

SENTENÇAS ADITIVAS

**uma reflexão acerca da jurisdição
constitucional brasileira**

Paola de Andrade



Sentenças aditivas:

uma reflexão acerca da jurisdição constitucional
brasileira

Paola de Andrade

Bacharela em Direito pela
Universidade de Caxias do Sul

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Presidente:
José Quadros dos Santos

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Reitor:
Evaldo Antonio Kuiava
Vice-Reitor:
Odacir Deonísio Gracioli

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação:
Juliano Rodrigues Gimenez

Pró-Reitora Acadêmica:
Nilda Stecanela

Diretor Administrativo-Financeiro:
Candido Luis Teles da Roza

Chefe de Gabinete:
Gelson Leonardo Rech

Coordenadora da EducS:
Simone Côrte Real Barbieri

CONSELHO EDITORIAL DA EDUCS

Adir Ubaldo Rech (UCS)
Asdrubal Falavigna (UCS) – presidente
Cleide Calgaro (UCS)
Gelson Leonardo Rech (UCS)
Jayme Paviani (UCS)
Juliano Rodrigues Gimenez (UCS)
Nilda Stecanela (UCS)
Simone Côrte Real Barbieri (UCS)
Terciane Ângela Luchese (UCS)
Vania Elisabete Schneider (UCS)

Sentenças aditivas:

uma reflexão acerca da jurisdição constitucional
brasileira

Paola de Andrade

Bacharela em Direito pela
Universidade de Caxias do Sul



© Paola de Andrade.

Revisão: Izabete Polidoro Lima.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS - BICE - Processamento Técnico

A553s Andrade, Paola de
Sentenças aditivas [recurso eletrônico] : uma reflexão acerca da
jurisdição constitucional brasileira / Paola de Andrade. – Caxias do
Sul, RS : Educs, 2020.

Dados eletrônicos (1 arquivo)

ISBN 978-65-5807-018-4

Apresenta bibliografia.

Modo de acesso: World Wide Web.

1. Direito constitucional - Brasil.
2. Inconstitucionalidade das leis.
3. Sentenças (Direito processual). I. Título.

CDU 2. ed.: 342.4(81)

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito constitucional - Brasil	342.4(81)
2. Inconstitucionalidade das leis	342.562
3. Sentenças (Direito processual)	347.95

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Michele Fernanda Silveira da Silveira CRB 10/2334.

Direitos reservados à:



EDUCS – Editora da Universidade de Caxias do Sul
Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – Bairro Petrópolis – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS
– Brasil
Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972– Caxias do Sul – RS – Brasil
Telefone/Telefax: (54) 3218 2100 – Ramais: 2197 e 2281 – DDR (54) 3218 2197
Home Page: www.ucs.br – E-mail: educs@ucs.br



AGRADECIMENTOS

Em definição, constante no dicionário Houaiss, a palavra agradecer é indicada com o sinônimo de *retribuir*. Não creio que retribuir seja de fato o objetivo destes breves comentários, uma vez que todo trabalho é fruto de uma comunhão de esforços, para que se alcance resultado satisfatório. Portanto, a real intenção por trás destas palavras é homenagear as pessoas que foram determinantes na construção deste trabalho e da pessoa que sou hoje.

Primeiramente, quero agradecer a meus pais, Maribel e Elizeu, minhas fontes de inspiração e determinação, pelo apoio e pelo amor incondicional que me dedicaram nestes 20 anos.

Aos meus avós, Olinda e Joaquim, dois indivíduos de incomensurável valor e que sempre acompanharam minha trajetória com atenção, fé e carinho.

Aos meus mestres, em especial, à minha orientadora, Profa. Dra. Cleide Calgaro pela confiança, pelo carinho e pela prontidão para aclarar minhas dúvidas; ao Prof. Agostinho, primeiro mentor que me introduziu ao universo acadêmico, bem como a todos os demais professores que iluminaram meu caminho com conhecimento.

Aos meus amigos que integram o “Grupo Metamorfose Jurídica”, em especial os aqui nomeados: Gabriel, Roberta, Lucas, Pedro, Gabriela, Ana Paula, Ramon, Mariana, Diego, Kamila, Júlia, Natália, Wiara, dentre tantos outros a quem deixo meu agradecimento pelos momentos de descontração e de estudos em que estiveram presentes.

São palavras singelas que exprimem o mais verdadeiro e puro sentimento de gratidão.

Subsiste para o Direito uma enorme tarefa, sobretudo porque a força normativa da Constituição não está assegurada de plano, configurando missão que, somente em determinadas condições, poderá ser realizada de forma excelente. A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões do poder, mas quando envia esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder.

Konrad Hesse

SUMÁRIO

Agradecimentos	5
Prefácio	9
1. Introdução.....	11
2. Considerações acerca do controle de constitucionalidade brasileiro.....	13
2.1. Breves comentários a respeito de norma jurídica	13
2.2. O fenômeno da inconstitucionalidade no direito brasileiro....	18
2.2.1. Inconstitucionalidades: definição e classificações	18
2.3. Uma visão histórico-conceitual acerca do controle de constitucionalidade no Brasil	21
2.4. O tribunal constitucional-brasileiro enquanto titular do controle de constitucionalidade: reflexões acerca dos limites do exercício de sua função jurisdicional e normativa.....	34
3. O ativismo judicial no Brasil e a problemática da omissão inconstitucional.....	47
3.1. Considerações acerca do ativismo judicial no Brasil: definições e posições relativas à sua legitimidade democrática	47
3.2. A problemática relativa à omissão inconstitucional	56

3.3. O direito fundamental à efetivação das normas constitucionais..	61
3.4. Instrumentos legais aptos a combaterem a inconstitucionalidade por omissão.....	66
3.4.1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental	67
3.4.2. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	72
3.4.3. Mandado de injunção	76

4. Sentenças aditivas no Tribunal Constitucional brasileiro .. 84

4.1. Linhas gerais acerca da técnica de sentenças aditivas e considerações sobre a viabilidade de sua implementação no direito brasileiro	84
4.2. Estudos de caso: sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira	97
4.2.1. Análise sobre a constitucionalidade do emprego de células tronco embrionárias para pesquisa científica: a visão esposada no voto aditivo da ADI 3.510	97
4.2.2. A criminalização da homofobia: um estudo acerca da decisão de efeitos aditivos prolatada no julgamento da ADO 26 e MI 4.733	107

5. Reflexões finais acerca da jurisdição constitucional brasileira.....122

Referências..... 125

PREFÁCIO

Cleide Calgaro¹

A brilhante obra *Sentenças aditivas: uma reflexão acerca da jurisdição constitucional brasileira*, de Paola de Andrade, apresenta importantes contribuições para a sociedade atual, no que se refere ao estudo do direito constitucional. São analisadas sentenças aditivas e sua viabilidade na implementação do direito brasileiro; há também uma reflexão sobre a nossa jurisdição. Desta maneira, o livro objetiva examinar considerações sobre o controle de constitucionalidade, que é essencial para manter a supremacia constitucional e o ativismo judicial brasileiro, ao serem verificadas omissões e problemáticas constitucionais. Outro aspecto importante decorre do estudo entre ativismo judicial e emprego da técnica de sentenças aditivas pelo Supremo Tribunal brasileiro.

O livro está dividido em três capítulos: no primeiro é feito um apanhado do controle de constitucionalidade brasileiro, abordando um estudo sobre a norma jurídica e sua constitucionalidade, em face do controle de constitucionalidade, averiguando, a partir disso, uma série de aspectos atinentes a essa questão.

No segundo capítulo é abordado o ativismo judicial, quando é feito um estudo teórico, com a finalidade de serem examinados quais os contornos fundamentais que podem ser utilizados no Brasil. Posteriormente, são analisados a inconstitucionalidade por omissão e seu combate à síndrome de ineficácia das normas constitucionais.

Por fim, no terceiro capítulo é feito um estudo detalhado sobre

¹ Pós-Doutora em Filosofia e em Direito, ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutora em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Doutora em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Atualmente é professora na Graduação e Pós-Graduação em Direito, na Universidade de Caxias do Sul (UCS). É líder do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica” da Universidade de Caxias do Sul (UCS). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1840-9598>. CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. E-mail: ccalgaro1@hotmail.com

a técnica de sentenças aditivas, entendendo sua origem, finalidade e aplicação nos julgados do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, entende-se que o controle de constitucionalidade é essencial para a manutenção do equilíbrio do ordenamento jurídico no país, pois mantém o escalonamento normativo e a supremacia constitucional, assegurando que as inconstitucionalidades possam ser extintas do ordenamento pátrio.

No que se refere ao ativismo judicial, as questões são controversas e precisam ser explicitadas, haja vista que a atuação proativa do Poder Judiciário, por vezes se faz necessária para a manutenção dos direitos e garantias fundamentais inseridas no dispositivo constitucional brasileiro, além de desempenhar uma função importante em questões cotidianas dos cidadãos. É importante que se mantenha uma jurisdição constitucional adequada e efetiva dentro dos limites que são propostos pela nossa Constituição Federal de 1988.

Como afirma a autora do livro a atividade legislativa por vezes não é célere, o que denota ser incompatível com a ordem constitucional aceitar esse tipo de conduta, por isso, com a atribuição normativa das Cortes que tem caráter supletivo, em face a omissão do Poder competente, e sob condição resolutiva, o que ao perdurar até regulamentação adequada da matéria, se pode utiliza a técnica desenvolvida pela doutrina estrangeira e designada como “sentenças aditivas”, sendo essa um método que traz a normatização constitucional as omissões legislativas (ANDRADE, 2020). Com isso essa técnica decisória pode ser tida como uma garantia dos direitos fundamentais estabelecidos em nossa Constituição de 1988.

1. INTRODUÇÃO

Desde o Estado Moderno, o ordenamento jurídico constitui-se em elemento-chave para a condução da vida em sociedade. Contudo, para que o arcabouço normativo de um Estado cumpra suas funções, é necessário que ostente certos caracteres mínimos de coerência e unidade. O que confere estes elementos ao ordenamento é uma norma fundamental, que inspira não apenas a atividade do legislador, como também pauta a conduta de todos os cidadãos, em razão da forte carga axiológica presente em seus fundamentos. Esta norma fundamental, no Estado brasileiro, é denominada Constituição Federal.

Em vista desta configuração alicerçada num paradigma de validade, fez-se necessário o desenvolvimento de um mecanismo de verificação da constitucionalidade dos dispositivos normativos derivados da atividade do legislador ordinário, o controle de constitucionalidade, o qual é exercido de forma concentrada ou difusa pelos Tribunais pátrios.

Em que pese o controle de constitucionalidade ser uma atividade atribuída à magistratura como um todo, há uma centralização desta competência no Supremo Tribunal Federal, a Corte Constitucional brasileira. Esta concentração de poder, no tocante à análise da constitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais, somada à crescente deslegitimação dos demais Poderes de Estado, faz emergir para a Corte uma atribuição que supera o dogma do *legislador negativo*, outorgando-lhe um posto não somente de guardião da Constituição, como também de protetor da ordem democrática, facultando-lhe o exercício da jurisdição com alcance normativo.

Esta análise da tênue linha entre o ativismo judicial e o emprego da técnica de sentenças aditivas pelo Tribunal Constitucional brasileiro será objeto de análise do presente trabalho, que se propõe a delimitar seus conceitos, marcos e sua legitimidade democrática. Através destas considerações, pretende-se verificar se a estrutura do controle de constitucionalidade brasileira permite uma atuação mais ativista da magistratura, bem como perscrutar as potencialidades da técnica de sentenças aditivas, enquanto instrumento apto a sanar a omissão inconstitucional, analisando concomitantemente sua aceitação jurídica.

Trata-se de um estudo, idealizado a partir de uma análise acerca do crescente papel jurídico e político do Tribunal Constitucional brasileiro.

A indeterminação dos limites das competências deste tribunal faz questionar a legitimidade de suas decisões e induz a apurar o objetivo de eventuais manifestações tidas por “ativistas”. A partir de uma análise introdutória e conceitual, pretende-se apurar a viabilidade prática da técnica de sentenças aditivas no Brasil, enquanto instrumento para alcançar ao cidadão a efetividade de suas prerrogativas constitucionais.

O primeiro capítulo versa sobre o controle de constitucionalidade no Brasil, em que serão abordados temas como: a noção de norma jurídica e sua inconstitucionalidade; a presença do controle de constitucionalidade nas Constituições brasileiras, aliada às suas diferentes manifestações e nuances; as classificações e o modo de aplicação deste instituto, culminando, finalmente, em uma breve discussão acerca da titularidade do controle de constitucionalidade, em que será possível adentrar em alguns aspectos relativos ao Supremo Tribunal Federal e suas competências.

Na sequência, o segundo capítulo trata do fenômeno do ativismo judicial, um estudo teórico, à luz da experiência estrangeira, para traçar seus contornos fundamentais. Em seguida, far-se-á uma análise pormenorizada da inconstitucionalidade por omissão, tocando, inclusive, temáticas relativas ao direito fundamental à efetivação das normas constitucionais e dos instrumentos normativos, aptos a combater a omissão inconstitucional e a síndrome de ineficácia das normas constitucionais.

No final, o terceiro capítulo, há uma exposição detalhada da técnica de sentenças aditivas, indicando sua origem e finalidades, para encerrar com dois estudos de caso referentes a dois julgados exarados pelo Supremo Tribunal Federal, cujos pronunciamentos tiveram traços marcadamente aditivos.

O tema aqui discutido não é amplamente tratado pela doutrina, mas mostra-se extremamente relevante para compreender a importância da Constituição na sociedade contemporânea e o papel do seu legítimo intérprete, o Tribunal Constitucional.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Todo ordenamento estável e coeso inspira-se em uma norma fundamental,² que irradia sua carga axiológica aos demais dispositivos infraconstitucionais que ordenam a vida em sociedade. Dito isso, percebe-se que é necessária a previsão de um instrumento de controle para verificação desta compatibilidade vertical entre as normas, o qual, no sistema jurídico brasileiro, denomina-se controle de constitucionalidade.

