órgão dotado de expressiva autonomia em relação aos demais poderes. Além disso, até a promulgação da Constituição de 1988, era o único ator político legitimado a propor ação de controle abstrato de constitucionalidade.

Ao final, fica muito forte a impressão de que as entidades que de fato poderiam ter o interesse de tutelar direitos fundamentais, questões democráticas e da ordem social ficaram de fora do sistema de controle abstrato da omissão. Como um dos fatores que contribuem para essa realidade, a pesquisa identificou o rigor na aplicação da legitimidade ativa e da pertinência temática como restrições ao acesso à jurisdição constitucional de controle abstrato.

No que se refere a esses requisitos, um outro dado da pesquisa é relevante. Os números obtidos mostram que as confederações sindicais e entidades de classe enfrentaram, proporcionalmente, mais problemas que as outras categorias de autores para acessar a jurisdição do controle abstrato da omissão. Os filtros da legitimidade ativa e da pertinência temática foram especialmente rigorosos com essa categoria de autores.

Mas, dentro dessa categoria, há uma distinção a ser feita. Entidades representativas de servidores da elite do Judiciário, do Executivo e do Ministério Público tiveram, proporcionalmente, menos problemas que as demais confederações e entidades de classe, no que se refere ao filtro da legitimidade ativa. Isto é, no exercício da jurisdição da ADO, o Supremo parece ter obstaculizado em menor grau o acesso de entidades da elite do serviço público, em relação às demais classes representadas por essas organizações.

A aplicação rigorosa do filtro da legitimidade ativa fez com que muitas discussões sobre a omissão inconstitucional passassem a ser travadas fora da ADO. Em vez do controle abstrato, essas demandas vêm sendo largamente discutidas em controle concreto ou mesmo em controle abstrato, mas pela via subsidiária da ADPF<sup>86</sup>. Ou seja, na prática, a lei limita o controle abstrato de constitucionalidade, mas não evita que o STF o faça. Apenas faz isso de forma difusa e descoordenada. Ao fim e ao cabo, as restrições ao quantitativo de legitimados só protegem superficialmente a Corte do temido risco da sobrecarga de processos. O efeito desejado não parece se concretizar. Afinal, as demandas não deixam de existir, apenas assumem outros formatos.

Fica a impressão de que uma ampliação do escopo das ações de controle abstrato, especialmente a ADO, daria mais ferramentas para que a Corte de fato exercesse a

---

<sup>86</sup> Costa (2018) demonstrou que o número de ADPFs ajuizadas no Supremo cresceu expressivamente a partir do ano de 2000, até a data de encerramento da pesquisa (2017).

fiscalização da efetividade constitucional. Assim, os debates seriam travados com o uso das ferramentas de que dispõem os ritos do controle abstrato, evitando-se o casuísmo do controle concreto. Mais uma vez, o desenho institucional brasileiro corre o risco de esvaziar um de seus mais importantes institutos, por situá-lo num entrelugar, num vácuo de institucionalidade, que se conforma aos imperativos práticos do sistema, mas somente naquilo que for possível.

Um outro motivo que ajuda a explicar esse cenário, e que merece especial atenção, envolve a discussão no processo constituinte sobre o modelo de Corte Constitucional que seria adotado no Brasil. A Assembleia Nacional Constituinte firmou a opção por um modelo de Suprema Corte, que concilia as funções de controle abstrato e controle difuso de constitucionalidade, privilegiando este último e relegando ao primeiro um caráter acessório, restritivo e excludente. Ficou rejeitada, portanto, a proposta de constituição de um Tribunal Constitucional no Brasil.

No entanto, embora se tivesse rejeitado essa alternativa, os parlamentares constituintes tentaram compensar o resultado da votação com um alargamento do rol de legitimados para propor ações de controle abstrato. Por consequência, a discussão sobre quem seriam os legitimados passou a ocorrer no varejo, e não conforme um projeto maior e mais coordenado de jurisdição constitucional. Os argumentos em prol de algumas categorias de autores revelam que a influência pública de algumas organizações e o *lobby* foram decisivos para as escolhas formuladas.

A impressão que fica é a de que se optou por soluções controversas, que buscavam, por um lado, restringir a atuação do Supremo Tribunal Federal em sede constitucional a um diálogo entre instituições de Estado, e, por outro, ampliar essa atuação para entidades da sociedade civil, no varejo, dentro dos limites impostos pela rejeição ao modelo de legitimidade popular. Em outras palavras: se o povo não poderia suscitar diretamente a inconstitucionalidade em tese, que se expandisse, então, essa possibilidade para entidades representativas da sociedade civil.

O problema foi que a delimitação dessas entidades não se deu também em conjunto, de forma coerente, a partir de critérios fixados previamente. Ela ocorreu de maneira esparsa, como tentativa de amenizar, ao máximo possível, a falta de representatividade popular decorrente das escolhas antecedentes.

Ao que parece, porém, não foi bem isso que aconteceu. A julgar pelos dados apresentados no início deste capítulo, as entidades da sociedade civil que de fato mobilizaram o Supremo em sede de ADO não foram as melhores representantes do interesse popular. A

consequência é a de que, no lugar do povo, a Constituinte deu mais espaço a entidades da sociedade civil que frequentemente privilegiaram interesses corporativos. Um dos graves problemas decorrentes desse histórico é a falta de instituições centrais para a tutela de direitos sociais no rol de legitimados, como a Defensoria Pública, por exemplo, que até hoje não possui legitimidade ativa para propor ADO.

Outra prova disso é que entre os autores das ADOs investigadas neste trabalho não estão a UNE ou a CNBB, entidades invocadas pelos constituintes como justificativa para ampliar o rol de legitimados. Soma-se a esse quadro, ainda, a constatação de que estava presente, no momento constituinte, uma demanda de que o Supremo continuasse exercendo o papel de árbitro das instituições, típico do período autoritário.

Uma outra categoria jurídica pode ajudar a explicar os dados obtidos nesta fase da pesquisa: a do acesso à justiça constitucional. A literatura revisada aponta que o problema do acesso à justiça é muito mais de ordem qualitativa do que quantitativa, e que as soluções desenvolvidas pelo sistema jurídico brasileiro nas últimas décadas não enfrentam essa constatação. Ao subdimensionar o problema, o debate em torno do tema produziu soluções em um único sentido: o da redução na formalidade processual. Deixou-se de lado, portanto, as questões mais sensíveis do acesso qualitativo à justiça.

Ainda no que se refere ao acesso à justiça, um dos filtros de acesso à jurisdição da ADO foi a interpretação restritiva do conceito “entidades de classe”, adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Nada obstante a força histórica do entendimento restritivo desenvolvido pelo tribunal, é necessário registrar que há sinais de que essa interpretação restritiva está mudando, especialmente em meio ao cenário de crise democrática. O ponto de virada foi o julgamento da medida cautelar requerida na ADPF 709/DF, em que o Plenário reconheceu a legitimidade ativa de instituições que representam grupos de vulneráveis para ações de controle abstrato, sem que houvesse um componente econômico ou profissional na atuação dessas instituições.

Uma última categoria que ajuda a entender o panorama da pesquisa é a do diálogo institucional. A discussão da separação dos poderes aponta hoje, sobretudo no cenário de crise da democracia, para um transbordamento da tensão originária entre Judiciário e Legislativo, para incluir também o Executivo nas discussões sobre a estabilidade democrática. No Brasil, essa dinâmica se explica a partir de tentativas episódicas de institucionalização do diálogo, mas com acento mais forte no controle recíproco entre os poderes do que na interação dialógica.

Essa percepção é interessante para a interpretação dos resultados da pesquisa, pois ajuda a explicar a parcimônia com que o Judiciário processou e julgou as primeiras ADOs analisadas. A mudança desse cenário começou a ocorrer somente num momento posterior, já durante a crise da democracia, em que o Supremo se permitiu expandir as ferramentas de controle abstrato da omissão, como demonstrado no primeiro e segundo capítulos.

A teoria do diálogo no Brasil ajuda a explicar também o motivo de o Executivo e o Legislativo terem se contido no ajuizamento de ADOs. Sugere-se que a superação do estado de omissão não foi vista como tarefa compartilhada entre os poderes, mas sim como objeto de disputas e controle recíproco entre eles. Em outras palavras, parece não ter havido um esforço conjunto e dialógico em prol da efetividade constitucional, mas sim a percepção da ADO como uma ferramenta de controle judicial sobre os demais poderes.

## **4. COMO E POR QUÊ? – O COMPORTAMENTO, OS ARGUMENTOS E A LEGITIMIDADE DO STF NO JULGAMENTO DAS AÇÕES**

### **4.1. Dados empíricos - terceira parte: de que maneira o Supremo Tribunal Federal respondeu aos pedidos de controle abstrato da omissão?**

Nesta última etapa da apresentação dos dados obtidos na fase empírica da pesquisa, o foco será nas decisões proferidas nas ADOs investigadas. O que elas revelam sobre o comportamento do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os pedidos de controle abstrato da omissão? De que forma, e munidos de que tipo de argumentos, o STF fundamentou e construiu a legitimidade de sua atuação? Afinal, faz sentido a acusação partilhada pelo senso comum, especialmente no período de crise da democracia, de que o STF tem comportamento “ativista”, pelo menos no que se refere ao saneamento da omissão?

Ao contrário dos dois capítulos anteriores, este último não será estruturado a partir de técnicas de pesquisa eminentemente quantitativas. A ferramenta aplicável é a técnica da análise de conteúdo (SARAIVA e BITTENCOURT, 2017). Por meio dela, empreende-se um esforço de descrição objetiva e sistemática do conteúdo analisado, de modo que o pesquisador se ocupa da tarefa de *decodificação* a partir dos termos, frases ou palavras que se apresentam com certa recorrência. O objetivo desse esforço não é encontrar “leis” de comportamento, pois isso não é possível nas ciências sociais. Em vez disso, pretende-se entender os processos (fenômenos) que mobilizam o interesse de determinados sujeitos em determinado contexto (WEBER, 2022).

A identificação dessas interações fornecerá subsídios para uma discussão sobre a legitimidade democrática dos comportamentos investigados. Chegamos, então, ao terceiro e último pilar da pesquisa: o da democracia.

#### **4.1.1. As medidas cautelares**

A possibilidade de formulação de pedido de medida cautelar em sede de ADO foi expressamente reconhecida pela Lei nº 12.063/2009, que, alterando a Lei nº 9.868/1999, nela

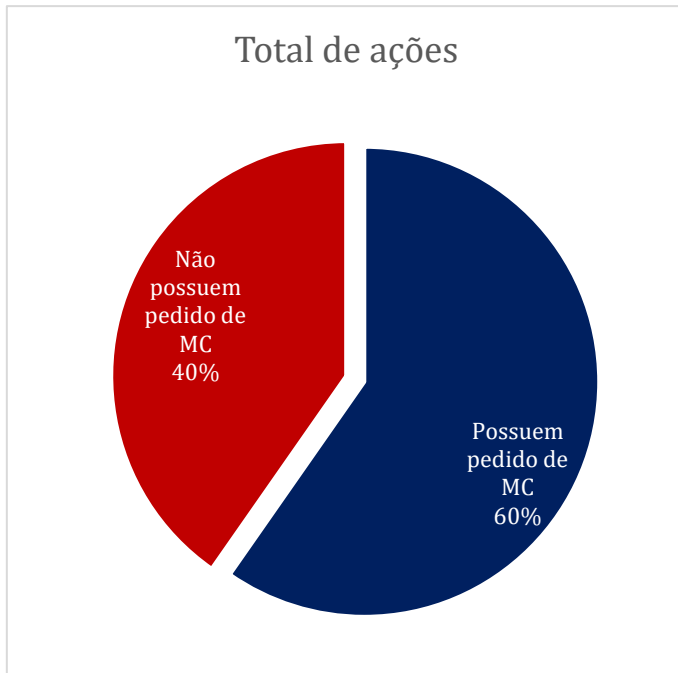
incluiu os arts. 12-F e 12-G, que versam sobre o tema. A legislação consolidada prevê que a decisão liminar só seria concedida em caso de excepcional urgência e relevância da matéria<sup>87</sup>. A lei não exaure, porém, quais são as medidas possíveis que poderão ser deferidas em sede de medida cautelar. Em vez disso, empregou a fórmula genérica “outra providência a ser fixada pelo Tribunal”.

Dentre as sessenta e sete ações analisadas na pesquisa, quarenta delas incluíram na petição inicial algum pedido de tutela cautelar. Em termos percentuais, trata-se de 59,7%. Não obstante esse percentual alto, porém, até o fim da fase empírica da pesquisa (27/10/2022), somente duas ações haviam tido decisão interlocutória enfrentando o mérito. Entre as outras trinta e oito, sete ainda não haviam registrado nenhuma decisão relevante; trinta tiveram decisões convertendo o processo em julgamento definitivo; e uma foi convertida ao rito da ADPF. Assim:

---

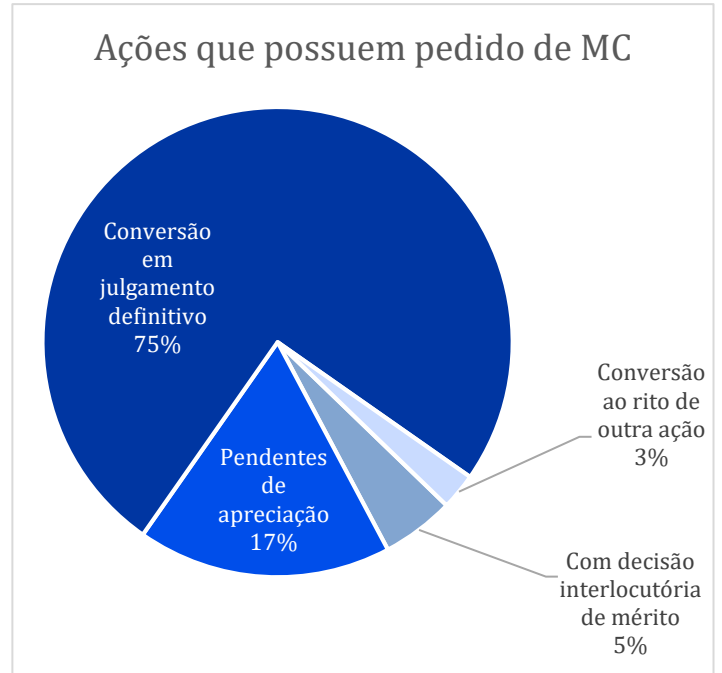
<sup>87</sup> A literatura dogmática via com restrições a possibilidade de concessão de medida cautelar em ADO. A título de exemplo: “A liminar na ADO é improvável, pelas razões indicadas, e a própria lei tem previsão restritiva, exigindo que a urgência e a relevância do pedido sejam excepcionais” (DIMOULIS e LUNARDI, 2016).

**Gráfico 17** Quantitativo de ações que incluíam pedidos de medida cautelar



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

**Gráfico 16** Resultados das ações que incluíam pedidos de medida cautelar



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Extraí-se dos números a conclusão preliminar de que o Supremo é cauteloso na apreciação de medidas cautelares em sede de ADO. Os resultados apontam que somente duas ações, entre quarenta, tiveram de fato alguma decisão interlocutória de mérito até o fim do período da fase empírica da pesquisa.

Esse cenário pode ser interpretado sob duas lentes distintas, preliminarmente. Numa delas, a postura de autocontenção se justifica a partir da delicadeza da atuação do tribunal em sede de ADO. O saneamento da omissão inconstitucional pela via do controle abstrato talvez seja uma das matérias mais sensíveis e que mais tensiona a separação de poderes, dentro do universo do controle de constitucionalidade. Nesse raciocínio, faz sentido o comportamento cauteloso, sobretudo no momento da apreciação de medidas cautelares. Afinal, a tutela provisória demanda um juízo imediato do mérito discutido, que inevitavelmente suprime, ainda que temporariamente, a fase de instrução e deliberação do processo.

A outra lente de interpretação, porém, aponta para direção diversa. O juízo cautelar se justifica a partir de uma urgência. Há situações que, de tão excepcionais, demandam uma intervenção imediata e assertiva. Nesses casos, a omissão do Judiciário pode ser decisiva para a fragilização de uma proteção. O cenário é ainda mais grave quando se trata de direitos

fundamentais, e ainda mais urgente quando tem por sujeitos envolvidos grupos marginalizados e vulneráveis.

#### 4.1.1.1. Medidas cautelares não apreciadas em matéria de direitos fundamentais

Essa omissão do Supremo ocorreu em pelo menos oito ações, dentre as quarenta que pediam medida cautelar. São oito as ações que abordavam direitos fundamentais em sua fundamentação, de acordo com os critérios classificatórios explicitados no Capítulo 2 deste trabalho. São elas: ADO nº 20 (discute regulamentação do benefício da Licença-Paternidade); ADO nº 24 (discute elaboração da Lei de Defesa do Usuário dos Serviços Públicos); ADO nº 35 (discute abono anual - “gratificação natalícia” - dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social); ADO nº 51 (discute a extensão de efeitos de legislação às entidades hospitalares privadas); ADO nº 56 (discute renda mínima emergencial); e ADO nº 57 (discute obrigatoriedade de fornecimento de EPIs para profissionais de segurança privada).

Entre essas oito ações, cinco delas foram convertidas em julgamento definitivo, sem que fosse proferida decisão em sede de medida cautelar. É o caso das ADOs nº 20, 35, 51, 56 e 57. Duas delas estavam pendentes de julgamento até o fim da fase empírica da pesquisa (ADOs nº 65 e 66). E uma delas teve a apreciação cautelar de mérito, que culminou numa decisão que deferiu parcialmente a medida cautelar requerida (ADO nº 24).

**Tabela 7** ADOs que pediram medida cautelar e que envolviam direitos fundamentais

<b>ADOs que pediram medida cautelar e que envolviam direitos fundamentais</b>		
<b>Ação</b>	<b>Síntese do objeto</b>	<b>Situação da medida cautelar ao final da fase empírica da pesquisa</b>
<b>ADO nº 20</b>	Regulamentação do benefício da Licença-Paternidade	Ação convertida em julgamento definitivo
<b>ADO nº 24</b>	Elaboração da Lei de Defesa do Usuário dos Serviços Públicos	Proferida decisão interlocutória de mérito
<b>ADO nº 35</b>	Abono anual - “gratificação natalícia” - dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social	Ação convertida em julgamento definitivo
<b>ADO nº 51</b>	Extensão de efeitos de legislação às entidades hospitalares privadas	Ação convertida em julgamento definitivo
<b>ADO</b>	Renda mínima emergencial	Ação convertida em



<b>nº 56</b>		juízo definitivo
<b>ADO nº 57</b>	Obrigatoriedade de fornecimento de EPIs para profissionais de segurança privada	Ação convertida em juízo definitivo
<b>ADO nº 65</b>	Adoção de medidas de contenção e isolamento social frente à pandemia de Covid-19, incluindo competência para recomendar iniciativas legislativas de promoção de medidas econômicas	Pendente de juízo
<b>ADO nº 66</b>		Pendente de juízo

Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Os dados mostram que, das oito ações que pediam medida cautelar e que envolviam direitos fundamentais, somente uma delas teve decisão provisória de mérito, enquanto as demais foram convertidas em juízo definitivo ou estavam pendentes de juízo até o final da fase empírica da pesquisa.

Esse cenário leva à conclusão preliminar de que o Supremo Tribunal Federal se omitiu, na grande maioria dos casos, da tarefa de tutelar, com urgência, direitos fundamentais em sede de ADO. E não se discute aqui, pelo menos por ora, se a decisão que apreciaria a medida cautelar deveria ser favorável ou desfavorável ao pedido formulado na inicial. O que se discute é tão somente se houve ou não uma decisão que enfrentava a urgência do tema, dentro da urgência requerida.

É necessário frisar que alguns dos casos analisados envolviam uma urgência quase inquestionável. É o caso, por exemplo, das ADOs distribuídas no auge da pandemia de Covid-19, nos anos de 2020 e 2021 (ADOs nº 56, 57, 65 e 66). Vê-se que, durante a pandemia, a ADO foi resgatada como um instrumento potencialmente apto a fazer frente à inércia do Poder Executivo federal naquele contexto. No entanto, pelo menos em sede cautelar, o Supremo não respondeu com a urgência reivindicada. Nenhuma das quatro medidas cautelares requeridas durante a pandemia foi apreciada com a urgência requerida.

Tem-se, portanto, como conclusão preliminar a constatação de que o Supremo Tribunal Federal não respondeu, na grande maioria dos casos, à urgência requerida nas medidas cautelares, dentro da imediatidade reivindicada nessas ações. Essa impressão fica ainda mais forte quando se faz o recorte temático de direitos fundamentais. A partir desse

recorte, somente uma das oito ações que requeriam medidas cautelares e que simultaneamente versavam sobre direitos fundamentais teve de fato uma decisão interlocutória de mérito.

Para apurar melhor essa conclusão preliminar, será necessário analisar o fator temporal dos julgamentos. Afinal, a conversão em julgamento definitivo, por si só, não quer dizer necessariamente que não houve um julgamento célere da demanda. Pode haver casos em que a medida cautelar foi convertida em julgamento definitivo, mas esse julgamento foi prestado num prazo razoável.

O fator temporal será analisado de modo mais amplo mais adiante, mas demonstrarei já a seguir a média de tempo decorrido entre a distribuição e a primeira decisão de mérito (interlocutória ou terminativa) em cada um desses casos. O recorte é o das ações que foram convertidas em julgamento definitivo e em cujas iniciais se requeria medida cautelar, com base em fundamentação de direitos fundamentais. Trata-se de cinco ações: ADOs nº 20, 35, 51, 56 e 57. O tempo decorrido sem decisões de mérito em cada uma delas está exposto a seguir.

**Tabela 8** Tempo entre a distribuição da ação e a primeira decisão de mérito

<b>Ação</b>	<b>Tempo decorrido entre a distribuição e a primeira decisão de mérito</b>
ADO nº 20	3723 dias*
ADO nº 35	170 dias
ADO nº 51	7 dias
ADO nº 56	34 dias
ADO nº 57	874 dias
<b>Média geral</b>	<b>961,6 dias</b>

*\* A ADO nº 20 foi convertida em julgamento definitivo, mas, até o fim da fase empírica da pesquisa, a decisão final ainda não havia sido proferida. Portanto, trata-se do quantitativo de dias decorridos entre a distribuição da ação e o encerramento da fase empírica da pesquisa.*

Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Vê-se que a análise do fator temporal não é capaz de refutar por inteiro a conclusão preliminar. Somente dois dos cinco casos extraídos desse recorte tiveram uma decisão de mérito em tempo razoável, que poderia ser considerado condizente com a urgência requerida. É o caso das ADOs nº 51 (decisão de mérito em sete dias) e 56 (decisão de mérito em 34 dias).

Ainda assim, seria questionável a caracterização do caso da ADO nº 56 como um dos que tiveram julgamento em tempo razoável. O prazo de trinta e quatro dias, embora possa ser

considerado célere diante da praxe do tribunal, não é plenamente compatível com a situação de urgência. O caso da ADO nº 56, especialmente, discute a renda mínima emergencial, que trata de questão das mais sensíveis em tema de direitos fundamentais.

A média geral de tempo também é dado importante para a análise. Além de não refutar a conclusão preliminar, ela ainda a corrobora. Extrai-se da pesquisa que o Supremo Tribunal Federal levou, em média, novecentos e sessenta e um dias para proferir a primeira decisão de mérito no universo de ações investigadas. É necessário registrar novamente: o recorte considera somente ações que discutem direitos fundamentais, em que há pedido de medida cautelar e em que o julgamento da medida cautelar foi convertido em julgamento definitivo.

A conclusão preliminar, portanto, embora possa ser suavizada, não está refutada por inteiro. Portanto, pode-se constatar, ainda nesse primeiro momento, que o Supremo Tribunal Federal não respondeu, na grande maioria dos casos que envolvem direitos fundamentais, à urgência requerida nas medidas cautelares, dentro da imediatidade reivindicada nessas ações.

#### 4.1.1.2. Medidas cautelares apreciadas

Entre as duas ações que pediam medida cautelar e que tiveram decisão interlocutória de mérito, em ambas foi proferida decisão deferindo, ainda que parcialmente, o pedido de antecipação da tutela. Uma delas foi a ADO nº 23, que tem por objeto a regulamentação do rateio de recursos de Imposto de Renda e IPI repassados aos Estados e Municípios. A outra foi a ADO nº 24, que tem por objeto a elaboração da Lei de Defesa dos Usuário dos Serviços Públicos.

Do total de quarenta ações que pediam o deferimento de medidas cautelares, somente duas delas tiveram decisão interlocutória de mérito. E nessas duas o Supremo deferiu as medidas cautelares requeridas, ainda que parcialmente. As demais, como já salientado, não tiveram a medida cautelar apreciada em decisão interlocutória de mérito, de modo que ou foram convertidas em julgamento definitivo, ou convertidas ao rito de outra ação ou estavam pendentes de julgamento até o fim da fase empírica da pesquisa.

O que chama a atenção nisso tudo é o fato de que o Supremo só apreciou, em tutela antecipada, as ações que tiveram o deferimento da antecipação requerida. Ou seja: o tribunal só julgou as medidas cautelares que deferiu.

Essa constatação é curiosa porque, se de fato houvesse uma preocupação muito forte com a autocontenção, como sugere a literatura (CASTRO, 1997; VIANNA *et. al.*, 1999), o tribunal poderia ter facilmente proferido decisão interlocutória nas medidas cautelares que viria a indeferir. Afinal, o custo político do indeferimento é muito menor do que o do deferimento. No entanto, o comportamento adotado foi o contrário. O Supremo deixou de decidir muitas das medidas cautelares em decisão interlocutória, tendo decidido somente aquelas em que viria a deferir a medida requerida.

Poderíamos pensar que, na verdade, o tribunal estava retardando o julgamento daquelas matérias que tinha a intenção de julgar procedente, em razão do custo político de sucessivas intervenções nas esferas de competências dos outros poderes. No fundo, a postura de autocontenção não significaria um ímpeto de improcedência, mas, pelo contrário, um cálculo político necessário num comportamento que tendia à procedência. Essa hipótese merece apuração mais rigorosa, a fim de ser corroborada ou refutada.

Para entender melhor o cenário, é necessário retomar o quantitativo de ações com pedido de medida cautelar que foram convertidas em julgamento definitivo. São, ao todo, trinta ações. Dessas trinta, vinte e quatro<sup>88</sup> já tinham decisão final ao término da fase empírica da pesquisa. As outras seis<sup>89</sup>, apesar de já terem decisão interlocutória convertendo o processo em julgamento definitivo, sem análise de mérito, ainda não haviam registrado decisão final até o encerramento da fase empírica da investigação.

Das vinte e quatro que tiveram decisão final, nenhuma delas foi julgada procedente ou parcialmente improcedente. Isso significa dizer que o comportamento protelatório no julgamento das medidas cautelares não esteve atrelado, nas ações investigadas, à procedência dos pedidos requeridos na inicial.

Para expandir a investigação, seria necessário investigar o comportamento dos relatores das ações que continham pedido de medida cautelar. Nesse sentido, seria feita uma comparação entre a postura adotada no momento de apreciação da liminar e o voto proferido no julgamento final do processo. Afinal, é possível que a postura protelatória estivesse, sim, associada a um ímpeto de procedência, ainda que não do tribunal inteiro, mas de forma circunscrita ao(à) relator(a) da ação. No entanto, essa investigação fugiria aos limites da presente pesquisa e recairia numa opção metodológica distinta: a do foco nos comportamentos individuais dos ministros, em detrimento de uma análise do comportamento institucional da Corte como um todo.

---

<sup>88</sup> ADOs nº 18, 28, 29, 32, 33, 35, 36, 37, 41, 42, 43, 45, 48, 50, 51, 52, 53, 56, 57, 58, 61, 64, 68 e 72.

<sup>89</sup> ADOs nº 20, 25, 38, 63, 75 e 76.

Ainda assim, há evidências suficientes para se refutar, pelo menos *a priori*, a hipótese de que o comportamento protelatório no julgamento das cautelares estaria atrelado a um cálculo político em prol da procedência dos pedidos.

#### **4.1.2. As decisões finais**

Entre as sessenta e sete ações analisadas na pesquisa, quarenta delas (59,7%) tiveram decisão final até o fim da fase empírica da pesquisa. Por “decisão final” não me refiro a decisões necessariamente transitadas em julgado, mas sim a decisões que enfrentavam exaustivamente os pedidos formulados nos processos, em caráter definitivo, diferenciando-se de decisões interlocutórias ou de caráter provisório.

Entre as demais, vinte e cinco estavam pendentes de julgamento até o fim da investigação (37,3%), uma teve sua autuação cancelada (1,5%) e outra foi convertida ao rito de outra ação (1,5%).

No universo de decisões finais proferidas (quarenta), trinta e quatro foram sentenças de extinção sem resolução do mérito, seguimento negado, prejudicada a ação ou indeferimento da inicial (85%). Em outras palavras, são sentenças que negam os pedidos formulados na ação por razões estritamente formais.

Apenas duas ações, entre as quarenta que tiveram sentenças, foram julgadas inteiramente improcedentes<sup>90</sup> (5%). Ou seja, somente 5% das sentenças negaram os pedidos com base em razões de direito material.

Três ações foram julgadas procedentes<sup>91</sup> (7,5%) e uma foi julgada parcialmente procedente<sup>92</sup> (2,5%).

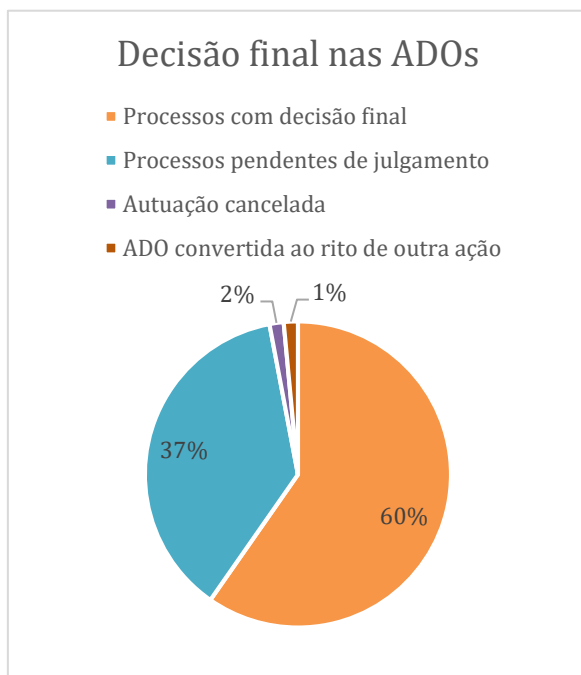
---

<sup>90</sup> ADOs nº 22 (discute restrições legais ao comércio e publicidade de bebidas alcóolicas) e 28 (discute critérios para aposentadoria de policiais do sexo feminino do Estado de São Paulo).

<sup>91</sup> ADOs nº 25 (discute repasse de recursos aos Estados e DF em razão de créditos de ICMS), 30 (discute isenção de IPI a pessoas com deficiência auditiva) e 67 (discute regulamentação de ITCMD em casos de doador ou falecido residente ou com bens no exterior).

<sup>92</sup> ADO nº 26 (discute a criminalização da homotransfobia).

**Gráfico 18** Decisão final nas ADOs



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

**Gráfico 19** Processos com decisão final



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Esses dados permitem a extração de algumas conclusões preliminares. A principal delas é a de que, não obstante o senso comum associar, com frequência, um comportamento “ativista” ao STF, fato é que permanecem relevantes as observações de que o tribunal adota uma postura parcimoniosa em sede de controle abstrato de constitucionalidade (CASTRO, 1997; VIANNA *et. al.*, 1999). Somente quatro ações, num universo de quarenta, tiveram um julgamento procedente ou parcialmente procedente.

Essa conclusão não é refutada pelo fato de que houve somente duas decisões de improcedência. Muitas são as formas de o tribunal negar uma providência que dele é requerida. A improcedência explícita é somente uma delas. Outras são mais sutis, como a postergação do julgamento, até que uma providência seja tomada pela entidade demandada. De igual forma, há a postergação do julgamento, mesmo que a autoridade demandada se recuse a tomar a providência requerida. Há, ainda, a extinção por razões formais, que não vocaliza a posição do tribunal sobre a matéria discutida.

Todas essas posturas podem ser entendidas como posturas de autocontenção. E elas, sem dúvidas, foram dominantes no universo de ações investigadas. A baixa quantidade de sentenças de improcedência não refuta isso, apenas aponta para comportamentos um pouco mais complexos. Muitas podem ser as razões pelas quais o tribunal deixou de proferir decisões de improcedência. Aí entram o cálculo político, o juízo de oportunidade, a

composição da Corte, o poder de pauta e muitas outras variáveis que escapam ao escopo da presente pesquisa.

#### **4.1.3. Argumentos usados na fundamentação das decisões**

O próximo passo neste percurso investigativo é a análise dos argumentos invocados nas decisões proferidas nas ADOs. Novamente, o foco não será no comportamento individual dos ministros, mas na atuação institucional do Supremo. Por isso, a metodologia de pesquisa empregada nesta etapa não é a da análise do discurso, tampouco alguma outra técnica de investigação discursiva de teor eminentemente qualitativo. Uma pesquisa baseada em técnicas como essas reconfiguraria o problema de pesquisa delineado inicialmente e seria incompatível com a abrangência do objeto.