2.1. Breves comentários a respeito de norma jurídica

A concepção acerca de sociedade civil advém de uma perspectiva “contratualista”, segundo a qual o estado de natureza dos homens corresponde a um completo caos, sem quaisquer balizas de conduta ou propriedade. Ante esta conformação não ideal, contratualistas³ propuseram a instituição do Estado, uma entidade representada por um soberano a quem incumbe velar pelos cidadãos e seus respectivos direitos. Contudo, para que tal instituição se tornasse possível, seria necessário que os cidadãos abdicassem de parcela de sua liberdade, em favor de um representante máximo que ordenasse com justiça a estruturação da sociedade e a distribuição de direitos.

A concentração de poderes nas mãos deste soberano revelou a necessidade de regulamentação das condutas, a fim de que parâmetros gerais e abstratos de comportamento alcançassem a totalidade dos cidadãos, uma vez que um soberano único seria incapaz de controlar as atitudes particulares casuisticamente. Feitas estas breves considerações,

² Norma fundamental é um conceito que será explorado brevemente neste trabalho, mas, para fins de esclarecimentos iniciais, trata-se de um conceito extraído da doutrina de Hans Kelsen a respeito de norma que inspira todas as demais construções jurídicas de dado ordenamento, constituindo fundamento de validade formal e material dos preceitos normativos dela derivados.

³ O contratualismo é uma escola de pensamento que estuda o surgimento da sociedade civil, sustentando uma instituição fabricada pelos homens, a partir do cotejo acerca de suas necessidades individuais e coletivas, sendo, portanto, uma construção racional e artificial. Os principais representantes desta corrente são: Thomas Hobbes, Jean Jaques Rousseau e John Locke.

chega-se a uma conformação contemporânea, na qual a sociedade é regida por um conjunto de normas que conduzem o comportamento do indivíduo em meio à coletividade. Segundo Bobbio:

Há indubitavelmente um ponto de vista normativo no estudo e na compreensão da história humana: é o ponto de vista segundo o qual as civilizações são caracterizadas pelos ordenamentos de regras nas quais as ações dos homens que as criam estão contidas. A história se apresenta então como um complexo de ordenamentos normativos que se sucedem, se sobrepõem, se contrapõem, se integram (2005, p. 25).

As normas podem ser de naturezas distintas, regendo relações específicas, de modo que algumas têm caráter coercitivo, enquanto outras são mais flexíveis e dependem de sua essencialidade para a vida em sociedade.

Bobbio (2005) identifica três critérios de valoração da norma. O primeiro deles é averiguação quanto à justiça, isto é, se a norma é apta a realizar os valores que inspiram o certo, dentro de um dado ordenamento. Em seguida, apura-se a questão da validade, atinente à constatação acerca da existência ou não de uma regra jurídica, o que pode ser feito através da identificação da legitimidade, para emanar a norma, da sua vigência e da sua compatibilidade genérica com o ordenamento. Por fim, passa-se à análise do plano da eficácia, que diz respeito ao fato de a norma ser ou não cumprida e, se negativa a resposta, se há sanção pela violação. São critérios independentes, mas que permitem identificar os atributos essenciais de uma norma jurídica.

De uma ótica formal, a norma deve ser considerada independentemente de seu conteúdo, por isso, entende-se que a norma exterioriza-se através de uma proposição, isto é, “um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade” (BOBBIO, 2005, p. 73). Disso pode-se abstrair que a norma pode ser expressa por diversos enunciados, desde que mantenha seu significado precípua.

Já a norma jurídica em particular, além de constituir-se sob a forma de uma proposição, tem uma função eminentemente prescritiva, o que induz ser sua função principal a modificação do comportamento de outrem e a consequente execução de dada conduta, características

estas diametralmente opostas àquelas relativas a proposição descritiva. Mas o ponto-chave que determina uma norma enquanto proposição prescritiva é seu critério de valoração, uma vez que sua análise não se faz pelo prisma de veracidade ou falsidade, mas numa ótica de justiça ou injustiça e validade ou invalidade formal.

Entende-se a norma jurídica enquanto um imperativo, isto é, trata-se de uma proposição cuja função é determinar o comportamento alheio e, de maneira mais aprofundada, trata-se de um imperativo hipotético, pois a norma não impõe ações boas em si, mas tão somente ações boas ou suficientes para atingir determinados fins. Diante disso, é possível concluir que o ordenamento jurídico, em sua complexidade, distingue-se do ordenamento moral, assim como as normas na sua individualidade distinguem-se do ordenamento jurídico.

O direito posto é técnico, assim como as normas que o compõem são normas técnicas, distinguindo-se de um regulamento qualquer pelos motivos elucidados por Bobbio:

O fim do direito, posto em confronto com o fim do regulamento de um jogo, é um fim real, isto é, um fim do qual não posso subtrair-me e em que a atuação não é livre, mas obrigatória do que resultaria que o ordenamento jurídico no seu complexo não é composto por normas técnicas em sentido estrito, mas normas pragmáticas (2005, p. 117).

Já, no que tange a uma análise individual das normas, estas permitem visualizar uma opção: segue-se o preceito nos ditames instruídos ou viola-se o preceito e alcança-se objetivo contrário, ao que corresponderá uma sanção. Portanto, talvez a conclusão mais importante acerca da caracterização de uma norma jurídica é que a consequência de sua transgressão corresponde a uma contrapartida desagradável denominada sanção, que tem lugar quando não se alcança o fim proposto pela norma ou quando se alcança fim oposto àquele almejado.

Cumprir discutir também quem é o destinatário da norma. A corrente representada por Ihering (2001) sustenta que os destinatários das normas jurídicas não são os cidadãos, mas os órgãos jurídicos encarregados de exercer o poder coativo. Tal corrente, embora guarde plausibilidade, no sentido de que o interessado em ver suas normas

cumpridas é o próprio Estado, é minoritária, pois prevalece que tanto os órgãos judiciais quanto os cidadãos são destinatários, afinal, primariamente a norma estipula um comportamento e somente se violado este haverá sanção. Ademais, a juridicidade da norma não decorre diretamente da sanção, mas dos elementos que a fazem válida e eficaz perante o ordenamento.

Diante do exposto, antes de tratar a respeito do controle de constitucionalidade, é mister tecer breves considerações acerca da acepção kelseniana de norma fundamental, tema essencial para compreensão do Direito Constitucional, bem como da estrutura do ordenamento jurídico brasileiro.

Kelsen (2009) trata a respeito de um fundamento de validade pressuposto do ordenamento jurídico, o qual pode ser subdividido em: princípio estático e princípio dinâmico. O primeiro deve ser assim entendido:

Como se todas as normas de um ordenamento deste tipo já estão contidas no conteúdo da norma pressuposta, elas podem ser deduzidas daquela pela via de uma operação lógica, através de uma operação do geral para o particular. Esta norma, pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica (KELSEN, 2009, p. 218).

O princípio estático, trata-se, pois, de uma simples operação de subsunção do fato à norma. Registre-se, todavia, que tal argumento somente é aplicável se o conteúdo da norma fundamental em questão for evidente.

Já pelo princípio dinâmico, a norma fundamental pressuposta não contém indicativos para desdobramento das normas decorrentes, contendo apenas a instituição de um fato produtor de normas, isto é, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou a uma regra que determine a forma de criação das normas gerais e individuais do ordenamento, desde que pautadas na norma fundamental pressuposta.

Tais princípios podem estar reunidos, quando a norma fundamental

pressuposta não apenas delega competências para legislar, como também prescreve determinadas condutas aos sujeitos subordinados à norma.

A perspectiva positivista⁴ atribuída a Kelsen advém do fato de ele considerar o conteúdo da norma um elemento completamente irrelevante para apurar a validade da mesma, de maneira que, para o referido autor, a validade repousa apenas nos atributos formais, isto é, se a norma foi criada de acordo com os parâmetros estipulados pela norma fundamental pressuposta e, somente nestes termos, será considerada pertencente da ordem jurídica.

O próximo elemento do positivismo kelseniano diz respeito à condição de norma posta, ou seja, norma positivada, pois a natureza da norma fundamental refere-se imediatamente a uma Constituição determinada e estabelecida, através do costume ou de um estatuto e, num plano mediato, refere-se à ordem coercitiva criada para fundamentar a validade e eficácia da norma fundamental materializada na Constituição.

Por fim, o elemento angular para a compreensão da teoria pura do direito, desenvolvida por Kelsen, é a visualização da norma fundamental, enquanto fundação de uma hierarquia normativa inerente ao ordenamento jurídico:

Devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com seu sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta norma fundamental é fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz (KELSEN, 2005, p. 226).

⁴ O positivismo jurídico é uma corrente doutrinária que defende a inexistência de qualquer outro Direito que não o positivo. A partir de Bobbio (1996), tem-se que o direito positivo constitui-se um conjunto de normas de comportamento temporariamente existentes em determinado Estado e cuja observância é obrigatória nos limites da soberania deste, mutáveis no decurso do tempo e produzidas por manifestação de vontade dos órgãos estatais previamente estabelecidos para tal finalidade, mediante observância de procedimentos igualmente previstos de forma prévia. Portanto, o *juspositivismo* aqui referido deve ser compreendido como uma doutrina que visualiza como Direito tão somente o conjunto de normas produzidas pelo órgão estatal competente e em conformidade com os procedimentos previamente estabelecidos pela norma fundamental.

Diante do exposto, percebe-se que o intento de Kelsen fora, em suma, escalonar o ordenamento jurídico, a fim de conferir-lhe um grau elevado de coerência e uniformidade, uma vez que todas as normas devem derivar daquela concebida como norma fundamental, no Direito brasileiro, corresponde à Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Por conseguinte, tem-se que o legado de Kelsen representa a compreensão acerca da supremacia constitucional, como fator pressuposto para construção de um ordenamento jurídico coeso e estável.

2.2. O fenômeno da inconstitucionalidade no direito brasileiro

Como já explicitado, o moderno Estado de Direito estrutura-se sobre um ordenamento jurídico composto por uma série de normas inspiradas por um paradigma fundamental, a Constituição. Ora, tendo-se em conta a supremacia das normas constitucionais, não é possível tolerar incompatibilidades que comprometam a coesão do sistema jurídico; estas incompatibilidades neste trabalho, serão denominadas inconstitucionalidades. Para fins de saneamento de tais irregularidades, o legislador e o próprio constituinte desenvolveram um mecanismo próprio de correção, o controle de constitucionalidade. Passa-se a tratar sobre estes fenômenos.

2.2.1. Inconstitucionalidades: definição e classificações

Partindo da noção acerca da existência de uma norma fundamental, representada pela Constituição, que deve inspirar todas as normas componentes de um ordenamento jurídico, a *contrario sensu* pode-se induzir que todas as normas, contrariamente ao que dispõe a Carta Magna, podem ser concebidas como inconstitucionais.

Segundo anota Miranda, “os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade expressam uma relação: uma relação, respectivamente, de conformidade e desconformidade que se estabelece entre a Constituição e o comportamento estatal” (MIRANDA *apud* CUNHA JÚNIOR, 2001, p. 111).

Portanto, somente haverá conformidade à Constituição quanto

à produção de atos normativos quando não houver contrariedade aos parâmetros materiais delimitados no diploma constitucional. A inconstitucionalidade é, pois, uma noção que decorre imediatamente do princípio da hierarquia das normas.

Cumpra também destacar a advertência feita por Mendes (2010), no sentido de que “os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade não abrangem, tradicionalmente, toda conformidade ou desconformidade com a Constituição, referindo-se propriamente aos atos e omissões dos Poderes Públicos” (2010, p. 1.158). Em outras palavras, o fenômeno da inconstitucionalidade não alcança todos os fatos jurídicos *stricto sensu*,⁵ mas somente aqueles que reverberam sobre a coletividade na condição de um ato emanado do Poder Público, supostamente apto a produzir efeitos.

A partir do conceito apresentado, faz-se necessário estudar a denominada “teoria geral das normas inconstitucionais”, que se subdivide nas classificações a seguir analisadas.

A doutrina identifica, em um primeiro momento, as chamadas inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material. A primeira é aquela “que se traduz na inobservância da regra de competência para a edição do ato” (BARROSO, 2012, p. 48). Ocorre, por exemplo, quando um município usurpa a competência legislativa da União ou quando se sucede o descumprimento do processo legislativo fixado pela Constituição. Já a inconstitucionalidade material representa uma incompatibilidade de conteúdo entre lei ou ato normativo e as disposições da Constituição; logo, será materialmente inconstitucional todo ato normativo que não se ajustar ao conteúdo dos princípios e das normas constitucionais.

Como regra, a inconstitucionalidade formal contamina todo ato normativo, todavia, a inconstitucionalidade, tanto formal quanto material, pode ser parcial alcançando apenas parte do ato, como um parágrafo ou uma alínea.

Sob outra perspectiva, a inconstitucionalidade também pode ser classificada como originária, quando “se verifica à luz da Constituição

⁵ Conforme conceituação de Marcos Bernardes de Mello, o fato jurídico *stricto sensu* é “todo fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial” (2019, p. 169).

vigente e em decorrência de um ato editado sob sua égide” (CUNHA, 2004, p. 116), ou pode ser superveniente, quando se manifesta posteriormente, em decorrência de uma alteração constitucional, de uma renovação da interpretação constitucional ou em razão de mudança nas circunstâncias fáticas. É majoritário o entendimento de que não se admite inconstitucionalidade formal superveniente, uma vez que é possível aceitar e recepcionar uma norma formalmente inconstitucional, desde que materialmente constitucional, afinal, foi o que ocorreu com a recepção do Código Tributário Nacional, após a nova ordem constitucional de 1988, o qual foi recebido enquanto lei ordinária, mas com *status* de lei complementar, uma vez que a matéria por ele regulada é reservada a lei complementar. Entretanto, o raciocínio desenvolvido não se aplica à inconstitucionalidade material superveniente, já que nesta o ato será necessariamente atingido pelas novas regras e pelos princípios instituídos.

Ainda, fala-se em inconstitucionalidade antecedente, que decorre direta e imediatamente da violação de uma norma constitucional. Já a inconstitucionalidade consequente decorre de um efeito reflexo da inconstitucionalidade antecedente, por exemplo, será inconstitucional a norma dependente de outra norma já declarada inconstitucional.

Existe ainda uma classificação importante que diz respeito à inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão, contudo, esta matéria, por questões de coerência e organização, será tratada em tópico próprio e mais adiante.

O raciocínio acerca da inconstitucionalidade leva a crer que nenhum ato contrário à Constituição pode ser válido; logo a consequência imediata da falta de validade corresponde à nulidade ou à anulabilidade. A lógica é circular e irrefutável, afinal, não pode prevalecer norma que conflite com a lei suprema. Neste sentido, Barroso discorre acerca dos efeitos da nulidade:

Corolário natural da teoria da nulidade é que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório – e não constitutivo – limitando-se a reconhecer uma situação preexistente. Como consequência, seus efeitos se produzem retroativamente, tolhendo a lei desde o momento de sua entrada no mundo jurídico. Disso resulta que, como regra,

não serão admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo todas as relações jurídicas constituídas com base nela voltar ao status quo ante (2012, p. 38).

Esta tese quanto à nulidade perdurou de maneira rígida e absoluta por muitos anos, sendo defendida por vozes autorizadas como a de Rui Barbosa; contudo, uma proposta para flexibilizar este pronunciamento de nulidade vinha sendo colocada desde 1929, quando Kelsen propôs uma atribuição singular aos tribunais constitucionais, através da qual deveriam exercer um papel de legislador negativo, fiscalizando a constitucionalidade das leis, de modo a declarar a inconstitucionalidade assim que apurada, mas sem prejudicar os efeitos já produzidos pela lei inconstitucional (efeito *ex nunc*).

Tal posicionamento teve certa adesão, mas inicialmente o Brasil adotou o paradigma da inconstitucionalidade com declaração de nulidade e efeitos retroativos. Entretanto, a partir da década de 80, alguns precedentes passaram a flexibilizar essa declaração de nulidade a fim de preservar terceiros de boa-fé e também em homenagem à teoria da aparência (RE 78.533-SP, rel. Min. Decio Miranda, RE 122.202, rel. Min. Francisco Rezek), o que culminou na edição da Lei n. 9.868/1999, que, em seu art. 27, prevê a possibilidade de haver modulação dos efeitos pelo Supremo Tribunal Federal, podendo atribuir efeitos *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, desde que determinado pela maioria de dois terços dos seus membros.

Tendo em conta o narrado, passa-se a uma breve discussão acerca do controle de constitucionalidade no Direito brasileiro.

2.3. Uma visão histórico-conceitual acerca do controle de constitucionalidade no Brasil

Um ordenamento é um sistema, o que, por conseguinte, pressupõe ordem e unidade. Desestabilizada a harmonia deste sistema, o ordenamento deve prever mecanismos aptos a reestabelecer a antiga ordem vigente. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, e consiste, segundo Barroso,

na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema promove um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia (2012, p. 22).

Portanto, o controle de constitucionalidade consiste em uma ferramenta para assegurar a coerência do ordenamento jurídico, uma vez que, em vista da posição de supremacia ocupada pela Constituição, é necessário que haja correspondência entre as normas infraconstitucionais e seu fundamento de validade, que é a Constituição (MELO, 2010, p. 104-110).

É essencial e pressuposto para o controle de constitucionalidade que a Constituição vigente no País seja classificada como rígida, isto é, aquelas que “não podem ser modificadas da mesma maneira que leis ordinárias, [demandando] um processo de reforma mais complicado e solene” (BONAVIDES, 2014, p. 83), classificação na qual se enquadra a Constituição Federal Brasileira de 1988, do que também se extrai seu caráter de supremacia perante ordenamento brasileiro. É o que dispõe Bonavides:

As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento (2014, p. 303).

Destarte, a doutrina é pacífica no sentido de reconhecer dois pressupostos básicos para viabilizar o controle de constitucionalidade, quais sejam: a supremacia e a rigidez constitucionais. No que tange à supremacia, a conclusão é evidente: não pode o legislador ordinário introduzir, no sistema jurídico, normas que colidam frontalmente com as disposições constitucionais, sob pena de aquelas serem consideradas nulas e inaplicáveis.

Num breve apanhado histórico, é correto afirmar que as noções acerca do controle de constitucionalidade são originárias do direito

norte-americano. Embora não tenha sido o primeiro a tratar do tema,⁶ o precedente *Marbury v. Madison*,⁷ com certeza, foi o que teve maior repercussão, e “no qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer controle de constitucionalidade, negando aplicação de leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais” (BARROSO, 2012, p. 27). Nenhum dispositivo legal ou constitucional conferia tal competência à Corte, mas a argumentação deu-se no sentido de que a lógica do sistema permitia essa inferência. O valor desse precedente assenta-se em fixar o entendimento acerca da supremacia da Constituição e da necessidade de revisão judicial de leis e atos normativos.

Já em âmbito nacional, percebe-se que o controle de constitucionalidade está presente desde a Constituição de 1891, época em que houve um fortalecimento de noções de democracia, assim como se consolidou a influência do direito norte-americano no ordenamento brasileiro. Nesse sentido discorrem Mendes, Coelho e Branco:

A Constituição de 1891 incorporou essas disposições, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou aplicação de

⁶ Segundo Barroso (2012, p. 27), havia precedentes identificáveis em períodos diversos da História desde a Antiguidade e, mesmo nos Estados Unidos, o argumento já havia sido deduzido no período colonial, com base no direito inglês (*Dr. Bonham's Case* (1610), pelo qual se entendeu que as leis do parlamento, contrárias ao costume e à razão, eram inválidas) ou em cortes federais inferiores e estaduais.

⁷ Em resumo, o precedente *Marbury vs. Madison* trata de um conflito entre juízes nomeados na gestão do governo anterior (Adams), que não receberam o documento de investidura no governo seguinte (Jefferson). O Juiz Marshall, autoproclamado defensor da independência do Poder Judiciário e indicado por John Adams, foi o encarregado do julgamento da questão. O cerne do problema é que a não investidura dos magistrados deu-se por interesse do novo governo, neste caso, representado pelos atos do secretário, James Madison, cuja abordagem centrava-se na neutralização do Poder Judiciário. A decisão adotada foi bastante estratégica e singular: enquanto de um lado a Suprema Corte decidiu que, embora *Marbury* e os demais autores do *writ* estivessem devidamente titulados como juízes, ela não tinha o poder para ordenar que *Madison* (então secretário de Estado) lhes entregasse os respectivos documentos; de outro lado, no corpo da sentença, tratou de assentar a possibilidade de o Tribunal rever os atos repugnantes à Constituição (OLIVEIRA, 2018, p. 79). Esta singela decisão inaugurou a doutrina da *judicial review* e instaurou a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade.

tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela; ou, quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnados (2010, p. 1195).

Em seguida, em conformidade com as influências europeias, a Constituição de 1934 abandonou o modelo norte-americano, mas realizou progressos significativos no controle direto de constitucionalidade, estipulando desde aí o princípio da reserva de plenário e competência do Senado Federal, para suspender a execução de ato normativo, quando o Poder Judiciário já o houvesse declarado inconstitucional.

A Constituição de 1937, marcada pelo autoritarismo do Estado Novo, não teve avanços, apenas restringiu a atuação do controle de constitucionalidade. Pouco tempo depois, a Constituição de 1946 veio num contexto totalmente diferente, remetendo à redemocratização do País, instituindo a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que atribuiu competência ao STF para processar e julgar a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativo-federal ou estadual, encaminhada pelo procurador-geral da República.

Anos mais tarde, num contexto de ditadura militar, foi promulgada a Constituição de 1967, que apenas manteve disposições acerca do controle difuso e da ação direta de inconstitucionalidade; entretanto, a inovação veio com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que criou o controle de constitucionalidade estadual.

Por fim, a Constituição cidadã de 1988 teve avanços consideráveis nesta temática: ampliou o rol de legitimados à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, além de ter criado a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, progressos que preencheram as lacunas existentes no controle concentrado de constitucionalidade.

Tendo em conta os novos mecanismos criados pela Constituição de 1988, o Poder Legislativo assumiu a tarefa de regulamentar tais institutos, através da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que disciplina o processo e julgamento, perante o Supremo Tribunal Federal,

da Ação Direita de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, e da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que rege o processamento e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Mesmo após a Constituição de 1988, o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro manteve, como regra, a competência do Poder Judiciário para estabelecer a interpretação final e definitiva da Constituição. No entanto, o próprio texto constitucional excepciona algumas situações em que delega algumas atribuições relevantes no controle de constitucionalidade ao Executivo e ao Legislativo.

No que tange ao Poder Executivo, talvez sua atribuição mais determinante nesta seara seja o poder de veto. O processo legislativo prevê que, após a passagem do projeto de lei pelas casas legislativas, este será remetido ao chefe do Executivo para sanção ou veto. Se aquiescer ao texto, sancioná-lo-á; contudo, se entender que o projeto é no todo ou em parte inconstitucional deverá vetá-lo, total ou parcialmente, evitando o ingresso de norma inconstitucional no ordenamento. Pode, ainda, vetar o projeto se entender haver contrariedade ao interesse público, caso em que haverá um juízo eminentemente político e discricionário. O veto, contudo, qualquer que seja seu fundamento, sujeitar-se-á a um controle político das casas legislativas, podendo ser rejeitado pela maioria absoluta de seus membros.

Outra interferência diz respeito à possibilidade ou não de descumprimento de uma lei considerada inconstitucional. Anteriormente à Constituição de 1988, a jurisprudência era sólida, no sentido de “ser legítimo ao Chefe do Executivo deixar de aplicar uma lei que considerasse inconstitucional, bem como expedir determinação àqueles submetidos a seu poder hierárquico para que procedessem da mesma forma” (BARROSO, 2012, p. 92). Após o referido marco, surgiram alguns questionamentos quanto a este procedimento, entretanto, não com força suficiente para derrubar a jurisprudência pretérita, que legitimava tal comportamento, afinal, a razão essencial que autoriza esse proceder está assentada no fundamento do ordenamento jurídico, isto é, a supremacia da Constituição, afinal, aplicar lei inconstitucional é negar vigência à própria Constituição.⁸ Esta linha de raciocínio foi

⁸ “[...] O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Os poderes Executivo e Legislativo, por sua

corroborada pela Emenda Constitucional n. 3, que acrescentou o parágrafo segundo ao art. 102 da Carta Magna, prevendo o efeito vinculante da decisão proferida em Ação Declaratória de Constitucionalidade, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Ademais, no mesmo sentido, seguiu a Lei n. 9.868/99 que prevê efeito vinculante da decisão em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, em relação à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Ainda, no que se refere ao Poder Executivo, embora não se trate de uma atribuição propriamente dita em sede de controle de constitucionalidade, o fato é que, diversamente dos diplomas constitucionais anteriores, a Constituição de 1988 outorgou legitimidade ao Presidente da República e aos Governadores dos Estados,⁹ para deflagrar Ação Direta de Inconstitucionalidade, questionando em via principal a constitucionalidade de determinada norma.

Por outro lado, cumpre fazer também breve menção às competências do Poder Legislativo em sede de controle de constitucionalidade. Em primeiro lugar, cite-se a previsão no Regimento Interno das casas legislativas de uma Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), cuja atribuição assenta-se no controle preventivo de constitucionalidade de projetos de lei e propostas de emenda constitucional.

Em seguida, existe também a possibilidade de o Congresso Nacional derrubar o veto presidencial por maioria absoluta de deputados e senadores, em escrutínio secreto. Perceba-se que nesta situação o juízo do Poder Legislativo acerca da constitucionalidade da norma prepondera sobre o do Poder Executivo.

O art. 49, V, da Constituição também prevê a competência do Congresso Nacional para sustar atos do Poder Executivo, que exorbitem seu poder regulamentar ou os limites da delegação. O controle

chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade – podem tão somente determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais” (ADI 221- MC/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 22.10.1993).

⁹ Ressalte-se que a legitimidade outorgada ao presidente da República e ao governador de estado não se estende aos prefeitos, uma vez que não são contemplados pelo rol do art. 103 da CF/1988.

neste caso é exercido em duplo sentido, pois verifica a compatibilidade material da norma, com a previsão constitucional e, ao mesmo tempo, assegura a observância do iter procedimental constitucionalmente estipulado para emanação de decretos ou leis delegadas. Ademais, também no que tange à ingerência do Poder Legislativo sobre atos do Executivo, tem-se que, na hipótese de edição de Medida Provisória pelo presidente da República, além de haver uma limitação material quanto aos temas regidos pela espécie normativa (art. 62, §1º, da CF/1988), a Constituição Federal de 1988 também atribuiu ao Congresso o dever de realizar um juízo prévio sobre o atendimento de pressupostos constitucionais da medida (art. 62, §5º, da CF/1988), de maneira que, desatendidos tais pressupostos, cabe rejeição liminar da medida.