Sendo assim, a técnica usada nesta etapa foi a da análise documental das decisões proferidas nas ADOs, combinada com a síntese, tabulação, segmentação e classificação (LIMA, 2016) dos dados extraídos. O objetivo é entender quais argumentos se repetem, e em que medida se repetem, na fundamentação das decisões, tanto para deferir a providência requerida, quanto para negá-la. Para isso, foi feita a análise integral de todos os votos de cada ação investigada, com foco no voto vencedor. Esse esforço teve por objetivo driblar os efeitos nocivos do “ementismo” (GOMES, 2021), caracterizado por Daniel Augusto Vila-Nova Gomes como a utilização de sumários das deliberações como o limite último da interpretação de precedentes judiciais.

Em primeiro lugar, foi feita uma síntese dos argumentos identificados em cada decisão<sup>93</sup>. Num primeiro momento, foi feita a leitura da íntegra desses documentos e o registro dos argumentos nele encontrados. O esforço de síntese, dessa forma, consistiu na identificação das unidades de sentido que orientavam a fundamentação geral de cada decisão. Ou seja, houve uma redução do texto a uma lista de teses que justificavam o veredito, de modo que cada tese é representada por um argumento. Nesta etapa da pesquisa, portanto, cada argumento é uma unidade de análise (BRITO, 2016).

Em geral, as decisões trazem algumas poucas teses, que são desenvolvidas ao longo de muitas páginas, num esforço de detalhamento da argumentação. Dessa forma, embora

---

<sup>93</sup> Nos casos de decisões colegiadas, essa síntese foi feita a partir do voto vencedor.

muitas decisões sejam bastante extensas, nem sempre a quantidade de argumentos é igualmente grande.

Em segundo lugar, tabulei esses argumentos, de acordo com o momento processual em que foram veiculados (julgamento de medida cautelar, sentença ou decisão em recurso). Na tabela, relacionei-os também a outras variáveis, como a data de julgamento, o tipo de decisão (monocrática ou colegiada) e os tipos de referências que usaram (jurisprudência, literatura acadêmica e legislação).

O enfoque não foi na extensão da fundamentação de cada decisão. Ou seja, não importou, para esta tabulação, a quantidade de julgados aos quais se fez referência ou a quantidade de autores citados no voto, por exemplo. O foco foi no tipo de fundamentação invocada. Por isso, exemplificando, o que importa é se foi ou não invocada a jurisprudência de algum tribunal, e não quantos julgados daquele tribunal foram mencionados.

Por fim, diante do universo de dados obtidos, segmentei e classifiquei os argumentos de acordo com duas grandes categorias: argumentos formais e argumentos materiais. Os argumentos formais se referem a questões de direito processual, filtros de acesso ao controle abstrato de constitucionalidade e questões que impedem o julgamento de mérito, em geral. Os argumentos materiais consistem em razões de direito constitucional em sentido substantivo. As subdivisões a partir dessas duas grandes categorias foram feitas de formas distintas nos casos de medidas cautelares e decisões finais (sentenças).

#### 4.1.3.1. Decisões em medidas cautelares

Como já salientado anteriormente, somente duas ADOs que requeriam medidas cautelares tiveram decisão interlocutória de mérito até o fim da fase empírica da pesquisa. São elas as ADOs nº 23 e 24. Em ambas, a medida cautelar requerida foi parcialmente deferida. A síntese dos argumentos nelas registrados é a seguinte.

**Tabela 9** Argumentos das decisões sobre medidas cautelares

	Argumentos formais	Argumentos materiais			
		Urgência	Probabilidade do direito	Razões extrajurídicas (econômicas, sociais etc.)	Impacto da decisão
<b>ADO 23</b>		X	X	X	X
<b>ADO 24</b>			X	X	

Fonte: elaborado pelo autor (2023)



É interessante notar que a urgência, requisito essencial ao deferimento da medida cautelar, só foi invocada como argumento na decisão de uma das ações. Razões extrajurídicas, porém, que revelam a proeminência do elemento político no processo decisório, estiveram presentes em ambos os casos.

Esse panorama pode levar à formulação da hipótese de que, em sede de ADO, o Supremo Tribunal Federal tem comportamento mais ousado nas ocasiões em que as condições econômicas, sociais e políticas assim demandarem, na visão do tribunal, e não necessariamente nas ocasiões em que os requisitos processuais forem observados. Todavia, por se tratar de amostra bastante reduzida, fica prejudicada a relevância dessa hipótese.

Uma outra análise se mostra pertinente: a dos tipos de fundamentos citados nas decisões, a partir das seguintes categorias.

**Tabela 10** Tipos de fundamentação das decisões de mérito sobre medidas cautelares

	Dispositivos constitucionais	Dispositivos não constitucionais				Súmulas / informativos de jurisprudência	Jurisprudência do STF	Jurisprudência de outros tribunais	Literatura acadêmica
		Tratados internacionais	Leis	Normas regulamentares	Dispositivos não normativos				
<b>ADO 23</b>	X		X	X	X	X	X	X	
<b>ADO 24</b>	X		X		X	X		X	

Os resultados mostram um dado interessante. Ambas as decisões invocaram dispositivos não normativos, como projetos de lei, em suas fundamentações, corroborando a importância do elemento extrajurídico nesses casos. Além disso, ambas desempenharam um esforço de argumentação que pode ser considerado forte, pois combinaram dispositivos constitucionais, leis, dispositivos não normativos, jurisprudência e literatura acadêmica para sustentar o parecer final. A ADO nº 23, além desses itens, ainda invocou normas regulamentares e jurisprudência de outros tribunais (neste caso, do Tribunal de Contas da União).

Disso se extrai que, pelo menos nesses dois casos, não se identificou um elemento estranho ao diagnóstico já formalizado anteriormente de que o Supremo age de forma parcimoniosa e cautelosa no exercício do controle abstrato de constitucionalidade (CASTRO, 1997; VIANNA *et. al.*, 1999). Não há estranheza porque, a partir de uma lente interpretativa que coloca a fundamentação no centro da legitimidade da atuação judicial, o alto esforço de justificação corrobora a postura de cautela. Afinal, se há um ônus argumentativo, é porque sem ele o tribunal talvez não decidisse da mesma forma. Daí se dizer que há parcimônia porque há esforço de fundamentação.

#### 4.1.3.2. Decisões finais

No que se refere às decisões finais, segmentei a análise dos dados a partir dos resultados dos julgamentos. Primeiramente, analisei os argumentos que preponderaram nas decisões que responderam negativamente aos pedidos formulados na inicial, fosse por razões formais (extinção sem resolução do mérito, indeferimento da inicial, prejudicados os pedidos ou negado seguimento) ou materiais (improcedência do pedido).

Uma ressalva merece ser ratificada. Os argumentos tabulados são aqueles que foram identificados nas decisões a partir de uma mera menção, e não se trata, necessariamente, de argumentos que foram determinantes para o veredito.

Uma segunda ressalva: algumas dessas ações tiveram resposta negativa do Supremo porque, segundo o tribunal, não havia direito dependente de norma regulamentadora. É o caso das ADOs nº 29, 36 e 37. Para fins de classificação, enquadrei esses casos na categoria “ausência de dever de legislar”, já que o fato de o direito arguido não depender de regulamentação significa, ainda que indiretamente, que não há obrigação legislativa imputável à parte requerida.

Os dados obtidos nesta etapa foram os seguintes.

**Tabela 11** Argumentos em decisões finais

	Argumentos formais				Argumentos materiais						
	(D)legitimidade ativa	(D)legitimidade passiva	Pertinência temática	Perda superveniente do objeto / do interesse de agir / prejudicados os pedidos	Ausência de dever de legislar / inadequação do parâmetro de controle escolhido	Inexistência de omissão / mora legislativa	Separação de poderes / impossibilidade de criação de norma abstrata	Princípios (proporcionalidade, razoabilidade, legalidade etc.)	Argumentos técnicos sobre a matéria específica	Razões extrajurídicas (econômicas, sociais etc.)	Impacto eventual de decisão
ADO 9	X										
ADO 12						X					
ADO 16					X						
ADO 17	X				X						
ADO 18				X							
ADO 19				X							
ADO 21	X		X								
ADO 22							X				
ADO 23				X							
ADO 24				X							
ADO 28						X					
ADO 29	X			X	X		X				
ADO 31	X		X		X			X			
ADO 32				X	X						
ADO 33	X		X								
ADO 35				X							
ADO 36					X						
ADO 37					X						
ADO 41					X						
ADO 42		X				X					
ADO 43		X				X	X				X
ADO 45					X						
ADO 46	X										
ADO 48						X					
ADO 49						X			X		
ADO 50	X										
ADO 51	X										
ADO 52				X	X						
ADO 53	X		X			X					
ADO 56				X							
ADO 57				X							
ADO 58				X							
ADO 61	X										
ADO 64				X							
ADO 68				X							
ADO 72				X							
	11 ações	2 ações	4 ações	14 ações	10 ações	8 ações	3 ações	1 ação	1 ação	0 ações	1 ação

Os resultados mostram que a principal razão usada pelo Supremo Tribunal Federal para inadmitir as ADOs investigadas foi a perda superveniente do objeto. Em seguida, a ilegitimidade ativa. Em terceiro lugar, a ausência de dever de legislar.

Dois desses três argumentos são de índole formal, os dois primeiros. O terceiro mais recorrente é de natureza material. Porém, entre as classes de argumentos materiais, a da ausência de dever de legislar talvez seja uma das que têm a menor margem de apreciação subjetiva pelo juiz, já que não envolve a emissão de juízos valorativos e principiológicos.

Em relação às classes que dão margem a uma argumentação menos vinculada, tais como os argumentos relacionados à separação de poderes, a princípios, razões extrajurídicas e impacto de eventual decisão, nota-se que elas tiveram pouquíssimos registros. Somente uma das ações em que se negou os pedidos formulados na inicial se valeu de argumentação principiológica. Nenhuma delas se valeu de razões extrajurídicas. E somente uma mencionou o impacto de eventual decisão na sociedade.

Esse cenário compõe mais um indício de ratificação da conclusão anteriormente referenciada, de que o Supremo Tribunal Federal, ao contrário do que sugere o senso comum em algumas de suas manifestações, não é um tribunal proeminente na assunção de competências legislativas pela via da ADO.

No entanto, essa conclusão preliminar pode estar influenciada pelo fato de que não foi necessário, em muitos desses casos, adentrar ao mérito da questão, tendo em vista que o processo já deveria ser inadmitido por razões formais. Por isso, serão enfrentadas mais adiante as decisões de procedência e parcial procedência entre as ADOs analisadas, a fim de aprofundar a investigação.

Uma última observação é necessária: os dados ajudam a confirmar a conclusão formulada no capítulo 3, de que os requisitos da legitimidade ativa e da pertinência temática compõem rigorosos filtros de acesso ao controle abstrato de constitucionalidade. Os dados desta seção ratificam isso, tendo em vista que onze ações foram inadmitidas mencionando o argumento da legitimidade ativa e quatro delas foram inadmitidas mencionando a pertinência temática.

Quanto à forma de fundamentação das decisões, tem-se o seguinte cenário.

**Tabela 12** Tipos de fundamentação das decisões de mérito sobre medidas cautelares

	Dispositivos constitucionais	Dispositivos não constitucionais			Dispositivos não normativos	Súmulas / informativos de jurisprudência	Jurisprudência do STF	Jurisprudência de outros tribunais	Literatura acadêmica
		Tratados internacionais	Leis	Normas regulamentares					
ADO 9	X		X						
ADO 12			X	X			X		X
ADO 16	X				X		X		
ADO 17	X								
ADO 18			X		X		X		
ADO 19			X		X				
ADO 21			X				X		
ADO 22	X		X	X	X		X		X
ADO 23	X		X	X			X		
ADO 24	X		X		X		X		
ADO 28	X		X		X		X		X
ADO 29				X			X		
ADO 31	X		X				X		
ADO 32	X						X		
ADO 33	X		X	X			X		
ADO 35			X				X		
ADO 36			X						
ADO 37	X		X				X		X
ADO 41				X			X		X
ADO 42	X		X				X		X
ADO 43	X		X				X		X
ADO 45	X		X	X					X
ADO 46	X			X					
ADO 48	X		X				X		
ADO 49	X		X	X			X		X
ADO 50			X		X		X		
ADO 51	X		X	X			X		
ADO 52	X			X			X		
ADO 53	X		X	X			X		
ADO 56	X		X						
ADO 57			X						
ADO 58	X			X			X		
ADO 61	X								
ADO 64			X				X		
ADO 68			X		X		X		
ADO 72			X	X			X		
	23 ações		28 ações	20 ações	7 ações	1 ação	28 ações		8 ações

É curioso observar que, no exercício de fundamentação, o tribunal se valeu mais de leis do que de dispositivos constitucionais. Além disso, normas regulamentares (Regimento Interno do STF, decretos do Executivo, resoluções, portarias etc.) também foram bastante frequentes. A primeira conclusão que pode se extrair disso, preliminarmente, é a de que houve uma certa deferência aos outros poderes no julgamento das ADOs analisadas, pelo menos quando a fundamentação tinha por objetivo justificar uma inação do Judiciário.

A menção a leis esteve atrelada, em muitos casos, à argumentação de que não existia a mora legislativa, em razão de já terem sido tomadas as providências para a regulamentação do dispositivo constitucional discutido. Em outros casos, ela serviu para contextualizar o tema, informar posições já tomadas pelo Legislativo em questões similares e/ou trazer aspectos técnicos da matéria.

A menção a normas regulamentares envolveu, em muitos casos, o Regimento Interno do próprio STF, mas em outros casos foi usada para detalhar a regulamentação atual da matéria e adentrar as especificidades do assunto.

Ao lado das leis, a referência à jurisprudência do próprio Supremo esteve no primeiro lugar das classes de fundamentos mais recorrentes. Somente em oito das ações que tiveram os pedidos negados não se fez referência a nenhum julgado do tribunal. Para além da deferência com os outros poderes, fica clara também a deferência à própria institucionalidade da Corte, pelo menos nos casos em que há a inadmissão dos pedidos.

Passemos, agora, à observação das ações que foram parcial ou integralmente procedentes. Foram quatro as ADOs que tiveram os pedidos acolhidos, pelo menos em partes: ADOs nº 25, 26, 30 e 67.



**Tabela 13** Tipos de fundamentação em decisões finais procedentes

	Dispositivos constitucionais	Dispositivos não constitucionais					Súmulas / informativos de jurisprudência	Jurisprudência do STF	Jurisprudência de outros tribunais	Literatura acadêmica
		Tratados internacionais	Leis	Normas regulamentares	Dispositivos não normativos					
ADO 25	X		X	X	X		X	X	X	
ADO 26	X	X	X	X	X		X	X	X	
ADO 30	X		X	X	X		X	X	X	
ADO 67	X				X	X	X	X	X	

Fonte: elaborado pelo autor (2023)

**Tabela 14** Argumentos em decisões finais procedentes

	Argumentos formais					Argumentos materiais				
	(I)legitimidade de ativa	(I)legitimidade passiva	Pertinência temática	Perda superveniente do objeto / do interesse de agir / prejudicados os pedidos	Mora legislativa / inércia deliberandi	Separação de poderes / possibilidade de saneamento da omissão / função contramajoritária	Princípios (proporcionalidade, razoabilidade, legalidade etc.) / Dignidade da pessoa humana	Argumentos técnicos sobre a matéria específica	Razões extrajurídicas (econômicas, sociais etc.)	Impacto de eventual decisão
ADO 25					X			X	X	
ADO 26					X	X	X	X	X	
ADO 30					X	X	X	X	X	
ADO 67					X	X	X	X	X	

Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Para acolher os pedidos formulados na inicial, o Supremo mencionou expressamente a mora legislativa (ou a *inertia deliberandi*) em todos os casos. A tensão entre os poderes, que é abordada em argumentos de separação de poderes, função contramajoritária do tribunal e possibilidade de saneamento da omissão, esteve presente em três dos quatro julgados. A argumentação principiológica só apareceu em dois casos. Todos os quatro julgamentos adentraram argumentação técnica específica sobre a matéria que estava sendo discutida. Igualmente, os quatro enfrentaram razões que extrapolavam a análise jurídica, considerando também argumentos de ordem política, econômica, social etc.

Algumas conclusões preliminares podem ser extraídas desse panorama. A primeira delas: o tribunal não se valeu de argumentação principiológica como a principal forma de decidir. Além disso: para acolher os pedidos, o tribunal não se furtou de analisar as especificidades técnicas da matéria. Por fim: a Corte não deixou de apontar a mora legislativa como condição *sine qua non* para intervir na função legislativa.

Quanto à forma de fundamentação: houve um vasto esforço de fundamentação em todos os quatro casos. A literatura acadêmica, por exemplo, esteve presente em todos eles. A jurisprudência do STF, da mesma forma. Em dois casos, fez-se referência à jurisprudência de outros tribunais<sup>94</sup>. Uma das ações chegou a citar tratados internacionais. Dispositivos constitucionais estiveram presentes em todos os julgamentos, assim como dispositivos não normativos. Leis e normas regulamentares foram bastante recorrentes e até mesmo súmulas ou informativos de jurisprudência foram referenciados.

Em síntese: nenhuma das categorias de fundamentos deixou de registrar alguma ocorrência, mesmo que a amostra seja tão restrita (somente quatro ações). Esse cenário leva à conclusão preliminar de que, nos julgamentos em que acolheu os pedidos formulados nas ADOs, o Supremo desempenhou esforço de fundamentação mais amplo do que nos casos em que não acolheu os pedidos. Isto é, o Supremo assumiu o ônus argumentativo de maneira mais rigorosa quando interviria na função legislativa. Por “esforço de fundamentação mais amplo” não me refiro necessariamente à quantidade de fundamentação, mas sim à diversificação dos tipos de fundamentos invocados.

O panorama extraído dos dados corrobora mais uma vez a falta de indícios para se caracterizar como “ativista” o Supremo Tribunal Federal, a partir de critérios quantitativos e qualitativos, pelo menos no que se refere às ADOs. Os critérios quantitativos estão expressos

---

<sup>94</sup> No caso da ADO nº 25, fez-se referência a julgados do Tribunal Constitucional espanhol, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e da Suprema Corte dos Estados Unidos. Na ADO nº 26, foram citados julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Suprema Corte dos Estados Unidos.

na análise da quantidade de pleitos que foram acolhidos. Os critérios qualitativos, por sua vez, se referem à forma pela qual o Supremo fundamentou as decisões, sobretudo as de procedência e de parcial procedência.

Um outro dado é relevante é o dos temas constitucionais discutidos nas ações que foram julgadas procedentes ou parcialmente procedentes e o da data em que essas decisões foram proferidas. A tabela a seguir sintetiza essas informações, a partir dos critérios de classificação descritos no capítulo 2. As datas das decisões organizam a tabela a partir do critério cronológico.

**Tabela 15** Datas e temas das decisões finais procedentes

	<b>Data da decisão final</b>	<b>Temas constitucionais discutidos</b>
<b>ADO 25</b>	30/11/2016	Tributação e orçamento <sup>95</sup>
<b>ADO 26</b>	13/06/2019	Direitos e garantias fundamentais
<b>ADO 30</b>	21/08/2020	Princípios fundamentais Direitos e garantias fundamentais
<b>ADO 67</b>	03/06/2022	Tributação e orçamento

Fonte: elaborado pelo autor (2023)

A informação dos temas constitucionais aponta em direção a uma outra conclusão preliminar. O Supremo Tribunal Federal foi mais proeminente na avaliação de ADOs que discutiam direitos e garantias fundamentais, tributação e orçamento. Essa constatação não está em conflito com as conclusões parciais formuladas no capítulo 3, por duas razões: (1) no capítulo 3, a análise era relacionada à admissão das ações, isto é, aos critérios de acesso à Corte, e não necessariamente aos juízos formulados pelo Supremo; e (2) as ações que foram julgadas procedentes ou parcialmente procedentes estão situadas, em sua maior parte, num recorte temporal bastante específico. Três dessas quatro ações foram julgadas no auge do período de crise da democracia.

No que se refere aos direitos e garantias fundamentais, mais especificamente, essa constatação corrobora um indício já formulado anteriormente neste trabalho: o de que, no período de crise da democracia, a ADO foi invocada como um dos instrumentos de destravamento da inércia institucional que se estabeleceu em torno de direitos fundamentais, sobretudo no Poder Executivo federal e no Congresso Nacional.

Essa formatação foi realizada, em grande parte, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, por meio de dois movimentos. O primeiro deles foi a evolução jurisprudencial acerca

---

<sup>95</sup> Os dispositivos apontados como parâmetro de controle na petição inicial são do ADCT. A aproximação temática para enquadramento nas demais categorias foi feita por mim.

da omissão inconstitucional. Conforme demonstrado no capítulo 2, a partir do ano de 2016 o tribunal ampliou o entendimento histórico sobre a omissão inconstitucional, para: revisitar o conceito; endossar a possibilidade de fixar prazo ao Legislativo e introduzir a possibilidade de proferir decisão que supre a lacuna legislativa; instituir a possibilidade de colmatação da lacuna por meio do alargamento da aplicação de norma já existente; vocalizar a relativa fungibilidade entre ações de controle concentrado; fundamentar decisões em ADO de forma fortemente amparada no paradigma sócio-histórico da omissão, em vez do paradigma estritamente jurídico-normativo; controlar a omissão a partir de norma principiológica/programática; e ampliar a menção a argumentos extrajurídicos na fundamentação das decisões.

Um segundo movimento foi aquele apontado por Daniel Sarmiento (2020), em que, por meio da ADPF 709/DF, o Supremo Tribunal Federal ampliou a legitimidade ativa para ações de controle abstrato de constitucionalidade, de modo que passou a incluir também a legitimidade de instituições que representam grupos de vulneráveis, sem que haja um componente econômico ou profissional na atuação dessas instituições.

Esses dois movimentos, já observados anteriormente, combinados com a análise empreendida neste capítulo, apontam de forma mais sólida para a conclusão de que, no período de crise da democracia, o Supremo Tribunal Federal expandiu as possibilidades de saneamento da omissão inconstitucional pela via da ADO, especialmente no que se refere à proteção de direitos e garantias fundamentais.

#### 4.1.4. As providências tomadas em cada decisão

Para avançar, é necessário debruçar-se sobre os tipos de decisão proferida em cada uma dessas quatro ações. Quais foram as medidas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal? De que maneira houve intervenção na competência legislativa em cada caso? Em que medida os casos de maior intervenção são representativos do quadro geral?

A seguir, uma síntese dos dispositivos das decisões que julgaram procedentes ou parcialmente procedentes as ADOs nº 25, 26, 30 e 67.

**Tabela 16** Providências tomadas nas decisões finais procedentes

<b>Ação</b>	<b>Dispositivo</b>	<b>Síntese das providências tomadas</b>
<b>ADO</b>	Julgo procedente a presente ação direta	a) Fixação de prazo para sanar a

25	de inconstitucionalidade para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 (doze) meses para que seja sanada a omissão.	omissão.
ADO 26	<p>Conheço, em parte, da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para, nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, nos termos a seguir indicados: (a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; (b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; (c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99; (d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque</p>	<p>a) Declaração da existência de omissão inconstitucional do Congresso Nacional;</p> <p>b) Ciência ao Congresso para tomar providências;</p> <p>c) Supressão da omissão por meio da ampliação do sentido de norma existente, sob o argumento da interpretação conforme.</p>

	tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e (e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “ d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento.	
<b>ADO 30</b>	Ante o exposto, voto pela procedência dos pedidos, declarando a inconstitucionalidade por omissão da Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, e determinando a aplicação de seu art. 1º, inciso IV, com a redação dada pela Lei nº 10.690/03, às pessoas com deficiência auditiva, enquanto perdurar a omissão legislativa. Voto, ainda, por estabelecer o prazo de 18 (dezoito) meses, a contar da data da publicação do acórdão, para que o Congresso Nacional adote as medidas legislativas necessárias a suprir a omissão legislativa.	a) Fixação de prazo para sanar a omissão; b) Supressão da omissão por meio da ampliação do sentido de norma existente.
<b>ADO 67</b>	Julgo procedente a ação direta de inconstitucionalidade, declarando a omissão inconstitucional na edição da lei complementar a que se refere o art. 155, § 1º, inciso III, da Constituição Federal e estabelecendo o prazo de 12 (doze) meses, a contar da data da publicação da ata de julgamento do mérito, para que o Congresso Nacional adote as medidas legislativas necessárias para suprir a omissão.	a) Fixação de prazo para sanar a omissão.

Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Curiosamente, as únicas ações em que o tribunal foi além da mera fixação de prazo foram justamente aquelas em que se discutia a proteção de direitos e garantias fundamentais, direta ou indiretamente. A ADO nº 26 discute a criminalização da homotransfobia, enquanto a ADO nº 30 discute a isenção de IPI a pessoas com deficiência auditiva. As outras duas ações estão relacionadas a questões tributárias e orçamentárias, como já salientado anteriormente.

Diante desse quadro, é possível complexificar a conclusão preliminar formulada no tópico anterior. Se, por um lado, o Supremo privilegiou os temas dos direitos fundamentais e do orçamento e tributação na apreciação de ADOs, fato é que o tribunal foi mais longe nas providências tomadas no bojo do primeiro deles (direitos e garantias fundamentais).

Em ambos os casos, a Corte foi além da mera cientificação e fixação de prazo para saneamento da omissão. Houve também a supressão da omissão pelo próprio tribunal, por meio da ampliação do âmbito de incidência de uma norma já existente. No caso da ADO nº 26, uma lei penal. No caso da ADO nº 30, uma lei que institui benefício fiscal.

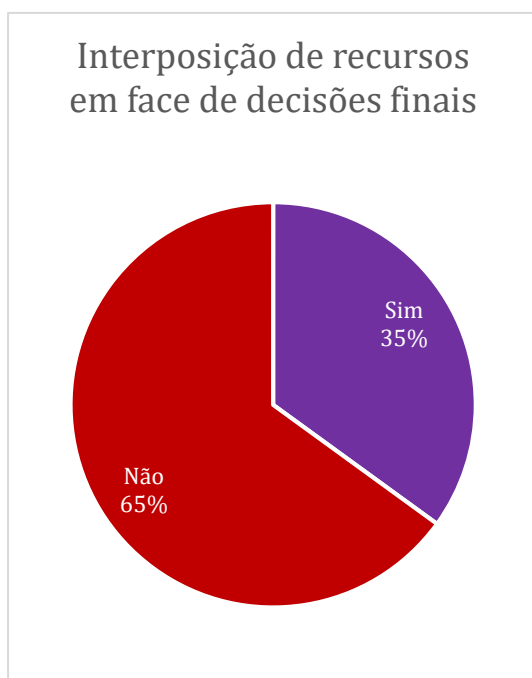
As controvérsias e complexidades dessas providências, sobretudo naquilo que tensionam o regime democrático e a separação de poderes, serão abordadas na revisão de literatura deste capítulo. Por ora, importa constatar que, pelo menos no que se refere ao espaço amostral da presente pesquisa, a postura mais ousada do tribunal foi limitada às ações em que se requeria a tutela de direitos e garantias fundamentais, direta ou indiretamente.

#### **4.1.5. A interposição de recursos**

Uma outra medida da legitimidade das decisões é a interposição de recursos em face delas. Decisões que não registraram nenhum recurso podem ser entendidas como menos contestadas e, portanto, mais aceitas pelo sistema de justiça. Por outro lado, decisões em face das quais foram interpostos recursos podem ser entendidas como mais polêmicas.

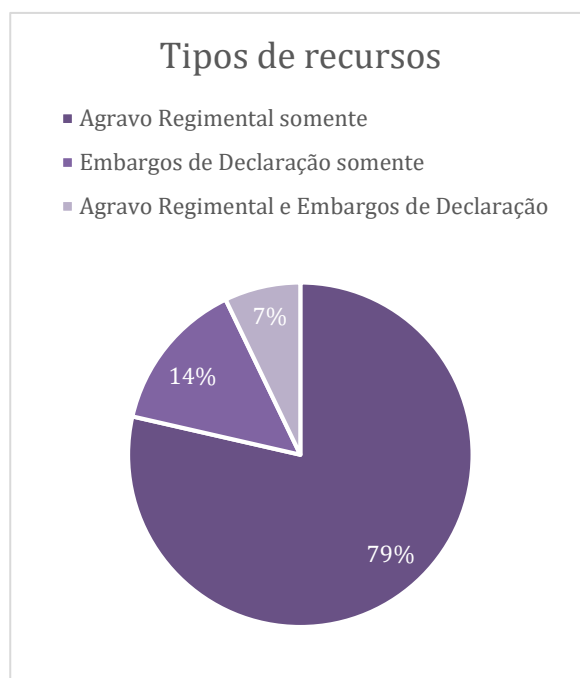
Entre as quarenta ações que já tinham decisão final no momento de encerramento da fase empírica da pesquisa, somente quatorze delas tiveram recursos interpostos. Em onze delas, foi interposto somente Agravo Regimental. Em duas delas, foram opostos somente Embargos de Declaração. Em uma delas, foi interposto Agravo Regimental e foram opostos Embargos de Declaração.

**Gráfico 20** Quantitativo de decisões finais que tiveram recursos



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

**Gráfico 21** Tipos de recursos interpostos



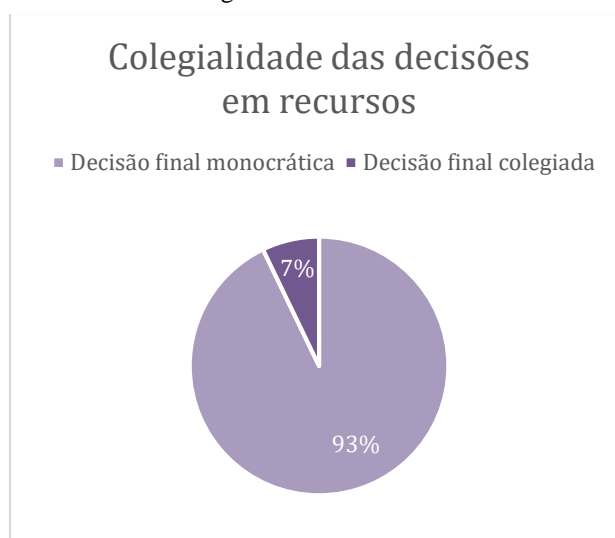
Fonte: elaborado pelo autor (2023)

O quantitativo de recursos interpostos pode ser considerado baixo. Esse dado aponta para um cenário em que as decisões proferidas em ADO não foram, a partir de critérios numéricos, muito controversas. Somente foram interpostos recursos em face de cerca de um terço das decisões finais.

O dado merece apuração mais detalhada. Quando se segmenta as decisões recorridas entre aquelas monocráticas e aquelas colegiadas, há uma informação interessante. Treze das quatorze ações que tiveram recursos tiveram decisão final monocrática. Somente uma das ações que tiveram recursos teve decisão final colegiada.



**Gráfico 22** Colegialidade das decisões em recursos



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Esse cenário leva a crer que decisões colegiadas em ADO tendem a ser menos questionadas que decisões monocráticas. Há vários motivos para isso, mas um deles parece ser o grau de legitimidade que uma decisão colegiada possui, em face de uma outra monocrática, especialmente em termos de controle abstrato de constitucionalidade.

O que importa observar, nesse ponto, é que há indícios de que, na prática jurisdicional, o fator dialógico da Corte tende a ser elemento importante para a construção da legitimidade de suas decisões. Resta saber se a literatura já produzida sobre o tema corrobora ou contradiz esse indício.

#### **4.1.6. O fator temporal no julgamento das ações**

Por fim, neste esforço empírico da investigação, resta identificar se o fator temporal foi um dos elementos relevantes para a construção da legitimidade das decisões, por um lado, e para a proteção dos direitos fundamentais, por outro.

Para este objetivo, fiz um cálculo da média de tempo decorrido entre a distribuição das ações e as decisões nela proferidas.

#### 4.1.6.1. Tempo decorrido entre a distribuição e a primeira decisão de mérito

Em primeiro lugar, analisei as ações que tiveram pedido de medida cautelar. Entre elas, foquei a princípio nas que tiveram decisão interlocutória de mérito, antes da sentença. São elas: ADOs nº 23 e 24. Em ambas, foram deferidas, integral ou parcialmente, as medidas cautelares requeridas.

**Tabela 17** Tempo decorrido entre a distribuição da ação e a decisão interlocutória de mérito

<b>Tempo decorrido entre a distribuição da ação e a decisão interlocutória de mérito</b>		
<b>Ação</b>	<b>Tempo decorrido</b>	<b>Temas constitucionais discutidos</b>
ADO nº 23	3 dias	Tributação e orçamento
ADO nº 24 <sup>96</sup>	10 dias	Direitos e garantias fundamentais
		Organização do Estado
		Ordem econômica e financeira
<i>Média: 6,5 dias</i>		

Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Não é possível estabelecer aproximações relevantes entre os dados, diante da amostragem reduzida e diante das variáveis incidentes. Somente é possível concluir que existe uma certa margem de subjetividade na apreciação célere das ações, em que, mesmo diante do alto volume de processos, o tribunal seleciona algumas ações para nelas proferir decisões em um curto espaço de tempo (no presente caso, numa média de 6,5 dias). A diversificação dos temas constitucionais envolvidos não permite uma conclusão acerca dos temas selecionados pela Corte para tramitação mais rápida.

Em seguida, passa-se à análise das ações em que foi requerida medida cautelar, mas não houve decisão interlocutória de mérito apreciando esse pedido. Em vez disso, foi proferida decisão convertendo o processo ao rito do julgamento definitivo. O tempo médio para que a decisão fosse proferida está expresso no gráfico a seguir.