Existe também certa interferência do Poder Legislativo em atos do Judiciário em sede de controle de constitucionalidade. Primeiramente, veja-se o caso de o Congresso não concordar com a interpretação dada a determinado dispositivo pelo STF. Poderá então, pelo *quorum* de três quintos dos membros de cada casa, observados os demais requisitos do processamento de emendas constitucionais, dar nova redação ao dispositivo, de maneira a prejudicar o pronunciamento da corte.

Além disso, cite-se a contemplação das Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e da Assembleia Legislativa dos estados, como legitimadas à propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, em sede de controle concentrado.

Por fim, mas não menos importante, impende mencionar a possibilidade de o Legislativo revogar lei, visando retirá-la do ordenamento, com efeitos *ex nunc*. Diferentemente da atividade do Judiciário, que anula leis com efeitos *ex tunc* quando provocado, a revogação perpetrada por ato do Legislativo diz respeito a questões de oportunidade e conveniência e não pode jamais ter efeitos retroativos.

Contudo, embora existam estas atribuições atípicas dos Poderes Legislativo e Executivo, é fato que o exercício do controle de constitucionalidade é competência do Poder Judiciário a quem incumbe processar e julgar as ações diretas em sede de controle concentrado ou analisar questões incidentais que tratem a respeito de matéria constitucional.

Tecidas algumas breves considerações a respeito do histórico do controle de constitucionalidade e das atribuições de cada poder neste

instituto, passa-se a análise de algumas classificações pertinentes.

Existe o que a doutrina denomina momentos de controle.¹⁰ Dentro desta classificação, o controle de constitucionalidade pode ser político, e se dá, segundo Lenza (2017, p. 265), “quando é exercido por um órgão diferente dos três poderes, órgão esse garantidor da supremacia da Constituição”. O autor, valendo-se de exemplo já citado por outros doutrinadores, menciona o Conselho Constitucional francês.

Pode ser também um controle jurisdicional, quando realizado por um órgão integrante do Poder Judiciário. É o caso do Brasil, em que o controle de constitucionalidade, quando concentrado, será realizado pelo STF ou pelo TJ, este último, nas hipóteses de violação à Constituição Estadual, e nos casos de controle difuso, será realizado diretamente por um juiz singular no contexto de um caso concreto. Existe, ainda, um controle híbrido que separa certas matérias para controle político e outras para controle jurisdicional, mas para o presente trabalho importa apenas mencionar a referida classificação.

Bonavides (2014) faz considerações interessantes acerca dos órgãos incumbidos do controle de constitucionalidade. Segundo o autor, o controle por órgão político já teve algumas experiências malsucedidas, mas a ideia não é ilógica, pois um órgão de natureza representativa tem legitimidade democrática, haja vista que é alheio aos três poderes, o que deveria refletir-se em uma análise imparcial da inconstitucionalidade, uma vez que não está contaminado pelos interesses e hábitos dos demais poderes. Já o controle por órgão jurisdicional, embora existam críticas no sentido de uma suposta violação à separação dos poderes, entende-se que é o meio mais adequado a ordenamentos que adotam uma Constituição rígida.

Outra classificação trata do controle de constitucionalidade repressivo ou preventivo. O primeiro visa paralisar a eficácia de lei inconstitucional, que já se encontra em vigor, seja a inconstitucionalidade suscitada por via incidental, seja por via principal. Portanto, nas hipóteses de controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário, este poderá dar-se por via difusa ou concentrada, dependendo da ação manejada pelo requerente. Faz-se a ressalva quanto ao Poder incumbido de exercer o controle, pois, nos casos de controle repressivo há margem de

¹⁰ Barroso (2012) utiliza a nomenclatura “modalidades de controle”.

atuação para o Poder Legislativo através da sustação de atos ou das outras formas de intervenção já referidas, bem como há espaço para atuação do Poder Executivo, quando se recusa a aplicar norma inconstitucional.

O controle preventivo é aquele que antecede a conversão de um projeto de lei em lei propriamente dita, objetivando impedir posterior declaração de inconstitucionalidade. Pode ser realizado por qualquer dos três poderes: o Executivo atuará por meio do veto; o Legislativo dispõe das Comissões de Constituição e Justiça para análise preliminar dos projetos de lei e propostas de emenda à Constituição; e o Judiciário atuará de forma a fiscalizar as Propostas de Emenda à Constituição que extrapolem os limites previstos.

Quanto a essa última modalidade, gize-se a possibilidade de haver um controle jurisdicional quando existir vedação expressa na Constituição ao trâmite da espécie normativa. Tem-se que existe o “direito-função” de o parlamentar participar de um processo legislativo hígido, de modo que se afirma um “direito” de estes não verem deliberada uma emenda tendente a abolir garantias asseguradas por cláusulas pétreas, do contrário haveria flagrante ilegalidade e uma norma desde a origem inquinada de vício de inconstitucionalidade. Portanto, a atuação do Judiciário em âmbito preventivo, pois visa assegurar o devido processo legislativo, devendo ser provocada por iniciativa de parlamentar invocando seu direito subjetivo a um processo legislativo-constitucional.

O Brasil tem o que se entende por “controle híbrido”, contemplando o controle político, quando exercido por outros poderes, e o controle jurisdicional, de monopólio do Poder Judiciário. Não obstante, insta salientar que a referência ao controle preventivo é feita para fins meramente didáticos, uma vez que, para o objeto do presente trabalho, interessa especialmente o controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário.

Ademais, como já mencionado *supra*, o controle também pode ser difuso ou concentrado e por via incidental ou principal. O controle difuso, também chamado controle pela via de exceção ou defesa, verifica-se no contexto de um caso concreto, de maneira que a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental, prejudicialmente ao exame do mérito. Quanto a esta modalidade de controle, prossegue Lenza:

No tribunal competente, distribuído o processo para uma turma ou câmara ou seção [...], verificando-se que existe questionamento incidental sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, suscita-se uma questão de ordem e a análise da constitucionalidade da lei é remetida ao pleno, ou órgão especial do tribunal [...].

Nesse sentido é que o art. 97 da CF/88 estabelece que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Temos aqui a chamada cláusula de reserva de plenário.

Por meio do *recurso extraordinário* (nas hipóteses do art. 102, III, “a”, “b”, “c” e “d”), a questão poderá chegar até o Supremo Tribunal Federal, que também, assim como o Tribunal de segunda instância, realizará o controle difuso, de forma incidental (e não principal), observadas as regras do art. 97 da CF/88 (2017, p. 225).

Verifica-se que no âmbito do controle exercido por Tribunais deve ser observada a chamada “cláusula de reserva de plenário” (Art. 97 da CRFB/88), exigindo maioria qualificada para determinar a inconstitucionalidade e exclusão de norma do ordenamento pátrio. Reafirmando a dita previsão, veio a Súmula Vinculante n. 10/STF.¹¹ Contudo, alguns precedentes demonstram uma postura mais flexível do Supremo neste aspecto, de modo que, em favor da economia processual, da segurança jurídica e da racionalização da instituição judiciária brasileira, dispensa-se a submissão ao pleno ou ao órgão especial, se já houver pronunciamento do respectivo órgão ou do próprio STF, no sentido da inconstitucionalidade do objeto (RE 190.725-8/PR). Este também é o sentido da Lei n. 9.756/1998 e dos arts. 948 a 950 do Código de Processo Civil, que versam sobre o incidente de arguição de inconstitucionalidade.

¹¹ Súmula Vinculante 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

No sistema brasileiro também existe a previsão do controle concentrado. Trata-se de um modelo que mescla características do *stare decisis*, modelo tipicamente norte-americano da tradição do *common law*, combinado com caracteres dos sistemas judiciais europeus. No *common law*, os julgados de um tribunal superior vinculam todos os órgãos judiciais inferiores no âmbito da mesma jurisdição, de modo que a decisão da Suprema Corte, seja pela constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade de um dado dispositivo, obriga todos os juízes e tribunais a seguir a mesma orientação. Todavia, esta regra não era plenamente aplicável aos sistemas europeus, o que impôs a criação de um tribunal constitucional, apartado do Poder Judiciário, para atribuições desta natureza, cuja função preponderantemente consiste na atuação como legislador negativo, isto é, na remoção do ordenamento de normas conflitantes com o texto constitucional.

Através da Emenda Constitucional n. 16, de 1965, foi introduzido o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, o qual “é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para este fim ou tendo nesta atividade sua função principal” (BARROSO, 2012, p. 70). Inicialmente, o controle concentrado era exercido exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal, mediante representação de procurador geral da República. Todavia, atualmente, a Constituição prevê as seguintes possibilidades de controle concentrado por via principal:

- a) no plano federal, e tendo como paradigma a Constituição da República, pelo *Supremo Tribunal Federal*, na ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, na ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, “a”) e na ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º);
- b) no plano estadual, e tendo como paradigma a Constituição do Estado, pelo *Tribunal de Justiça*, na representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais (BARROSO, 2012, p. 182).

O controle por via incidental, também denominado controle por via de exceção ou defesa, ocorre quando da fiscalização constitucional

desempenhada por juízes e Tribunais, na apreciação de casos concretos. Neste caso, o pronunciamento acerca da constitucionalidade da norma faz parte do itinerário lógico a ser desenvolvido na construção da sentença, configurando muitas vezes até uma questão prejudicial, devendo ser resolvida antes da apreciação do litígio. Além disso, ressalte-se que, embora por vezes ocorra uma superposição de ambos, o controle por via incidental não se confunde com o controle difuso, afinal, a previsão da ADPF passou a constituir hipótese de controle incidental concentrado.

Por fim, insta salientar o controle exercido por via principal, que decorre dos modelos europeus. Segundo Barroso:

Trata-se de um controle exercido fora de um caso concreto, independentemente de uma disputa entre as partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição (2012, p. 73).

Portanto, trata-se de um controle exercido sobre um processo onde não há lide em sentido técnico, um processo objetivo, motivo pelo qual há restrição de legitimados para suscitarem o controle (art. 103 da CF/1988). Mais uma vez destaque-se que, embora o controle por via principal não seja sinônimo de controle concentrado, em geral, estas duas classificações aparecem associadas.

Bonavides ainda tem uma classificação particular que define controle formal e controle material, mas isso retoma as considerações feitas a respeito das espécies de inconstitucionalidade.

Não é objeto deste trabalho, mas a título ilustrativo convém mencionar os instrumentos hábeis a desafiar o controle de constitucionalidade. Tratando-se de controle concentrado, existem ações específicas aptas a questionar a constitucionalidade de um determinado dispositivo. São elas: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Direta Interventiva. Já em sede

de controle difuso, a constitucionalidade é questionada no contexto de um caso concreto, não é o objeto principal da lide, razão pela qual não existem ações típicas para aferição da constitucionalidade nestes casos.

Diante disso, percebe-se que o controle de constitucionalidade tem uma função eminentemente democrática e social, no sentido de preservar os valores supremos da Nação, positivados na Constituição Federal. No passado, houve resistência quanto à legitimidade do Poder Judiciário para exercer o controle de constitucionalidade das leis, em razão de seu caráter contramajoritário, uma vez que a característica predominante do controle consiste, justamente, em ir de encontro às disposições aprovadas pelos parlamentares eleitos e legitimados pelo povo. Contudo, tal argumento não merece prosperar, como de fato não prosperou, haja vista que o controle visa assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos contra a discricionariedade e as restrições inconstitucionais perpetradas pelo legislador ordinário, tratando-se, pois, de um instrumento democrático apto a viabilizar o exercício de direitos e garantias fundamentais. Acerca do controle de constitucionalidade discorre Freeman:

Ela encontra-se entre os dispositivos procedimentais com os quais os cidadãos soberanos livres e iguais podem racionalmente concordar e, à luz do conhecimento que têm das condições históricas, impor aos processos legislativos majoritários, para proteger os direitos básicos iguais que articulam a soberania democrática. O objetivo é impor restrições substantivas à legislação que saiu fora do itinerário legislativo. Uma vez que a revisão judicial invoca um meio não-legislativo para fazer isso, ela pode se constituir em uma medida constitucional de recurso último. Mas isso não quer dizer que seja antidemocrática. Pois não é uma limitação à soberania igual e sim ao poder legislativo ordinário, em benefício da proteção dos direitos iguais de soberania democrática (FREEMAN, 1994, p. 12).

Ademais, perceba-se o espírito vanguardista e garantista do constituinte, visto que prevê, desde 1891, um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, tirando do monopólio de um único órgão o exercício deste controle jurisdicional, de maneira a viabilizar a todos os cidadãos o acesso à justiça constitucional. Observe-se o que dispõe Streck:

Com efeito, o controle difuso de constitucionalidade, mantido até hoje em países como Portugal, retira do órgão de cúpula do Poder Judiciário o monopólio do controle de constitucionalidade, servindo de importante mecanismo de acesso à justiça e, conseqüentemente, à jurisdição constitucional. A importância do mecanismo de controle difuso mostra-se absolutamente relevante, uma vez que permite que juizes de primeiro grau e tribunais em suas composições plenárias, mediante incidente de inconstitucionalidade devidamente suscitado, realizem a filtragem constitucional, que vai desde a simples expunção (*sic*) de um texto inconstitucional até a correção de textos através dos institutos da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (2013, p. 529).

A partir destas considerações acerca do controle de constitucionalidade, passa-se à verificação de alguns pontos relativos à jurisdição constitucional brasileira, sua titularidade e limites de atuação.

2.4. O tribunal constitucional-brasileiro enquanto titular do controle de constitucionalidade: reflexões acerca dos limites do exercício de sua função jurisdicional e normativa

Em razão do sistema híbrido de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, qualquer juiz ou Tribunal podem declarar a inconstitucionalidade de uma lei que tenha de ser aplicada ao caso concreto, sem, contudo, que tal norma deixe de integrar o ordenamento.

Em regra, a atuação de um Tribunal Constitucional é representada pela figura do *legislador negativo*, podendo suprimir uma dada norma do ordenamento por incompatibilidade com seu fundamento, decisão que será dotada de efeito *erga omnes*, sendo-lhe, contudo, vedado criar uma norma válida. Muitas críticas surgiram no sentido de questionar a validade dos pronunciamentos do Tribunal constitucional, acerca da validade das normas:

A primeira: a denominada dificuldade contramajoritária,

resultante do argumento de que órgãos compostos por agentes públicos não eletivos não deveriam ter competência para invadir decisões dos órgãos legitimados pela escolha popular. Segunda: os pronunciamentos dos órgãos judiciais, uma vez esgotados os recursos processuais cabíveis – e que se exaurem no âmbito do próprio Judiciário –, não estão sujeitos a qualquer tipo de controle democrático, salvo a hipótese complexa e pouco comum de sua superação via emenda à Constituição (BARROSO, 2012, p. 76).

A argumentação referida olvida-se que a atividade de interpretação constitucional é meramente subsuntiva de determinados fatos à norma. Logo, não havendo referência a uma competência discricionária, não há qualquer risco democrático, uma vez que não há espaço para juízo de valores, mas tão somente a submissão da vontade do legislador atual a escolhas feitas anteriormente por outros sujeitos também representantes do povo.

O ordenamento jurídico brasileiro não contempla a previsão de um Tribunal Constitucional puro como idealizado pelos sistemas europeus; entretanto, ao invés, possui um órgão de cúpula,¹² integrante do Poder Judiciário, denominado Supremo Tribunal Federal. Observe-se que a Constituição de 1988 outorga ao Supremo dupla competência: tem o dever de uniformizar a jurisprudência através do julgamento de recurso

¹² O STF não se submete ao controle administrativo realizado pelo CNJ: São constitucionais as normas que, introduzidas pela EC 45, de 8/12/2004, instituem e disciplinam o CNJ, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. Poder Judiciário. Caráter nacional. Regime orgânico-unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado-membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados-membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça. Poder Judiciário. CNJ. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juizes situados, hierarquicamente, abaixo do STF. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos arts. 102, *caput*, I, *r*, e 103-B, § 4º, da CF. O CNJ não tem nenhuma competência sobre o STF e seus ministros, sendo este o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito. (ADI 3.367, rel. Min. Cezar Peluso, j. 13-4-2005, P, DJ de 22/9/2006).

extraordinário, bem como lhe incumbe o controle abstrato de normas, suscitado por sujeito legitimado. Neste sentido, dispõe Mendes:

A combinação desses dois sistemas outorga ao Supremo Tribunal Federal uma peculiar posição tanto como órgão de revisão de última instância que concentra atividades no controle das questões constitucionais discutidas nos diversos processos, quanto como Tribunal Constitucional, que dispõe de competência para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas (1999, p. 20).

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal é composto por onze ministros nomeados pelo presidente da República, após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal. A escolha deve ser feita dentre cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, com mais de 35 anos e menos de 65 anos de idade. Aos ministros são asseguradas as garantias inerentes à Magistratura, quais sejam: a irredutibilidade de subsídios, a vitaliciedade e a inamovibilidade.¹³ Ressalte-se que em lugar algum está expresso que os ministros do STF devem, necessariamente, ser bacharéis em Direito,¹⁴ contudo, esta é a exegese considerada adequada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, em razão das atribuições do cargo.

O referido órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro pode atuar tanto em Plenário como em Turmas, dependendo da competência estipulada pelo Regimento Interno da Corte. As Turmas têm competências idênticas, logo o que determina a competência é o relator, uma vez que os processos são distribuídos a um dado ministro-relator, e não à Turma. Quanto à competência do Tribunal Pleno, a este incumbe o controle de constitucionalidade das leis, demandando quórum qualificado para deliberação de pelo menos oito ministros, sendo declarada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma por maioria de, pelo menos

¹³ É possível excluir um ministro, em caso de impedimento e suspeição; contudo, tais disposições não são aplicáveis em processos de controle abstrato de normas (Embargos na Rp. 1.092, relator: Ministro Djaci Falcão).

¹⁴ No ano de 1893, Cândido Barata Ribeiro, médico baiano, foi nomeado ministro do STF para substituir a vaga antes ocupada pelo Ministro Barão do Sobral. Contudo, no ano seguinte, quando submetida a nomeação à apreciação do Senado, foi reprovada a nomeação em razão do desatendimento ao requisito de “notável saber jurídico”.

seis votos. Eventuais opiniões divergentes devem constar expressamente na parte dispositiva do acórdão, constituindo sua parte integrante.

O STF é um órgão que comporta um Presidente, que deve ser eleito diretamente por seus pares, para um mandato de dois anos, vedada a reeleição.

Quanto às características deste Tribunal, registre-se o caráter político, uma vez que tem iniciativa exclusiva sobre a Lei Orgânica da Magistratura, que fixa as diretrizes básicas da organização judiciário-nacional. Ademais, é assegurada também sua autonomia administrativa, uma vez que lhe é facultada a eleição de órgãos internos e a edição de seu regimento interno. Por fim, também se saliente a autonomia financeira desse Tribunal, bem como dos demais Tribunais, para apresentação de sua proposta orçamentária.

Historicamente, tem-se que o STF foi criado em 1829, composto por dezessete ministros, cuja competência restringia-se ao conhecimento de recursos de revista e à competência para julgar conflitos de jurisdição e ações penais contra determinados ocupantes de cargos públicos. A criação do referido Tribunal deu-se através de uma emenda à Constituição de 1824, com caráter marcadamente centralizador, haja vista a concentração do Poder Executivo e do Poder Moderador, na pessoa do Monarca.

A proclamação da República em 1889 implicou uma nova concepção acerca do Poder Judiciário, disposta na Constituição de 1891, na qual o Supremo seria composto por quinze ministros escolhidos dentre os juízes federais mais antigos e cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo presidente, mediante aprovação do Senado Federal. Observe-se que esta nova Carta concedeu à Corte “a função de guardião da Constituição e da ordem federativa, reconhecendo-lhe a competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do direito através de um recurso especial” (MENDES, 1999, p. 24).

Nesta mesma Constituição emergiram as discussões embrionárias acerca da representação interventiva e do controle abstrato de normas, as quais, genericamente, eram tuteladas por intermédio do *habeas corpus*, consolidando o que veio a ser denominado de “doutrina brasileira do *habeas corpus*”.¹⁵

¹⁵ A denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus*” se refere ao período em que, no Brasil, este remédio constitucional tutelava mais do que a liberdade de ir e

Em seguida, a Revolução de 30 pôs termo ao ciclo iniciado pela Constituição de 1891, dando margem à introdução da Constituição de 1934, que reduziu o número de ministros de quinze para onze e dividiu a Corte em duas Turmas. Ademais, houve a inserção de um dispositivo que outorgou ao Senado Federal o poder de suspender a aplicação da lei, o que, naquele momento, era a maneira mais adequada de conferir eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo.

Houve um projeto em 1934 para a criação de uma Corte Constitucional no modelo austríaco, em que haveria nove membros escolhidos pelo STF, pelo presidente da República, pela OAB e pelo Parlamento, sendo conjuntamente eleitos nove suplentes aos respectivos titulares. O projeto de autoria do deputado Nilo Alvarenga assim narrava a justificativa:

Por isso é imprescindível criar a jurisdição constitucional cometendo-a a um tribunal especial, com a função de exercer este controle, anulando as leis e atos inconstitucionais, *erga omnes*. Mas não basta a criação e Tribunal com competência. É necessário, ainda, assegurar a todos os indivíduos a sua proteção por meio de recursos fáceis, rápidos e baratos. É preciso que todo cidadão ferido em seu direito disponha de meio seguro para o reestabelecimento imediato deste direito. (ALVARENGA *apud* MENDES, 1999, p. 29).

Com a instituição do Estado Novo, adveio a Constituição de 1937, a “Polaca”, cuja função principal era “combater efetivamente o comunismo”. Muitos dispositivos foram mantidos, todavia, foi inserida nova previsão segundo a qual seria possível suspender, mediante ato legislativo, decisão judicial que declarasse a inconstitucionalidade de ato normativo. Eis os fundamentos deste dispositivo:

Ora, a Constituição tem por conteúdo os grandes poderes do governo, destinados a ser exercidos para grandes fins

vir, servindo à proteção de outros direitos individuais vinculados de forma direta ou indireta à liberdade pessoal (MENDES, 2011, p. 25). A restrição ao alcance deste remédio constitucional somente ocorreu na Constituição de 1934, com a criação do mandado de segurança, instrumento que serviu à tutela dos direitos não relativos à liberdade de locomoção, os quais até então se valiam do *habeas corpus* para ter proteção célere e eficaz.

públicos. Atribuir a um Tribunal a faculdade de declarar o que é constitucional é, de modo indireto, atribuir-lhe o poder de formular nos termos que lhe parecerem mais convenientes ou adequados à própria Constituição. Trata-se, no caso, de confiar a um órgão que se não origina do povo e que não se encontra sujeito a sua opinião, o mais eminente, porque, precisamente, o poder que define os grandes poderes do governo e os grandes fins públicos a que se destina o governo. O controle judicial da constitucionalidade das leis é, sem dúvida nenhuma, um processo destinado a transferir do povo para o Poder judiciário o controle do governo, controle tanto mais obscuro, quanto insuscetível de inteligência pública, graças a aparelhagem técnica e dialética que o torna inacessível a compreensão comum. A supremacia do Judiciário não é, pois, como procura fazer acreditar uma ingênua doutrina que atribui ao método jurídico um caráter puramente lógico e objetivo, uma supremacia aparente. É, ao contrário, uma supremacia política, porque a função de interpretar, que redundava na de formular a Constituição, é a mais alta ou a mais eminente das funções políticas (CAMPOS *apud* MENDES, 1999, p. 31).

A grande crítica a este dispositivo diz respeito a um potencial reestabelecimento do Poder Moderador, uma vez que a faculdade desta suspensão passou a ser exercida por um ditador. Portanto, diante das críticas, tal dispositivo não perdurou por muito tempo.

A redemocratização veio, ato contínuo, através da Constituição de 1946, que, embora tenha eliminado a disposição supracitada, não perpetrou grandes alterações. A principal alteração em matéria de controle de constitucionalidade pôde ser observada na nova conformação dada à representação interventiva, uma vez que passou a existir uma previsão de ação direta para violações aos princípios sensíveis (art. 34 VI, da Constituição Federal de 1988).¹⁶

¹⁶ Os princípios sensíveis gozam de proteção agravada, porque eleitos pelo constituinte de 1988 como aptos a ensejarem uma intervenção no ente federativo que os violar. O rol destes princípios encontra-se disposto no art. 34, VII, da CF/1988, cujo teor é o que segue: “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...]VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

Nos anos que se seguiram, um novo movimento deu novos contornos ao Direito Constitucional brasileiro: a Ditadura Militar. A partir do Ato Institucional n. 1, em 1965 ficou consagrada a possibilidade de haver um controle abstrato de normas, cuja iniciativa ficara adstrita ao Procurador-Geral da República. Pouco tempo mais tarde, o Ato Institucional n. 2 reformou a ordem constitucional, abolindo os partidos políticos então existentes e criando uma odiosa previsão de eleições indiretas. O ápice ocorreu em 1968, quando da edição do Ato Institucional n. 5 (AI 5), que outorgaria ao presidente poderes, verdadeiramente ditatoriais, e restringiria ainda mais as garantias da magistratura.

No final do período ditatorial no Brasil, rumo a uma nova era democrática, no ano de 1985 foi convocada Assembleia Nacional Constituinte, que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, “que ampliava a competência originária do Tribunal, em relação aos novos remédios constitucionais e ao controle abstrato de normas e restringia sua competência recursal” (MENDES, 1999, p. 38).

Foram alterações significativas da Constituição de 1988, dentre as quais se destacam a ampliação do rol de legitimados para propositura de ação direta e a previsão de novos “remédios” constitucionais ou a especificação dos já existentes.

No que se refere ao controle de constitucionalidade, ficou estabelecida a competência originária do Supremo, contudo, justamente em razão de haver outras hipóteses em que uma demanda pode alcançar a Corte, entende-se não ser o Supremo Tribunal Federal um Tribunal constitucional puro, tendo a Constituição de 1988 ratificado este posicionamento.

Conforme se denota do art. 102 da CF/1988, o Supremo Tribunal Federal é igualmente competente para julgar, em recurso ordinário, as decisões definitivas de outros Tribunais nos processos de *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção, quando denegatórias, bem como o mesmo recurso pode ser manejado contra decisão de Tribunal que julgar crime político. Ademais, o art. 102, II, da CF/1988 também prevê o cabimento de recurso extraordinário

b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde”.

contra as causas decididas em última ou única instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local, que contrarie a Constituição Federal ou, ainda, se julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Portanto, em razão dessa competência híbrida não se pode afirmar que o referido Tribunal tenha sido convertido em Corte Constitucional, na correta acepção da expressão, afinal, qualquer causa, desde que preenchidos os pressupostos mínimos de admissibilidade, pode chegar ao STF.

Quando se fala em requisitos de admissibilidade para que a causa alcance os Tribunais Superiores, fala-se em muitos critérios de cunho formal, mas existem também questões materiais que são analisadas na própria admissibilidade, o que se faz para ratificar a “extraordinariedade” do objeto para requerer um pronunciamento da Suprema Corte.

Portanto, nos recursos endereçados aos Tribunais Superiores além dos requisitos atinentes à tempestividade, presquestionamento, cabimento, dentre outros, é necessário demonstrar a repercussão geral.

A repercussão geral, antes da vigência do CPC/15 denominada “arguição de relevância”, excluiu da incidência do recurso extraordinário questões que desmerecem o exame da Suprema Corte, podendo o magistrado *ad quem* fazer um juízo discricionário acerca da existência da repercussão geral da matéria objeto de exame.