---

<sup>96</sup> Os dispositivos apontados como parâmetro de controle na petição inicial são de Emendas Constitucionais. A aproximação temática para enquadramento nas demais categorias foi feita por mim.

**Gráfico 23** Tempo entre a distribuição da ação e a primeira decisão de mérito – casos com pedido de medida cautelar



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

A média geral, nos casos de processos com pedido cautelar convertido em julgamento definitivo, foi de 544 dias. No entanto, a média não é suficiente para tirar conclusões generalistas, tendo em vista que houve uma grande distância entre os casos mais céleres (ADO nº 51, por exemplo, que teve julgamento definitivo em 7 dias) e os casos mais demorados (ADO nº 32, por exemplo, que teve julgamento definitivo em 2338 dias). Ou seja, a média não tão representativa do todo.

Segmentando essas ações por temas constitucionais<sup>97</sup>, e por consequência obtendo médias de tempo segmentadas por tema, tem-se os seguintes resultados.

**Tabela 18** Média de tempo por tema

<b>Tema constitucional</b>	<b>Ações</b>	<b>Média de tempo (em dias)</b>
<b>Princípios fundamentais (arts. 1º a 4º)</b>	ADO 35, ADO 56	102 dias
<b>Direitos e garantias fundamentais (arts. 5º a 17)</b>	ADO 35, ADO 51, ADO 56, ADO 57	271,25 dias
<b>Organização do Estado (arts. 18 a 43)</b>	ADO 28, ADO 29, ADO 32, ADO 36, ADO 42, ADO 43, ADO 48, ADO 50	687 dias
<b>Organização dos poderes (arts. 44 a 135)</b>	ADO 33, ADO 43, ADO 50, ADO 53	316 dias
<b>Defesa do Estado e das instituições democráticas (arts. 136 a 144)</b>	ADO 72	102 dias
<b>Tributação e orçamento (arts. 145 a 169)</b>	ADO 18, ADO 45, ADO 48, ADO 52, ADO 58, ADO 68	543,8 dias
<b>Ordem econômica e financeira (arts. 170 a 192)</b>	ADO 56	34 dias
<b>Ordem social (arts. 193 a 232)</b>	ADO 35, ADO 51, ADO 57	350,3 dias
<b>Disposições constitucionais gerais (art. 233 a 250)</b>	-	-
<b>Não indicado expressamente</b>	ADO 37, ADO 41, ADO 61, ADO 64	609,25 dias

Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Em relação às decisões finais proferidas, tem-se, como já salientado, que duas delas foram de improcedência e quatro foram de procedência integral ou parcial procedência. O tempo médio para que as decisões finais fossem proferidas está registrado a seguir.

**Tabela 19** Tempo decorrido entre a distribuição da ação e a decisão final de improcedência

<b>Tempo decorrido entre a distribuição da ação e a decisão final de improcedência</b>		
<b>Ação</b>	<b>Tempo decorrido</b>	<b>Temas constitucionais discutidos</b>
<b>ADO nº 22</b>	861 dias	Ordem social
<b>ADO nº 28</b>	233 dias	Organização do Estado
<i>Média: 547 dias</i>		

Fonte: elaborado pelo autor (2023)

<sup>97</sup> Os dispositivos apontados como parâmetro de controle nas ADOs nº 52 e 58 são do ADCT. A aproximação temática para enquadramento nas demais categorias foi feita por mim.

**Tabela 20** Tempo decorrido entre a distribuição da ação e a decisão final de procedência (integral ou parcial)

<b>Tempo decorrido entre a distribuição da ação e a decisão final de procedência (integral ou parcial)</b>		
<b>Ação</b>	<b>Tempo decorrido</b>	<b>Temas constitucionais discutidos</b>
<b>ADO nº 25</b>	1191 dias	Tributação e orçamento
<b>ADO nº 26</b>	2002 dias	Direitos e garantias fundamentais
<b>ADO nº 30</b>	1985 dias	Princípios fundamentais
		Direitos e garantias fundamentais
<b>ADO nº 67</b>	395 dias	Tributação e orçamento
<i>Média: 1393,3 dias</i>		

Fonte: elaborado pelo autor (2023)

A comparação entre as duas tabelas mostra que, para julgar integral ou parcialmente procedente uma ADO, o tribunal demorou, em média, mais do que o dobro do tempo que demorou para julgar improcedente uma ADO. Há várias hipóteses possíveis que ajudam a explicar esse cenário. A que parece mais plausível é a de que o fator temporal é um dos elementos que ajudam a construir a legitimidade de uma decisão judicial que interfere na esfera de competência legislativa. Isto é, decisões de procedência, caso fossem proferidas de maneira muito imediata, poderiam tornar o sistema de controle abstrato de constitucionalidade mais permeável a influências políticas, assim como poderiam suprimir o tempo necessário para o debate se desenrolar na esfera pública.

Para complexificar esse raciocínio, é necessário segmentar os dados a partir dos temas constitucionais discutidos em cada ação. Com a divisão, tem-se que a média das decisões de procedência proferidas no bojo da tributação e do orçamento é de 793 dias. A média das decisões relacionadas a direitos e garantias fundamentais, por outro lado, é de 1993,5 dias. O número é mais que o dobro da média referente à tributação e ao orçamento.

Há, aqui, uma dupla consideração a ser feita. Por um lado, é justificável que o tempo médio em decisões relacionadas a direitos fundamentais seja superior, tendo em vista que, como observado anteriormente, o tribunal apresentou tendência de maior intervenção na esfera legislativa nos casos que tratavam de direitos fundamentais. Ou seja, os casos de maior intervenção demandavam maior cautela e maior amadurecimento do debate público.

Por outro lado, porém, é a tutela dos direitos fundamentais que demanda a maior urgência da apreciação judicial, sobretudo num cenário de inércia dos outros poderes. Ao contrário dos outros temas constitucionais, há aqui a proteção do núcleo duro de proteção da dignidade humana. A excessiva demora, portanto, ainda que possa contribuir para a atenuação

dos impactos políticos da decisão, prolonga também o estado de omissão na proteção de direitos e garantias fundamentais.

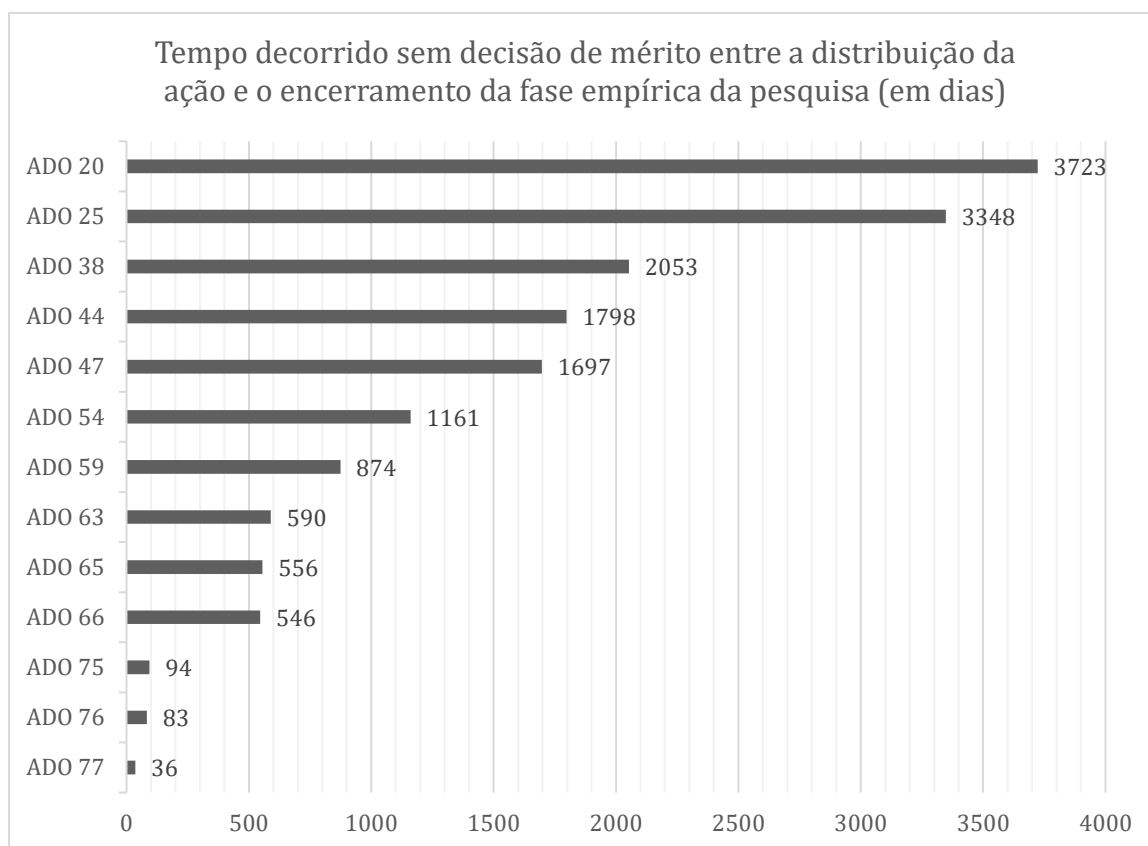
#### 4.1.6.2. Tempo decorrido sem nenhuma decisão de mérito desde a distribuição

Aprofundando as observações feitas anteriormente, é possível estabelecer também um paralelo entre o fator temporal e o acesso à justiça constitucional. Por muitos motivos, o Supremo Tribunal Federal prolonga excessivamente o julgamento de muitas ações que estão sob sua jurisdição. As razões que ajudam a explicar essa situação são amplamente exploradas pela literatura especializada e também pela imprensa. Há os pedidos de vista, o poder de pauta, a influência de fatores externos ao tribunal etc.

Nesse cenário, é comum encontrar processos que estão em tramitação há anos, sem que tenha sido proferida nenhuma decisão enfrentando o mérito da ação. É o caso das ADOs a seguir. Muitas delas têm pedido de medida cautelar, argumentando a existência de situação de urgência. No entanto, até o encerramento da fase empírica da pesquisa, estavam ainda pendentes de julgamento.

O gráfico a seguir ilustra o tempo decorrido sem julgamento, nos casos de processos em que foi formulado pedido de medida cautelar. Nele estão incluídos também os processos que foram convertidos ao rito do julgamento definitivo, mas que permaneciam sem decisão de mérito até o encerramento da pesquisa empírica.

**Gráfico 24** Tempo decorrido sem decisão de mérito entre a distribuição da ação e o encerramento da fase empírica da pesquisa (em dias)



Fonte: elaborado pelo autor (2023)

Neste caso, não é possível comparar os períodos sem decisão a partir dos temas constitucionais discutidos. O termo inicial da contagem é variável, conforme a data da distribuição da ação, de modo que não seria elucidativa a informação segmentada.

No entanto, é importante apontar que três das ações que constam do gráfico envolvem matéria de direitos fundamentais. São as ADOs nº 20 (discute a regulamentação do benefício da Licença-Paternidade), 65 e 66 (discutem a adoção de medidas de contenção e isolamento social frente à pandemia de Covid-19, incluindo competência para recomendar iniciativas legislativas de promoção de medidas econômicas).

A ADO nº 20 é, dentre as que formularam pedido de medida cautelar, a que estava há mais tempo sem decisão de mérito, na data do encerramento da fase empírica da pesquisa. E é uma das ações que discutem direitos fundamentais. Disso se extrai que, ainda que o fator temporal seja um fator de construção da legitimidade de decisões que buscam sanar a omissão em termo de direitos fundamentais, como se cogitou anteriormente, a demora do tribunal não deixa de manter o cenário de omissão alegada pelas partes requerentes.

Ou seja, em síntese: merece ressalvas a conclusão formulada anteriormente de que o Supremo Tribunal Federal tende a se comportar de forma mais proeminente na tutela de direitos e garantias fundamentais, no que se refere ao julgamento das ADOs analisadas. Fato é que a Corte ainda tem limitações claras em termos de proteção desses direitos. Uma delas é o comprometimento do acesso à justiça constitucional em razão da demora na apreciação das ações, mesmo naquelas em que há pedido de medida cautelar.

#### **4.1.7. Questões suscitadas**

Os dados apresentados suscitam algumas questões, que demandam revisão da literatura já produzida sobre o assunto.

Em primeiro lugar, é democrática a atuação do Supremo Tribunal Federal ao sanear a omissão inconstitucional e interferir na função legislativa? Se sim, em que medida essa atuação não viola o regime democrático?

Em segundo lugar, quais são as providências que o Supremo Tribunal Federal pode tomar em sede de ADO, sem que abale sobremaneira a dinâmica de separação de poderes e as estruturas democráticas? Quais são as técnicas de decisão à disposição do tribunal e de que maneira elas tensionam o regime democrático?

Em terceiro lugar, faz sentido falar em “ativismo judicial”? Quais são as conformações teóricas sobre o tema, de que maneira elas são entendidas pela produção mais recente e em que medida elas ajudam a explicar o comportamento do tribunal nas ações analisadas?

A essas perguntas se dedicará este último capítulo.

## **4.2. As técnicas de decisão do Supremo Tribunal Federal e a tensão com o regime democrático**

### **4.2.1. De que democracia estamos falando?**



Uma das perguntas que norteiam este capítulo, suscitada a partir da empiria, é a seguinte: é democrática a atuação do Supremo Tribunal Federal ao sanear a omissão inconstitucional e interferir na função legislativa?

Essa pergunta deve inexoravelmente ser precedida por uma outra: de que democracia estamos falando? Somente a partir da conformação dos significados historicamente atribuídos à democracia é que se poderá fazer inferências sobre o comportamento do Supremo. Para se dedicar a essa tarefa é que são feitas as reflexões a seguir.

#### 4.2.1.1. Desafios e contradições da discussão sobre democracia

Para os fins a que se dispõe, este trabalho não pretende conduzir a discussão a partir da pergunta “é ou não é democrática a atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de ADO?”. Em vez disso, prefiro “com que concepção ou concepções de democracia é compatível a atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de ADO?”.

Essa preferência decorre de um problema teórico e prático. Existe uma imensa profusão de diferentes conceitos de democracia, que torna em algum nível arbitrária a análise crítica sobre a atuação do Supremo. Para construir a crítica, seria antes necessário eleger os marcos teóricos de que o trabalho se valeria para a tarefa, o que, em última instância, refletiria apenas a compatibilidade ou incompatibilidade da atuação do Supremo com as convicções sobre democracia às quais adiro.

A esse objetivo, contudo, já se dedicaram inúmeros trabalhos. A literatura já produziu uma infindável quantidade de conformações teóricas distintas (e às vezes não tão distintas assim) e, igualmente, uma grande quantidade de críticas ao Supremo a partir de diferentes linhas teóricas.

Meu objetivo é distinto e é mais modesto, pois está circunscrito a um tópico específico da investigação. Portanto, além de comprometer o ineditismo, não seria possível nem produtivo nesta etapa do trabalho revisitar densa teoria democrática, com a finalidade de criticar a atuação do Supremo. Em vez disso, meu esforço será concentrado na sistematização das principais correntes teóricas que conformam a ideia de democracia, seus pressupostos e sua aptidão para justificar, e em que medida, a atuação do Supremo mapeada nas páginas anteriores deste trabalho. Ao final, formularei crítica baseada na teoria que me parece explicar melhor o funcionamento do sistema jurídico.

Num primeiro momento, é necessário trazer à superfície os principais desafios teórico-metodológicos que envolvem qualquer investigação sobre o conceito de democracia. O primeiro deles é o de que nem sempre está claro, nas teorias da democracia, qual é o paradigma analítico empregado pelo autor.

Há três formas distintas de se debruçar sobre o conceito de democracia. A primeira delas tem preocupações *normativas* sobre o valor da democracia. A segunda tem relação com questões *descritivas* do modo pelo qual sociedades ditas democráticas se estruturam. A terceira se funda sobre aspectos *semânticos*, que buscam compreender o seu significado (CUNNINGHAM, 2009). Nem sempre (ou quase nunca) os autores que tratam do tema deixam claro qual é a lente de análise que estão empregando, dentre essas três<sup>98</sup>.

Neste trabalho, assumo um esforço semântico. Busco aprofundar a concepção de democracia como um pré-requisito para formular questões sobre o comportamento do STF e a forma pela qual ele tensiona (ou não tensiona) os postulados daquilo que se entende por democracia. Em síntese, busco delinear qual é o meu parâmetro de análise, para que em seguida a análise seja feita tomando-o por base. Certamente, muitos são os sentidos atribuídos à democracia. Buscarei, na medida do possível, empreender uma síntese que seja capaz de contrastar cada um deles com a atuação do Supremo.

Um segundo desafio consiste na polissemia crônica que envolve o conceito de democracia. À polissemia se mistura, ainda, a desatenção à sua historicidade. Há uma rachadura ontológica no conceito de democracia (MIRANDA, 2021), que consiste na distância entre seus ideais e suas experiências reais. A realidade da experimentação democrática é quase sempre marcada pela distorção provocada pela intacta influência do liberalismo sobre as atuais formas de se compreender o mundo. Há, ainda, uma intocada privatização do poder, que se estabelece a partir de uma preservação sagrada da liberdade de alguns, em detrimento da de outros.

É necessário reconhecer que a própria conformação teórica de democracia intuída por boa parte dos intérpretes da Constituição é altamente homogeneizada pelos parâmetros capitalistas eurocentrados. Reconhecer isso não significa, porém, abandonar as possibilidades analíticas. Em vez disso, pode significar um compromisso de “complexificação conceitual, historicizante e interdisciplinar” (SILVA, BALTAR e LOURENÇO, 2018).

---

<sup>98</sup> A título de exemplo: a teoria de Aristóteles distingue com clareza as dimensões normativa, descritiva e semântica, mas nem sempre fica explícito qual delas se sobressai. A de Tocqueville tem preocupações abertamente normativas. A de Schumpeter não distingue bem os aspectos descritivos e normativos (CUNNINGHAM, 2009).

Essa conjunção de falhas tem conduzido a ideia de democracia a uma perda progressiva de sentido, tornando-a um simples simulacro dotado de finalidades retóricas (VILLAS BÔAS FILHO, 2013). Para lidar com esse problema, o objetivo, neste momento do trabalho, é recuperar alguns desses sentidos perdidos, não por preciosismo conceitual, mas por uma necessidade prática de se estabelecer um paradigma de análise com o qual é possível comparar a atuação do STF.

Um terceiro desafio tem relação com as limitações práticas a que uma ideia de democracia está invariavelmente submetida. Existe uma tensão originária entre o poder do povo e a própria ideia de Constituição, apontada de forma seminal por Antonio Negri (2015). “A democracia é teoria do governo absoluto” do povo, “ao passo que o constitucionalismo é teoria do governo limitado e, portanto, prática da limitação da democracia” (NEGRI, 2015, p. 1). Em outras palavras, um dos sentidos inerentes à Constituição é o que a compreende enquanto força de contenção da energia transformadora que vem do povo.

Essa tensão também já havia sido observada por Rousseau, embora por razões distintas. Calcado em sua rejeição ao modelo de democracia representativa, o autor francês afirmou que uma verdadeira democracia jamais existirá (ROUSSEAU, 2010). Para ser verdadeira, ela deve proporcionar a manifestação livre da vontade do povo, o que em qualquer nação de grandes proporções se torna impossível.

Para lidar com essa limitação, há um bom indicativo que pode ser extraído da obra de Robert Dahl (2016), que concorda com o diagnóstico da irrealização plena da democracia. Ao formular sua teoria, a pretensão de Dahl não é exatamente a de normatizar o conceito, mas sim fornecer critérios para a aferição do desempenho de instituições que se dizem democráticas. Para o autor, portanto, não se trata de resumir a discussão à pergunta “a instituição X é ou não é democrática?”. Uma pergunta mais eficaz seria “em que medida a instituição X promove a democracia?”.

Trata-se, portanto, de uma questão de *grau*, e não somente do preenchimento de requisitos normativos. Essa, aliás, me parece a melhor forma de construir a análise que virá a seguir, pois não esgota a matéria num formalismo asfixiante. A aferição da democracia está longe de se esgotar no cumprimento de critérios criados pela teoria.

Para além desses três desafios, há também um quarto: o esforço de compatibilização das teorias já produzidas, muitas delas norte-americanas e europeias, com o contexto local brasileiro, que em algum grau rejeita ou complexifica as premissas assumidas pelas literaturas do Norte. Ao situar a discussão sobre democracia na história do Brasil, o terreno fica ainda mais arenoso.

Como apontado por Lynch (2011), parte da literatura, principalmente a de tendência liberal, pressupõe a democracia no Brasil como regra, de modo que os períodos autoritários seriam a exceção<sup>99</sup>. Um dos elementos que denuncia essa visão é a constante referência aos processos de redemocratização (1933, 1945 e 1985), que remete à ideia de que, nesses períodos, a democracia foi restabelecida, trazida de volta.

Ocorre que a análise histórica aponta para um sentido distinto. Em termos eleitorais e quantitativos, a efetiva participação popular se manifestou em raros episódios. O que prevaleceu, por outro lado, foi o autoritarismo como fio condutor da sociedade e do Estado brasileiros (SCHWARCZ, 2019).

Assim, é difícil sustentar a ideia de uma redemocratização, por dois motivos: (1) é frágil a caracterização de uma efetiva participação popular nos episódios de 1933, 1945 e 1985, sobretudo em 1933; e (2) é ainda mais frágil a ideia de retomada, restabelecimento. Parece mais razoável falar em “democratização”. Com muitas aspas, afinal, a democracia no Brasil é obra sempre inacabada.

#### 4.2.1.2. Por um esforço de sistematização das teorias da democracia

A democracia surge como um desvio. Na teoria formulada por Aristóteles, a democracia é concebida como um desvio da *politeia*, esta sim legítima. Entre os demais desvios, porém, a saber, a *tiranía* (desvio da realeza) e a *oligarquia* (desvio da aristocracia), a democracia era o menos grave deles (ARISTÓTELES, 1985). Portanto, a célebre afirmação de Winston Churchill, sobre a democracia como o menor pior dos regimes, ecoa um pensamento já presente na obra de Aristóteles (CUNNINGHAM, 2009). Mas a principal contribuição das civilizações antigas para a teoria democrática é a formatação da ideia de império da lei (*rule of law*) (VILE, 1998). Segundo essa premissa, a lei é soberana e genérica (aplica-se a todos).

O conceito de democracia é retomado e ganha nova importância na Modernidade, com o advento do *liberalismo político*. A influência desse movimento histórico é tão grande, que até hoje boa parte das nações ocidentais são tidas como exemplos de democracia liberal.

---

<sup>99</sup> O estrato liberal da literatura ainda parece se vincular a uma tradição da teoria democrática que tem origem na concepção aristocrática de democracia. Para essa concepção, “democracia” é uma forma de liberalização restrita ao intuito de atacar as instituições que a elite ainda não é capaz de controlar (LYNCH, 2011). A pretensão igualitária é restrita, portanto, às instâncias de poder que submetem as elites a seu domínio. Assim, a dimensão social e efetivamente igualitária do conceito de democracia é diluída.

No entanto, a relação entre liberalismo e democracia nem sempre foi estável. Houve expressiva contraposição histórica entre esses ideais. O liberalismo é moderno, ao passo que a democracia é antiga (BOBBIO, 2017). Num ímpeto de combinação, porém, Antiguidade e Modernidade se fundiram na constituição daquilo que passou a ser entendido como *democracia liberal*.

Na teoria desenvolvida por John Stuart Mill, a democracia liberal é uma forma de combinar liberdades políticas, por meio da igualdade formal, com liberdades civis, por meio da ideia de “pluralismo” (CUNNINGHAM, 2009). O pluralismo se reflete, inclusive, nas distintas concepções de justiça, em oposição à tradição da filosofia política medieval que se dedicava ao esforço de identificação de uma noção única de bem e mal (RAWLS, 2011). A preocupação com as liberdades individuais decorre de um temor do despotismo. Ao mesmo tempo, há a contenção do sistema para que ele não recaia numa tirania da maioria<sup>100</sup> (TOCQUEVILLE, 2019).

No fundo, trata-se de uma concepção de autogoverno em que o Estado tem muito pouco espaço e o seu papel se restringe, em linhas gerais, a garantir o direito de propriedade, ainda que com algum espaço para postulados básicos sobre igualdade.

A democracia liberal está muito associada à ideia de representação. No seio dela se desenvolveu o modelo representativo (BOBBIO, 2017), calcado, num primeiro momento, no sentido formalista de transação e de autorização para representar (CORVAL, 2015). Há muitas críticas possíveis a esse modelo. Uma delas é a de que o modelo liberal de política se constrói a partir de uma lógica de concorrência, em que os atores políticos disputam o aparato administrativo, de modo que os interesses representados serão os interesses dos vencedores. “Seu meio é a barganha, não o argumento” (HABERMAS, 1995, p. 43). Outra é a de que, em seu sentido liberal clássico, ela promove a constante pacificação do conflito, em vez de permitir que venham à tona os ímpetos de transformação da sociedade por meio da política (CORVAL, 2015).

Já no século XX foram empreendidas tentativas de compatibilização de fragmentos da teoria socialista com o modelo de democracia liberal, por meio da ideia de *social-democracia*. Para os liberais clássicos, esse movimento seria impossível (TOCQUEVILLE,

---

<sup>100</sup> Tocqueville é mais um escritor sobre a liberdade do que sobre a democracia. Funda sua teoria no temor do despotismo, que culmina numa preocupação com a tirania da maioria. Para ele, presume-se mais sábia a decisão tomada por muitos homens do que aquela tomada por um só. No entanto, caso isso conduza a um cenário de onipotência do grupo majoritário, os efeitos são terríveis: há a instabilidade do Legislativo, a conduta arbitrária, o conformismo e o afastamento dos ilustres da política.

2019)<sup>101</sup>. Mesmo entre os contemporâneos, a consistência dessa combinação é controversa. Há quem diga que o que se chama de *democracia social* é tão somente uma retórica igualitária que encobre políticas capitalistas, enquanto há quem veja nela a possibilidade de inserção de políticas igualitárias que desafiam o capitalismo (CUNNINGHAM, 2009).

Já no século XX, com o objetivo de modernizar a teoria liberal clássica, Schumpeter (2017) oferece sua contribuição à teoria da democracia. Preenchido por um ímpeto “realista”, o autor buscava entender o funcionamento real de sociedades geralmente consideradas democráticas, não se contentando com a interpretação teórica clássica. Em razão disso, concebeu a democracia como um *método*. Esse método seria caracterizado por arranjos institucionais entremeados com a burocracia estatal e com políticos que ganham o poder de decidir por meio do voto (CUNNINGHAM, 2009).

Entre as outras teorias que não rejeitam a tradição liberal, mas buscam submetê-la, de alguma forma, a algum nível de crítica, há o *pluralismo*. O *pluralismo clássico* é uma escola que se desenvolveu na América do Norte na segunda metade do século XX. Surge como forma de identificar o papel de grupos políticos intermediários na relação entre os detentores do poder e o povo (HELD, 1987). Entre esses grupos democráticos estão igrejas, sindicatos, associações comunitárias etc.

O elemento distintivo dessa escola é o seu tratamento do *conflito*. Considera que o conflito é inevitável e não deve ser tratado a partir da perspectiva utópica de eliminação do dissenso. Nada obstante, há o reconhecimento de que o conflito pode gerar destruição. Para contê-lo, parte do poder é cedida ao Estado, para que ele administre a paz. Assim, a democracia surge como forma de regular conflitos e impedir que alguns grupos cooptem o Estado (CUNNINGHAM, 2009).

É possível identificar na obra de Robert Dahl algumas sinalizações à teoria pluralista, quando, por exemplo, concebe a igualdade política um princípio elementar da ideia de democracia (DAHL, 2016). Para que se identifique se há ou não igualdade política, Dahl propõe cinco critérios essenciais<sup>102</sup>. Acrescenta, ainda, uma lista de seis instituições políticas que a ideia de democracia exige, quando transpõe a discussão para uma escala maior<sup>103</sup>. Esses

---

<sup>101</sup> Tocqueville antagoniza o ideal libertário ao ideal igualitário. Para ele, liberalismo e socialismo são inconciliáveis. Para o autor, diante do liberalismo, a democracia é um problema. Mas diante do socialismo, ela é uma contenção (TOCQUEVILLE, 2019).

<sup>102</sup> Possibilidade de participação efetiva dos membros; igualdade de voto; entendimento ou possibilidade de se escutar e aprender sobre diferentes soluções para um mesmo problema; possibilidade de se interferir no planejamento e pauta das discussões; e inclusão dos adultos (DAHL, 2016).

<sup>103</sup> Ao focar na organização de grandes sociedades, para além de pequenas associações, o autor prevê como essenciais: funcionários eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas; autonomia para as associações; cidadania inclusiva (Ibid.).

critérios estão em estrito diálogo com uma preocupação de promoção da pluralidade na política.

Uma das variações da corrente pluralista é a sua aceção radical. O *pluralismo radical* confronta o pluralismo clássico na medida em que critica a concepção do Estado como mero recipiente do poder de grupos de interesse. Questiona a concentração de recursos socioeconômicos e entende que somente a distribuição desses recursos proporciona oportunidades para que as opções políticas sejam colocadas de forma equânime (HELD, 1987).

Ademais, assume que os interesses que definem os grupos de interesse são construídos politicamente, e não estão predeterminados. Entende que o conflito não é um problema, mas pode vir a ser uma virtude do regime democrático. Além de ser inevitável, pode ser uma forma de proteção contra a autocracia (CUNNINGHAM, 2009).

Uma outra variação da democracia liberal é formatada sob a ideia de *democracia associativa* (LIJPHART, 1968). Trata-se de modelo no qual os líderes políticos de grupos significativos da sociedade cooperam numa grande coalizão, em vez de se enfrentarem segundo a competição situação *versus* oposição (CUNNINGHAM, 2009). Como os pluralistas, propõe um modelo de acomodação de conflitos inevitáveis em prol da paz e da estabilidade.

Há, ainda, a *democracia participativa*. Nela, a participação política dos cidadãos é o motor da democracia. Seus teóricos não ignoram que há apatia de parcela dos cidadãos quanto à política, mas a consideram uma falha. É, portanto, tarefa do regime ampliar a participação e o engajamento desses cidadãos. O direito de votar, para essa teoria, não encerra a ideia de democracia. A tomada de decisão que tem por objetivo o consenso é vista como a forma ideal de se organizar o poder. A eleição, no melhor dos casos, é um mal necessário (Ibid.).

O maior rompimento com os estratos liberais da teoria da democracia talvez seja a concepção de *democracia direta*. Ela parte da constatação do ainda jovem Marx de que o poder legislativo não é capaz de expressar realmente a sociedade civil. Marx, portanto, põe em xeque a ideia liberal de representação. Para ele, não é admissível um modelo político em que a autodeterminação do povo aliena seu poder no Estado político, que se converte em um conteúdo exterior ao Estado (constituição) (MARX, 2005).

No pensamento marxiano, a democracia se realiza a partir da ruptura da oposição entre Estado político e sociedade civil. Isso significa dizer que, para que haja democracia, o Estado deve ser uma universalidade concreta, e não uma abstração apenas remotamente legitimada numa suposta soberania popular. Para isso, parte do diagnóstico de que, no Estado

moderno, “o interesse privado é seu assunto universal, e não o assunto universal seu interesse privado” (Ibid., p. 81).

Nesse sentido, a teoria socialista e a teoria comunista são caracterizadas por Held (1987) como os maiores exemplos de democracia direta. Em ambas, existe uma noção compartilhada de cooperação e extinção da escassez material. Na teoria comunista, em especial, há uma concepção de autogoverno que torna redundante a própria ideia de democracia (HELD, 1987).

Há, ainda, outra teoria que desafia um pouco mais o modelo liberal ordinário de representação, embora conserve elementos importantes de sua estrutura. Trata-se da *democracia deliberativa*, teoria contemporânea que se vale da força criativa da filosofia da linguagem desenvolvida no século XX.

A democracia deliberativa parte do ideal de que o argumento e o raciocínio público são as principais formas de justificar os termos e as condições da democracia (CUNNINGHAM, 2009). A deliberação é entendida como um engajamento argumentativo interpessoal (MENDES, 2013), por meio do qual a interpretação constitucional tem lugar relevante<sup>104</sup>. O requisito é que o argumento esteja situado numa discussão entre cidadãos que estão em condições iguais de participação política. Trata-se de uma concepção normativa (CUNNINGHAM, 2009), contrária à ideia liberal de democracia-método (CORVAL, 2015).

Habermas tem papel fundamental nessa teoria. Para ele, as decisões e as instituições legítimas são aquelas que estão no meio de um procedimento democrático em que os cidadãos possam participar como livres e iguais na formação discursiva da vontade (HABERMAS, 1979). Antagoniza-se à ideia de que as instituições existem para promover preferências fixas de cidadãos. O objetivo da teoria do discurso de Habermas é fornecer instrumentos para que a sociedade civil, por meio do direito, afirme-se contra o poder do dinheiro e contra o poder administrativo<sup>105</sup> (HABERMAS, 1995).

Ao mesmo tempo, porém, em que Habermas se apresenta como expoente dessa construção teórica, o autor ocupa posição bastante peculiar nesse processo (BELLO, 2006). É que Habermas é partidário (e artífice) de uma concepção procedimentalista da democracia, segundo a qual cabe à Jurisdição Constitucional tão somente assegurar os procedimentos

---

<sup>104</sup> Nesse sentido: “em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de Democracia” (HÄBERLE, 1997, p. 49).