O STF, conjuntamente ao STJ, cumpre a função de uniformizar a interpretação e aplicação de leis federais, através de sua jurisprudência, maneira pela qual asseguram a igualdade de todos perante a lei. Contudo, o acesso a tais Tribunais mostra-se um pouco mais restrito, haja vista que fosse indiscriminado o acesso de demandas judiciais a esta via extraordinária, haveria tamanho congestionamento e demora na resposta jurisdicional que inviabilizariam a própria atividade judicante.

Para tanto, criou-se a previsão da repercussão geral como critério de admissibilidade dos recursos à via extraordinária. A apreciação acerca da ocorrência ou não de repercussão geral é exclusiva do STF (art. 1.035, § 2º, do CPC), competindo, especificamente, ao Tribunal Pleno e dada por decisão de, pelo menos, oito de seus onze ministros, sendo tal decisão irrecorrível. Theodor Júnior elabora a seguinte definição de repercussão geral:

Por repercussão geral a lei entende aquela que se origina de questões “que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”, por envolver controvérsias que vão além do direito individual ou pessoal das partes. É preciso que objetivamente, as questões repercutam fora do processo e se mostrem “relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico” (art. 1035, §1º do CPC). Para que o extraordinário, portanto, tenha acesso ao STF, incumbe ao recorrente demonstrar em preliminar de recurso a existência da repercussão geral (art. 1035, §2º do CPC). Não pode se dar de ofício tal reconhecimento (2016, p. 1.103).

Na sequência, complementa Gomes Júnior acerca do juízo discricionário realizado quando da análise da repercussão geral:

O julgamento em tese da relevância ou não da questão federal é antes um ato político do que, propriamente, ato de prestação jurisdicional e isso porque não se decide o caso concreto, mas apenas se verifica a existência ou não de um interesse que não é o do recorrente, mas que é superior a ele, pois é o interesse de se possibilitar ao Tribunal Supremo do país a manifestação sobre a questão jurídica que é objeto daquele caso concreto, mas que transcende a ele pela importância jurídica, social, econômica ou política da questão mesma em julgamento, abstraídos os interesses concretos das partes litigantes (2001, p. 32).

O §3º, do art. 1.035 do CPC, traz duas hipóteses em que a repercussão geral é presumida, quais sejam: contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, bem como o reconhecimento da inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. A presunção, nestes casos, incide para preservar a autoridade das decisões ou das orientações judiciais exaradas pelo próprio Pretório Excelso.

Ao Plenário, pelo voto de dois terços de seus membros, incumbe declarar a presença ou ausência de repercussão geral, no caso em análise. Negada a repercussão geral, tal decisão alcança todos os recursos pendentes de apreciação, devendo, pois, o Tribunal de origem

negar seguimento a todos os recursos sobrestados pelo mesmo fundamento. Mas, se reconhecida a repercussão geral, deve o relator no STF determinar a suspensão do processamento de todas as causas que versem sobre idêntica função. Ainda, se no Tribunal de origem houver diversos recursos extraordinários em processamento, que tratem da mesma controvérsia, deve o Tribunal selecionar dois ou mais para julgamento em regime de recursos repetitivos.

Destaque-se o importante efeito redutor que tem o instituto da repercussão geral, pois, além de filtrar quais as demandas são deveras relevantes para serem apreciadas pelo Pretório Excelso, se negada a repercussão geral, isso acarreta a extinção de diversos recursos que sequer subiram para a apreciação.

Ainda, no que tange aos pronunciamentos exarados pelo Supremo Tribunal Federal, insta fazer uma breve análise acerca da força vinculante de seus precedentes.

O Brasil enquanto Estado Democrático de Direito, assume um compromisso para com a segurança jurídica e a justiça, garantindo a todos, além do acesso à justiça, o devido processo legal que culmine em uma decisão de mérito justa e efetiva. Disso depende-se que são necessários mecanismos aptos a garantir a autoridade da Constituição, bem como a uniformidade de sua interpretação e aplicação.

Parte deste papel é cumprido pelo sistema recursal, em especial, no que tange aos recursos endereçados aos Tribunais Superiores, cuja tarefa é essencialmente uniformizar os atos decisórios, o que somente se torna viável, através do reconhecimento da força vinculante das teses assentadas por tais cortes. Atribuir força vinculante aos precedentes jurisprudenciais, emanados dos Tribunais Superiores, significa dar-lhes autoridade normativa de lei, obrigando tanto o particular quanto a Administração Pública e a jurisdição a sua plena observância.

Tal força vinculante pode ser extraída também de dispositivos como o art. 311 e art. 332, ambos do Código de Processo Civil, que ratificam a força normativa de enunciados sumulados ou entendimentos firmados em demandas repetitivas nos Tribunais Superiores.

Quando a lei atribui tal poder vinculante aos entendimentos firmados pelo Poder Judiciário, não está a autorizar um poder criativo que transborde os limites da jurisdição, mas tão somente a obrigar à

observância dos julgamentos quanto à validade, interpretação e eficácia de determinada norma (art. 103-A, §1º, CF).

Perceba-se que não se trata de inovação empreendida pela Constituição Federal de 1988; contudo, a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, alargou significativamente o campo de vinculação destas decisões. É o caso das ações em controle concentrado de constitucionalidade, nas quais a força vinculante emerge como consequência imediata do julgamento do mérito, tendo efeito *erga omnes* e vinculante, relativamente aos órgãos dos Poder Judiciário e da Administração Pública. Ademais, nas situações de controle difuso, embora a questão constitucional não seja o objeto da ação, o motivo pode constituir enunciado de súmula vinculante, desde que trate de reiteradas decisões em matéria constitucional, tenha a redação aprovada por decisão de dois terços dos membros do STF e seja publicada na imprensa oficial, de que decorre sua força vinculante.

Ressalte-se que, segundo Theodoro Júnior (2016, p. 1175), a criação de súmula vinculante somente é possível diante de norma preexistente, afinal, como já referido não é função típica do Poder Judiciário editar súmulas como atividade normativa primária, mas apenas como intérprete que trate das regras trazidas à sua interpretação exegética.

Ainda, para assegurar a força normativa de tais enunciados, o próprio texto constitucional cria o instituto da reclamação ao STF, cabível contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula aplicável, ou que a aplicar indevidamente, tendo por consequência imediata a anulação do ato ou a cassação da decisão.

A única ressalva feita em relação à força vinculante destes enunciados e precedentes é o fato de não alcançarem o Poder Legislativo em sua atividade típica, uma vez que o contrário representaria uma ingerência indevida do Judiciário no âmbito de atuação típica do Poder Legislativo, além de provocar fossilização indesejada da legislação.

Do exposto, percebe-se crescente atribuição de função normativa à Corte Constitucional, conforme elucidada Souza Filho:

O desenvolvimento recente de uma teoria das omissões inconstitucionais e suas consequências na alteração da função de controle de constitucionalidade – notadamente no que diz respeito à progressiva atribuição de função normativa à Corte Constitucional – põem em evidência a natureza bifronte do

juiz constitucional: as funções desempenhadas pela corte no âmbito do controle de constitucionalidade não se enquadram nem entre as funções do tipo legislativo nem entre aquelas do tipo propriamente jurisdicionais, mas vem a situar-se numa posição intermédia, a caracterizar o que a maior parte da doutrina italiana chama define como ambiguidade do papel da corte (SOUZA FILHO, 2018, p. 26).

Ainda, no que se refere à atuação do STF em funções que não lhe são típicas, prossegue o autor:

O Supremo Tribunal Federal, ciente das consequências normativas contrárias à Constituição eventualmente produzidas por uma decisão de mero acolhimento da ação direta de inconstitucionalidade, tem, em determinadas situações, manejado instrumentos alternativos de decisão – reveladores, em alguma medida, do exercício de uma função normativa pelo Tribunal – com o objetivo de contornar os inconvenientes extraíveis de um vácuo normativo. Nesses casos, [...] o Supremo Tribunal Federal cria normas jurídicas, em típica função de substituição do legislador, precisamente para evitar a criação de um vácuo normativo inconstitucional (SOUZA FILHO, 2018, p. 38).

Nesta linha, impende mencionar o relevante trabalho do Prof. Cezar Saldanha Souza Júnior, que propõe uma nova concepção acerca da definição dos poderes de Estado e do papel dos Tribunais Constitucionais. Em sua obra, o mestre cogita uma hexapartição de poderes, pela qual a consolidação do Tribunal Constitucional como poder constitui-se na fase mais recente e avançada.

A teoria da hexapartição dos poderes decorre da evolução e do fortalecimento do papel das Constituições. A partir da análise de alguns de marcos históricos, é possível afirmar que, inicialmente, o Direito era concebido como uma mera construção da racionalidade humana, sem cogitar a importância autônoma dos documentos gerados pelas ciências jurídicas. Mais tarde, com a disseminação das Constituições pelas Nações democráticas, estas passaram a ser compreendidas como um documento político, mas não jurídico. Somente no período pós-guerra,

com a consolidação da Constituição de Weimar e a ascensão da doutrina constitucional de Hans Kelsen, passou-se a conceber a Constituição como o documento fundante da ordem jurídica.

A Constituição passou a ser definida como um documento que contemplava uma “ordem objetiva e transcendente de valores” (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 106), sendo então reconhecida a supremacia dos ditames constitucionais e a verdadeira normatividade desta carta.

A partir do momento em que as Constituições assumiram tal grau de normatividade e importância, foi necessário conceber um órgão encarregado de seu controle e interpretação, um órgão que foi causa e consequência do diálogo entre o direito constitucional e os valores éticos do convívio sociopolítico: os Tribunais Constitucionais.

Ocorre que, em razão das competências que são outorgadas a estes Tribunais, estes não poderiam ser enquadrados como meros órgãos da Administração Pública, ou mesmo do Poder Judiciário, uma vez que detêm atribuições mistas, que comportam a análise de questões jurídicas e políticas. A partir daí emerge a tese de Souza Júnior que argumenta pela concepção dos Tribunais Constitucionais como uma espécie de poder autônomo.

Note-se que, na proteção da dignidade humana, papel primordial dos Tribunais Constitucionais, emergem aspectos políticos incapazes de serem enfrentados pelo Direito. Esta função jurisdicional alargada não se coaduna com o Poder Judiciário, de modo que emergem os Tribunais Constitucionais como instrumentos especializados e concentradores do controle de constitucionalidade, permitindo a ampla proteção da dignidade humana, sem contaminação da função jurisdicional (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 111).

A concepção do Tribunal Constitucional como Poder, embora razoável e plausível, não se trata de uma visão majoritária, entendendo-se que eventual atividade normativa exercida por este afigura-se como função atípica do Poder Judiciário. A partir desta concepção, emergem questionamentos acerca de suposta violação da cláusula de separação dos Poderes, ponderada por um poder-dever de agir, em razão da inércia ou da ilegitimidade democrática dos demais poderes. Em resposta a tais tendências e ponderações, cumpre fazer alguns esclarecimentos a propósito da noção de “ativismo judicial”.

3. O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E A PROBLE- MÁTICA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal têm sido objeto de recorrentes e acaloradas discussões no universo acadêmico, questionando-se os limites de sua atuação e sua aproximação a um fenômeno denominado “ativismo judicial”. Neste capítulo, pretende-se não apenas analisar a origem desta temática, mas também as reflexões acerca de uma legitimidade democrática (ou não) para tais pronunciamentos, especialmente em face da constatação de omissões inconstitucionais. Ademais, far-se-á um breve estudo acerca dos instrumentos normativos aptos ao combate da inércia legislativa.

3.1. Considerações acerca do ativismo judicial no Brasil: defini- ções e posições relativas à sua legitimidade democrática

O direito constitucional teve seu papel fortalecido, assegurando de forma mais enfática a supremacia da Constituição, o que implica, de forma reflexa, a constitucionalização do Direito como um todo, sob uma perspectiva material, estrutural e funcional.¹⁷ Na ótica de Streck,

a consequência mais importante tem sido a acentuada transferência do protagonismo do Poder Legislativo em direção à Justiça Constitucional. [...] Esse deslocamento do polo de tensão em direção ao Poder Judiciário tem sido considerado por muitos como uma grave lesão ao princípio democrático (2013, p.114).

Essa transferência de poderes e competências para um Tribunal Constitucional é justificada por muitos autores como resultado de uma “crise no sistema representativo”. Nesse sentido argumenta Moraes:

¹⁷ Essas perspectivas a respeito da constitucionalização do direito são expostas por Lenio Luiz Streck (2013, p. 114). O aspecto material diz respeito à recepção pelo direito de exigências da moral. O aspecto estrutural remete à estrutura das normas constitucionais, que se irradiam para os demais ramos. Por fim, o aspecto funcional refere-se à argumentação construída, a partir das normas constitucionais.

O problema central da representação política, portanto, acaba por consistir na impossibilidade de aferir a compatibilidade entre a vontade popular e a vontade expressa pela maioria parlamentar. Entre outras importantes causas, poder-se-iam apontar três primordiais para esse distanciamento entre representantes e representados: o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento (2000, p. 47).

Assim, não sendo os partidos políticos capazes de filtrar as demandas sociais e efetivá-las, vê-se a representatividade política esvaziada. Por consequência, o povo clama por uma referência forte e eficaz para reclamar direitos que lhe são constitucionalmente assegurados. Nesse contexto, emerge o papel de um Tribunal Constitucional como “árbitro da sociedade” (MORAIS, 2000, p. 62), devendo o Tribunal Constitucional, na concepção de Moraes, agir “como verdadeiro Poder moderador em defesa da plena aplicabilidade das normas constitucionais e em garantia integral da efetividade na proteção aos Direitos Humanos Fundamentais”. Ainda, prossegue o mestre:

Esse novo papel (dos Tribunais Constitucionais) faz com que a justiça tenha que adaptar-se à nova realidade, abandonando seu tradicional imobilismo e buscando métodos mais eficazes na efetividade dos direitos proclamados pela Constituição. [...] a adoção do Tribunal Constitucional no Brasil, por si só, não conduzirá à solução da crise representativa, não se podendo ignorar, porém, que isso possibilitará a diminuição dos nefastos efeitos da atual produção legiferante desvirtuada da vontade popular, por meio do exercício da atividade de legislador negativo, para garantir os princípios, objetivos e direitos fundamentais consagrados em uma Constituição, impedindo que o desvirtuamento na manifestação das vontades parlamentares desrespeite frontalmente a vontade popular consubstanciada no texto constitucional (2000, p. 62-63).

Destarte, num Estado Democrático de Direito, a Constituição assume papel muito mais relevante do que mero parâmetro para

averiguar aspectos formais e materiais de dispositivos infraconstitucionais. Na realidade, é este o momento em que os Tribunais Constitucionais encontram seu terreno de atuação, afinal, são as instituições aptas a “instrumentalizar e dar guarida à materialidade dos textos constitucionais” (STRECK, 2013, p. 115), devendo o legislador observar as disposições da Carta Magna, sob pena de ser tolhido em seu exercício, através da fiscalização do Tribunal Constitucional.

No Brasil, a interpretação e a aplicação da Constituição são realizadas por todos os juízes e tribunais; porém, no topo dessa pirâmide, encontra-se o Supremo Tribunal Federal, o verdadeiro Tribunal Constitucional brasileiro, encarregado da aplicação direta e indireta da Constituição, bem como da determinação dos parâmetros de validade da norma jurídica.

Do mesmo modo que pode o Tribunal Constitucional constatar inconstitucionalidades, pode também identificar lacunas, as quais são inevitáveis em qualquer sistema jurídico analisado. Ora, sabendo-se que o paradigma de completude e de suficiência do ordenamento está há muito mitigado, cumpre consolidar uma verdadeira cultura democrática que instrumentalize o suprimento destas ausências por ações estatais, desde que, obviamente, respeitados os parâmetros constitucionais existentes.

Questiona-se a amplitude dos poderes dos referidos Tribunais Constitucionais, alegando alguns a invasão de competências preestabelecidas e a violação do princípio da separação dos poderes. Dessa nova conformação, nasceu a expressão *ativismo judicial*.

A origem da expressão é debatida. Segundo Barroso (2012, p. 370), foi criada para caracterizar a atuação da Suprema Corte norte-americana, na época em que era presidida por Earl Warren. Já para Gomes e Valle (*apud* GRANJA, 2013), o sentido “ativismo judicial” surgiu em 1947, cunhado pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, em uma reportagem realizada à revista *Fortune*, em que traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte.

Contudo, é incontroverso que se trata de um fenômeno que surgiu das técnicas decisivas da Suprema Corte norte-americana. Isso se deve, primordialmente, ao sistema jurídico adotado, uma vez que a essência do *common law*, de pronto, autoriza uma postura mais ativista

da magistratura, pois não há um número expressivo de leis postas para guiar a conduta dos juizes, estando estes, *a priori*, adstritos apenas aos precedentes e à sua íntima convicção.

Todavia, destaque-se que tal postura mais “desprendida” da Suprema Corte nem sempre foi uma característica do sistema jurídico norte-americano. Com o *crash* da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929, foi editado um pacote de medidas de recuperação pelos Poderes Executivo e Legislativo denominado *New Deal*. A partir deste pacote, a Corte passou a emitir pronunciamentos que representaram uma drástica mudança na orientação da sua jurisprudência, abandonando um posicionamento de defesa à livre-iniciativa para uma postura mais intervencionista, avocando para si questões de controle econômico que até então eram confiadas aos demais poderes.¹⁸

A colisão entre os poderes ficou mais evidente quando da eleição de Roosevelt,¹⁹ cujas propostas propunham um governo mais liberal para contornar as consequências da crise econômica. Contudo, ficava restrito pelas intervenções conservadoras da Suprema Corte. Sua reação não foi a tentativa de dialogar com a Suprema Corte, mas sim de manifestar expressamente o repúdio do Poder Executivo ao superativismo que se desenvolvia:

Nos bastidores, no final de 1935, em reunião de gabinete, o próprio Roosevelt deixara clara sua convicção de que, em algum momento, a Suprema Corte iria pronunciar a inconstitucionalidade das medidas aprovadas, dispondo-se de três caminhos para o seu enfrentamento: “empacotando” a Corte, o que era uma ideia amarga; aprovando um certo número de emendas à Constituição para fazer frente às variadas

¹⁸ No precedente *Panama Refining Co vs. Ryan*, a Corte estipulou os parâmetros a serem observados pelo Congresso, quando desejasse realizar uma delegação de atribuições. Outra situação deu-se no caso *Hunfrey's Executor vs. United States*, no qual a Suprema Corte debateu os limites do poder presidencial, para remover membros de comissões regulatório-independentes.

¹⁹ Franklin Delano Roosevelt foi o 32º presidente norte-americano (1933-1945), tendo liderado a nação em importantes marcos históricos, como a Grande Depressão (1929), enfrentada mediante programa de recuperação econômica e social denominado *New Deal*, bem como foi o representante norte-americano nas tratativas internacionais durante a Segunda Guerra Mundial.

situações com risco de serem tomadas por inconstitucionais sob os termos atuais; e, por uma forma que requereria maiores estudos, consistente em conferir de modo ostensivo na Constituição o Poder à Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade dos atos do Congresso (poder até então presumido), acompanhado de previsão de poder ao Congresso para, mediante votação, reprovar a lei considerada inconstitucional, quando esta declaração (judiciária) ficaria afastada e a lei se tornaria válida (OLIVEIRA, 2018, p. 98).

Neste contexto, não somente da volatilidade dos limites de cada poder, como também da clara afronta entre seus representantes, é que se desenvolveu o embasamento fático para o ativismo judicial.

Anos mais tarde, o entendimento da Corte Hughes²⁰ consolidou-se como a posição mais adequada, o que legitimou a atuação ativista da Suprema Corte naquela época e veio como justificativa para novos posicionamentos ativistas, a partir de então. O precedente *United States vs. Carolene Products Co.* sedimentou o seguinte entendimento:

Enquanto juízes devem deferir à legislatura em disputas econômicas ordinárias, um escrutínio judicial mais exigente pode ser requerido quando o processo democrático apresentar-se defeituoso, como, quando a maioria negar direitos políticos cruciais aos oponentes, ou quando a lei estiver motivada em preconceito contra minorias discretas e insulares (OLIVEIRA, 2018, p. 114).

Diante deste pronunciamento, a Corte consagrou legitimidade

²⁰ Charles Evans Hughes (1862-1948) foi nomeado para o cargo de *chief justice* nos EUA, em 1930, pelo então presidente, Herbert Hoover, representando a bandeira republicana no Judiciário norte-americano. Seu período na liderança da Suprema Corte (1930-1941) foi repleto de atritos com o Poder Executivo, em especial, com o novo presidente eleito, Franklin D. Roosevelt, e com o pacote de medidas proposto para superação da crise econômica. Hughes barrou diversas medidas do pacote, com vistas a melhor tutelar direitos individuais; entretanto, aos poucos a jurisprudência da Corte liberal, adaptando algumas das propostas do *New Deal*, acabou por aderir a ideologia dominante e ao governo vigente. A Corte abdicou do seu poder de rever medidas econômicas e assumiu maior intervenção em casos envolvendo liberdades civis e igualdade. (OLIVEIRA, 2018, p. 117/119).

democrática para sua atuação, invocando propostas perniciosas do *New Deal*, que foram afastadas em razão de sua intervenção:

Em outras palavras, o Tribunal advertiu, em alto e bom tom, que o *New Deal* propunha o abandono da propriedade privada e da liberdade de contrato enquanto princípios do *laissez-faire* trabalhados desde a Guerra Civil pelos juízes norte-americanos como limitadores da operação do governo em todos os seus níveis, [...]. Em suma, a Corte – ainda que sob a crítica de estar emitindo decisões *quaselegislativas* – levou o público a uma visão mais criteriosa dos projetos propostos pelo governo, ampliando o debate e melhorando as condições para decisão popular sobre a conveniência de sua continuidade (OLIVEIRA, 2018, p. 116-117).

Tendo em conta o então apreço público de que gozava a Corte, décadas de jurisprudência foram revisadas em menos de dez anos, de modo que foram restaurados todos os direitos comprometidos pelo cenário político-econômico instável da época. Essa revisão resultou no que ficou denominado de “decisões transformativas” ou “emendas-análogas”, uma vez que, por diversas ocasiões, pronunciamentos judiciais substituíram textos legislativos formais.

A Suprema Corte norte-americana valeu-se de um sistema jurídico de *common law* para justificar um novo propósito constitucional, qual seja, a alteração legislativa e a mudança da orientação normativa sem emendas formais à Constituição. Portanto, a conclusão mais adequada é que o ativismo judicial assumiu uma nova roupagem, na condição de garantidor de prerrogativas constitucionais:

Se é verdade que a Corte abdicou do poder de rever medidas econômicas, também é verdade que o fez em prol de uma intervenção maior em casos envolvendo liberdades civis e igualdade, de modo que o “ativismo judicial não desapareceu, ele simplesmente assumiu uma nova forma” (OLIVEIRA, 2018, p. 119).

No que se refere à definição de ativismo judicial, tem-se que “está associado à usurpação do poder político de outros ramos eleitos do

governo por decisões do Poder Judiciário” (OLIVEIRA, 2018, p. 120), de modo que o ativismo, em regra, assume uma conotação negativa, ao passo que a contenção seria o ideal. Sob outra perspectiva, observe-se a definição dada por Barroso:

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (2012, p. 25).

Ainda, quanto a essa questão, o autor assevera:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (2012, p. 25).

Outros autores, como Gomes (*apud* REIS), tratam do tema como sendo uma atuação do Poder Judiciário fora de suas atribuições constitucionais, de forma que haveria clara usurpação da função legislativa.

Impende ressaltar que “ativismo judicial” não se confunde com “judicialização da política”. Esta ocorre quando há transferência de temas pertinentes aos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário, isto é, “quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário para que ele dirima conflitos e mantenha a paz por meio

do exercício da jurisdição” (CARVALHO *apud* GRANJA, 2013). Em suma, enquanto na “judicialização” não há exercício deliberado da vontade política, mas é algo que se infere do modelo constitucional vigente, o ativismo traduz uma conduta ativa do magistrado, que opta por dar mais alcance à norma em questão do que o literalmente previsto.

Barroso elenca diversas formas de manifestação do ativismo no direito brasileiro, protagonizadas pelo STF:

a) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição da fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo. b) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e cláusulas de barreira (2012, p. 371).

Streck (2013) complementa com outros exemplos como “as sentenças que determinam a inclusão/criação de vagas em escolas públicas, o fornecimento de remédios com fundamento no art. 196 da Constituição brasileira” (2013, p.123), entre outros.

É claro que existem posições favoráveis e contrárias a este fenômeno. Em sentido favorável é possível citar Barroso (2012), Tavares (2008), Andrade (2007), entre outros. Dentre os argumentos defendidos por esta corrente, um deles consiste no fato de que a Constituição expressa a vontade majoritária e os ideais supremos da Nação; logo um ativismo pautado na implementação dos dispositivos constitucionais seria uma ferramenta para promoção da democracia.

Os defensores do ativismo também entendem que não é mais possível considerar o princípio da separação dos poderes de forma absoluta, pois a sociedade evoluiu consideravelmente, de forma que é necessário reconhecer também as funções atípicas de cada poder, assim como suas intersecções operacionais. Contudo, cumpre ressaltar que uma ressalva é pacífica, pois o argumento um magistrado ativista deve sempre estar em conformidade com a Constituição, já que, na condição de seu guardião, quando age estará tutelando os direitos

fundamentais, que deveriam gozar de autoexecutoriedade.

Em sentido contrário, existem posições como as de Ferrajoli (2002), Barcellos (2008), Dworkin (1985), entre outros. Tais opositores sustentam que o Judiciário não tem legitimidade democrática para atentar contra atos derivados dos Poderes Executivo e Legislativo.²¹ Obviamente, salientam uma flagrante violação ao princípio da separação dos poderes. Entendem, também, que não é adequado deixar as decisões judiciais com amplo grau de discricionariedade, de forma a autorizar o subjetivismo dos juízes, fato que colide também com o princípio da imparcialidade inerente à magistratura. Ainda, critica-se a ingerência judicial acerca de matérias complexas, as quais não são de domínio do magistrado, trazendo insegurança à relação que pode ser determinada por decisões errôneas e de repercussão sistêmica. Por fim, a doutrina que defende uma autocontenção judicial indica que, ao transferir questões políticas e sociais ao arbítrio do Judiciário, são geradas consequências como a elitização do debate e a politização dos tribunais (BARROSO, 2012).

No que se refere ao ativismo, ainda cabe destacar a posição singular assumida por Streck (2013). O referido autor é um “autoproclamado” hermenêuta, razão pela qual se posiciona em um *locus* intermediário das correntes já explanadas. Eis tese sustentada pelo referido autor:

Entendo que o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva aqui defendida, concebe-se um ao Poder Judiciário (*lato sensu*, entendido aqui como justiça constitucional) uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado. [...] Entretanto, [...] essa nova postura da justiça constitucional [...] não pode representar uma perda ou ruptura na legitimidade no âmbito das relações entre os poderes de Estado. Entre “substâncias” e “procedimentos”,²² em nenhum momento o Judiciário pode

²¹ Barroso denomina tal crítica de “dificuldade contramajoritária” (2012, p. 373).