<sup>105</sup> Para explicar sua teoria, Habermas opõe duas concepções do processo político: uma delas *liberal* e outra *republicana*. A deliberação, para Habermas, é a base de uma concepção *republicana* do processo político. Nela, no lugar da influência dos processos de mercado, como ocorre na concepção *liberal*, é a *comunicação pública orientada para o entendimento* que ocupa o papel de orientadora da política (HABERMAS, 1995).



justos, em vez de definir o que é a justiça. A peculiaridade de sua posição está no fato de que, apesar de conceber a democracia como uma questão de procedimento, ainda assim Habermas não se furta de prever a tutela e a promoção de conteúdos substanciais na democracia deliberativa, chamados de *sistema de direitos*, como argumenta Enzo Bello (2006).

Na democracia deliberativa, a legitimidade dos processos decorre de sua aptidão para encorajar a deliberação sobre questões específicas e, inclusive, sobre as regras do jogo, isto é, os procedimentos democráticos. O embate de opiniões, na lógica da deliberação, é mais do que um pressuposto. Ele é a força que legitima o sistema político. A justificativa para isso é a de que “o exercício continuado do discurso político tem força vinculatória sobre a forma de exercer o poder político” (HABERMAS, 1995, p. 43).

A ideia de democracia deliberativa está fortemente associada à do diálogo institucional. A estrutura deliberativa é apontada pela literatura recente como elemento facilitador e promotor do diálogo (MORAES e LEAL, 2020). Na interseção entre as duas teorias, há o *argumento* como elemento que legitima e promove a flexibilização da separação rígida de poderes.

Há, como desdobramento da democracia deliberativa, as *teorias da escolha social*. Busca-se entender, segundo esses estudos, a racionalidade por trás das escolhas públicas. Em seguida, essa racionalidade é usada para explicar o governo. Nesse sentido, um governo racional é aquele que busca os meios apropriados para um determinado fim. Isto é, as finalidades não são em si racionais ou irracionais. São formas de se apurar a racionalidade daqueles que agem para concretizá-las (CUNNINGHAM, 2009).

As teorias da democracia sumariadas até aqui, longe de exaurirem toda a produção literária sobre o tema, compõem esforços de delimitação conceitual, portanto abstrata, do que viria a ser um modelo ideal. Há, além delas, aquelas que fazem um movimento inverso: deparam-se com um modelo posto e buscam entendê-lo a partir de seus critérios. Seguindo essa tradição, é fundamental a escola alemã, que no pós-II Guerra Mundial se firmou como um dos expoentes da democracia constitucional do século XX.

Representante da escola alemã, Konrad Hesse (1998) identificou alguns elementos que compõem a base da democracia instituída pela Lei Fundamental: exclusão de tirania e despotismo; ordem de domínio estatal-jurídica; autodeterminação do povo segundo a vontade da maioria, a liberdade e a igualdade. A Lei Fundamental, para Hesse, não busca exaurir um modelo democrático. Ela sistematiza as estruturas da democracia e deixa a definição de seu conteúdo para a política (HESSE, 1998).

O pensamento alemão é bastante influenciado pela ideia de que o poder advém do cidadão, e não do povo. É que a categoria *povo* não dá conta da dinâmica do poder, por ser excessivamente abstrata e por ter sentido impreciso (HÄBERLE, 1997). No lugar dela, a cidadania passa a ser compreendida como um exercício de poder realizado concretamente por cada cidadão, por meio de seus direitos fundamentais. “A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular” (Ibid., p. 38), porque o povo, na forma estatuída por Rousseau, não pode ser entendido somente como uma instância legitimadora dos episódicos processos eleitorais.

Mais recentemente, como um desdobramento do constitucionalismo do século XX, desenvolveu-se na América Latina um outro importante esforço de compreensão das democracias contemporâneas. Trata-se do *neoconstitucionalismo latino-americano*, fortemente amparado pela historicidade e pela territorialidade em seus estudos (GARGARELLA e COURTIS, 2009).

A América Latina é terreno de conflitos históricos decorrentes do colonialismo, que ainda se mantém vivo por meio de tradições culturais e normativas. Além disso, é caracterizada por sucessivos períodos autoritários, que alternam golpes e contragolpes (SCHWARCZ, 2016). As estruturas econômicas são especialmente vis nos países do Sul Global e, por consequência, assim o são também na América do Sul. Por tudo isso, a tradição democrática no Brasil e seus países vizinhos é marcada por peculiares características constitucionais.

Entre elas, a positivação de ampla carta de direitos fundamentais, calcada numa desconfiança da sociedade civil, e mais especificamente dos movimentos sociais, com a capacidade do Estado de promover sua dignidade. O resultado é um quadro de permanente disputa das instituições, que culmina em Constituições amplas, complexas e contraditórias (VIEIRA e BARBOSA, 2018).

A experiência democrática latina do final do século XX e início do século XXI, porém, apesar de seus inegáveis méritos, não é capaz, de desfazer muitas das amarras que limitam o pleno exercício dos direitos fundamentais. Embora virtuoso, o neoconstitucionalismo ainda é um reflexo da tradição europeia moderna de contenção do poder na forma de uma Constituição (BELLO, 2015). Nesse sentido, ainda reverbera a provocação de Negri (2015), que ressalta a elementar tensão que existe entre a democracia enquanto poder do povo e a Constituição enquanto contenção da mudança.

Os limites da democracia experimentada na América Latina são especialmente sentidos no cenário de crise. A crise democrática sistêmica por que passaram (e ainda passam

em alguma medida) países latinos é também uma crise do neoliberalismo, que, em vez de promover revoluções, tomou o Estado por dentro (NOBRE, 2022).

Uma teoria da democracia que desconsidere essas peculiaridades está fadada a se tornar mero simulacro dotado de finalidades retóricas (VILLAS BÔAS FILHO, 2013). Por isso, tentarei desenvolver minha análise sobre a atuação do STF, inevitavelmente estruturada a partir dos marcos teóricos e normativos, a partir também da experiência popular real. É por isso que, para além de categorias teóricas que sistematizem a ideia de democracia, busquei elencar também desafios pragmáticos para a aplicação dos conceitos.

A tarefa é desafiadora, pois a manipulação de conceitos envolve, inexoravelmente, um certo grau de abstração. Ao mesmo tempo, porém, conceitos são úteis somente na medida em que sejam capazes de traduzir a realidade para uma linguagem científica. Quando se tornam inúteis ou incapazes de contemplar a integralidade (ou a quase integralidade) das estruturas reais de poder, perderão eficácia. Por tudo isso, elegerei a seguir um parâmetro de análise, que será aquele que julgo mais eficaz para dar conta da complexa realidade à qual se direciona, para formular a crítica sobre a atuação do STF no julgamento das ADOs.

#### 4.2.1.3. Crítica à luz da teoria da democracia

Retomando os dados obtidos na fase empírica da pesquisa, é possível formular as seguintes asserções acerca da atuação do STF nas ADOs investigadas:

- a) O Supremo, em geral, não empregou a urgência requerida pelos requerentes das ADOs na análise de medidas cautelares, e o fez em ainda menor grau nas ações que discutiam direitos fundamentais;
- b) Houve expressiva deferência aos outros poderes na fundamentação dos julgamentos, ao menos quando a fundamentação tinha por objetivo justificar uma *inação* do Judiciário;
- c) Nos julgamentos em que acolheu os pedidos formulados nas ADOs, o Supremo desempenhou esforço de fundamentação mais amplo do que nos casos em que não acolheu os pedidos. Isto é, o Supremo assumiu o ônus argumentativo de maneira mais rigorosa quando entendeu por intervir na função legislativa. Por

“esforço de fundamentação mais amplo” não me refiro necessariamente à quantidade de fundamentação, mas sim à diversificação dos tipos de fundamentos invocados;

- d) Em termos quantitativos, o STF foi majoritariamente conservador na análise de ADOs, optando na maioria dos casos por não acolher os pedidos formulados, fosse por improcedência material (em proporção bastante reduzida) ou por extinção dos processos sem resolução do mérito (em proporção ampliada);
- e) No que se refere às *providências* tomadas no âmbito das ADOs julgadas procedentes ou parcialmente procedentes, o Supremo foi mais longe somente nas ações que discutiam direitos e garantias fundamentais;
- f) O comportamento dialógico da Corte se manifestou em vários momentos, na fundamentação das decisões;
- g) Em relação ao *fator temporal*, decisões de procedência apresentaram tendência de maior demora do que as de improcedência. Segmentando os dados para restringir-se às ações que envolviam direitos fundamentais, o tempo médio para se proferir uma decisão foi ainda maior.

Esse panorama compõe um retrato, entre tantos possíveis, da atuação do Supremo Tribunal Federal. Esse retrato é limitado: está circunscrito ao recorte da pesquisa. A partir das linhas da teoria da democracia apresentadas, é possível justificar, em maior ou menor grau, o comportamento que esse retrato revela. Para possibilitar a análise, reduzi as teorias expostas no tópico anterior a três grandes linhas mestras, que, a meu ver, sintetizam bem os conflitos a ela inerentes: teorias da democracia liberal, da democracia direta e da democracia deliberativa.

Em primeiro lugar, o comportamento do STF é, em boa parte, confortavelmente justificado pelo ideário da democracia liberal. No geral, em termos quantitativos, é possível identificar postura de autocontenção bastante condizente com os parâmetros clássicos da separação de poderes. Na verdade, talvez a atuação do Supremo seja ainda mais contida do que a doutrina da separação de poderes clássica prevê. Afinal, o exercício da função contramajoritária, próprio da vertente norte-americana de freios e contrapesos<sup>106</sup>, foi evitado em muitas ocasiões, em prol do equilíbrio institucional.

---

<sup>106</sup> A título de exemplo: “A questão de saber se a lei fundamental ou superior tem de ser aplicada judicialmente é controversa. Alguns teóricos do constitucionalismo consideram que as constituições só limitam o governo quando as normas constitucionais que restringem a produção legislativa são aplicadas por uma instituição que

É importante constatar, porém, que a autocontenção nem sempre está expressa nos votos. Em muitos momentos, há de fato a menção à separação de poderes enquanto fundamento de cautela. Por exemplo:

Ainda que se possam considerar relevantes as razões sociais motivadoras do agir da Procuradoria-Geral da República no ajuizamento da presente ação, o pedido não pode prosperar. Tão importante quanto a preservação da saúde daqueles que se excedem no uso de bebidas alcólicas e que poderiam consumi-las em níveis menores é a observância de princípios fundamentais do direito constitucional, como o da separação dos poderes.<sup>107</sup>

No entanto, a despeito de ocorrências como essa, na maior parte das vezes a postura de autocontenção do Supremo se manifestou indiretamente, por meio (1) do lapso temporal entre a formulação do pedido e a decisão; (2) da inércia do tribunal até que os outros poderes tomassem as medidas necessárias ao saneamento da omissão, fazendo com que ficassem prejudicados os pedidos; e (3) da aplicação rigorosa dos requisitos da legitimidade ativa e da pertinência temática.

Trata-se, tomando por empréstimo a expressão cunhada por Teresa Melo-Costa (2019), de uma “solução envergonhada” para o problema da omissão. Parece razoável supor que, nesses casos, o tribunal não esteve disposto a assumir o ônus de intervir na função legislativa, mas, paralelamente, não esteve disposto também a proferir decisão de improcedência material, o que possibilitaria a crítica de que a corte não dimensionou bem o tamanho do problema que deu origem à respectiva ADO e que se omitiu na missão institucional de guardião da efetividade da Constituição.

Sob a lente da democracia liberal, essa postura é bastante justificável. Afinal, o dogma da separação de poderes permanece majoritariamente intacto na atuação do STF. A teoria liberal só enfrentaria desafios um pouco maiores para justificar as raras decisões de deferimento de medida cautelar ou procedência dos pedidos. São seis as ações que registraram essas decisões: ADOs nº 23 e 24 (deferimento parcial de medida cautelar), 25 (procedentes os pedidos), 26, 30 e 67 (parcialmente procedentes os pedidos).

---

não seja a responsável pela produção legislativa. A revisão judicial, nesta perspectiva, é uma condição necessária para o constitucionalismo.” (GRABER, 2013, p. 27, tradução livre)

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 22. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. REGULAMENTAÇÃO DE PROPAGANDA DE BEBIDAS DE TEOR ALCOÓLICO INFERIOR A TREZE GRAUS GAY LUSSAC (13° GL). AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO. [...]. Autor: Procurador-Geral da República. Réus: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Carmen Lúcia, 22/04/2015, disponível em <<https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=ADO&numero=22>>. Acesso em 11/06/2023.

O grau de crítica às decisões seria diverso, a depender do caso. As ADOs nº 23, 25 e 67 abordam o sistema tributário constitucional e envolvem, direta ou indiretamente, discussões sobre federalismo fiscal. Trata-se de matéria cara à doutrina liberal, sobretudo a de inspiração norte-americana (MADISON, HAMILTON e RAY, 1993). Por um lado, a solução da omissão nesses temas é importante para a manutenção da economia capitalista regulada pela Constituição de 1988, de modo que a intervenção do Supremo pode ser tida como produtiva. Por outro, porém, a função contramajoritária nesses casos pode ser criticada a partir da necessidade de discussão do tema na arena de representação dos Estados da Federação, o Senado Federal. Há, portanto, abertura a uma crítica liberal, mas que não comprometeria por inteiro a legitimidade das decisões.

A ADO nº 24, por sua vez, aborda direitos fundamentais, organização do Estado, ordem econômica e financeira. Trata-se de discussão sobre a elaboração da lei de defesa dos usuários de serviços públicos. A postura do Supremo, nesse caso, oferece poucos entraves à justificação liberal. Ela se legitima a partir da função contramajoritária prevista na teoria de inspiração norte-americana, em temor à tirania da maioria tão vocalizada, por exemplo, por Tocqueville (2019), assombrado pela violência observada na França jacobina<sup>108</sup>. A justificação é ainda mais confortável por se tratar de tema pouco controverso, que não suscitou grandes conflitos ideológicos e políticos.

As ADOs nº 26 e 30 tratam quase exclusivamente de direitos fundamentais. A ADO nº 26 discute a criminalização da homotransfobia, enquanto a ADO nº 30 discute a extensão de benefício fiscal a pessoas com deficiência auditiva. A ADO nº 30 envolve aplicação quase automática do princípio da igualdade, de modo que o grau de controvérsia da ação está adstrito à literalidade da lei que instituiu o benefício. No entanto, por tratar de direitos fundamentais (sobretudo a igualdade de tratamento para pessoas com deficiência), a função contramajoritária se torna mais proeminente, conforme prevê a literatura de estrato mais liberal (BARROSO, 2020).

A ADO nº 26, por outro lado, é a que encontra maior entrave para se justificar a partir da teoria liberal. O desafio é de ordem formal, mas alcança também ordem material. Em termos formais, a interpretação constitucional desenvolvida naquele caso, que já foi amplamente descrita anteriormente, ofende diretamente alguns postulados constitucionais: a

---

<sup>108</sup> O entusiasmo de Tocqueville com a democracia norte-americana era justificado por duas ausências: (1) não encontrou na América manifestações de violência revolucionária tão intensas quanto aquelas sentidas na França jacobina; e (2) também não encontrou uma aristocracia tão poderosa e tão demarcada pela estratificação social quanto a memória da herança aristocrática da França pré-revolucionária acusava (CUNNINGHAM, 2009). Ainda assim, porém, o autor manteve em algum grau olhar crítico ao exemplo norte-americano, sobretudo pela tirania da maioria que se verificou no pós-revolução

legalidade penal estrita (por, na visão mais conservadora, equivaler a uma analogia em matéria penal) e a separação de poderes (por tratar de tema polêmico, que está em afronta direta à pauta majoritariamente conservadora do Congresso Nacional).

Em termos materiais, há uma distinção importante a ser feita. A tradição liberal no Brasil se associou, com recorrência, a uma visão conservadora dos direitos fundamentais que desafiam a moral sexual tradicional. Segundo essa perspectiva, a atuação do Supremo não se justificaria em nenhuma hipótese, pois, além de desequilibrar a separação de poderes, ainda interferiria em seara de ascendência parlamentar. A caracterização desse cenário poderia facilmente incorrer, a partir da lente liberal, numa *juristocracia* (HIRSCHL, 2004). Quanto à limitação em matéria penal, não haveria muito o que se discutir, na maior parte da tradição liberal brasileira, pois há bastantes precedentes em que se torna admissível, para esses setores da sociedade, alguma extensão da política criminal por meio judicial.

Há que se considerar, porém, que a decisão proferida na ADO nº 26 talvez não encontrasse tantos desafios de justificação para alguns setores mais progressistas das correntes liberais. David Held, por exemplo, identificava ainda no século XX a necessidade de uma dupla redemocratização: uma redemocratização do Estado e outra da sociedade civil. Ou seja, não basta que as instituições estatais sejam rediscutidas a partir de sua capacidade de promover a autonomia dos indivíduos. É também necessário que a própria sociedade seja empoderada a partir da redução da interferência do capital privado na tomada de decisões (HELD, 1987).

Em outras palavras, o que o autor, de influência liberal, argumenta é que, para que haja uma real transformação das estruturas estatais, é antes necessária uma redução do nível de desigualdade presente na sociedade civil. A sociedade, então, precisaria ser *de fato* democrática, antes que o Estado o seja. E isso passa, inclusive, pelas desigualdades atinentes às minorias sexuais, como é o caso da população LGBTQIAP+. Nesse sentido, a atuação contramajoritária da corte encontraria menos obstáculos em sua justificação quando estivesse orientada a reduzir o quadro geral de desigualdade que impede a autonomia dos indivíduos.

No Brasil, no entanto, convém lembrar, a doutrina liberal está situada à direita do espectro político ideológico, diferentemente da vinculação à esquerda que ocorre na tradição europeia e norte-americana. Isso significa que o liberalismo brasileiro tem, em sua gênese, um estrato conservador bastante pronunciado. Por essa razão, a atuação do STF é mais criticada por autores liberais brasileiros do que, supõe-se, seria por autores de estrato liberal que não estão diretamente associados a uma visão conservadora dos direitos de minorias sexuais.

Em segundo lugar, para as linhas teóricas da democracia direta, especialmente a teoria marxista, a crítica é formulada a partir de um ponto de vista mais amplo. Antes de se direcionar a uma ou outra determinada decisão, importa mais identificar a legitimidade que o Judiciário constrói para si no sistema capitalista. A discussão, portanto, é anterior à avaliação do mérito das decisões que julgaram procedentes os pedidos ou deferiram medidas cautelares.

A teoria marxista concebe o Judiciário como um aparato de Estado atrelado à reprodução econômica e social capitalista (BIONDI, 2015). Sua atuação é ainda mais questionada quando se percebe o caráter aristocrático da corte. Dos poderes constituídos, o judicial é o que está mais distante da efetiva representação das demandas populares, pelo menos do ponto de vista formal, já que os critérios para a nomeação de ministros previsto na Constituição de 1988 são o “notável saber jurídico”, ao lado da “reputação ilibada”.

Para além do Judiciário, há um conflito inerente à própria concepção de direito. A teoria marxista legitima o direito não a partir da coercitividade da norma, mas sim a partir da figura do sujeito de direito. É ele o átomo da teoria jurídica (PACHUKANIS, 1988). Portanto, o que dá forma ao sistema jurídico não é a forma pela qual as normas são impostas e produzem efeitos, mas sim a figura do indivíduo titular de prerrogativas em face do Estado e dos demais indivíduos.

“Se o liberalismo trata o direito de um ponto de vista neutro, e o associa com o conceito de justiça, o marxismo define o direito pela violência estatal” (MOTTA, 2019, p. 1120). Em vez da análise *racional* do direito, própria do liberalismo, o marxismo propõe uma análise *realista* (Ibid.). Nesse sentido, a legitimidade do próprio sistema está em questão.

No entanto, embora a literatura denuncie o direito como instrumento de controle social e manutenção de privilégios, há aquelas vertentes do marxismo que consideram legítima a busca por “rachaduras” e “brechas” que possam dar alguma dimensão emancipadora ao sistema, como aponta Biondi (2015). Para essas vertentes, a atuação episódica do Supremo Tribunal Federal na efetiva tutela da omissão inconstitucional pode ser justificada a partir da promoção da dignidade humana e da emancipação, ainda que muito localizada, dos indivíduos. Não haveria, por consequência, a justificação de todo o sistema, mas seria conferida alguma legitimidade à atuação aristocrática da corte, quando estivesse direcionada à contenção dos danos causados pela economia capitalista.

É o caso principalmente das decisões proferidas nas ADOs nº 26, 30 e, em menor grau, 24. Quanto à ADO nº 26, que mais tensiona as concepções liberais de democracia, os partidários da democracia direta talvez tenham a maior afinidade entre as decisões analisadas neste trabalho. É que, a despeito da racionalidade jurídica moderna, foi ela a decisão que



efetivamente mais enfrentou um cenário de opressão e marginalização. Trata-se da decisão mais ousada, dentre as investigadas, em termos de tutela da dignidade humana.

Tomando-se por critério de análise o direito enquanto substância, e não somente como forma, a decisão proferida na ADO nº 26 talvez se justifique com mais facilidade sob as lentes da democracia direta. Afinal, segundo a compreensão dialética (KOSIC, 2011), o sujeito e as instituições não devem ser compreendidos de maneira isolada do contexto histórico e econômico das relações de poder. Assim, uma decisão judicial, por exemplo, não deve ser analisada abstraindo-se todos os conflitos socioeconômicos que envolvem a sua edição. Ela não é um fato isolado. E, por isso, pode se justificar segundo critérios externos à sua própria institucionalidade.

Assumindo radicalmente essa proposição substantiva da democracia, a atuação do Supremo Tribunal Federal se torna majoritariamente injustificável, na medida em que sua autocontenção importou na demora, na negativa ou simplesmente na falta de apreciação de inúmeros temas caros à democracia material. Como já demonstrado no início do capítulo, foram muitos os casos em que pedidos relacionados a direitos fundamentais foram negados ou simplesmente deixaram de ser julgados pelo tribunal, em homenagem à separação de poderes e à autocontenção. Por isso, ao final resta sobressalente a conclusão marxista de que o STF serviu para manter o *status quo* e as relações de poder socioeconômico que condicionam o sistema jurídico.

Em terceiro e último lugar, na teoria da democracia deliberativa é possível encontrar caminhos diversos para justificar e criticar a atuação do Supremo. Nela, não está dada a racionalidade da lei como critério preestabelecido de justificação, como ocorre no modelo liberal. Por outro lado, também não há a rejeição sistemática às bases capitalistas de sustentação do ordenamento jurídico, como ocorre na teoria marxista. A teoria da deliberação é a que me parece contemplar de forma mais estável as peculiaridades da jurisdição constitucional e sua tensão com o regime democrático. Por isso, além de desenvolver uma crítica com base nela, a ela me filio e subscrevo.

Valendo-se da teoria da democracia deliberativa, a atuação do Supremo será legítima na medida em que promover a ampla participação discursiva. Ao reconhecer no direito uma forma de *linguagem*, ela prevê que a participação do cidadão na esfera pública se dá a partir de sua manifestação discursiva. Não por acaso, a instituição concebida para a representação é chamada de Parlamento (etimologicamente, o lugar da fala). A matéria prima da deliberação é, portanto, o *argumento*.

Na medida em que a esfera de diálogo público comportar múltiplas intervenções, sobretudo a daqueles mais afetados pelas decisões políticas (GARGARELLA, 1998), ela construirá sua legitimidade gradualmente, pois abrirá espaço para mudanças e repactuações dos consensos. Essa teoria vê de forma complexa a relação entre democracia e constitucionalismo, na medida em que um desses elementos representa o enfraquecimento do outro (NINO, 1997).

A deliberação tem como importante valor a *ética do consenso* (MENDES, 2013). Não se trata de uma atuação obstinada a alcançar o consenso a qualquer custo. Se assim o fosse, a ideia de “consenso” serviria somente para encobrir e justificar, ao final, a imposição da vontade do mais poderoso. O que a ética do consenso propõe, por outro lado, é uma abertura ao diálogo, de modo que há disponibilidade, por parte dos envolvidos, ao convencimento. Existe, na lógica deliberativa, uma predisposição à escuta, que pode produzir consensos ou, no limite, expor de forma mais precisa os conflitos que travam o consenso.

Para a teoria discursiva da democracia, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais são uma forma de institucionalizar os exigentes pressupostos comunicativos do processo democrático (HABERMAS, 1995). Nesse sentido, a atuação do STF destinada a controlar a omissão, por meio de normas principiológicas, é legítima na medida em que (1) não violar os procedimentos e pressupostos dialógicos e (2) se relacionar à arena de deliberação pública. Isto é, na medida em que responder a uma demanda discursiva da comunidade brasileira e, ao mesmo tempo, propiciar novas etapas discursivas subsequentes, que não encerrem a discussão. Assim, em vez de dar a última palavra, o tribunal se legitimaria a partir da *última palavra provisória*, que permite a continuidade e o aprofundamento da deliberação (MENDES, 2011).

Considerando esse rol de premissas, o comportamento do Supremo nas ADOs investigadas constrói sua legitimidade de forma bastante oscilante. Por um lado, a corte intervém no quadro de omissão e dá espaço às reivindicações formuladas nas ações em que foi deferida a medida cautelar ou foram julgados procedentes os pedidos. No caso das ADOs nº 23 e 24, por exemplo, é interessante perceber que o deferimento das medidas cautelares deu ensejo, ainda que de forma constrictiva, à tomada de providências por parte do Congresso Nacional. Em ambos os casos, a omissão foi sanada no curso do processo, de modo que ao final foram julgados prejudicados os pedidos e extintas as ações. As intervenções provisórias provocaram o efeito necessário: elas impulsionaram a deliberação no aparato político-institucional.

Por outro lado, na maior parte dos casos, como já salientado, a corte deixou de apreciar os pedidos, ainda que raramente tenha proferido decisões de improcedência material. Ao invés de tornar expressa a recusa, na maior parte dos casos as soluções adotadas ofuscaram essa escolha. É o caso das decisões que, em vez de analisarem o mérito, extinguíram os processos por razões formais. Em vários desses casos, o motivo para a extinção decorreu de escolhas discursivas do próprio tribunal sobre a forma de se caracterizar o requisito formal para o prosseguimento da ação.

Nesse sentido, a negativa às providências pedidas se manifestou principalmente por uma via *indireta*, por meio (1) do *lapso temporal* entre a formulação do pedido e a decisão; (2) da *inércia* do tribunal até que os outros poderes tomassem as medidas necessárias ao saneamento da omissão, fazendo com que ficassem prejudicados os pedidos; e (3) da aplicação rigorosa dos requisitos da *legitimidade ativa* e da *pertinência temática*.

Essas vias indiretas de negativa à providência requerida podem ser entendidas também como uma forma de *deliberação opaca*. Isto é, trata-se de um comportamento do tribunal que se insere na lógica da deliberação, já que responde aos impulsos comunicativos próprios do processo, mas que não deixa claros e expressos os motivos que orientaram a atuação da corte. Em vez de transparente, a deliberação é opaca, frágil e centralizadora.

Em toda decisão há motivação, expressa ou oculta. Ao não pautar um processo para julgamento, por exemplo, o tribunal não está deixando de tomar uma decisão. Pelo contrário, está afirmando uma vontade. Porém, faz isso de forma não transparente, na medida em que não traz à tona a motivação dessa decisão e, assim, deixa de oportunizar a continuidade da deliberação. A um argumento se responde com outro. Quando uma decisão é tomada sem que fique claro o argumento que lhe deu origem, a prática deliberativa se interrompe. Essa forma de agir, por meio de mecanismos indiretos de decisão, talvez seja o elemento que mais desafie a teoria deliberativa, em termos de justificação do comportamento judicial.

Quanto ao lapso temporal, porém, o primeiro dos mecanismos indiretos citados, existe uma outra camada a ser considerada na crítica. Ao mesmo tempo em que ele revela uma insuficiência deliberativa da corte, por outro lado pode ser visto como mais um dos elementos que constroem a legitimidade das decisões.

Como já salientado anteriormente, houve um lapso temporal maior nas decisões de procedência do que nas de improcedência. Isto é, houve maior demora, em média, para proferir decisões de procedência. Isso não é necessariamente ilegítimo, quando se tem por lente de análise o fator político da atuação do Supremo Tribunal Federal. O tempo pode ser encarado como fator modulador dos efeitos negativos ao equilíbrio institucional, tendo em

vista que pode propiciar o amadurecimento do debate público enquanto a questão é analisada pelo tribunal. Além disso, dá a oportunidade para que as autoridades requeridas tomem providências antes da decisão judicial. Por exemplo: enquanto o tribunal não analisa a questão, a mera existência do processo pode desencadear uma tomada de providências por parte do Congresso Nacional.

É o que ocorreu, por exemplo, no curso das ADOs nº 23 e 24, com uma diferença. Naqueles casos, o Congresso Nacional saneou a omissão apontada na petição inicial, antes que o STF proferisse a decisão final. A diferença é que nessas duas ações houve medida cautelar deferida pelo tribunal. Ou seja: o tribunal adotou uma solução provisória enquanto propiciou o diálogo, e não simplesmente cruzou os braços, o que certamente influenciou na assunção do compromisso parlamentar.

Esses exemplos podem trazer uma nova hipótese às reflexões contidas neste trabalho: talvez a atuação deliberativa do STF seja mais eficaz e menos contestada quando o tribunal profere decisões provisórias, que dão conta da urgência dos problemas levados ao tribunal. Assim, a legitimidade sob a ótica da democracia deliberativa seria diretamente proporcional à *imediatez* com que a corte analisa problemas urgentes e à *provisoriedade* das decisões que toma, ao permitir a continuidade do debate. A hipótese demanda investigação mais apurada em trabalhos futuros.

Um outro fator de legitimidade é a abertura à continuidade do diálogo. Numa democracia deliberativa não há última palavra, mas sim uma estrutura de permanente revisão e rediscussão dos temas submetidos à jurisdição (MENDES, 2011). Na seara da omissão inconstitucional, essa abertura é constante, já que, tão logo seja editada a medida requerida numa ADO, a atuação judicial se esgota. O Judiciário, portanto, pode atuar como propulsor e desobstruidor da inércia institucional dos outros poderes, o que lhe garante posição ainda mais legítima no quadro deliberativo.

A deliberação, no entanto, se difere, entre interna (entre os ministros) e externa (entre a corte e as outras instituições políticas). Como apontado Virgílio Afonso da Silva, no STF tem prevalecido a lógica da deliberação externa, em detrimento do esforço de convencimento e deliberação entre os ministros (SILVA, 2009b). Em outras palavras: no que se refere à deliberação interna do tribunal, há muito que se criticar na atuação do Supremo. Sem deixar de considerar as razões pragmáticas que levam a esse quadro, é impossível deixar de lembrar o fato de que a grande maioria das decisões de extinção dos processos sem resolução de mérito foi de perfil monocrático.

Das trinta e quatro decisões finais de extinção sem resolução do mérito, somente uma delas não foi monocrática (ADO nº 56). Por mais embasada em normas regimentais que essa prática esteja, parece razoável concluir que o tribunal trata como simples e corriqueira a análise de temas bastante controvertidos relacionados a questões formais. Exemplo disso é o tema de legitimidade ativa e pertinência temática, que é um dos motivos para decisão de extinção sem resolução do mérito.

Quanto às decisões de deferimento de medida cautelar, ambas foram proferidas monocraticamente, por óbvio, mas em ambos os casos foram submetidas ao Plenário para referendo.

Em relação às decisões de procedência (parcial ou integral), que foram quatro, todas foram colegiadas, como esperado. Duas delas foram construídas de forma unânime (ADOs nº 25 e 67), enquanto outras duas (ADOs nº 26 e 30) foram por maioria. Na ADO nº 26, somente um ministro votou pela improcedência e outros dois divergiam parcialmente do relator. Na ADO nº 30, somente houve uma divergência parcial, sem nenhum voto pela improcedência.

Numa análise imediata, vê-se que não houve grandes intercorrências quanto à deliberação interna, no que se refere às decisões que analisavam a *materialidade* das ações. O campo de maior disputa parece ser o da constitucionalidade *formal*. É lá que está, em maior grau, a fragilidade da atuação deliberativa do STF, com decisões monocráticas em grande proporção, com pouca ou nenhuma margem de superação dos filtros de acesso à corte (legitimidade ativa e pertinência temática) e com ampla possibilidade de manejo do tempo a favor ou contra a pauta do processo para julgamento.

Em síntese, a teoria da democracia deliberativa apresenta ferramentas para a construção de críticas importantes à atuação do STF retratada nesta pesquisa. Se, por um lado, a deliberação se mostrou eficaz nos momentos em que era trazida à luz, por outro, houve o uso de importantes mecanismos pouco transparentes de contenção do diálogo. Quando joga luz sobre o debate, o tribunal é mais assertivo na proteção da Constituição. Quando, porém, não está disposto a assumir o ônus argumentativo necessário para tanto, esconde-se sob as balizas confortáveis da formalidade procedimental.

#### **4.2.2. Como explicar a atuação do STF nas ADOs? – Técnicas decisórias e possibilidades de criação judicial**

No tópico anterior, o trabalho tentou situar as balizas dentro das quais a atuação do STF se justifica na teoria democrática. Agora, neste momento da pesquisa, importa investigar as formas pelas quais a decisão pode ser construída para dar conta da lógica deliberativa. Nesse cenário, existe espaço para alguma forma de criação judicial, como a que ocorreu, por exemplo, na ADO que resultou na criminalização da homotransfobia? De que maneira essa criação tensiona os pilares da teoria da democracia?

A decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de ADO é tema que está em constante atualização, dada a evolução jurisprudencial sobre o tema<sup>109</sup>. A literatura clássica, porém, resiste em reconhecer esse movimento. Por se tratar de tema espinhoso, que esbarra na dinâmica de separação de poderes e nos pilares do regime democrático, são inúmeras as disputas travadas em torno das possibilidades de comportamento normativo pelo tribunal.

Num primeiro momento da jurisdição constitucional, já sob a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal se limitava, em sede de ADO, a reconhecer a omissão inconstitucional e cientificar o órgão competente, para que tomasse providências. O ato de dar ciência da mora legislativa ao Legislativo não poderia nem sequer estar atrelado à fixação de prazo para sanar a omissão. A fixação de prazo só poderia ocorrer no caso de omissão administrativa, em razão de expressa previsão constitucional. Esse foi o entendimento vocalizado em 1996, na ADI nº 1439.

Anos mais tarde, o Supremo passou a reconhecer a possibilidade de fixação de prazo para saneamento da omissão também ao Legislativo. Na mesma ocasião, teve início uma discussão sobre os efeitos da decisão no tempo. Tudo isso ocorreu no julgamento da ADI nº 3682, em 2007.

Já em 2016, no julgamento da ADO nº 25, o Supremo foi um pouco além. Na ocasião, além de fixar prazo para saneamento da omissão, o tribunal instituiu a possibilidade de supressão judicial da lacuna legislativa, ao prever uma consequência para o caso de ser descumprido o prazo fixado. Esse entendimento foi firmado diante da constatação da insuficiência das medidas até então adotadas pelo tribunal.

Em 2019, o tribunal empreendeu um dos passos mais largos na sua evolução jurisprudencial sobre o assunto. Ao julgar a ADO nº 26, inaugurou a possibilidade de

---

<sup>109</sup> Ver capítulo 2, item 2.2. O cenário de crise da democracia no Brasil contribuiu para uma expansão ainda maior das possibilidades decisórias nos últimos anos.

colmatação da lacuna por meio do alargamento da aplicação de norma já existente. No caso, norma penal.

Outros movimentos paralelos ocorreram, como o julgamento da ADO nº 30, por exemplo, em 2020, em que a corte empreendeu controle da omissão com base em norma principiológica/programática.

Ocorre, porém, que a literatura não necessariamente acompanhou os movimentos feitos pelo Supremo. Os estudos sobre as técnicas de decisão na jurisdição constitucional permaneceram, por muito tempo, impermeáveis às possibilidades de normatização pela via judicial.

Mais recentemente, o estudo das técnicas de decisão, especificamente no que importa à ADO, passou a ser reunido sob o escopo da ideia de *técnicas de decisão intermediárias*. Por meio delas, o STF profere decisões que se situam numa zona cinzenta entre a declaração de inconstitucionalidade, com a nulidade da norma, e o reconhecimento da constitucionalidade da lei (BARROSO e MELLO, 2019). Seu objetivo é minimizar o impacto de uma decisão de inconstitucionalidade que, a rigor, deveria ser nula e produzir efeitos retroativos, sem que, com isso, deixe-se de validar a ilegítima constitucionalidade da norma.

As decisões intermediárias se dividem entre as interpretativas e as manipulativas (ou construtivas). Essas duas categorias buscam dar conta de um inventário de técnicas que, até a metade da década passada, havia evoluído muito pouco. As categorias identificadas pela doutrina até então foram bem sintetizadas por Ademar Borges Sousa Filho (2014): (a) declaração de inconstitucionalidade parcial, com ou sem redução de texto; (b) interpretação conforme, com ou sem redução de texto; (c) declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; (d) reconhecimento do trânsito para a inconstitucionalidade ou da lei ainda constitucional; (e) apelo ao legislador; e (f) modulação dos efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade (SOUSA FILHO, 2014).

Como se vê, a síntese tradicional das técnicas de decisão não dá conta do problema da inconstitucionalidade por omissão. Em que categoria seria possível incluir a decisão que busca sanar a omissão inconstitucional, após permanente mora legislativa? A decisão proferida na ADO nº 26, em 2019, seria abarcada por qual espécie?

A preocupação aqui não é com a nomenclatura ou com a eficácia do sistema classificatório, mas sim com a possibilidade de reconhecimento, pelo sistema jurídico, da legitimidade de decisões que vão além desse sistema clássico. Ou, no mínimo, o reconhecimento de que elas existem.

Em síntese, as categorias tradicionais previstas pela doutrina não são suficientes para explicar o comportamento decisório do Supremo Tribunal Federal. Além disso, há um problema de imprecisão no uso dessas classificações, em partes decorrente da falta de uniformidade entre as diferentes formas de se categorizar as técnicas de decisão. Embora haja alguma semelhança entre os estudos de diversos autores sobre o assunto, há muitas divergências quanto à forma de distinguir os tipos de decisões proferidas pelo STF (COSTA, 2019).

O problema da classificação tradicional decorre, pelo menos em partes, de uma premissa equivocada. Sustentou-se por muito tempo que o Supremo não exerce, em nenhuma hipótese, atividade normativa, com base na doutrina positivista do legislador negativo. Apesar de ainda reunir adeptos, essa concepção já se encontra obsoleta. Já não há mais dúvidas, para parte da literatura mais recente, de que alguma força criativa está presente na interpretação constitucional, tarefa delegada ao STF. A manipulação do texto e de seus sentidos é em alguma medida inerente ao processo de interpretação do direito (BRANDÃO, 2014). Portanto, “a questão, como já se destacou, não é se o STF normatiza ou não, mas quando, como e por que o faz” (COSTA, 2019).

Imbuída desse esforço, a literatura mais recente sistematizou de outras maneiras as técnicas decisórias à disposição do Supremo. Nesse processo, incorporou ao sistema a previsão de categorias que já vinham há algum tempo sendo usadas no Brasil, depois de terem sido importadas do direito comparado.

Sob a classe *decisões intermediárias*, foi proposta a seguinte segmentação. Entre as *intermediárias interpretativas*, estão: (a) a interpretação conforme a Constituição; (b) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; (c) a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador; e (d) a declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade. Entre as *intermediárias manipulativas*, estão: (a) as aditivas; e (b) as substitutivas (BARROSO e MELLO, 2019).

A categoria que mais importa para o presente trabalho é a das sentenças manipulativas, pois é no seio delas que se insere a tensão relativa ao tema do controle abstrato da omissão inconstitucional. Trata-se das sentenças que afetam o conteúdo normativo complexo do preceito, indo além de uma mera interpretação (BRUST, 2009). Alguns autores situam a sentença que reduz o conteúdo do preceito nessa categoria (Ibid.), enquanto outros entendem que as manipulativas são somente aquelas que adicionam ou substituem conteúdo da norma (BARROSO e MELLO, 2019).



Às sentenças manipulativas é com frequência feita a objeção de que configuram intervenção ilegítima do Judiciário na esfera legislativa. No entanto, essa crítica está carregada de uma generalização que nem sempre é hábil para explicar a jurisdição constitucional. Não é sempre correta a afirmação de que sentenças aditivas intervêm mais do que sentenças chamadas ablativas (capazes de anular norma inconstitucionalmente). O grau de intervenção da decisão deve ser medido em concreto (SOUSA FILHO, 2014).

*Sentenças aditivas*, mais especificamente, são definidas como decisões orientadas à integração do sistema jurídico, por meio da identificação (ou criação) de norma não expressa em precisa disposição normativa (SOUSA FILHO, 2014). Por meio delas, é restabelecida a vigência do princípio da igualdade, quando, em um caso de omissão parcial (relativa), a norma se tornou desigual (DE PAULA, 2018). As *substitutivas*, por sua vez, incidem não sobre uma norma implícita, mas sobre uma explícita. O resultado é a substituição judicial do conteúdo disciplinado por outro (BARROSO e MELLO, 2019). O STF parece ter rejeitado, no Brasil, a possibilidade de proferir sentenças substitutivas (NOBRE JÚNIOR, 2006).

Entre as aditivas, há as aditivas *de prestação*, que envolvem um fazer estatal; as *de garantia*, que envolvem uma abstenção estatal; e as *de princípio*, que fornecem diretrizes para que a omissão seja sanada pela entidade competente. Barroso e Mello reconhecem nas decisões aditivas de princípio aquelas que menos tensionam a separação de poderes, entre as aditivas. Ademais, têm a seu favor a possibilidade de favorecer o diálogo institucional (BARROSO e MELLO, 2019).

Ocorre que, a despeito da assertividade da literatura mais atualizada, ainda há fortes reflexos da virtualidade da compreensão anterior no universo jurídico. Um deles é o recurso frequente e equivocado à “interpretação conforme a Constituição” como categoria apta a explicar (e justificar) decisões que contêm algum grau de criatividade.

A forma como essa técnica decisória foi introduzida no Brasil ajuda a dar conta do problema. Na forma como foi desenvolvida pela literatura, ela se legitima a partir de seu intento de preservação do princípio da conservação dos atos jurídicos (NOBRE JÚNIOR, 2006). Mais do que isso, a partir de uma pretensa valorização do trabalho legislativo, conservando as leis por ele produzidas, e, assim, prevenindo o surgimento de conflitos (COELHO, 2003).

No entanto, ao contrário das formulações mais entusiastas, o uso dessa ferramenta não foi nada pacífico. Muitos conflitos institucionais foram suscitados a partir dela. A invocação reiterada da *interpretação conforme* foi a porta de entrada para as sentenças

aditivas na jurisprudência do Supremo, sem que, com isso, se discutisse os efeitos e limites dessa técnica (SOUSA FILHO, 2014).

Em vez de se trazer à tona a discussão sobre a criação de norma pela via judicial, a prática constitucional optou por esconder, sob o manto da interpretação conforme, os reais efeitos dessas decisões, no que se refere ao respeito ao legislador e à separação de poderes. Trata-se, portanto, de uma “solução envergonhada” (COSTA, 2019), que não assume com clareza a possibilidade de uma atuação mais criativa do Supremo (que, é necessário salientar, é inevitável à missão institucional que lhe foi conferida pela Constituição).

Foi por meio desse percurso que muitas controvérsias em torno do tema, embora fundadas em razões legítimas, tornaram turvo o debate e ocultaram os desafios mais pertinentes. Talvez esse cenário não tivesse sido tão conflituoso se a opção pelas sentenças aditivas tivesse sido feita às claras. No entanto, a relação entre a interpretação conforme e as sentenças aditivas nem sempre ficou à mostra (SOUSA FILHO, 2014).

Além de ser uma ocultação da realidade observada diariamente na jurisdição constitucional, a categoria da interpretação conforme à Constituição tem problemas já na forma como é concebida pela doutrina. Ao lado da imprecisão quanto às possibilidades de atuação que ela prevê, há também uma inaptidão para a tarefa à qual foi designada. A ela foi atribuída a missão de salvar a lei inconstitucional, retirando-lhe os sentidos incompatíveis com o texto constitucional. Essa tarefa, por si só, já está mal formulada, pois ao Tribunal Constitucional não cabe resguardar uma “fagulha de constitucionalidade” (SILVA, 2006b), mas sim preservar o sentido constitucional.

Ou seja, reduzir a atuação do Supremo Tribunal Federal a uma categoria tão simplista significa, na prática, aprofundar o descompasso existente entre a teoria e a prática constitucional. Na *práxis* do tribunal a legitimidade de decisões é construída por inúmeros meios. Aparentemente, porém, a teoria clássica não foi capaz de traduzir esses meios. Não é por meio de categorias como a interpretação conforme a Constituição que a legitimidade é construída. Outros fatores são mais relevantes do que disposições doutrinárias do tipo.

Parte desse problema tem origem no distanciamento que se estabeleceu entre o Direito e a metodologia própria das Ciências Sociais<sup>110</sup>. O caminho percorrido para a construção de uma obra doutrinária, em boa parte dos casos, pode ser sintetizado da seguinte forma: ao se debruçar sobre seu objeto de estudo (a norma), e com um objetivo específico

---

<sup>110</sup> Como esforço metodológico que busca superar essa defasagem, tem-se a Análise Integral do Direito (CORVAL, 2017).

traçado (traduzir e explicar a norma), vale-se de seus próprios métodos (argumentações de teor dedutivo) para chegar às conclusões que, não raramente, estão preestabelecidas.

Ao adotar esse percurso como *modus operandi* padrão, a doutrina vai na contramão das demais Ciências Sociais, em especial a Ciência Política. Talvez a principal diferença seja a forma pela qual se concebe o *objeto*. Para o Direito, a norma. Para as Ciências Sociais, a relação entre a norma, a sociedade e o Estado.

Além disso, há a definição dos *objetivos*. Para o Direito, produzir novos sentidos sobre a norma, embora este esforço esteja oculto sob o manto da “tradução” da voz do legislador. Para a Ciência Política, compreender a forma pela qual a norma se estabelece enquanto tal na sociedade.

Por fim, distinguem-se na definição de seus *métodos*. No Direito, na grande maioria dos casos invoca-se o método dedutivo (no caso da doutrina dogmática, nem sempre com o devido rigor técnico). Na Ciência Política, a aproximação com as demais Ciências Sociais propicia um domínio do ferramentário da pesquisa empírica, com foco na metodologia de teor indutivo.

Tamanho distanciamento tem efeitos práticos muito expressivos na prática da jurisdição constitucional. O principal deles é a incapacidade dos postulados clássicos da doutrina de explicar o comportamento do STF. A própria previsão das técnicas de decisão tradicionais como rol exaustivo de possibilidades é o maior sintoma disso, no que importa ao presente trabalho. O esvaziamento do esforço de interpretação das interações estabelecidas entre o tribunal e a norma resultam nesse quadro desolador.

No louvável esforço de enfrentar as lacunas tradicionais, e enfrentando também a produção mais recente, Teresa Melo Costa (2019) se dedica à interpretação da prática do tribunal. Ao fazê-lo, trata o Supremo acertadamente como ator, e não como instrumento (MARIANO SILVA, 2022).

A autora aponta que a lacuna doutrinária é perceptível já no cenário geral, mas é ainda mais expressiva no que se refere à omissão inconstitucional. Os instrumentos do direito comparado que se tentou importar para o Brasil (notadamente, as sentenças manipulativas aditivas), na tentativa de explicar o poder criativo da Corte, não abrangem a possibilidade de saneamento de omissão total. Um dos limites mais claros para as sentenças aditivas é o reconhecimento de que só devem ser aplicadas em casos que têm por objeto a omissão parcial, excluindo de seu âmbito de incidência os casos de omissão total (COSTA, 2019).

Não se trata de um problema de classificação, somente. É rarefeita, na literatura internacional, a previsão de uma técnica que dê conta do problema da omissão

inconstitucional completa, isto é, que não seja parcial. No comparativo com o caso brasileiro, a escassez é ainda maior. É que a Constituição brasileira de 1988 prevê, nos casos de omissão total, uma margem de inovação ainda maior do que o caso italiano, do qual importamos as sentenças manipulativas aditivas enquanto técnica de decisão (Ibid.).

Para dar conta do problema, Costa propõe duas técnicas que ajudam a dar conta das complexidades das decisões criativas, isto é, que transbordam os limites da estrita interpretação. As técnicas formatadas têm o objetivo de distinguir o *grau de criação* e o *objeto da fiscalização* (norma constitucional ou infraconstitucional).

Quanto à distinção pelo grau de criação, ele é maior na primeira delas, a técnica da *inferência constitucional*. Essa técnica é aplicável aos casos de criação de uma norma diretamente a partir de um dispositivo constitucional. A segunda é a da *integração conforme a Constituição*, aplicável aos casos em que há ausência de legislação ou em que há impacto na legislação infraconstitucional (Ibid.). Esta última técnica dá conta do efeito integrativo da atuação do tribunal, já identificado anteriormente pela literatura (NOBRE JÚNIOR, 2006).

O foco neste trabalho será no exercício das competências abarcadas pela categoria que Costa chama de integração conforme a Constituição, pois é no seio dela que estará inserida a discussão sobre a omissão inconstitucional. Nas palavras da autora:

Existe integração conforme à Constituição toda vez que o caso não comportar a aplicação direta da Constituição e (i) a lei for omissa, não sendo possível fazer uso da analogia (porque inexistente a mesma razão de direito) ou dos costumes, permanecendo a lacuna; (ii) nos casos de omissão legislativa – se não houver lei regulamentadora de direito previsto na Constituição (omissão total) ou se seu comando for incompleto (omissão parcial) – e, por fim, (iii) se a incidência da lei no caso concreto produzir um resultado inconstitucional (teoria do impacto desproporcional). (COSTA, 2019, p. 149)

Nada obstante a assertividade na previsão da possibilidade dessa atuação, a autora prevê também limites claros para a atividade criativa. O primeiro limite é material: trata-se da impossibilidade de decisões criativas em matéria penal, quando implicarem em prejuízo ao réu. O segundo é circunstancial: refere-se aos casos em que o Judiciário possui vantagem para decidir num eventual cenário de conflito entre os demais poderes. Nele, a atuação criativa se justificaria melhor (Ibid.).

Para os demais casos, em que pode haver uma zona de incerteza, Costa propõe três testes institucionais, que se configuram a partir das seguintes perguntas:

1) Existe adequação entre o pedido formulado ao Supremo Tribunal Federal e as habilidades e limites democráticos e institucionais da Corte? Ou seja, o STF possui,

comparativa e contingentemente, maior capacidade institucional? (teste democrático-institucional); 2) Caso atendido o pedido, a decisão produzida pelo STF mantém – ou ao menos não suprime – o necessário diálogo institucional entre os Poderes? (teste dialógico); 3) É positiva a relação entre os incentivos gerados pela decisão e o fim da inércia e/ou do bloqueio dos poderes majoritários? (teste de incentivos). (Ibid., p. 156)

Há outras proposições que vão além. No exercício de delimitação das hipóteses em que a criação judicial por meio de sentenças aditivas seria cabível, ficariam de fora todas as matérias sujeitas à reserva legal. Assim, não só o direito penal, mas também a criação de impostos. De igual forma, sentenças de impacto econômico expressivo nas despesas públicas (NOBRE JÚNIOR, 2006; SOUZA, 2013). Outros, ainda, propõem que a função normativa desempenhada pelo STF seja circunscrita à superação da omissão inconstitucional que obstaculize o exercício de direitos fundamentais (SOUSA FILHO, 2014). Hipótese mais restritiva ainda é a que propõe que o STF expeça decisão normativa provisória, até que a omissão fosse sanada pelo órgão competente, mas somente nos casos de relevância e urgência constitucional (PIOVESAN, 2003).

Ainda no esforço de delimitação das hipóteses de cabimento, Barroso e Mello (2019) afirmam que as decisões aditivas em sentido estrito podem ser melhor aceitas quando mostrarem que as outras alternativas seriam inverossímeis; incompatíveis com o regime estabelecido pelo legislador; menos compatíveis com princípios constitucionais; ou desproporcionais (BARROSO e MELLO, 2019). Essa situação, para os autores, seria distinta quando determinada omissão puder ser preenchida de diversas maneiras, caso em que caberia ao legislador escolher uma delas.

No caso de soluções integrativas, Carlos Blanco de Moraes (2010) propõe critérios negativos para que o tribunal faça uma escolha normativa, dentro de um espectro limitado de opções: (1) evitar soluções integrativas-reconstrutivas inúteis ou de pouca aceitação na comunidade jurídica; (2) não contrariar manifestamente o programa do legislador que editou a norma julgada; (3) evitar soluções tendentes à inconstitucionalidade; (4) evitar solução que reduza segurança jurídica, seja “fundamentada e ostensivamente iníqua” ou que prejudique interesses públicos relevantes; (5) evitar solução que implique em grave desproteção ou inviabilize a proteção imediata da dignidade humana; e (6) evitar a solução que desequilibre o orçamento (MORAIS, 2010).

Há em comum, entre todas as proposições, um expressivo ônus argumentativo ao Supremo Tribunal Federal. Para além de limitações materiais ou circunstanciais mais

delimitáveis, há sobretudo um esforço de fundamentação. É por meio de seus argumentos que o tribunal legitimará seu veredito. Em outras palavras, a fundamentação da decisão passa a ser encarada como um dos seus principais fatores de legitimidade.

Para além das discussões da teoria constitucional clássica, que focam no *quem* decide, as teorias modernas acentuam o aspecto *como* e *por que* se decide. Afinal, a formalidade dos procedimentos (*quem* decide) é insuficiente para promover a democracia, sendo urgente a preocupação com a materialidade das decisões (*como* e *por que* decide).

A literatura revisitada será importante para a análise das providências tomadas pelo Supremo nas ADOs que acolheram pedidos de medida cautelar e/ou julgaram procedentes os pedidos, integral ou parcialmente.

A fase empírica da pesquisa levou à conclusão de que, se por um lado o Supremo privilegiou os temas dos direitos fundamentais e do orçamento e tributação na apreciação de ADOs, fato é que o tribunal foi mais longe nas providências tomadas no bojo do primeiro deles (direitos e garantias fundamentais). Ou seja: providências mais ousadas foram determinadas nas ações que discutiam direitos e garantias fundamentais.

Das quatro ações julgadas parcial ou integralmente procedentes, em duas delas o STF se limitou a fixar prazo para as autoridades requeridas sanarem a omissão (ADOs nº 25 e 67). Em ambos os casos, o tema constitucional discutido era tributação e orçamento. Nas outras duas (ADOs nº 26 e 30), a solução foi mais ampla. Na ADO nº 30, além de fixar prazo, o tribunal suprimiu a omissão por meio da ampliação do sentido de norma já existente, estendendo a isenção de IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) a pessoas com deficiência auditiva, que estavam excluídas do âmbito de incidência da norma. Na ADO nº 26, alargou o sentido de norma penal já existente, para inserir a homotransfobia no âmbito de incidência do delito de racismo, justificando a decisão na técnica da interpretação conforme a Constituição.

Desse conjunto de amostras, a decisão proferida na ADO nº 26 foi a única que gerou polêmica em torno da legitimidade democrática da atuação do tribunal naquele caso. As demais não suscitaram grandes questionamentos, pois estavam associadas a providências bastante limitadas (fixação de prazos) ou tratavam de tema que não afrontava a ideologia majoritariamente conservadora do Congresso Nacional. Essa constatação fortalece o indício, extraído anteriormente, de que não houve, entre a maior parte das ADOs investigadas, grandes motivos para se questionar a legitimidade democrática do tribunal no saneamento da omissão inconstitucional.

A exceção cabe à ADO nº 26. Sirvo-me dela para empreender uma crítica aos critérios até então sistematizados pela literatura para aferir a viabilidade das decisões aditivas em matéria de omissão inconstitucional. Diante do panorama de restrições materiais e hermenêuticas à atividade criativa do Supremo, a ADO nº 26 é tida como das mais polêmicas. Na ocasião, o tribunal estendeu o sentido normativo do conceito de “racismo”, para nele incluir o sentido de *racismo social*. Por consequência, a corte fez com que os tipos penais do racismo incluam também a criminalização da homotransfobia.

É por isso que a doutrina [...], na linha do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (HC 82.424/RS), reconhecendo a imprestabilidade do conceito de “raça” como forma de identificação das comunidades humanas, tem assinalado que o racismo nada mais é do que uma ideologia, fundada em critérios pseudo-científicos, que busca justificar a prática da discriminação e da exclusão, refletindo a distorcida visão de mundo de quem busca construir, de modo arbitrário, hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia de um certo grupo de pessoas sobre os demais existentes nas diversas formações sociais.<sup>111</sup>

A limitação construída em torno da matéria penal, quando importar em prejuízo ao réu, fere de morte a legitimidade da decisão. É esse o sentido da crítica de Costa (2019). Os demais requisitos formulados pela literatura, porém, não parecem ser violados, nem mesmo os mais restritivos. O requisito da destinação a direitos fundamentais (SOUSA FILHO, 2014) e aos princípios constitucionais (BARROSO e MELLO, 2019) está inequivocamente satisfeito. O da relevância e urgência constitucional (PIOVESAN, 2003), *idem*, sobretudo diante do cenário aterrador da violência à população LGBTQIAP+.

Quanto ao requisito do diálogo institucional, entendo que a decisão proferida na ADO nº 26 não encerra as possibilidades dialógicas. O Congresso Nacional ainda pode criar um instrumento legal próprio de criminalização da homotransfobia, que torne obsoleta a adequação feita no bojo da ADO nº 26. O que o Congresso Nacional não pode é simplesmente não fazer nada. Não é legítima a recusa na implementação da garantia prevista no art. 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição.

Quanto ao requisito institucional, entendo que se trata de hipótese que ressalta de forma bastante proeminente a capacidade institucional da corte, em razão de sua função contramajoritária. A difusão desenfreada de discursos de ódio no Brasil, somada à crise de representação do Congresso Nacional e à crise da democracia, geram um quadro de

---

<sup>111</sup> Trecho do voto do relator, Ministro Celso de Mello. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, *op. cit.*

inefetividade constitucional, no que se refere à população LGBTQIAP+. O destravamento da inércia é papel que é conferido privilegiadamente ao Judiciário.

Resta, porém, a limitação referente à matéria penal, já que a decisão empreende movimento de ampliação da criminalização e, portanto, importa em prejuízo ao réu. No entanto, cabem algumas complexificações desse requisito, antes de se passar ao exame de seu cumprimento.

Situado em terreno de conflito de direitos fundamentais, o referido limite material parece não dar conta integralmente do problema. Ele se justifica a partir da tutela da liberdade do réu, que orienta o postulado do princípio da legalidade estrita em matéria penal. Todavia, há que se considerar que, em casos como o da ADO nº 26, não é só o direito fundamental do réu que está em discussão, mas também o do titular do direito que está sendo tutelado pelo tribunal. No caso da ADO nº 26, a população LGBTQIAP+. O direito à vida e à liberdade dessas pessoas, que estão sendo vitimadas pelo estado de omissão inconstitucional, está em direta colisão hermenêutica com o direito à liberdade do réu.

Portanto, é necessária uma distinção no seio dos casos que envolvem matéria penal. Afinal, o caso da ADO nº 26, por exemplo, não é equiparável aos casos em que a criação em matéria penal não tem por objetivo a proteção de minorias constitucionalmente protegidas. Nestes últimos, não existe uma colisão de direitos de estatura equivalente, mas sim uma proeminente prevalência do direito à liberdade do réu.

Em nenhum caso, porém, argumenta-se em prol de um exercício hermenêutico que fragilize a legalidade penal estrita. O que se sustenta é que, nos casos em que houver criação penal direcionada à proteção de minorias, que essa criação seja restrita à criação de *sentido*, e não à criação de *tipo penal*, o que é inadmissível em qualquer hipótese.

A criação de sentido é tarefa inerente à interpretação constitucional e, a bem da verdade, bastante recorrente na jurisdição do tribunal, inclusive em matéria penal. Todo exercício de interpretação cria sentido, em maior ou menor grau, a menos que se entenda a interpretação constitucional como o exercício de investigação da vontade original do legislador (SILVA, 2006b). Assumir a possibilidade de criação de sentido não significa construir um postulado novo, mas tão somente *descrever* de forma mais honesta as funções que o Supremo Tribunal Federal desempenha.

A criação de sentido nem sempre ocorre de forma imediata pela Corte. Pode ocorrer também de forma mediata, isto é, quando proclamar um sentido que já é partilhado entre a comunidade jurídica, mas que ainda não está associado à interpretação judicial da norma. Nesses casos, o tribunal constitucional atua como vocalizador de um sentido que já está posto,



imbuído da convicção de que todo cidadão e cidadã é intérprete da Constituição (HÄBERLE, 1997). Está igualmente imbuído da peculiar função político-jurídica que assume no desenho institucional.

O STF, ainda que raramente reconheça, já agiu dessa forma anteriormente, inclusive em matéria penal. É o caso, por exemplo, do julgamento do HC 82.424/RS. No julgamento realizado em setembro de 2003, que veio a se tornar precedente histórico, o tribunal ampliou o sentido da ideia de *racismo*, para nela embutir a discriminação em razão de orientação sexual e identidade de gênero.

Pode-se, ainda, argumentar que o direito penal não é a única forma de se satisfazer a proteção da população LGBTQIAP+, o que afastaria a urgência e a necessidade (e, portanto, a proporcionalidade) da medida tomada pelo Supremo. No entanto, poucos instrumentos, no que se refere ao direito à vida e à integridade física, possuem eficácia tão imediata quanto os de política criminal. Os números da homotransfobia expressos no voto do relator da ADO nº 26 são alarmantes e demandam providências urgentes.

Portanto, ousa discordar parcialmente do primeiro limite material previsto por Costa (2019), para considerar que, em casos de proteção à vida e à liberdade de minorias constitucionalmente protegidas pelo princípio da igualdade, há a possibilidade de criação judicial em matéria penal contra o réu, desde que (1) restrita à criação interpretativa, isto é, de sentido, exercida por meio de interpretação de conceitos que integram tipos penais já existentes; e (2) direcionada à tutela da vida e da liberdade de minorias constitucionalmente protegidas.

#### **4.3. Ativismo judicial? Como explicar o comportamento do Supremo?**

Resta pendente uma última questão. O comportamento do Supremo identificado na pesquisa corresponde ao que se popularizou na expressão “ativismo judicial”? Para boa parte do senso comum, a resposta é afirmativa. Sobretudo no período de crise da democracia, a caracterização do tribunal como ativista ganhou as manchetes e as colunas de opinião. A consistência dessas análises, porém, não é proporcional à quantidade delas.

A quantidade de trabalhos acadêmicos já produzidos sobre esse assunto beira o incontável, a ponto de ser quase impossível revisitar toda a produção já publicada. Por isso, o

objetivo desta seção do trabalho não é revisar exaustivamente os inúmeros conceitos de ativismo judicial, os problemas a eles relacionados e a eterna questão acerca de sua tensão com a democracia e a separação de poderes, em abstrato. O objetivo aqui é mais simples: identificar o cerne do conflito estatuído sob a forma de ativismo judicial e, então, usar essa categoria para analisar o comportamento do STF investigado neste trabalho, com o intuito de entender se é pertinente a crítica veiculada no senso comum de que o tribunal é “ativista”, pelo menos no que se refere ao recorte da pesquisa.

Tornou-se comum no Brasil, especialmente após a deflagração da crise da democracia, a acusação de que o STF é um tribunal “ativista”. A simplificação que disso decorreu levou a discussão a patamares cada vez mais simplistas de análise. “Passamos a discutir ‘se’ uma Corte está ou não legislando, e não ‘quando, como, quanto e por que’ legisla” (MENDES, 2018). O problema é que “quando, como, quanto e por que” são questões muito mais desafiadoras. Não me furtarei, porém, de enfrentá-las.

Para encarar o desafio de frente, algumas dificuldades teóricas e metodológicas são encontradas no percurso. A primeira delas é a permanente e implacável influência da teoria constitucional norte-americana sobre a discussão no Brasil. Muitos autores brasileiros, ao tratarem do ativismo judicial, recorrem à tradição estadunidense para tentar explicar o tema, partindo da discussão original sobre a *judicial review*<sup>112</sup> em suas análises. É o caso, em maior ou menor grau, de Ramos (2010), Coelho (2015), Fernandes (2012) e Teixeira (2012). Entendo, amparado por literatura recente, que essa é uma das causas da penumbra que envolve o debate no Brasil.

É que a tensão originária entre controle jurisdicional e separação de poderes, própria do constitucionalismo norte-americano, não existe no Brasil (ABBOUD, 2022) (pelo menos não da mesma forma). A *judicial review* é, nos Estados Unidos, uma criação da jurisprudência, que advém do (recordista de citações em trabalhos de Direito) célebre julgamento *Marbury vs. Madison*. Não há na letra fria da Constituição estadunidense disposição que autorize, tampouco regulamente, o controle jurisdicional das funções legislativa e executiva.

---

<sup>112</sup> Evito a tradução do termo, que corresponderia a algo como *revisão/controlado judicial* ou, em sentido mais estrito, *controle de constitucionalidade*, pois os sentidos em torno da expressão brasileira são um dos motivos que tornam difícil a comparação. A ideia de controle de constitucionalidade está fortemente associada a um aparato previsto na Constituição de 1988, bastante institucionalizado e regulamentado. A *judicial review*, por outro lado, não tem um sentido positivo tão estabilizado. Nos EUA, trata-se de discussão mais submetida à teoria constitucional, enquanto no Brasil ela é bastante tratada pelo direito constitucional positivo.

No Brasil, o que ocorre é o exato inverso<sup>113</sup>. A Constituição de 1988 não só previu, como também se dedicou a regulamentar generosamente o controle de constitucionalidade e a independência judicial. E mais: ainda consagrou a inafastabilidade da tutela judicial como direito fundamental<sup>114</sup>. Tudo isso foi somado a um caldo institucional de eficácia máxima dos direitos fundamentais (BARCELLOS, 2008) que, em última análise, é uma garantia de que o Judiciário, no fim das contas, terá a prerrogativa de intervir nos outros poderes para tutelar esses direitos.

Esse protagonismo judicial no Brasil não é obra do acaso, é escolha consciente. Ele é o resultado possível de um processo constituinte repleto de desconfiança. Como argumenta Oscar Vilhena Vieira (2018), no processo constituinte havia forte desconfiança da sociedade civil e dos movimentos sociais nos poderes políticos constituídos, ainda sob os traumas da ditadura militar, de modo que a solução encontrada foi a busca por um fiador das inovações que estavam sendo desenhadas. O fiador encontrado foi o Supremo Tribunal Federal, a quem se incumbiu o papel de guardião da Constituição e a quem se confiou a realização do “compromisso maximizador”<sup>115</sup> (VIEIRA, 2018).

Mas essa expectativa não se encerrou no Supremo e se desdobrou em efeito cascata a todo o Judiciário. Não à toa, na sociedade brasileira a posição do juiz, mesmo o de primeira instância, é uma posição de grande destaque e prestígio, com fortes raízes na era colonial, no “vício do bacharelismo” e no “amor pronunciado pelas formas fixas e pelas leis genéricas” (HOLANDA, 2014). Essa paixão brasileira pelo juiz não é “natural” e se construiu em oposição à experiência de outros países, como a França, por exemplo, que sempre viu no juiz um elemento de desconfiança (MÖLLERS, 2013).

Tudo isso revela uma grave discrepância entre o tratamento brasileiro do tema do protagonismo judicial e aquele desenvolvido na América do Norte, que não pode ser ignorada.

---

<sup>113</sup> Com isso não quero dizer que não sejam pertinentes as discussões sobre os limites e as formas de a *judicial review* se manifestar no Brasil. O que entendo irrelevante é a discussão sobre se é ou não legítimo, em termos jurídicos, o controle de constitucionalidade no Brasil. A discussão sobre a extensão e os limites dessa legitimidade permanece, sem dúvidas, relevante.

<sup>114</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>115</sup> O compromisso maximizador é descrito por Oscar Vilhena Vieira como a busca pela incorporação de diversos interesses antagônicos no texto constitucional de 1988, todos eles protegidos com detalhes pelo poder constituinte. O antagonismo desses interesses é tão amplo quanto é ampla a própria Constituição. “O texto de 1988 foi produto de um amplo e intenso processo de conciliação entre as forças políticas que desestabilizaram o regime militar e aquelas que o haviam apoiado e que não foram desalojadas das diversas estruturas de poder com o processo de transição” (VIEIRA, 2018, p. 154).

Essa é a primeira dificuldade a ser superada na análise do ativismo judicial, categoria que ainda está impregnada de influências cegas e contraproducentes da teoria estadunidense<sup>116</sup>.

Uma segunda dificuldade tem relação com os referenciais teórico-metodológicos que orientam a produção acadêmica sobre o tema no Brasil. Na forma como foi tratado historicamente, o problema do ativismo focou na atuação individual de juízes e subestimou o caráter institucional dos tribunais, compreendidos social e politicamente (KOERNER, 2013). Ao agirem dessa forma, esses autores acabaram por reduzir o problema a uma questão ética individual, que se resume, em última análise, às figuras do bom e do mau juiz. Desprezam, dessa forma, os marcos de análise da Sociologia e da Ciência Política, que tendem a considerar a questão a partir do comportamento institucional, em vez do paradigma subjetivista.

Um dos sintomas desse problema é a caracterização do ativismo judicial como uma *patologia constitucional* (TEIXEIRA, 2012). Essa forma de lidar com o tema parece simplificar demasiadamente a análise, pois, por um lado, reduz a importância do reconhecimento de juízes como atores políticos e, por outro, limita o papel do juiz àquele confiado pela teoria do constitucionalismo liberal, que trata a criação judicial como um desvio, um mal a ser extirpado. Análises que partem dessa premissa já nascem obsoletas, considerando que a produção mais recente assume a criação judicial como um fato, e não como uma hipótese (COSTA, 2019). A questão, repita-se, não é se juízes exercem atividade criativa ou não, mas sim as circunstâncias e limites em que essa criação se insere.

No entanto, ignorando essa constatação, o debate sobre ativismo judicial no Brasil se dedicou por muito tempo à discussão sobre a legitimidade dessa criação judicial, tratando o problema como uma subjetividade do juiz (KOERNER, 2013). Com isso, desprezou-se as tensões entre Direito e democracia, que são, de fato, a melhor forma de se elaborar o impasse. Com foco na lente dogmática do Direito, a produção parece ter dado pouco valor às ferramentas de pesquisa das demais ciências sociais, sobretudo as da Ciência Política, que propõem o tratamento de juízes como atores políticos (MARIANO SILVA, 2022), e não a partir de idealizações sobre seu papel normativo.

Uma terceira dificuldade, aparentemente a que mais contribui para a confusão do debate público, tem relação com a ambivalência do termo *ativismo judicial*. Trata-se de

---

<sup>116</sup> Outro sinal disso é o registro das atas da Assembleia Nacional Constituinte, nas quais se encontra, durante a discussão sobre a criação de um Tribunal Constitucional no Brasil, forte argumentação sobre o risco de que isso levaria a uma politização do Judiciário cf. ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Comissão de Sistematização, *op. cit.*, p. 735/736. O registro revela o afastamento do Brasil naquele momento da vasta experiência internacional com Tribunais Constitucionais, focando no paradigma norte-americano, que privilegia o controle difuso de constitucionalidade.

categoria empregada em sentidos opostos, tanto para legitimar o fenômeno descrito quanto para criticá-lo (FERNANDES, 2012). Com isso, há uma zona de incerteza quanto ao uso do conceito, que faz com que a proficuidade do debate seja natimorta. Tende a zero o potencial construtivo de uma discussão que surge sem uma delimitação mínima de seus sentidos.

Para minimizar esse risco, esta seção do trabalho se dedicará a uma breve revisão dos sentidos atribuídos à ideia de *ativismo judicial*, sem que seu objetivo seja corrompido pela infinidade de caminhos possíveis. O intuito é tão somente o de apresentar e justificar as bases sobre as quais se assenta o conceito adotado por mim, para responder à pergunta que deu origem a este subtópico. Adianto que a obra que me parece ser mais pertinente para a análise é a de Georges Abboud (2022), profundamente fincada no tempo (terceira década do século XXI) e no espaço (Brasil).

A ideia de ativismo judicial surge no Brasil para dar conta de um fenômeno de caráter eminentemente político, e não jurídico: uma aliança entre a presidência da República e as elites jurídicas, ocorrida no início dos anos 2000, que se fez necessária para por em prática o programa de governo do Partido dos Trabalhadores, diante de sua ousadia (KOERNER, 2013). Uma das medidas dessa aliança é a quantidade de ministros nomeados ao STF pelo Presidente Lula, em seus dois primeiros mandatos: foram sete nomeações, muitas delas com forte afinidade com o programa de direitos fundamentais da Constituição de 1988 (VIEIRA, 2018).

Essa aliança constituiu um novo *momento constitucional* (BELLO, 2006) e ampliou a atuação do Supremo Tribunal Federal, tanto naquilo que agradava o governo quanto naquilo que veio a se tornar um empecilho ao Executivo federal. Por um lado, as bases de sustentação do Supremo saíram de uma atuação restritiva em termos de promoção de direitos fundamentais para uma outra mais expansiva<sup>117</sup>. Por outro, suscitou tensões oposicionistas e deu maior autonomia às manifestações de poder do tribunal, o que culminou na ampliação do discurso anticorrupção e criminalizante do STF.

---

<sup>117</sup> É verdade que algumas abordagens sustentam que o comportamento pró-direitos fundamentais do STF já era sentido logo na primeira década após a promulgação da Constituição de 1988. É o caso, por exemplo, de Vianna *et. al.* (1999). Para os autores, o STF vinha desde o início ajudando a concretizar um sistema de democracia funcional, no qual a participação é ampliada e as normas constitucionais deixam de ser garantias meramente individuais, mas também promovem a coletividade, que se antagonizaria ao de uma democracia majoritária estrita, em que a participação está restrita a eleições e às decisões parlamentares. Ou seja: segundo aquela visão, o Supremo teria demonstrado ser um defensor da proteção constitucional da coletividade desde os anos 1990. As evidências, porém, apontam em sentido contrário. Nos primeiros anos pós-1988, o STF definiu de maneira bastante restritiva os processos constitucionais e foram seletivos no uso das prerrogativas que lhe foram conferidas (KOERNER, 2013).

Politicamente falando, portanto, a categoria do ativismo judicial nasce para tentar explicar o crescente protagonismo do Supremo Tribunal Federal, associado à ideia de *judicialização da política*. E aí esbarramos em outro problema: também o conceito de judicialização é questionável, por duas razões principais. Primeira: existe grande indeterminação em torno dele, de modo que existe verdadeira polissemia do termo. Segunda: há falta de rigor analítico, já que, quando testadas, essas construções teóricas não encontram paralelo na realidade (MARIANO SILVA, 2022).

Ainda que se assumisse como pertinente essa categoria, porém, trata-se de ideia distinta da de ativismo. Embora esteja associado à ideia de judicialização, o ativismo judicial com ela não se confunde. A judicialização consistiria num *fato* que se atesta; o ativismo, por outro lado, seria a *atitude* do Judiciário diante desse fato (BARROSO, 2012).

Temos aqui um primeiro elemento para construir o sentido de ativismo judicial. Ele consiste num comportamento institucional, uma atitude diante de um cenário de judicialização. Não uma decisão individual e subjetiva que leva às figuras do “juiz do bem” e “juiz do mal”, mas sim um modelo decisional adotado coletivamente pela instituição.

Esse comportamento pode ou não ser justificado, a depender da corrente teórica a que se filia. Para os que são orientados pela tradição do constitucionalismo liberal, por exemplo, ele será quase sempre um problema. Segundo a chave de leitura liberal, é possível identificar pelo menos quatro manifestações nocivas do comportamento judicial, que caracterizam a postura ativista: (1) atuação como legislador positivo, a forma mais grave de ativismo; (2) ofensa ao princípio da separação de poderes; (3) desconsideração por precedentes jurisprudenciais; e (4) decisões judiciais viciadas por decisionismo político (TEIXEIRA, 2012).

Essa abordagem parece insuficiente, porque (1) ignora a possibilidade de criação judicial, que existe e deve ser reconhecida (COSTA, 2019), sob pena de se tornar a análise mera obra de ficção; (2) vincula-se a um conceito anacrônico de separação de poderes, que despreza as transformações políticas do século XXI e o cenário de crise da democracia neoliberal; e (3) deixa de considerar o Supremo Tribunal Federal como um ator político, tratando-o a partir de uma perspectiva jurídica estritamente dogmática. Sendo assim, a concepção liberal do ativismo judicial não parece ser produtiva para responder à questão que deu origem a esta seção.

À visão pessimista sobre o ativismo foram opostas outras mais entusiasmadas. Vocalizando o diagnóstico liberal, Elival da Silva Ramos defendeu que a jurisprudência do STF no início do século XXI apontava para um quadro preocupante de ativismo judicial

(RAMOS, 2010). Contestou-se esse diagnóstico com a argumentação de que a conduta do STF, embora de fato tenha importado em criação judicial do direito, construiu-se dentro do quadro institucional desenhado em 1988 (COELHO, 2015). Segundo esse raciocínio, o fato de haver criação judicial não implicaria, automaticamente, na ilegitimidade da decisão, já que a Constituição de 1988 não nega a possibilidade de criação judicial do direito. Pelo contrário, ela a prevê e regulamenta.

Dessa forma, o critério para caracterizar o ativismo judicial não seria a presença ou ausência de criação judicial, mas sim o reconhecimento da *má* criação judicial do direito (Ibid.). A *má criação judicial* seria, para o autor, aquela que ultrapassa os limites previstos constitucionalmente.

A utilidade desse conceito é a distinção entre a criação regular, aceita pela Constituição, e aquela irregular, que ofende o desenho constitucional da separação de poderes. Discordando de Ramos (2010), Coelho (2015) entende que a jurisprudência recente do STF não representou uma criação judicial para além dos limites estabelecidos pela Constituição.

Se, por um lado, essa construção supera o mito do juiz que não exerce nenhuma forma de criação, por outro, ela igualmente trata o problema como uma questão de subjetividade do juiz. Ao caracterizar como boa ou má a criação judicial, o conceito não dá conta da forma pela qual a decisão do tribunal (e, em última análise, o seu comportamento político) se constrói, mas abre margem para uma análise focada nos *efeitos* das decisões. Não há avanços em relação ao reconhecimento das circunstâncias que conformam uma atuação ativista.

Um outro conceito possível é aquele que caracteriza o ativismo a partir da criação de normas gerais e abstratas pelo Judiciário, em processo objetivo, quando decorrerem de violação da função legislativa e quando tiverem efeito vinculante (DIAS e SÁ, 2020). Esse conceito tampouco parece suficiente, porque não enfrenta o que seria a “violação” da função legislativa. A competência do tribunal para decidir em processo objetivo, inclusive com efeitos normativos, é expressamente prevista pela Constituição. Portanto, o núcleo do impasse seria a caracterização de qual é o comportamento que excede essa competência, o que não é enfrentado nessa construção.

Dando alguns passos à frente, Georges Abboud (2022) parece sistematizar de forma um pouco mais produtiva a caracterização de um comportamento judicial ativista. Para o autor, o comportamento ativista é aquele em que os pré-compromissos democráticos (Constituição e leis) são suspensos pelo julgador e substituídos por sua discricionariedade.

Até aí parecem não haver muitas distinções em relação às demais formulações. A diferença é que aqui o critério central para a avaliação é a *motivação* da decisão, isto é, a forma pela qual se fundamenta o comportamento (ABBOUD, 2022). Assim, importam menos os *efeitos* da decisão e mais os elementos discursivos invocados para justificá-la. Se há uma predominância de argumentação jurídica em sentido estrito (dispositivos normativos), o comportamento do tribunal seria ordinário. Se, porém, predominarem argumentos ideológicos, políticos e religiosos, o comportamento seria ativista.

O conceito de Abboud parece representar um passo além no debate também porque enfrenta um outro grande problema da categoria “ativismo judicial”: o de que, nos usos mais recorrentes, ela não dá conta da materialidade das decisões, mas concentra esforços na crítica formal. Assim, em geral, as produções sobre o tema são baseadas em investigações sobre *quem* decidiu, com certo grau de desprezo ao *como* decidiu e ao *por que* decidiu.

Para ir além dessa limitação, e contribuindo com as reflexões de Abboud, Conrado Hübner Mendes identifica uma outra forma de se lidar com o problema. Muito pior do que a decisão controversa é a decisão que foge da lei ou da jurisprudência (MENDES, 2021). Conforme o autor, há pelo menos cinco tipos de fuga: a *populisprudência* (apelo ao sentimento social, a uma missão ou uma causa), a *factionisprudência* (favorecimento de interesses do partido e seus correligionários), a *amicusprudência* (rendimento a laços privados e pessoais), a *milicusprudência* (subserviência ao regime) e a *cleptusprudência* (favorecimento de interesses econômicos e negócios privados).

Essas cinco fugas vão ao encontro do que Abboud caracteriza como supressão da legalidade pela subjetividade/discricionariedade. A discricionariedade, por sua vez, seria a ferramenta encontrada pelo modelo teórico predominante de decisão para lidar com os casos em que a norma não é clara. Nos casos em que há vagueza no texto, especialmente naqueles tidos como “casos difíceis” (DWORKIN, 2010), a teoria dominante insere a discricionariedade como elemento decisivo para a solução do impasse. E é essa a origem do problema do ativismo, conforme Abboud<sup>118</sup> (2022).

Tomando por base essa conceituação de ativismo, que, a despeito de suas limitações, parece ser a que melhor dá conta do problema, submeto os dados encontrados na fase empírica da pesquisa à avaliação sobre o comportamento do Supremo Tribunal Federal. O

---

<sup>118</sup> O tratamento de Abboud para a discricionariedade parece desconsiderar aspecto importante da teoria de Dworkin. Dworkin vê na discricionariedade uma hipótese subsidiária de solução de casos difíceis, ou seja, somente quando os precedentes e a moralidade constitucional forem insuficientes para a solução do caso (DWORKIN, 2010). Portanto, para fins de justiça, não entendo que a teoria de Dworkin seja completamente aberta à discricionariedade judicial, de forma ampla e irrestrita. Ao mesmo tempo, entendo a crítica de Abboud não como direcionada à teoria de Dworkin, mas à conformação que ela vem recebendo no Brasil.



meu critério de análise será múltiplo: considerarei a fundamentação das decisões e a forma como elas foram proferidas (seu aspecto temporal, sua colegialidade e as providências tomadas em cada caso). Sendo assim, passemos, enfim, à pergunta: pode-se considerar *ativista* o comportamento apresentado neste trabalho?

A resposta mais razoável me parece ser a negativa, por algumas razões. A primeira delas é a de que não houve, na fundamentação das decisões que julgaram procedentes ou parcialmente procedentes os pedidos, ou naquelas em que houve deferimento parcial ou integral da tutela provisória, predominância de argumentos extrajurídicos, isto é, de cunho econômico, social ou político. É verdade que em todas as ações desse recorte as decisões se valeram desse tipo de argumentação. No entanto, ela não foi predominante.

Nas duas ações que deferiram tutela provisória (ADOs nº 23 e 24), houve justificção da probabilidade do direito com motivação fortemente amparada em dispositivos normativos. Em uma delas (ADO nº 23), houve também argumentação sobre a urgência do caso.

Em relação às decisões finais (ADOs nº 25, 26, 30 e 67), todas se valeram de argumentos sobre a mora legislativa, demonstrando o cabimento da atuação judicial. Três delas (ADOs nº 26, 30 e 67) invocaram disposições sobre separação de poderes, função contramajoritária e a competência do tribunal de sanar a omissão. Duas delas (ADOs nº 26 e 30) usaram argumentação principiológica. Todas elas enfrentaram argumentos técnicos específicos sobre a matéria discutida. Nenhuma delas fez avaliações sobre os impactos sociopolíticos da decisão, mas todas invocaram razões extrajurídicas, embora essa argumentação não tenha sido predominante.

Ou seja: o quadro geral é de um Supremo que traz sim argumentos de teor não normativo, mas que não se finca nesse tipo de argumentação exclusivamente para decidir. Não houve desprezo pela lei ou pela Constituição.

Uma segunda razão que parece pertinente tem relação com o aspecto temporal das decisões de deferimento de tutela provisória e procedência ou parcial procedência. Uma atuação muito imediatista poderia revelar um comportamento *ativista*, sobretudo quando se leva em consideração o enorme volume de processos julgados pelo Supremo. O manejo do tempo poderia ser uma forma de o tribunal dar vazão a concepções subjetivas de ministros.

No caso das tutelas provisórias, conforme os dados apresentados no início do capítulo, a média foi de 6,5 dias entre a distribuição da ação e a primeira decisão interlocutória de mérito. É difícil dizer que esse prazo foi curto, considerando que eram ações que discutiam demandas urgentes.

No caso das decisões finais, o tempo médio entre a distribuição da ação e a decisão foi de 1393,3 dias. Não parece razoável dizer que esse prazo revela atuação imediatista. Pelo contrário: revela alto grau de deferência aos demais poderes, na medida em que posterga de modo bastante expressivo a apreciação dos pedidos. Sendo assim, levando-se em conta o aspecto temporal, tampouco há que se falar em comportamento ativista.

Uma terceira razão que justifica a constatação anterior está relacionada à colegialidade das decisões. Do total de seis decisões que acolhiam os pedidos (quatro em decisões finais e duas em tutelas provisórias), optou-se pela decisão colegiada em quatro delas, por meio de julgamento final. Nas outras duas, em que se entendeu pela urgência da demanda, a decisão foi monocrática, mas submetida a referendo do plenário, como manda a lei. Dessa forma, também não há indícios de supressão ativista da normatividade pela discricionariedade do juiz.

Por fim, uma quarta razão tem relação com as providências adotadas pelo tribunal em cada caso em que os pedidos foram acolhidos. Dessas seis decisões, três delas se limitaram a fixar prazo para que os requeridos tomassem providências (ADOs nº 24, 25 e 67). As outras três variam entre menor a maior grau de intervenção. A que atinge o grau máximo de intervenção é a proferida na ADO nº 26, como já ressaltado algumas vezes anteriormente.

Se pelo critério quantitativo não há prevalência de comportamento ativista, no critério qualitativo a análise deve ser modulada. É difícil negar que a ADO nº 26 apresenta indícios de comportamento ativista, já que, embora não traga comportamento fundado nas convicções de um único juiz, mas sim de um coletivo de ministros, faz frente às convicções de um Congresso Nacional conservador e contrário à proteção de minorias sexuais. Isso está claro, inclusive, no texto da decisão.

Portanto, entendo que existe um importante teor de subjetividade contido na decisão proferida na ADO nº 26, que extrapola o âmbito estritamente jurídico-normativo de fundamentação. Desse modo, ainda que de forma muito residual, parece haver indícios de um comportamento ativista do Supremo Tribunal Federal entre as ações investigadas.

Respondida a questão, parece haver uma outra remanescente. Afinal, qual é a utilidade da caracterização do Supremo como um tribunal residualmente ativista? Mesmo após os avanços da literatura sobre o tema, destacados anteriormente, o conceito parece insuficiente para explicar os reais dilemas do tribunal.

Para ampliar a discussão, parece imprescindível dedicar algumas linhas, ainda que breves, à própria concepção do que é o Direito e do que é a democracia. Com isso, é possível

não somente identificar se existe ou não um componente *ativista*, mas também se esse componente justifica ou contradiz aquilo que se entende por Direito.

Sob esse ponto de vista, constata-se que a ideia de ativismo judicial se harmoniza mais com a concepção substancialista da jurisdição constitucional de Dworkin do que com a concepção procedimentalista de Habermas (SARMENTO, 2009). Ou seja, a democracia enquanto procedimento, ainda que sob o olhar deliberativo de Habermas, talvez não encontrasse ferramentas para justificar de forma tão receptiva um comportamento que atropela o fluxo dialógico entre os demais poderes.

Esse debate se acentua sob as bases do neoconstitucionalismo. Argumentou-se que o STF vinha abusando das premissas do neoconstitucionalismo para interpretar a Constituição (HORBACH, 2007), em caráter claramente refratário às teorias do Direito que divergiam do modelo liberal conservador norte-americano. Sarmento (2009) refuta essa conclusão, ao sinalizar que é injusto dizer que o ativismo é impulsionado pela recepção do neoconstitucionalismo no Brasil. O que, para o autor, de fato contribuiu em maior grau para o problema foi a reduzida preocupação com a *justificação* das decisões de cunho principiológico (SARMENTO, 2009). Novamente a motivação aparece como elemento central de justificação do sistema.

Não obstante, Sarmento reconhece que, mesmo a partir do paradigma do neoconstitucionalismo é possível identificar riscos na adoção acrítica do modelo de proeminência judicial. Entre eles, o risco do uso da jurisdição constitucional para a manutenção de privilégios das elites (Ibid.).

O que se extrai, ao final, é que a ideia de ativismo judicial não deve ser usada para justificar ou criticar em abstrato a atuação do tribunal. Ademais, o uso dessa categoria, quando orientado à fundamentação de uma concepção particular de Direito, seja ela liberal, deliberativa ou de democracia direta, parece ser uma das causas da falta de produtividade do debate.

Em outras palavras: se *ativista* passa a ser um adjetivo usado para qualificar o tribunal simplesmente em abstrato, e não tomando casos concretos na análise, ele serve tão somente para revelar uma certa concepção de Direito. Serve unicamente para evidenciar qual é a missão institucional que se atribui ao STF. Sua única contribuição é a de servir como espelho das convicções ideológicas do intérprete.

É curioso pensar que a Justiça Constitucional é acusada, ao mesmo tempo, de adotar jurisprudência defensiva por alguns (FIGUEIREDO, 2018) e ativista por outros (RAMOS, 2010). Esses adjetivos denotam mais a compatibilidade da ideia de ativismo com uma certa

concepção de Direito do que propriamente algo mais sólido sobre a legitimidade de um comportamento ativista.

Se a categoria jurídica ativismo judicial servir de algo, talvez seu uso ideal seja aquele em que o conceito é empregado para caracterizar decisões tomadas em concreto, a partir de análise individualizada. Por consequência, a qualificação dessa decisão como ativista ou não ativista motivaria um outro debate, sobre a presença maior ou menor do Judiciário no quadro de diálogo institucional. Assim, a decisão ativista revelaria uma atuação judicial mais restritiva à participação de outros poderes (e, portanto, potencialmente autoritária) ou mais aberta à complementação de outros poderes (e, portanto, potencialmente deliberativa).

Ao fim e ao cabo, ativista seria um termo desprovido de atributos relevantes para qualificar como legítima ou ilegítima a atuação do tribunal, dentro do jogo democrático. Esse marco de análise talvez ganhe mais consistência quando for usado para caracterizar as técnicas de decisão, de modo mais localizado, com o sentido de identificar os graus de criação judicial exercida pelo Supremo. A maior parte das pesquisas sobre ativismo judicial produzidas até aqui, no entanto, não parece ter se dedicado a esse subjacente estudo das técnicas de decisão do Supremo. Mais grave: essa produção parece ter ignorado outros elementos essenciais do debate, como os filtros de acesso à corte, que têm implicações socioeconômicas sobre o comportamento judicial.

Para dizer algo mais sobre a legitimidade democrática do tribunal, o conceito de ativismo judicial diz pouco. Somente a partir das teorias da democracia e dos marcos teórico-metodológicos das ciências sociais é possível qualificar o debate de forma mais apurada. Um tribunal não é imediatamente democrático ou não democrático por ser ativista. Também não há elementos jurídicos que estejam apartados das demais circunstâncias sociopolíticas que interferem na dinâmica da corte.

Por todos esses motivos, a investigação sobre a legitimidade democrática do STF neste trabalho só pode ser realizada neste último capítulo, após tantas outras considerações sobre o que se entende por omissão inconstitucional, sobre os atores políticos envolvidos nesse processo, sobre o diálogo institucional, os filtros de acesso à justiça constitucional e as teorias da democracia.

O quadro geral de análise revela, a partir das premissas que assentei durante o trabalho, motivadas pelas minhas convicções pessoais sobre as lentes de análise que emprego, um Supremo que não se legitima inteiramente democrático, tampouco merece acusações de comportamento autoritário. Se formalmente o tribunal não encontra muitos empecilhos para se legitimar, na maior parte dos casos, em termos materiais ele revela um comportamento

oscilante. Por um lado, assume a missão institucional de tutelar direitos fundamentais em meio à gravíssima crise da democracia que assolou o Brasil. Por outro, perpetua comportamento institucional que privilegia o acesso de elites à justiça constitucional e marginaliza, reduz e subvaloriza o interesse de movimentos sociais e sociedade civil organizada.

#### **4.4. Conclusões parciais**

A investigação sobre a legitimidade democrática do Supremo se esgueira por inúmeras variações do sentido atribuído à ideia de democracia. Para além da salutar diferenciação entre concepções formalistas e substantivas de democracia, que não está clara para o discurso público, há ainda a diferença entre as várias correntes de pensamento distintas que organizam e orientam o uso do léxico democracia.

Para além da polissemia e confusões (algumas propositais) de sentido, há também o desafio na definição do problema. O problema da legitimidade democrática não se afirma numa lógica binária, em que o tribunal é o ou não é democrático. Democracia é um conceito muito mais complexo, que demanda discussões contínuas e inesgotáveis sobre o quão democrática é uma instituição. Em vez de sim ou não, a resposta à questão deve ser de grau (quantitativa e qualitativamente).

Por consequência, importa mais a discussão sobre formas de se aprofundar a legitimidade democrática do tribunal do que o debate sobre se ele é ou não legítimo e só. Essa última opção empobrece a análise e é insuficiente para o tamanho dos problemas experimentados pela democracia brasileira.

Partindo desses pressupostos, os dados empíricos apresentados neste capítulo apresentam um retrato sobre a forma de decidir. Compõem um cenário que destaca vários padrões no comportamento do Supremo Tribunal Federal que são relevantes para a análise sobre a maneira pela qual o tribunal constrói a legitimidade democrática de sua postura institucional. Os resultados que constam da primeira seção do capítulo se apresentam na forma de indícios, que seriam confirmados ou refutados pela revisão de literatura posterior.

O primeiro indício que se extraiu da fase empírica da pesquisa, neste capítulo, tem relação com o julgamento de medidas cautelares nas ADOs analisadas. O Supremo, no geral,

não respondeu à urgência requerida nos pedidos de medidas cautelares, e o fez menos ainda em ações que discutiam direitos fundamentais.

Quanto ao julgamento em sede de decisões finais, constatou-se um certo grau de deferência aos outros poderes no julgamento das ADOs analisadas. Isso ficou mais evidente nos casos em que o Supremo evitou acolher o pedido formulado pela parte autora. Ou seja: a deferência aos outros poderes foi bastante empregada como forma de justificar uma inação do tribunal.

Por outro lado, nos julgamentos em que acolheu os pedidos formulados nas ADOs, integral ou parcialmente, o STF desempenhou esforço de fundamentação distinto (e mais amplo). Os dados sugeriram que o Supremo assumiu o ônus argumentativo de maneira mais rigorosa quando entendeu por intervir na função legislativa. Por “esforço de fundamentação mais amplo” não me refiro necessariamente à quantidade de fundamentação, mas sim à diversificação dos tipos de fundamentos invocados.

Em relação às providências tomadas nas decisões de procedência, o Supremo foi mais longe somente nas ações que discutiam direitos e garantias fundamentais. Nas demais, adotou providências mais tímidas, como a fixação de prazo para as autoridades requeridas sanarem a omissão, por exemplo. Isso sugere um quadro de proeminência na defesa de direitos e garantias fundamentais.

Diante da integralidade dos dados e da revisão de literatura, porém, essa conclusão merece importantes ressalvas. Se, de fato, o tribunal foi mais ousado nas ações em que entendeu por tutelar direitos fundamentais pela via da ADO, restaram evidenciadas também importantes limitações no processo de afirmação desses direitos. Um deles tem relação com a demora nos julgamentos, que tem impacto direto sobre a realidade experimentada por aqueles que requeriam a tutela judicial de seu direito. Há casos envolvendo direitos fundamentais e pedido de medida cautelar que, até o encerramento da pesquisa, contavam mais de 3500 dias pendentes de decisão de mérito.

O fator temporal, porém, ao mesmo tempo em que fragiliza a legitimidade da atuação do tribunal em termos de proteção de direitos fundamentais, segundo critérios substantivos, também ajuda a construir essa legitimidade, segundo critérios formais. O lapso temporal pode ser encarado também como elemento que potencializa a dinâmica deliberativa, pois permite que os outros poderes dialoguem sobre o tema tratado na ADO e optem por evitar o constrangimento institucional de uma eventual decisão positiva. Em outras palavras: o Legislativo e o Executivo podem se apressar para sanar a omissão, antes que o Supremo o faça.

Além disso, o decurso do tempo pode favorecer a ampliação do debate sobre o tema discutido na ADO nas mídias sociais, na imprensa, no discurso público, nas universidades e nos movimentos sociais. Tudo isso contribuiria para um aprofundamento da dinâmica dialógica, o que seria certamente importante para aprofundar a legitimidade da atuação do Supremo. O Supremo é um tribunal político não só por concordar ou discordar do Executivo e do Legislativo, mas antes porque controla o tempo de concordar ou discordar (FALCÃO, 2015). Nesse sentido, “quanto mais grave o estado de inconstitucionalidade e persistente a inércia, maior deverá ser a intervenção judicial” (CAMPOS, 2015, p. 15)<sup>119</sup>.

No entanto, a despeito dessas potencialidades, os mecanismos de diálogo institucional e deliberação no Brasil ainda parecem insuficientes. Desse modo, suscita dúvidas a real possibilidade de o lapso temporal ter efeito mais benéfico do que nocivo. Essas dúvidas são ainda maiores quando se leva em consideração o período de crise da democracia, em que o país experimentou um bloqueio institucional no que se refere às políticas de promoção de direitos fundamentais. Assim, a conclusão que parece mais razoável é aquela que considera o manejo do tempo pelo tribunal como um empecilho à sua legitimidade democrática, mais do que como um item de justificação.

Há, ainda, uma outra observação relevante: decisões que discutiam direitos fundamentais tiveram média de tempo para julgamento superior às demais. Ou seja: o tribunal demorou mais para decidir, proporcionalmente, em casos relacionados a direitos fundamentais. Há, aqui, um contrassenso, já que esses casos se relacionam diretamente à missão institucional do Supremo.

Ainda que numa ótica deliberativa o fator temporal seja encarado como elemento necessário para justificar as decisões em direitos fundamentais, que tendem a ser mais ousadas (conforme dados da pesquisa), a demora incide justamente sobre o estado de omissão em que se encontram os titulares desses direitos. Em outras palavras, especialmente no caso dos direitos fundamentais o lapso temporal parece fragilizar o caráter democrático do STF, em termos substantivos de democracia.

Para além do fator temporal, há indícios também de outro fator de justificação empregado pelo tribunal. Na prática jurisdicional, o fator dialógico da Corte tende a ser elemento importante para a construção da legitimidade de suas decisões. E aqui me refiro ao

---

<sup>119</sup> O autor ainda completa: “Por certo que, quanto maior o tempo de inércia verificado, menor dúvida dever-se-á ter em relação à legitimidade da atuação corretiva do juiz constitucional em face da omissão. Assim, o fator tempo acaba cumprindo um papel importante de legitimação do ativismo judicial na superação da omissão legislativa inconstitucional” (CAMPOS, 2015, p. 27).

diálogo interno à Corte, por meio da preferência por decisões colegiadas, e ao diálogo externo, por meio de interação com outros atores políticos.

O dado que subsidia essa conclusão é o referente à interposição de recursos. O quantitativo de recursos interpostos pode ser considerado baixo. Esse dado aponta para um cenário em que as decisões proferidas em ADO não foram, a partir de critérios numéricos, muito controversas. Somente foram interpostos recursos em face de cerca de um terço das decisões finais.

Segmentando o dado, há uma informação ainda mais interessante. Decisões colegiadas foram menos questionadas que decisões monocráticas. Há vários motivos para isso, mas um deles parece ser o grau de legitimidade que uma decisão colegiada possui, em face de uma outra monocrática, especialmente em termos de controle abstrato de constitucionalidade. Ou seja: a preferência por decisões colegiadas pode ser entendida também como mais um fator de construção da legitimidade das decisões investigadas.

Não obstante a relevância de todas essas categorias de análise, a principal delas é a que vem a seguir: a argumentação. É por meio da argumentação que o tribunal exerce a principal forma de legitimação de suas decisões. A motivação delas é elemento crucial para que os vereditos construam sua legitimidade.

No presente trabalho, a análise dos argumentos que motivaram as decisões de deferimento de medida cautelar e procedência dos pedidos está em consonância com diagnóstico já formalizado anteriormente, no sentido de que o Supremo age de forma parcimoniosa e cautelosa no exercício do controle abstrato de constitucionalidade (CASTRO, 1997; VIANNA *et. al.*, 1999). Houve alto esforço de justificação dessas decisões, o que leva a caracterizar o comportamento institucional como parcimonioso.

Outros indícios apresentados nas páginas anteriores corroboram essa conclusão: (1) o tribunal não se valeu de argumentação principiológica como a principal forma de decidir; (2) para acolher os pedidos, o tribunal não se furtou de analisar as especificidades técnicas da matéria; e (3) a Corte não deixou de apontar a mora legislativa como condição *sine qua non* para intervir na função legislativa.

Restringindo o recorte para as decisões finais de procedência, excluindo as decisões provisórias, que têm características peculiares, vê-se que houve um vasto esforço de fundamentação em todos os quatro casos. A literatura acadêmica, por exemplo, foi citada em todos eles. A jurisprudência do STF, da mesma forma. Em dois casos, fez-se referência à jurisprudência de outros tribunais. Uma das ações chegou a citar tratados internacionais. Dispositivos constitucionais estiveram presentes em todos os julgamentos, assim como



dispositivos não normativos. Leis e normas regulamentares foram bastante recorrentes e até mesmo súmulas ou informativos de jurisprudência foram referenciados.

Esse panorama levou à conclusão preliminar de que não havia indícios para se caracterizar como “ativista” a atuação do STF nas ações investigadas. Ao submeter essa conclusão preliminar à revisão da literatura já produzida sobre ativismo judicial, qualifiquei um pouco mais o diagnóstico.

Primeiro, questioneei a relevância do conceito, na forma de seu uso mais corrente. Apontei a necessidade de se conjugar essa análise com outras sobre as teorias da democracia e sobre as técnicas de decisão do STF. Segundo, argumentei que o conceito é mais útil quando aplicado a casos concretos do que quando invocado em abstrato para adjetivar o tribunal como um todo. Terceiro, defendi que para ser produtiva, a categoria ativismo judicial deve se ater a uma caracterização menos valorativa. Isto é, dizer que uma decisão é ativista não deve corresponder automaticamente a um juízo positivo ou negativo sobre ela. Ativista é uma característica que não deve estar necessariamente atrelada a um juízo de valor, sob pena de perder relevância o conceito.

O sentido de *ativismo judicial* que pareceu mais pertinente para a análise deste trabalho está contido no conceito de Abboud (2022). Segundo o autor, ativismo judicial é a substituição da legalidade pela subjetividade do juiz, no momento de decidir. A medida de análise desse fenômeno é a *fundamentação* da decisão, e não uma valoração sobre os seus *efeitos*.

Partindo dessa formatação, parece razoável concluir que, em termos quantitativos, não há elementos para se caracterizar como ativista o comportamento do STF nas ações investigadas. Os critérios quantitativos estão expressos na análise da quantidade de pleitos que foram acolhidos. Esse número não é proporcionalmente relevante, a ponto de se qualificar como proeminente o comportamento institucional do Supremo.

Qualitativamente, também é difícil dizer que houve ativismo judicial. Há quatro fatores que corroboram essa constatação: (1) argumentos normativos foram preponderantes na fundamentação das decisões, em vez de argumentos de cunho ideológico, político, econômico ou social; (2) em relação ao aspecto temporal dos julgamentos, não houve, no geral, atuação imediatista, de modo que houve expressiva demora para proferimento das decisões; (3) decisões colegiadas foram privilegiadas em detrimento de decisões monocráticas; e (4) em relação às providências tomadas, três delas se limitaram a fixar prazo às autoridades requeridas e duas delas foram um pouco além disso, mas também sem substituir a legalidade pela subjetividade.

A exceção fica por conta da ADO nº 26, que pode ser entendida como caso em que foi proferida decisão ativista. O ativismo aqui decorreria não da polêmica em torno do tema (infelizmente, os direitos da população LGBTQIAP+ ainda são tidos como polêmicos no Brasil), pois isso é irrelevante diante da função contramajoritária do tribunal. O comportamento poderia ser qualificado como ativista por outro motivo, por conter um elemento de convicção dos ministros, que vai diretamente contra o perfil majoritariamente conservador do Congresso Nacional brasileiro. Por se tratar de tema situado no campo moral, a influência das convicções pessoais dos ministros sobre seus fatos é quase inevitável.

Portanto, a ADO nº 26 pode ser encarada como rara exceção ao diagnóstico geral de que não houve ativismo judicial nas decisões investigadas neste trabalho. Mas é preciso ir um pouco além disso. O fato de ser uma decisão ativista não equivale a dizer que é uma decisão ruim ou ilegítima. Como argumentei antes, *ativista* é uma característica que deve se referir ao tipo de decisão proferida, e não a um juízo de valor.

Para qualificar o debate, são necessárias as considerações sobre as técnicas de decisão do STF e as teorias da democracia. A partir do estudo dessas técnicas, entendo que, de fato, houve algum grau de criação judicial em alguns dos casos analisados. Em outras palavras, algum nível de normatização pela via do Judiciário. A questão é que isso não é necessariamente ilegítimo ou reprovável.

A teoria constitucional mais recente apresenta ferramentas bastante consistentes para explicar o comportamento identificado nas ADOs analisadas. Não haveria grande dificuldade para explicar as decisões que acolheram os pedidos formulados pela parte autora, à exceção da ADO nº 26. Novamente, ela é um ponto de inflexão da análise.

Para a literatura recente, a decisão proferida na ADO nº 26 encontra dificuldades para se legitimar no desenho democrático, pois viola alguns dos requisitos estabelecidos para a criação judicial. A meu ver, porém, os requisitos formulados não dão conta da excepcionalidade da situação que levou à referida decisão.

Discordando de parte da literatura, defendi que, em casos de proteção à vida e à liberdade de minorias constitucionalmente protegidas pelo princípio da igualdade, há a possibilidade de criação judicial em matéria penal contra o réu, desde que (1) restrita à criação interpretativa, isto é, de sentido, exercida por meio de interpretação de conceitos que integram tipos penais já existentes; e (2) direcionada à tutela da vida e da liberdade de minorias constitucionalmente protegidas.

Ao final, resta salutar colocar em perspectiva todas essas considerações, integrando-as às teorias da democracia. Sem elas, a análise corre o risco de se tornar desimplicada do

contexto geral em que se insere, por um lado, ou desonesta ao deixar de revelar as premissas sob as quais se funda seu autor, por outro.

As teorias da democracia liberal justificam, com facilidade, o comportamento do Supremo nas ações investigadas, à exceção do caso da ADO nº 26. É que o dogma clássico da separação de poderes permanece majoritariamente intacto na atuação do STF, tendo em vista sua inação na grande maioria dos casos analisados. A ausência de respostas é, em grande medida, a resposta liberal ao problema. No que se refere à ADO nº 26, as vertentes liberais talvez encontrem dificuldade para explicar democraticamente a decisão, sobretudo aquelas mais conservadoras.

Entre os teóricos da democracia direta, da qual Karl Marx é o maior expoente, é difícil encontrar elementos de justificação. Essa dificuldade decorre não da análise concreta de cada decisão, mas sim da forma pela qual o sistema de justiça se constrói: uma forma aristocrática, exclusiva e nada popular. Existem, porém, vertentes do marxismo que consideram legítima a busca por “rachaduras” e “brechas” que possam dar alguma dimensão emancipadora ao sistema. Para essas vertentes, a atuação episódica do Supremo Tribunal Federal na efetiva tutela da omissão inconstitucional pode ser justificada a partir da promoção da dignidade humana e da emancipação, ainda que muito localizada, dos indivíduos. Sob essa ótica, do direito enquanto substância, e não somente como forma, a decisão proferida na ADO nº 26 talvez seja, ao contrário da visão liberal, o ponto alto da atuação institucional identificada neste trabalho.

Este trabalho, porém, se funda na teoria da democracia deliberativa como aquela que explica de forma mais abrangente a realidade observada. E a partir dela formula a sua crítica sobre a legitimidade democrática do STF nas ADOs investigadas.

Na teoria da democracia deliberativa é possível encontrar caminhos diversos para justificar e criticar a atuação do Supremo. Nela, não está dada a racionalidade da lei como critério preestabelecido de justificação, como ocorre no modelo liberal. Por outro lado, também não há a rejeição sistemática às bases capitalistas de sustentação do ordenamento jurídico, como ocorre na teoria marxista.

A democracia deliberativa justifica os casos de acolhimento dos pedidos pelo Supremo com facilidade. Afinal, ainda que eventualmente de forma constritiva, a Corte atendeu a um pleito e, assim, provocou e continuou o diálogo institucional, sem proferir nenhum tipo de última palavra definitiva. Não houve nenhuma decisão que impedisse a continuidade da discussão entre os outros poderes. Ademais, existe um outro elemento que corrobora a legitimidade do STF para a lente deliberativa: nos casos em que o Supremo

deferiu a medida cautelar, a omissão foi sanada pela autoridade requerida no curso do processo, de modo que ao final foram julgados prejudicados os pedidos e extintas as ações. As intervenções provisórias provocaram o efeito necessário: elas impulsionaram a deliberação no aparato político-institucional. Esse é um ponto que confirma de forma bastante elucidativa a teoria deliberativa.

Por outro lado, a atuação do STF é menos justificável a partir do ponto de vista deliberativo quando se leva em consideração os casos em que a Corte deixou passar um expressivo período de tempo sem proferir uma decisão sequer sobre o mérito discutido. Ao fazê-lo, ela interditou o debate. Nesses casos, a negativa às providências pedidas se manifestou principalmente por uma via *indireta*, por meio (1) do *lapso temporal* entre a formulação do pedido e a decisão; (2) da *inércia* do tribunal até que os outros poderes tomassem as medidas necessárias ao saneamento da omissão, fazendo com que ficassem prejudicados os pedidos; e (3) da aplicação rigorosa dos requisitos da *legitimidade ativa* e da *pertinência temática*.

Essas vias indiretas de negativa à providência requerida podem ser entendidas também como uma forma de *deliberação opaca*. Isto é, trata-se de um comportamento do tribunal que se insere na lógica da deliberação, já que responde aos impulsos comunicativos próprios do processo, mas que não deixa claros e expressos os motivos que orientaram a atuação da corte. Em vez de transparente, a deliberação é opaca, frágil e centralizadora.

Sendo assim, o elemento que mais contribui para uma crítica à legitimidade democrática do tribunal é a sua falta de clareza e transparência no enfrentamento de vários casos. Em vez de negar a providência requerida e explicar o porquê, muitas vezes o tribunal prefere simplesmente se manter indiferente a ela ou negar-lhe o acesso à justiça a partir de critérios formais. Das trinta e seis ações que extinguiram os processos sem o acolhimento da providência requerida, somente duas delas foram de improcedência material. Todas as outras foram de extinção sem resolução do mérito, ou seja, por razões formais.

Vê-se que o objeto de pesquisa não se revela ilegítimo quando se leva em conta a *materialidade* das ações. O campo de maior disputa parece ser o da constitucionalidade *formal*. É lá que está, em maior grau, a fragilidade da atuação deliberativa do STF, com decisões monocráticas em grande proporção<sup>120</sup>, com pouca ou nenhuma margem de superação dos filtros de acesso à corte (legitimidade ativa e pertinência temática) e com ampla possibilidade de manejo do tempo a favor ou contra a pauta do processo para julgamento.

---

<sup>120</sup> As decisões colegiadas foram preponderantes nas ações que acolhiam os pedidos da inicial. Nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito, porém, as decisões monocráticas foram mais recorrentes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados desta pesquisa me levam a uma reflexão sobre o papel que a jurisdição da ADO vem ocupando no Brasil. Parece razoável concluir que o desenho constitucional de 1988 vem dando lugar a um outro desenho, que se comporta quase que como uma válvula de escape para os problemas do desenho original. Na verdade, penso até mesmo se os problemas que enfrentávamos decorriam do desenho original ou da postura assumida pelo STF nas primeiras décadas pós-1988, ao se deparar com o ousado projeto da Assembleia Nacional Constituinte. Nesses termos, a primeira questão que se coloca é: o problema é o texto constitucional ou a leitura que se fez num primeiro momento do texto constitucional?

Os problemas a que me refiro são, essencialmente, o coração desta pesquisa. Eles podem ser agrupados sob a lente de um formalismo jurídico que não foi capaz de dar conta do estado geral de omissão enfrentado pela sociedade brasileira no pós-1988. Esses problemas aparecem quando os sujeitos de direito são considerados em concreto, em carne e osso, para além das abstrações de que se vale o Direito no duro percurso de sua legitimação.

Como vetores desse formalismo nocivo, apareceram na pesquisa alguns elementos importantes. Entre eles se destacam a prevalência histórica do paradigma jurídico-normativo de caracterização da omissão inconstitucional e a aplicação rigorosa dos requisitos da legitimidade ativa e da pertinência temática na jurisdição constitucional.

Se os primeiros elementos citados estão relacionados ao formalismo jurídico, os outros elementos relevantes que ajudam a explicar a ineficiência parcial do sistema de controle da omissão inconstitucional via ADO são, ironicamente, relacionados a aspectos informais da jurisdição, que podem escapar aos esforços mais dogmáticos de sistematização da jurisdição do Supremo. Entre eles se destaca a manipulação do tempo do processamento e julgamento das ADOs como um dos instrumentos de construção da legitimidade das decisões do STF.

Todos esses elementos, quando analisados em conjunto, apontam para um questionamento do papel que a jurisdição da ADO tem atualmente na sistemática de saneamento da omissão. O ousado desenho constitucional de 1988, que teve por objetivo instituir a ADO como moderna ferramenta de combate à síndrome de inefetividade das normas constitucionais, acabou sendo substituído por outros mecanismos que têm se mostrado mais eficazes para a finalidade de tutela da omissão. Nesse campo surge a ADPF como

mecanismo dos mais invocados nos últimos anos, especialmente durante a crise da democracia no Brasil.

Se essa alternativa é boa ou ruim, a presente pesquisa não pretende responder. Futuros trabalhos poderão se dedicar a essa pergunta, com foco nas especificidades do rito da ADPF que podem atrair e permitir que, de modo mais amplo, no seu curso a discussão sobre a omissão inconstitucional seja travada em maior magnitude.

O que importa reconhecer, para o momento, é que o sistema de controle da omissão via ADO vem passando por influxos importantes nas últimas décadas, adaptando-se a novas realidades e assumindo papéis distintos nas últimas décadas. No primeiro momento, esse sistema serviu com mais frequência a interesses corporativos da elite do serviço público. Mais recentemente, porém, durante a crise da democracia brasileira, deu espaço a discussões sobre direitos fundamentais com vigor inédito.

No entanto, ainda que tenham sido constatados movimentos importantes, não é possível chegar a um diagnóstico preciso sobre o estágio atual. Houve, no entendimento da pesquisa, um primeiro movimento de decaimento, mas que foi seguido por um movimento ascendente. O cenário corrente, portanto, não é estável. Somente daqui a uns anos será possível identificar se a ascendência da ADO dentro do panorama do controle de constitucionalidade se solidificou ou se, por outro lado, a ADPF de fato se tornou a via mais utilizada para se discutir a omissão inconstitucional abstrata.

O cenário descrito nos parágrafos anteriores foi construído a partir do seguinte trajeto de pesquisa.

O primeiro capítulo buscou traçar o mapa da discussão sobre a omissão inconstitucional no Brasil (especificamente, aquela suscetível ao controle abstrato de constitucionalidade). Recuperou as origens do problema e as principais fontes de inspiração para o desenho do sistema vigente na Constituição de 1988. Parte significativa da inspiração pode ser atribuída às experiências iugoslava e portuguesa, esta última em maior grau.

A recepção dessas inovações pela literatura e pelo Supremo, porém, não correspondeu ao grau de ousadia do poder constituinte (pelo menos não num primeiro momento). Três instrumentos essenciais ao controle abstrato da omissão, previstos no sistema português, não encontraram correspondentes no Brasil: o Tribunal Constitucional; a inclusão de cidadãos entre os legitimados ativos; e a previsão de consequências concretas para a decretação da inconstitucionalidade por omissão (SILVA, 2020). Sem nenhuma dessas ferramentas, o sistema brasileiro, num primeiro momento, correu sério risco de se tornar inefetivo desde o nascimento.

O risco de inefetividade foi corroborado, como causa e efeito do problema, pela forma que a literatura jurídica encontrou para lidar com o impasse do controle abstrato da omissão naquele momento incipiente. Boa parte da dificuldade residia na incongruência entre a intransigência da Constituição quanto à omissão inconstitucional, por um lado, e o sistema desenhado por ela para o controle abstrato da omissão, por outro. À primeira vista, não parecia se tratar de modelo capaz de responder suficientemente à preocupação com a inefetividade das normas constitucionais em sua forma omissiva.

A solução encontrada foi, então, a mais restritiva. Nas primeiras décadas pós-1988 a literatura construiu um paradigma que chamo de *jurídico-normativo* para caracterizar a omissão inconstitucional que autoriza o controle abstrato. Para esse grupo de autores, que foi hegemônico por bastante tempo (e talvez ainda seja), o método de aferição da existência da omissão é *sintático*, segundo a teoria semiótica do direito de Marcelo Neves (1988). Uma análise estrita do texto constitucional deve denunciar um *dever* legislativo, ao qual corresponderia uma *mora* legislativa.

Segundo esse paradigma, o dever legislativo deve ser expressamente concebido dessa maneira pela Constituição e deve estar dotado de uma estrutura linguística que denuncie a obrigação de legislar, por meio de expressões como “na forma da lei”, “nos termos de lei complementar” e “nos limites definidos em lei específica”.

A mora parlamentar, por sua vez, deve estar assentada numa desidiosa recusa à regulamentação legal do dispositivo constitucional. Nesse ponto, o fator temporal tem peso relevante. Como seria possível caracterizar a mora nos primeiros anos que se seguiram à promulgação da Constituição? A avaliação desse requisito demandaria, naturalmente, um tempo mínimo de vigência do texto constitucional, que seria capaz de conformar naturalmente a democracia brasileira e, ao mesmo tempo, deixar mais expostas as feridas que permanecem abertas. Esse talvez seja um dos motivos aptos a explicar a demora na evolução do tema no Brasil.

Mais recentemente, são encontradas iniciativas de superação desse paradigma, que parece não dar conta da real dimensão do problema. O problema da omissão tem feições particulares e outras globais. Sua manifestação é particular quando, de fato, está ancorada num dispositivo constitucional específico que não está produzindo efeitos em razão das limitações de sua eficácia. Essa, porém, não é a única forma pela qual o problema se apresenta no Brasil. Sua manifestação é também global, e o é quando se apresenta a partir de uma *inconstitucionalidade sistêmica* (PEREIRA e GONÇALVES, 2019), de uma violação que

decorre não de um dispositivo constitucional individualizado, mas de um conjunto de direitos e garantias constitucionais, numa interpretação sistêmica da Constituição.

Para dar conta dessa segunda forma de manifestação do problema, a literatura tem caminhado para o que chamei de *paradigma sócio-histórico* de identificação da omissão. A obra que parece sintetizar essa evolução é a de Campos (2015). Segundo esse paradigma, a caracterização da omissão inconstitucional não parte de uma análise meramente *sintática* do texto constitucional, mas também (e sobretudo) de uma análise *semântica* (e até *pragmática*). Sendo assim, o critério a partir do qual se constata a inconstitucionalidade por omissão deixa ser o texto, para ser a própria realidade social refletida no texto. Nesse caso, o processo de identificação parte do universal para o particular, e não mais o contrário.

Pela relevância e lucidez dos estudos produzidos sob o paradigma sócio-histórico, este trabalho a ele se filia. É essa a forma de ver o problema que parece dar conta de sua amplitude, do tamanho de seus efeitos sobre a vida das pessoas e da dimensão da desigualdade social que estrutura o Brasil, um país ainda marcado pelas raízes coloniais e escravistas que lhe constituíram.

O segundo capítulo introduziu os resultados da fase empírica da pesquisa, focados na variável “o quê?”, e buscou aferir se a evolução do paradigma jurídico-normativo para o paradigma sócio-histórico, descrita no capítulo 1, foi sentida na jurisdição constitucional, a partir de dois pontos de vista: o dos requerentes e o dos juízes. Os critérios de análise para isso foram: (1) a evolução da jurisprudência do tribunal sobre o assunto; (2) a quantidade média de ADOs distribuídas por ano, considerando os marcos jurisprudenciais; e (3) os conteúdos e normas constitucionais discutidos nas ADOs investigadas na pesquisa.

O critério (1) revelou que o Supremo Tribunal Federal possui uma tradição fortemente amparada no paradigma jurídico-normativo de caracterização da omissão inconstitucional. Durante muito tempo, o tribunal foi bastante restritivo ao enfrentar o tema e evitou dar passos largos em direção ao paradigma sócio-histórico. A evolução quanto à identificação da omissão e quanto às providências que o tribunal pode tomar em sede de ADO aconteceu, mas foi lenta e gradativa.

Sinais maiores de mudança começaram a aparecer somente em 2019, já no cenário de crise da democracia (SOUZA NETO, 2020), quando o tribunal deu sinais de aproximação com o paradigma sócio-histórico. Os julgamentos das ADOs nº 26, 53 e 30 (esta em 2020 e as demais em 2019) foram marcos importantes na jurisprudência do Supremo sobre o tema. Os sinais se referiam tanto à forma de reconhecer a omissão quanto às providências que o tribunal pode tomar em sede de ADO.



A despeito, porém, da relevância desses sinais mais recentes, parece precoce a conclusão de que o tribunal superou o paradigma jurídico-normativo. É mais razoável concluir que, apesar dos inegáveis acenos ao paradigma sócio-histórico, ainda é cedo para dizer se esse movimento se consolidará, sobretudo porque os marcos recentes estão situados na excepcionalidade da crise da democracia brasileira. Pesquisas futuras poderão apontar se a jurisdição de fato estabilizou um entendimento consonante com a evolução da bibliografia.

O critério (2) revelou que, embora de forma irregular, pode ser identificada uma trajetória de aumento na quantidade de ADOs propostas ao Supremo, à medida que o tribunal ampliou as suas ferramentas de controle da omissão inconstitucional. Isso poderia sugerir que os requerentes das ADOs acompanharam a evolução da literatura sobre o tema, sendo uma espécie de reflexo da teoria jurídica na sociedade e manifestação coletiva de ampliação da ideia de omissão. O critério (3), porém, contradiz essa hipótese.

O critério (3) mostrou que, quanto ao conteúdo das ADOs, existe a prevalência de um determinado tema. Os temas mais submetidos à jurisdição constitucional não foram relacionados a direitos fundamentais, à ordem social ou a políticas públicas como um todo, como se poderia supor a partir dos significados associados à Constituição de 1988. Pelo contrário, as ADOs foram, em grande parte, espaço para mobilização de interesses privados corporativos. O quantitativo de ações que discutiam remuneração, plano de carreira e reajustes de servidores da elite do serviço público foi proporcionalmente superior a todos os outros temas constitucionais. Foi também superior à proporção de dispositivos constitucionais sem regulamentação que se referem a esse tema.

Ou seja: apesar dos pequenos avanços sentidos na jurisprudência do Supremo, ainda há muito que se avançar. Na forma como está consolidado hoje, o sistema de controle abstrato da omissão pela via da ADO tem sido instrumento de manutenção de privilégios, em sua maior parte. Na forma como está colocada, a jurisdição constitucional da ADO tem marginalizado, em termos quantitativos, o interesse público pela promoção de direitos fundamentais, de modo que esses temas estão sendo mais tratados pela via de outras classes processuais, como o Mandado de Injunção e a ADPF. A consequência disso é a fragilização da ADO como instrumento de efetivação das normas constitucionais, que revela uma frustração parcial do projeto da Constituição de 1988 para o tema da omissão.

Em síntese, nos últimos anos houve avanços pontuais, por meio de decisões que caminham em direção ao paradigma sócio-histórico por parte do STF. Como já visto, esses marcos decisórios expandiram também a jurisdição da ADO, com um aumento no quantitativo de ações. É possível que, caso essa tendência se confirme nos próximos anos, o

controle concentrado da omissão caminhe com mais vigor em direção ao sentido que originalmente lhe atribuiu o texto constitucional, qual seja, o da defesa e promoção de direitos fundamentais. No entanto, na forma como está colocado hoje, ainda é difícil dizer que o instrumento da ADO está promovendo suficientemente esses direitos.

O terceiro capítulo se dedicou à variável “quem?”. Com isso, investigou o perfil dos requerentes e requeridos das ADOs, com o intuito de identificar quais foram os atores políticos que tiveram interesse na jurisdição da ADO e quais foram os interesses que os levaram ao Supremo. Num segundo momento, analisou esses dados à luz das lentes do acesso à justiça constitucional e da dinâmica de diálogo institucional.

A fase empírica da pesquisa constatou que os atores políticos que mais acionaram a jurisdição constitucional por meio de ADO, no período analisado, foram as confederações sindicais e entidades de classe. Isso poderia significar, numa avaliação preliminar, uma predominância de temas de direitos sociais e do interesse público como um todo. Ademais, poderia sinalizar uma ampla participação da sociedade civil. Uma análise mais apurada, porém, revela o oposto.

Ao enfrentar os temas discutidos nas ADOs ajuizadas por confederações sindicais e entidades de classe, a pesquisa identificou que a maior parte dessas ações mobilizaram interesses corporativos da elite do serviço público (são ações manejadas por associações de magistrados e promotores, por exemplo). Em parte significativa dos casos o que se discutia era questões remuneratórias e de carreira. Poucas foram as ações que se voltaram para direitos fundamentais, ordem democrática e ordem social, como se poderia supor. Pesquisas futuras devem enfrentar as circunstâncias em que se constituem essas associações de servidores e a forma como estruturam essa capacidade institucional de mobilização do Supremo Tribunal Federal (algo que não é fácil, nem barato).

Identificou-se também que o controle concentrado pela via da ADO foi suscitado mais por instituições de fora do Estado do que por instituições de dentro do Estado. Essa constatação também desperta interesse porque (i) a estrutura jurídica que entidades e instituições de Estado possuem para acessar o Supremo é expressivamente maior do que a dos organismos externos e (ii) o interesse público é o norte da atuação dos entes estatais, de modo que deles se esperaria um compromisso maior com a efetividade da Constituição do que de atores externos.

Para lidar com esses resultados, a investigação teve por objetivo elucidar as razões pelas quais a ADO não foi uma via buscada massivamente por entidades que tivessem por objetivo promover a efetividade de direitos fundamentais e outros temas caros ao interesse

público. Por que os direitos fundamentais e os movimentos sociais ficaram de fora da ADO? Uma das razões encontradas, talvez a principal delas, tem relação com os filtros de acesso: a legitimidade ativa e a pertinência temática. Os dados obtidos mostram que as confederações sindicais e entidades de classe enfrentaram, proporcionalmente, mais problemas que as outras categorias de autores para acessar a jurisdição do controle abstrato da omissão. Os filtros da legitimidade ativa e da pertinência temática foram especialmente rigorosos com essa categoria de autores.

No entanto, ainda dentro da mesma categoria, entidades representativas de servidores da elite do Judiciário, do Executivo e do Ministério Público tiveram, proporcionalmente, menos problemas que as demais confederações e entidades de classe, no que se refere ao filtro da legitimidade ativa. Isto é, no exercício da jurisdição da ADO, o Supremo parece ter obstaculizado em menor grau o acesso de entidades da elite do serviço público, em relação às demais classes representadas por essas organizações. Tudo isso se constatou a partir de análises quantitativas.

Na fase de revisão de literatura, a pesquisa buscou os motivos que deram origem ao atual quadro de legitimados ativos para propor ADO e as demais ações de controle concentrado. Esses motivos poderiam ajudar a entender a dinâmica extraída da pesquisa empírica. O que se constatou foi que o processo constituinte de 1988, ao definir o rol de legitimados, optou por soluções controversas, que geraram uma distorção no sistema. Após a rejeição sistemática à criação de um Tribunal Constitucional no Brasil, os constituintes empreenderam um outro desenho que se situou num entrelugar, uma fronteira entre um verdadeiro sistema de controle concentrado e outro que privilegia o controle difuso.

Como consequência, a conformação dada pela jurisprudência e pela doutrina nas décadas seguintes acabou por restringir as hipóteses de acesso ao controle concentrado, por meio de uma interpretação rigorosa sobre os dispositivos da legitimidade ativa e pertinência temática. Esse comportamento histórico, porém, foi surpreendentemente modulado em fato recente. Ao julgar a medida cautelar requerida na ADPF 709/DF, o Supremo reconheceu a legitimidade ativa de instituições que representam grupos de vulneráveis para ações de controle abstrato, sem que houvesse um componente econômico ou profissional na atuação dessas instituições, indo contra a jurisprudência histórica do tribunal. Embora não se trate de caso isolado, tendo em vista que outras decisões posteriores acompanharam o entendimento, é necessário salientar que várias dessas decisões estão situadas no contexto de excepcionalidade da crise da democracia no Brasil. Somente pesquisas futuras, realizadas com certo

distanciamento temporal, serão capazes de avaliar se esse rompimento com a tradição anterior se estabilizou na jurisdição do Supremo.

O quadro geral ainda revela um grave problema de acesso à justiça constitucional. A discussão sobre acesso à justiça ainda é nebulosa no Brasil, sobretudo porque, a despeito da evolução da literatura sobre o tema, as instituições brasileiras continuam a tratá-lo como um problema mais quantitativo do que qualitativo. Ao subdimensionar o problema, o debate em torno do tema produziu soluções em um único sentido: o da redução na formalidade processual. Deixou-se de lado, portanto, as questões mais sensíveis que envolvem o assunto, como aquelas relacionadas a quem tem condições (jurídicas e não jurídicas) de requerer o saneamento de uma omissão inconstitucional.

Vinculando os dados às teorias do diálogo institucional, extrai-se que a experiência brasileira ainda está distante das experiências internacionais de diálogo institucional bem sucedidas, entre as quais figura constantemente o caso canadense. No Brasil, os mecanismos de diálogo institucional que constam do texto da Constituição correspondem a iniciativas episódicas e focadas mais no controle recíproco entre os poderes do que na interação dialógica.

Justamente em razão disso, o histórico do Supremo foi de expressiva parcimônia no julgamento de ADOs. Num primeiro momento, o tribunal se recolheu ao tratar do tema, como forma de preservar a harmonia entre os poderes. A mudança desse cenário começou a ocorrer somente num momento posterior, já durante a crise da democracia, em que o STF se permitiu expandir as ferramentas de controle abstrato da omissão. Ao final, parece não ter havido, em nenhum momento da história recente brasileira, um esforço efetivamente *dialógico* em prol da efetividade constitucional, mas sim a percepção da ADO como uma ferramenta de *controle*.

O quarto e último capítulo buscou responder “como” e “por que” o STF se permitiu exercer o controle abstrato da omissão inconstitucional, nos raros casos em que o fez. Para isso, à diferença dos demais capítulos, empreendeu análise também qualitativa. O objetivo era entender a forma pela qual o tribunal justificou suas decisões, a compatibilidade delas com a ideia de democracia e a pertinência do conceito de “ativismo judicial” para a investigação.

A pesquisa identificou três fatores que foram essenciais na construção da legitimidade das intervenções do Supremo, nas decisões em que acolheu o pedido formulado pela parte requerente: (1) o tema constitucional discutido. Em ações que discutiam direitos fundamentais, o tribunal se mostrou disposto a proferir decisões mais ousadas no que se refere às providências determinadas em face dos outros poderes; (2) a fundamentação da decisão. Nas decisões de procedência ou deferimento de medida cautelar, houve esforço mais amplo

de fundamentação, de modo que eram citados dispositivos constitucionais, infraconstitucionais, jurisprudência do STF, jurisprudência de outros tribunais, literatura acadêmica, sem deixar de levar em consideração argumentos extrajurídicos; e (3) o fator temporal das decisões. O manejo do tempo do julgamento pode também ser encarado como elemento que ajuda a legitimar a decisão, ainda que possa servir também para o contrário, numa perspectiva deliberativa.

A fase empírica da pesquisa, neste capítulo, investigou, em primeiro lugar, o julgamento de medidas cautelares nas ADOs analisadas. O Supremo, no geral, não respondeu à urgência requerida nos pedidos de medidas cautelares, e o fez menos ainda em ações que discutiam direitos fundamentais.

Quanto ao julgamento em sede de decisões finais, constatou-se um certo grau de deferência aos outros poderes no julgamento das ADOs analisadas. Isso ficou mais evidente nos casos em que o Supremo evitou acolher o pedido formulado pela parte autora. Ou seja: a deferência aos outros poderes foi bastante empregada como forma de justificar uma inação do tribunal.

Por outro lado, nos julgamentos em que acolheu os pedidos formulados nas ADOs, integral ou parcialmente, o STF desempenhou esforço de fundamentação distinto (e mais amplo). Os dados sugeriram que o Supremo assumiu o ônus argumentativo de maneira mais rigorosa quando entendeu por intervir na função legislativa. Por “esforço de fundamentação mais amplo” não me refiro necessariamente à quantidade de fundamentação, mas sim à diversificação dos tipos de fundamentos invocados.

Em relação às providências tomadas nas decisões de procedência, o Supremo foi mais longe somente nas ações que discutiam direitos e garantias fundamentais. Nas demais, adotou providências mais contidas, como a fixação de prazo para as autoridades requeridas sanarem a omissão, por exemplo.

Isso sugere um quadro de proeminência na defesa de direitos e garantias fundamentais. Diante da integralidade dos dados e da revisão de literatura, porém, essa conclusão merece importantes ressalvas. Se, de fato, o tribunal foi mais ousado nas ações em que entendeu por tutelar direitos fundamentais pela via da ADO, restaram evidenciadas também importantes limitações no processo de afirmação desses direitos. Uma delas tem relação com a demora nos julgamentos, que tem impacto direto sobre a realidade experimentada por aqueles que requeriam a tutela judicial de seu direito. Há casos envolvendo direitos fundamentais e pedido de medida cautelar que, até o encerramento da pesquisa, contavam mais de 3500 dias pendentes de decisão de mérito.

O fator temporal, porém, ao mesmo tempo em que fragiliza a legitimidade da atuação do tribunal em termos de proteção de direitos fundamentais, segundo critérios substantivos, também ajuda a construir essa legitimidade, segundo critérios formais. O lapso temporal pode ser encarado também como elemento que potencializa a dinâmica deliberativa, pois permite que os outros poderes dialoguem sobre o tema tratado na ADO e optem por evitar o constrangimento institucional de uma eventual decisão positiva. Em outras palavras: o Legislativo e o Executivo podem se apressar para sanar a omissão, antes que o Supremo o faça.

Além disso, o decurso do tempo pode favorecer a ampliação do debate sobre o tema discutido na ADO nas mídias sociais, na imprensa, no discurso público, nas universidades e nos movimentos sociais. Tudo isso contribuiria para um aprofundamento da dinâmica dialógica, o que seria certamente importante para aprofundar a legitimidade da atuação do Supremo. O Supremo é um tribunal político não só por concordar ou discordar do Executivo e do Legislativo, mas antes porque controla o tempo de concordar ou discordar (FALCÃO, 2015). Nesse sentido, “quanto mais grave o estado de inconstitucionalidade e persistente a inércia, maior deverá ser a intervenção judicial” (CAMPOS, 2015, p. 15)<sup>121</sup>.

No entanto, a despeito dessas potencialidades, os mecanismos de diálogo institucional e deliberação no Brasil ainda parecem insuficientes. Desse modo, suscita dúvidas a real possibilidade de o lapso temporal ter efeito mais benéfico do que nocivo. Essas dúvidas são ainda maiores quando se leva em consideração o período de crise da democracia, em que o país experimentou um bloqueio institucional no que se refere às políticas de promoção de direitos fundamentais. Assim, a conclusão que parece mais razoável é aquela que considera o manejo do tempo pelo tribunal como um empecilho à sua legitimidade democrática, mais do que como um item de justificação.

Há, ainda, uma outra observação relevante: decisões que discutiam direitos fundamentais tiveram média de tempo para julgamento superior às demais. Ou seja: o tribunal demorou mais para decidir, proporcionalmente, em casos relacionados a direitos fundamentais. Há, aqui, um contrassenso, já que esses casos se relacionam diretamente à missão institucional do Supremo.

Ainda que numa ótica deliberativa o fator temporal seja encarado como elemento necessário para justificar as decisões em direitos fundamentais, que tendem a ser mais

---

<sup>121</sup> O autor ainda completa: “Por certo que, quanto maior o tempo de inércia verificado, menor dúvida dever-se-á ter em relação à legitimidade da atuação corretiva do juiz constitucional em face da omissão. Assim, o fator tempo acaba cumprindo um papel importante de legitimação do ativismo judicial na superação da omissão legislativa inconstitucional” (CAMPOS, 2015, p. 27).

ousadas (conforme dados da pesquisa), a demora incide justamente sobre o estado de omissão em que se encontram os titulares desses direitos. Em outras palavras, especialmente no caso dos direitos fundamentais o lapso temporal parece fragilizar o caráter democrático do STF, em termos substantivos de democracia.

Para além do fator temporal, há indícios também de outro fator de justificação empregado pelo tribunal. Na prática jurisdicional, o fator dialógico da Corte tende a ser elemento importante para a construção da legitimidade de suas decisões. E aqui me refiro ao diálogo interno à Corte, por meio da preferência por decisões colegiadas, e ao diálogo externo, por meio de interação com outros atores políticos.

O dado que subsidia essa conclusão é o referente à interposição de recursos. O quantitativo de recursos interpostos pode ser considerado baixo. Esse dado aponta para um cenário em que as decisões proferidas em ADO não foram, a partir de critérios numéricos, muito controversas. Somente foram interpostos recursos em face de cerca de um terço das decisões finais.

Segmentando o dado, há uma informação ainda mais interessante. Decisões colegiadas foram menos questionadas que decisões monocráticas. Há vários motivos para isso, mas um deles parece ser o grau de legitimidade que uma decisão colegiada possui, em face de uma outra monocrática, especialmente em termos de controle abstrato de constitucionalidade. Ou seja: a preferência por decisões colegiadas pode ser entendida também como mais um fator de construção da legitimidade das decisões investigadas.

Quanto à argumentação das decisões analisadas, constatou-se grande esforço de justificação dessas decisões, o que leva a caracterizar o comportamento institucional como parcimonioso. Outros indícios apresentados nas páginas anteriores corroboram essa conclusão: (1) o tribunal não se valeu de argumentação principiológica como a principal forma de decidir; (2) para acolher os pedidos, o tribunal não se furtou de analisar as especificidades técnicas da matéria; e (3) a Corte não deixou de apontar a mora legislativa como condição *sine qua non* para intervir na função legislativa.

Esse panorama levou à conclusão preliminar de que não havia indícios para se caracterizar como “ativista” a atuação do STF nas ações investigadas. Ao submeter essa conclusão preliminar à revisão da literatura já produzida sobre ativismo judicial, qualifiquei um pouco mais o diagnóstico.

Primeiro, questioneei a relevância do conceito, na forma de seu uso mais corrente. Apontei a necessidade de se conjugar essa análise com outras sobre as teorias da democracia e sobre as técnicas de decisão do STF. Segundo, argumentei que o conceito é mais útil quando

aplicado a casos concretos do que quando invocado em abstrato para adjetivar o tribunal como um todo. Terceiro, defendi que para ser produtiva, a categoria ativismo judicial deve se ater a uma caracterização menos valorativa. Isto é, dizer que uma decisão é ativista não deve corresponder automaticamente a um juízo positivo ou negativo sobre ela. Ativista é uma característica que não deve estar necessariamente atrelada a um juízo de valor, sob pena de perder relevância o conceito.

O sentido de *ativismo judicial* que pareceu mais pertinente para a análise deste trabalho está contido no conceito de Abboud (2022). Segundo o autor, ativismo judicial é a substituição da legalidade pela subjetividade do juiz, no momento de decidir. A medida de análise desse fenômeno é a *fundamentação* da decisão, e não uma valoração sobre os seus *efeitos*.

Partindo dessa formatação, parece razoável concluir que, em termos quantitativos, não há elementos para se caracterizar como ativista o comportamento do STF nas ações investigadas. Os critérios quantitativos estão expressos na análise da quantidade de pleitos que foram acolhidos. Esse número não é proporcionalmente relevante, a ponto de se qualificar como proeminente o comportamento institucional do Supremo.

Qualitativamente, também é difícil dizer que houve ativismo judicial. Há quatro fatores que corroboram essa constatação: (1) argumentos normativos foram preponderantes na fundamentação das decisões, em vez de argumentos de cunho ideológico, político, econômico ou social; (2) em relação ao aspecto temporal dos julgamentos, não houve, no geral, atuação imediatista, de modo que houve expressiva demora para proferimento das decisões; (3) decisões colegiadas foram privilegiadas em detrimento de decisões monocráticas; e (4) em relação às providências tomadas, três delas se limitaram a fixar prazo às autoridades requeridas e duas delas foram um pouco além disso, mas também sem substituir a legalidade pela subjetividade. A exceção fica por conta da ADO nº 26, que pode ser entendida como caso em que foi proferida decisão ativista.

A ADO nº 26 pode ser encarada como rara exceção ao diagnóstico geral de que não houve ativismo judicial nas decisões investigadas neste trabalho. Mas é preciso ir um pouco além disso. O fato de ser uma decisão ativista não equivale a dizer que é uma decisão ruim ou ilegítima. Como argumentei antes, *ativista* é uma característica que deve se referir ao tipo de decisão proferida, e não a um juízo de valor.

Para qualificar o debate, são necessárias as considerações sobre as técnicas de decisão do STF e as teorias da democracia. A partir do estudo dessas técnicas, entendo que, de fato, houve algum grau de criação judicial em alguns dos casos analisados. Em outras



palavras, algum nível de normatização pela via do Judiciário. A questão é que isso não é necessariamente ilegítimo ou reprovável.

Ao final, resta salutar colocar em perspectiva todas essas considerações, integrando-as às teorias da democracia. Sem elas, a análise corre o risco de se tornar desimplicada do contexto geral em que se insere, por um lado, ou desonesta ao deixar de revelar as premissas sob as quais se funda seu autor, por outro.

As teorias da democracia liberal justificam, com facilidade, o comportamento do Supremo nas ações investigadas, à exceção do caso da ADO nº 26. Entre os teóricos da democracia direta, da qual Karl Marx é o maior expoente, é difícil encontrar elementos de justificação. Este trabalho, porém, se funda na teoria da democracia deliberativa como aquela que explica de forma mais abrangente a realidade observada. E a partir dela formula a sua crítica sobre a legitimidade democrática do STF nas ADOs investigadas.

Na teoria da democracia deliberativa é possível encontrar caminhos diversos para justificar e criticar a atuação do Supremo. A democracia deliberativa justifica os casos de acolhimento dos pedidos pelo Supremo com facilidade. Por outro lado, a atuação do STF é menos justificável a partir do ponto de vista deliberativo quando se leva em consideração os casos em que a Corte deixou passar um expressivo período de tempo sem proferir uma decisão sequer sobre o mérito discutido. Ao fazê-lo, ela interditou o debate.

Nesses casos, a negativa às providências pedidas se manifestou principalmente por uma via *indireta*, por meio (1) do *lapse temporal* entre a formulação do pedido e a decisão; (2) da *inércia* do tribunal até que os outros poderes tomassem as medidas necessárias ao saneamento da omissão, fazendo com que ficassem prejudicados os pedidos; e (3) da aplicação rigorosa dos requisitos da *legitimidade ativa* e da *pertinência temática*.

Essas vias indiretas de negativa à providência requerida podem ser entendidas também como uma forma de *deliberação opaca*. Isto é, trata-se de um comportamento do tribunal que se insere na lógica da deliberação, já que responde aos impulsos comunicativos próprios do processo, mas que não deixa claros e expressos os motivos que orientaram a atuação da corte. Em vez de transparente, a deliberação é opaca, frágil e centralizadora.

Não se extrai, do ponto de vista deliberativo, grandes indícios de ilegitimidade democrática na atuação do Supremo quando se leva em conta a *materialidade* das ações. O campo de maior disputa parece ser o da constitucionalidade *formal*. É lá que está, em maior grau, a fragilidade da atuação deliberativa do STF, com decisões monocráticas em grande

proporção<sup>122</sup>, com pouca ou nenhuma margem de superação dos filtros de acesso à corte (legitimidade ativa e pertinência temática) e com ampla possibilidade de manejo do tempo a favor ou contra a pauta do processo para julgamento.

Esse quadro revela a necessidade de um novo campo de análises sobre o tema. Em vez de esgotar a discussão na legitimidade do *fazer* judicial, é necessário ampliar o debate para que enfrente também a (i)legitimidade do *não fazer*. Grande parte das discussões sobre a legitimidade democrática do Supremo assume, partindo das premissas da democracia liberal, ainda que de maneira implícita, o pressuposto de que o *não fazer* é a regra, e, portanto, o *fazer* é o problema a ser investigado. Essa visão, no entanto, tem uma profunda contradição com o espírito de plena normatividade e efetividade da Constituição, manifesto no dogma da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e no regramento expresso sobre o controle judicial da omissão inconstitucional.

A depender do caso, a *omissão diante da omissão* pode ser um problema tão grave quanto a inconstitucionalidade em si. Do ponto de vista da deliberação, não fazer nada não é uma opção. Portanto, há também que se demandar um amplo esforço de argumentação que justifique a inércia do Supremo nos casos em que for chamado a sanar um estado de inconstitucionalidade. A inércia também deve ser justificada; o silêncio também deve ser justificado; a recusa do direito à tutela jurisdicional também deve ser justificada, sob pena de ferir de morte o elemento dialógico contido no texto constitucional.

Especialmente no cenário de crise da democracia, a ADO poderia ter adquirido especial relevância. Em algumas oportunidades, e ainda mais especificamente durante a pandemia de Covid-19, o Supremo foi convocado a se manifestar sobre a inércia do Executivo federal na proteção de uma série de direitos. Alguns dos atores políticos envolvidos lançaram mão da ADO como via adequada para isso. A resposta do tribunal, porém, não foi compatível com a urgência requerida. Os casos que merecem ser celebrados são raros, episódicos e tardios.

Um diálogo institucional pressupõe a manifestação de muitas vozes e a essas vozes devem corresponder ouvidos atentos. Nas ocasiões em que for chamado a falar, o Supremo deve antes convencer a sociedade de que está cumprindo sua tarefa de escuta.

---

<sup>122</sup> As decisões colegiadas foram preponderantes nas ações que acolhiam os pedidos da inicial. Nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito, porém, as decisões monocráticas foram mais recorrentes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022.

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2006.

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Por um acesso qualitativo à justiça – o perfil da litigância nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. Belo Horizonte, n. 75, jul./dez. 2019, p. 443-466.

AMARAL, Francisco. O Código civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. **Revista do Direito Privado da UEL**. Londrina, v. 1, n. 1., jan./abr. 2008, p. 1-24.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro; FRANCISCO, José Carlos; GUNDIM, Wagner Wilson Deiró. Diálogo institucional e democracia: das experiências do Canadá e da África do Sul para o Brasil. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 42, n. 88, p. 1–30, 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leonardo Molhano. Ministocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2018.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1985.

BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**, v. XLII, tomo I. Ministério da Educação e Cultura. Rio de Janeiro, 1964.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7ª ed. Rio de Janeiro-São Paulo, Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2020.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. **Revista da AJURIS**, v. 46, n. 146. Porto Alegre, 2019.

BASTOS, Celso. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo, Saraiva, 1989.

BECKER, Howard. A epistemologia da pesquisa qualitativa. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 1, n. 2, jul. 2014, p. 184-199.

BELLO, Enzo. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 7, n. 1, p. 46-61, jan./abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismos, democracia deliberativa e a atuação do STF. *In*: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 03-36.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 142. Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília, abr.-jun. 1999.

BERNARDES, Livia Heringer Pervidor; CARNEIRO, Yandria Gaudio. As ondas de acesso à justiça de Mauro Cappelletti e o acesso transacional à justiça. **Anais do III Congresso de Processo Civil Internacional**, Vitória, 2018.

BIONDI, Pablo. Breves apontamentos para uma crítica marxista do poder judiciário. **Cadernos Cemarx**. Campinas, n. 7, p. 139–154, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, Edipro, 2017.

BOURDIEU, Pierre. Introdução a uma sociologia reflexiva. *In*: BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 5ª ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2002, p.17-58.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no controle de constitucionalidade – o diálogo institucional canadense e a Constituição Brasileira de 1937. **Revista Direito Público**, v. 7, n. 31, jan./fev. 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 44, jan./jun. 2014.

BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. **Revista de Direito da Cidade**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2018, p. 164-196.

BRITO, Murillo Marschner Alves de. Introdução à amostragem. *In*: CEBRAP. **Métodos de pesquisa em Ciências Sociais – bloco quantitativo**. São Paulo, Sesc São Paulo/CEBRAP, 2016, p. 10-31.

BRUST, Leo. A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 52, n. 2., p. 507-526, jul./dez. 2009.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Constituição Federal: dispositivos constitucionais sujeitos à regulamentação**. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novo conteudo/html/leginfra/LeginfraNao.htm>>. Acesso em 17/10/2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra, Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra, Coimbra Editora, 1982.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988.

CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 12, n.34, junho/1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. Tese para provimento do cargo de Professor Titular. UFPR, 1994, 270p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre, S. A. Fabris, 2003.

\_\_\_\_\_. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 2-22.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

COOLEY, Thomas. **A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union**. 3ª ed. Boston, Little, Brown & Company, 1874.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. Análise Integral do Direito (AID): primeiras aproximações e apontamentos para a pesquisa no direito público. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 54, n. 213, jan./mar. 2017, p. 81-111.

\_\_\_\_\_. Democracia representativa: revisitando John Stuart Mill. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 52, n. 206, abr./jun. 2015, p. 245-270.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; MEDEIROS FILHO, João Telésforo N. de. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência em ADIs. **Anais do 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**, Recife-PE, 2010.

COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. Evolução do perfil dos demandantes no controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF por meio de ADIs e ADPFs. **Revista de Ciências Sociais**. Fortaleza, v. 49, n. 2, jul./out. 2018, p. 133-179.

COSTA, Teresa Cristina de Melo. **Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 194p. 2019.

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia: uma introdução crítica**. Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre, Artmed, 2009.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2016.

DE PAULA, Ana Paula Almeida Naya. **O controle das omissões legislativas relativas na jurisdição constitucional brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 141p., 2018.

DIAS, Eduardo Rocha; SÁ, Fabiana Costa Lima de. O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 57, n. 225, jan./mar. 2020, p. 165-179.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo, Atlas, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência, eficácia e supremacia**. São Paulo, Saraiva, 1992.

DIXON, Rosalind. Weak-form judicial review and the American exceptionalism. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Papers Series**, n. 348, 2011.

DIXON, Rosalind; STONE, Adrienne. **The invisible Constitution in comparative perspective**. New York, Cambridge University Press, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2010.

FALCÃO, Joaquim. **O Supremo: compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil**. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2015.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law And Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p.41-68, 2002.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. **Confluências**. Niterói, v. 12, n. 2, out./2012, p. 106-128.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. Madri, Trotta, 2018.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4ª ed. São Paulo, RT, 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo, Max Limonad, 1986.

FIGUEIREDO, Marcelo. O ativismo do Supremo Tribunal Federal e a ausência de critérios claros em matéria de direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, out./ dez. 2018, p. 97-123.

FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**. Princeton, Princeton University Press, 1988.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte, Fórum, p. 37-75, 2016.

\_\_\_\_\_. La constitución de la democracia deliberativa según Carlos Nino. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, v. 3, n. 1, 1998.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes**. Serie Políticas Sociales. Santiago, CEPAL, 2009.

GOMES, Daniel Augusto Vila-Nova. **Supremologia: o Supremo Tribunal Federal (STF) nas encruzilhadas da política e do direito**. Tese (Doutorado em Ciência Política). Instituto de Ciências Humanas e Filosofia. Universidade Federal Fluminense. Niterói, 262p., 2021.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. Como decidem os juízes? Comparando os modelos formais explicativos do comportamento do tribunal. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 228-255, jan./abr. 2020.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14ª ed. São Paulo, Malheiros, 2010.

GRABER, Mark. **A new introduction to American constitutionalism**. New York, Oxford University Press, 2013.

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 Editor, 1997.

\_\_\_\_\_. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Communication and the evolution of society**. Boston, Beacon Press, 1979.



\_\_\_\_\_. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova**, n. 36, p. 39-53, 1995.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Tradução de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte, Editora Paidéia, 1987.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HIRSCHL, Ran. **The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide**. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006.

\_\_\_\_\_. **Towards juristocracy: the origins and consequences of new constitutionalism**. Cambridge, Harvard University Press, 2004.

HORBACH, Carlos. A nova roupagem do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 96, 2007.

KERCHE, Fábio. O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88. *In*: SADEK, Maria Tereza. **O sistema de justiça**. Rio de Janeiro, Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010., p. 106-137.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo, Companhia das Letras, 1995.

KOCK, Angela Baptista Balliana; COURA, Alexandre de Castro. O Constitucionalismo Popular e a Legitimação Ativa no Controle Concentrado de Constitucionalidade. **Cadernos Do Programa De Pós-Graduação Em Direito – PPGDir./UFRGS**. Porto Alegre, v. 13, n. 2, 2018, p. 217-230.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 96, jul./2013, p. 69-85.

KOSIC, Karel. Dialética da totalidade concreta. *In*: Idem. **Dialética do concreto**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2011.

IRIBURE JÚNIOR, Hamilton Cunha. Acesso à justiça ante ao controle de constitucionalidade contemporâneo. **E-Civitas – Revista Científica do Curso de Direito da UNIBH**. Belo Horizonte, v. IX, n. 1, jul. 2016.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism, **UC Davis Law Review**, v. 47, n° 01, 2013.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. O Supremo Tribunal Federal brasileiro entre ativismo e legalismo na proteção de direitos de grupos vulneráveis: análise da

decisão que criminalizou a homofobia (ADO 26). **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, p. 375 a 403, 2020.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; LEITE, Cristina Atayde. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**. Brasília, v. 3, n. 1, jan./jun. 2017, p. 54-72.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro, Zahar, 2018.

LIJPHART, Arend. **The politics of accommodation: pluralism and democracy in the Netherlands**. Berkeley, University of California Press, 1968.

LIMA, Márcia. Introdução aos métodos quantitativos em Ciências Sociais. *In*: CEBRAP. **Métodos de pesquisa em Ciências Sociais – bloco quantitativo**. São Paulo, Sesc São Paulo/CEBRAP, 2016, p. 10-31.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas; 1787-1788: edição integral**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1993.

MARIANO SILVA, Jeferson. Depois da “judicialização”: um mapa bibliográfico do Supremo. **Revista de Sociologia e Política**, v. 30, 2022.

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo, Boitempo, 2005.

MELLO, Celso de Albuquerque. **O §2º do art. 5º da Constituição Federal**. *In*: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 1-33.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford, Oxford University Press, 2013.

\_\_\_\_\_. **Neither dialogue nor last word – deliberative separation of powers 3**. *Legisprudence*, vol. 5, nº 1, pp. 1-40. 2011.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 224p., 2008.

\_\_\_\_\_. **Onze ilhas**. Folha de São Paulo. São Paulo, 01 de fevereiro de 2010. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em 01/07/2023.

\_\_\_\_\_. **17 crimes de responsabilidade.** O Globo. Rio de Janeiro, 22 de agosto de 2019. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/epoca/conrado-hubner-mendes/ativismo-social-nao-judicial-22983759>>. Acesso em 14/06/2023.

\_\_\_\_\_. **Ativismo social, não judicial.** O Globo. Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2018. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2021/03/quando-juiz-foge-da-lei-vai-para-onde.shtml>>. Acesso em 02/06/2023.

\_\_\_\_\_. **Quando juiz foge da lei, vai para onde?** Folha de São Paulo. São Paulo, 16 de março de 2021. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/epoca/conrado-hubner-mendes/17-crimes-de-responsabilidade-23894352>>. Acesso em 01/05/2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99.** São Paulo, Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** T. II. 23ª Ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1988.

MIRANDA, Luis Uribe. Propedêutica do conceito de democracia. **Trans/Form/Ação.** Marília, v. 44, n. 3, p. 214-244, jul./set. 2021.

MÖLLERS, Christoph. **The three branches: a comparative model of separation of powers.** New York, Oxford University Press, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis.** Tradução de Cristina Murachco. São Paulo, Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 10ª ed. São Paulo, Atlas, 2013.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional.** 12ª ed. São Paulo, Atlas, 2020.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O diálogo institucional e as teorias da democracia: contribuições do modelo deliberativo para a articulação entre poderes no Brasil. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia.** Curitiba, v. 25, n. 3, p. 32/48, set./dez. 2020.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional – Tomo 1: garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade**. Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

\_\_\_\_\_. O conteúdo possível das sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias no contexto das decisões com efeitos aditivos. **Revista da Escola Superior da PGE-SP**. São Paulo, v.1, n. 1, p. 385-401, 2010.

MOTTA, Luiz Eduardo. Marxismo e a crítica ao Direito moderno: os limites da judicialização da política. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 1118-1148, 2019.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabajo del Derecho Constitucional**. Trad. de Salvador Gómez de Arce y Catalina. Madrid: Marcial Pons, 2006.

NASCIMENTO, Anderson Luís da Costa. Caminho metodológico para uma pesquisa empírica em Direito: procedimentos técnicos e critérios investigativos utilizados na prática em uma dissertação de mestrado. *In*: BELLO, Enzo; NERY FALBO, Ricardo. **Pesquisa empírica em direito na atualidade**. Rio de Janeiro, CEEJ, 2021.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Lamparina, 2015.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo, Saraiva, 1988.

NICOLAU, Jairo. Breve roteiro para redação de um projeto de pesquisa. **Revista Estudos Políticos**, n. 6, 2013, p. 345-353.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona, Gedisa, 1997.

NOBRE, Marcos. **Limites da democracia: de junho de 2013 ao governo Bolsonaro**. 1ª ed. São Paulo, Todavia, 2022.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 43, n. 170, p. 111-142, abr./jun. 2006.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; CASIMIRO, Matheus. Processos estruturais e diálogo institucional: qual o papel do poder Judiciário na transformação de realidades inconstitucionais? **Revista Estudos Institucionais**, v. 8, n. 1, p. 105-137, jan./abr. 2022.

NUNES, Rodrigo. **Do transe à vertigem: ensaios sobre bolsonarismo e um mundo em transição**. São Paulo, Ubu Editora, 2022.

OLIVEIRA, Fabiana Luci; STERN, Rafael Bassi; NOLI, Ana Fernanda. Processo decisório do Supremo Tribunal Federal na transição democrática brasileira (1978-1988). **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 9, 2022, p. 1-27.

PACHUKANIS, Evguiéni Bronislávovitch. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo, Editora Acadêmica, 1988.

PAVIČIĆ, dr. jur. Marko. **The Constitution of The Socialist Federal Republic of Yugoslavia**. Ljubljana, Dopolna Delavska Univerza, 1974.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: Transformações no Diagnóstico das Violações à Constituição. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 21, p. 272-314, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 41, n. 254, abr. 2016, p. 17-44.

PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 385p., 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 2ª ed., v. I. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 11ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRATES, Wecsley Otero. **Estatísticas para as ciências sociais aplicadas**. Salvador, UFBA, Faculdade de Ciências Contábeis, Superintendência de Educação a Distância, 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo, Saraiva, 2010.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; PINHEIRO, Analissa Barros. Diálogo institucional: um estudo comparado. **Revista da AGU**. Brasília, v. 17, n. 2, 2018.

RANGEL, Gabriela Dolabela Raemy. Crítica à pertinência temática. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, 2017, p. 101-124.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2011.

RODRIGUES, Paulo Joaquim da Silva. A judicialização e seus intérpretes: uma análise comparativa de referenciais teóricos. **Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, v. 19, n. 2, p. 145-169, 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Edson Bini. 1ª ed. São Paulo, Folha de São Paulo, 2010.

SARAIVA, Marina Rebeca; BITTENCOURT, João Batista. **Métodos e técnicas de pesquisa em ciências sociais**. Apostila da Disciplina Métodos e Técnicas de Pesquisa do curso de Licenciatura em Ciências Sociais da UFAL. Maceió, UFAL, 2017.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 267-302.

\_\_\_\_\_. **STF e crise democrática: três momentos**. O Globo. Rio de Janeiro, 10 de fevereiro de 2023. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/blogs/fumus-boni-iuris/post/2023/02/stf-e-crise-democratica-tres-momentos.ghtml>>. Acesso em 26/02/2023.

\_\_\_\_\_. **Como evitar que as omissões do PGR no campo penal ponham em risco a nossa democracia?** O Globo. Rio de Janeiro, 20 de agosto de 2021. Disponível em <<https://blogs.oglobo.globo.com/fumus-boni-iuris/post/daniel-sarmento-como-evitar-que-omissoes-do-pgr-no-campo-penal-ponham-em-risco-nossa-democracia.html>>. Acesso em 02/04/2023.

\_\_\_\_\_. **A jurisdição constitucional e o empoderamento dos excluídos: a mudança jurisprudencial na ADPF 709 e os novos desafios**. Jota, 15 de agosto de 2020. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-jurisdicao-constitucional-e-o-empoderamento-dos-excluidos-15082020>>. Acesso em 05/04/2023.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo, Editora Unesp Digital, 2017.

SCHWARCZ, Lilia. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo, Companhia das Letras, 2019.

\_\_\_\_\_. **Golpes e contragolpes**. Nexo Jornal, 06 de abril de 2016. Disponível em <<https://www.nexojornal.com.br/colunistas/2016/Golpes-e-contragolpes>>. Acesso em 05/05/2023.

SEGADO, Francisco Fernández. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas – algunas cuestiones dogmáticas. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Madri, nº 7, p. 47-80, abr./jun. 2009.

SILVA, Fabrício Pereira da; BALTAR, Paula; LOURENÇO, Beatriz. Colonialidade do saber, dependência epistêmica e os limites do conceito de democracia na América Latina. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*. Brasília, v. 12, n. 1, p. 68-87, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 43ª ed. São Paulo, Malheiros, 2020.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 203, jul./set. 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **RDE: Revista de Direito do Estado**, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006.

\_\_\_\_\_. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, jan/jun 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p.197-227, 2009.

SOUSA FILHO, Ademar Borges. **Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal Fluminense. Niterói, 243p., 2014.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. As sentenças aditivas na jurisdição constitucional. **Revista Jurídica ESMP-SP**, v. 3, p. 99-117, 2013.

SOUZA GOMES, Paulo Vítor; BOLWERK, Aloísio. O ativismo judicial e a criminalização da homofobia e transfobia: análise do julgamento da ADO n. 26 e MI 4733/DF. **Revista Interfaces Científicas**. Aracaju, v. 9, n. 1, p. 235-250, 2022.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional**. São Paulo, Editora Contracorrente, 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Conjur**, de 24 de outubro de 2015. Disponível em < <https://conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em 29/10/2022.

\_\_\_\_\_. A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em terrae brasilis. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 69, p. 83-108, 2014.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the Future of Politics and Policy. In: **The Global Expansion of Judicial Power**. Editado por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder. Nova Iorque, New York University Press, p. 515 – p. 528, 1995.

TAYLOR, Matthew M.; ROS, Luciano da. Os Partidos Dentro e Fora do Poder: A Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política. **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p.825-864, 2008.

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

THAMAY, Rennan Faria Krüger; SEIXAS, Bernardo Silva de. A supressão de omissão inconstitucional por meio de interpretação constitucional: a ADO 26 e o MI 4.733. **Caderno de Direitos e Políticas Públicas**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 33-56, 2020.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Julia da Rosa Simões. São Paulo, Edipro, 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro, Renovar, 1995.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, S.l., Oxford University Press and New York University School of Law, p. 617-648, 2005.

TURRA, Gabriela Sufiati; MACHADO, Álvaro Augusto Lauff. O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: uma análise a partir do julgamento da ADO Nº 26/DF. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, v. 16, n. 1, p. 105-121, 2021.



TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton, Princeton University Press, 2008.

VAINER, Bruno Zilberman. **A pertinência temática e o controle concentrado de constitucionalidade: o interesse de agir à luz do papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 315p., 2009.

VALE, André Rufino do. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão na nova Lei nº 12.063/2009. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília, IDP, ano 3, 2009/2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Brasileiro, Revista de Sociologia da USP**, v. 19, n. 2, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios da Cunha; BURGOS, Marcelo B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 204p., 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA, Ana Laura Pereira. Do compromisso maximizador à resiliência constitucional. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 37, n. 3., p. 375-393, São Paulo, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Paula Pereira. Supremocracia e infralegalismo autoritário: o comportamento do Supremo Tribunal Federal durante o governo Bolsonaro. **Revista Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, v. 41, n. 3, p. 591-605, set./dez. 2022.

VILE, Maurice John Crawley. **Constitutionalism and the separation of powers**. Indianapolis, Liberty Fund, 1998.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 108, p. 651-696, jan./dez. 2013).

WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. *The Yale Journal*, vol. 115, nº 6. 2006.

\_\_\_\_\_. A right-based critique of constitutional rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993.

WEBER, Max. A “objetividade” do conhecimento na ciência social e na ciência política. *In*: WEBER, Max. **Metodologia das ciências sociais**. Tradução de Augustin Wernet. São Paulo, Cortex, 2022.