²² Esta referência diz respeito às teorias substancialista e procedimentalista. Segundo Sousa Filho, “para os defensores de uma postura substancialista o papel legítimo da jurisdição constitucional reside na defesa de princípios substantivos de forte conteúdo moral, limitando a deliberação das maiorias sociais; para os defensores de uma postura procedimentalista, a função da jurisdição constitucional restringe-se à garantia da observância das regras do jogo democrático e, portanto, à proteção dos pressupostos da democracia” (2016, p. 187-188).

vir a se assenhorar do espaço reservado à produção democrática do direito, na defesa do ativismo judicial (2013, p. 178).

Ou seja, admite certo grau de intervencionismo, desde que este esteja diretamente relacionado ao cumprimento de princípios e direitos constitucionalmente assegurados. Ainda ressalta que tal intervencionismo, para ser aceito, necessariamente, deverá vir acompanhado de uma teoria da decisão judicial, a fim de que se evitem posicionamentos ativistas, afinal, segundo Streck, o Judiciário não pode substituir o legislador.

Para Barroso, entretanto, o ativismo é admissível, desde que seja moderado:

O grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: (é) proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição dar-se-á a favor e não contra a democracia. Nas demais situações – isto é, quando não estejam em jogos direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos – juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política (2012, p. 377).

Portanto, percebe-se que nem sempre o ativismo é uma atitude nociva, desde que pautada pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, devendo o magistrado atuar com moderação e sempre à luz das disposições constitucionais.

3.2. A problemática relativa à omissão inconstitucional

Como mencionado em capítulo anterior, a classificação quanto à inconstitucionalidade por ação e por omissão seria tratada em momento oportuno. Passa-se, pois, à explanação.

Na ótica de Mendes (2011, p. 1.084), “a inconstitucionalidade por

ação é aquela que resulta da incompatibilidade de um ato normativo com a Constituição”. Por vezes, a atividade legislativa pode extrapolar os limites formais e materiais impostos pela Constituição, de maneira que emerge uma norma inconstitucional. Para combater tal dispositivo dissonante do espírito do ordenamento jurídico-pátrio, existem os mecanismos de controle da constitucionalidade.

Em sentido diametralmente oposto, encontra-se a noção de inconstitucionalidade por omissão. Segundo Mendes,

a omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação (2011, p. 1.085).

Pode-se afirmar que o reconhecimento das omissões inconstitucionais deveu-se ao advento do Estado Social, afinal, este foi o marco que atribuiu ao Estado a responsabilidade de promover o bem-estar social. O ordenamento jurídico brasileiro atual é regido por uma Constituição repleta de normas programáticas e de normas de eficácia limitada, que dependem da iniciativa do Poder Público para a concretização de seus mandamentos. Nesse sentido discorre Cunha:

A inconstitucionalidade por omissão opera no campo da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais, em especial daquelas que demandam integração legislativa ou material dos órgãos de direção política, dentre as quais figuram as normas programáticas definidoras de direitos sociais, muito comuns nas Constituições Dirigentes. Essa categoria jurídica da inconstitucionalidade por omissão, presente no direito brasileiro desde a vigente Constituição Federal (1988) reforça significativamente a imperatividade da lei fundamental, conferindo-lhe força normativa e prevalência mesmo em face das omissões indevidas do poder público (CUNHA, 2008, p. 114).

Contudo, não é qualquer omissão do Poder Público que enseja o reconhecimento de uma omissão inconstitucional, afinal, deve ser

necessariamente uma omissão indevida, isto é, a abstenção de uma conduta imposta por norma constitucional certa e determinada, de maneira que não há que se falar em inconstitucionalidade, quando há mero dever genérico de atuar ou legislar.

A doutrina converge em identificar alguns pressupostos para o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão. Relativamente a este tema, Miranda é bastante elucidativo:²³

a) que a violação da Constituição decorra do não cumprimento de “certa e determinada” norma constitucional; b) que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma (normas constitucionais de eficácia limitada) e c) que, na circunstância concreta da prática legislativa, faltem as medidas necessárias para tornar exequível aquela norma constitucional. Ademais disso, a inconstitucionalidade por omissão também pressupõe um juízo sobre o decurso do “tempo razoável” para a edição da medida omitida (MIRANDA, p. 518 *apud* CUNHA, 2008, p. 124).

Ressalte-se também que a inconstitucionalidade por omissão pode ocorrer diante de qualquer função do Estado, logo pode haver omissão inconstitucional de ato normativo, de atos políticos, de revisão constitucional, de medidas administrativas, dentre outras hipóteses.

Quanto ao momento de consumação da omissão inconstitucional, não há como fixar um marco estático para tal determinação, mas se pode entender que ocorre quando o ato não é praticado nos termos exigidos, bem como não se dá em tempo útil. Portanto, lançando-se mão da razoabilidade, entende-se como consumada a omissão inconstitucional, quando a norma não puder ser operada no lapso temporal em que era indispensável.

Ademais, cumpre destacar que existem classificações acerca da omissão inconstitucional, podendo ser total ou parcial, formal ou

²³ Não é outro o posicionamento de Segado (*apud* SOUZA FILHO, 2018, p. 40): “a omissão legislativa inconstitucional exige a presença dos seguintes pressupostos: (i) o descumprimento de um dever constitucional de legislar; (ii) o transcurso de um período de tempo razoável; (iii) o efeito objetivo de violação da Constituição consistente em permitir a permanência da aplicação de normas implícitas que lhe sejam contrárias ou a criação de situação jurídico social contrastante com os postulados constitucionais”.

material e absoluta ou relativa. De todas estas, talvez a classificação mais importante para este trabalho seja quanto à extensão da omissão, se total ou parcial. Sobre esta classificação dispõe Cunha:

Será total quando a indevida abstenção é integral, consistindo, pois, na absoluta falta de ação. Será parcial, quando censurável o silêncio transgressor do poder público ocorre somente em parte, ou seja, o poder público atua, mas de forma incompleta ou deficiente, sem atender fielmente aos termos exigidos pela Constituição (2008, p. 127).

Ocorre que, por vezes, a inconstitucionalidade por omissão pode fundar-se em uma conduta comissiva, como foi o caso da ADI 526,²⁴ relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence. Neste caso, preferiu-se declarar a inconstitucionalidade por omissão, **recomendando** ao órgão competente seu suprimento em prazo razoável, ao invés de declarar inconstitucionalidade por ação, a qual fatalmente conduziria à anulação de todos os privilégios concedidos, acarretando, por via indireta, uma situação de iniquidade.

Disso pode-se compreender que, por vezes, a declaração de inconstitucionalidade por ação, acarretando a nulidade do ato incompleto, não constitui técnica apropriada para eliminar a situação inconstitucional, tendo potencial até para agravá-la. Eis o posicionamento de eminente jurista Mendes:

Evidentemente a cassação da norma inconstitucional (declaração de nulidade) não se mostra apta, as mais das vezes, para solver os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente da chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. É que ela haveria de suprir o benefício concedido, em princípio, licitamente a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos

²⁴ A ADI 526 trata do controle jurisdicional de Medida Provisória, por meio da qual houve uma revisão geral da remuneração do funcionalismo público, tendo, contudo, alcançado apenas parcela dos servidores, em clara violação ao princípio da isonomia. No caso, sendo a revisão da remuneração direito adquirido da categoria, mais eficaz do que a pronúncia de nulidade, foi estender, no próprio dispositivo da sentença, o benefício aos demais servidores, sem qualquer pronúncia de nulidade.

seguimentos discriminados (MENDES, *jurisdição constitucional*, p. 319 *apud* CUNHA, 2008, p. 130).

Tendo em conta a eventual inconveniência da declaração de nulidade dos atos eivados de inconstitucionalidade, a jurisprudência constitucional brasileira adotou a técnica de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, de modo que, nestas situações, a omissão seja suprida pelos próprios órgãos “legiferantes”.

Embora a teoria induza que tais fenômenos deveriam ocorrer em situações de excepcionalidade, no Brasil, a jurisprudência é pacífica em reconhecer um *estado de coisas inconstitucional*.²⁵ O aspecto

²⁵ Quanto à concepção do “estado de coisas inconstitucional”, observe-se o julgamento da ADPF 347, constante no Informativo 798 do STF: O Plenário concluiu o julgamento de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que discutida a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário-brasileiro. Nessa mesma ação também se debate a adoção de providências estruturais, com o objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais, sofridas pelos presos, em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos estados-membros e do Distrito Federal. No caso, alegava-se estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, “estado de coisas inconstitucional”, diante da seguinte situação: violação generalizada e sistemática de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades. Postulava-se o deferimento de liminar para que fosse determinado aos juízes e tribunais: a) que lançassem, em caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) que, observados os artigos 9,3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7,5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implementar cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica, em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Requeria-se, finalmente, que fosse determinado:

normativo das omissões inconstitucionais, ainda que relevante, não pode ofuscar o aspecto mais pragmático da questão, qual seja, “[o resultado inconstitucional advindo] da atuação deficiente do poder público no mister de garantir o exercício de direitos fundamentais” (SOUZA FILHO, 2018, p. 44).

A realidade brasileira cerca-se de diversos episódios de omissões inconstitucionais, contudo, haja vista a robustez do arcabouço normativo-brasileiro, trata-se de episódios de omissões inconstitucionais parciais. Diante disso, com fulcro na concepção de supremacia constitucional e preponderância dos direitos fundamentais sobre quaisquer outros, passa-se a admitir o princípio da proporcionalidade como parâmetro para determinar a vedação da proteção insuficiente, uma vez que a Constituição Federal de 1988 encerrou o marco de consolidação de um Estado Social, em que o Poder Público assume o encargo de assegurar a todos os cidadãos o mínimo existencial, como forma de implementar a matriz fundadora da nova ordem constitucional, a dignidade da pessoa humana.

3.3. O direito fundamental à efetivação das normas constitucionais

Dentro do sistema constitucional brasileiro, a noção acerca de direitos fundamentais guarda especial relevância, todavia, a realidade não foi sempre esta, afinal, foi a Constituição de 1988 que inaugurou um extenso rol de direitos fundamentais, assim denominados, aumentando significativamente o elenco de direitos protegidos.

A ideia de direitos fundamentais é um fenômeno recente, se analisado sob uma perspectiva histórica. Tem-se como o momento paradigmático para esta construção a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, na qual foi estipulado que, em uma sociedade onde não fossem assegurados direitos nem a separação dos poderes, não haveria Constituição. Obviamente, esta formulação decorre do

g) ao CNJ que coordenasse mutirão carcerário, a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; e h) à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. A deliberação majoritária foi pelo deferimento da cautelar.

contexto histórico vigente, a saída de um regime monárquico absolutista para concepção de um regime republicano. Embora singelo e bastante particular, tal enunciado foi inspiração para todas as Constituições da posteridade de matriz liberal-burguesa. Eis uma breve síntese do impacto desse fenômeno:

As ideias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental (STERN, p. 181 *apud* SARLET, 2006, p. 69).

Ante o exposto, é necessário esclarecer o que se entende por direitos fundamentais. Para Ferrajoli:²⁶

Todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo em que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado Constitucional de Direito (FERRAJOLI, p. 22 *apud* SARLET, 2006, p. 71).

Já na ótica de Canotilho (2003), um direito fundamental somente pode ser assim considerado quando preencher certos pressupostos. O primeiro diz respeito à positivação, isto é, “a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo. Não basta qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental rights*” (2003, p. 371).

Diante disso, entende-se que direitos fundamentais somente podem ser assim enquadrados, na medida em encontram reconhecimento

²⁶ Luigi Ferrajoli é um jurista italiano, nascido em 1940, representando uma das principais vozes da doutrina Garantista, que defende a prevalência dos direitos fundamentais, com destaque à dignidade da pessoa humana, independentemente das circunstâncias. Desenvolveu muitos trabalhos na área penal, processual penal, constitucional e na filosofia do Direito, qualificando-se como um “positivista crítico”.

na Constituição e, deste reconhecimento, advenham consequências jurídicas. O segundo aspecto diz respeito à constitucionalização, ou seja, a transcrição dos direitos do homem no texto constitucional, do que decorre a mais importante consequência: a proteção através do controle de constitucionalidade.

Por fim, o último pressuposto diz respeito à noção de fundamentalidade, repartida em duas nuances pela doutrina. Primeiramente, fala-se em fundamentalidade formal, a qual guarda ampla similaridade com a noção de constitucionalização. Sobre esta espécie elucidada o mestre Canotilho:

(1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão [...]; (4) como normas dotadas de vincutividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais (2003, p. 373).

Ainda, é possível tratar a respeito da fundamentalidade material, segundo a qual o conteúdo dos direitos fundamentais deve constituir-se base estrutural do Estado e da sociedade.

Sob outra ótica, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático. Neste sentido discorre Sarlet:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam

necessárias (necessidade que se faz sentir de forma mais contundente no período que sucedeu a Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo (2006, p. 72).

A Constituição Federal de 1988, como já referido, tratou com a ênfase que lhe é devida a matéria de direitos fundamentais, inovando inclusive no que diz respeito à nomenclatura, uma vez que a terminologia anterior “direitos individuais” já se mostrava anacrônica ante a evolução do direito constitucional contemporâneo. Também insta ressaltar que, de acordo com o disposto no art. 5º, §2º, da Constituição, o rol de direitos fundamentais constantes nesse artigo não é exaustivo, podendo outros serem assim enquadrados, pelo que se denominou *bloco de constitucionalidade*. É o caso dos princípios tributários (arts. 150 a 152 da CF/88), que, conforme precedentes do STF,²⁷ já foram enquadrados na categoria de direitos fundamentais, sendo, portanto, insuscetíveis de supressão, através de emenda constitucional, por constituírem cláusula pétreia (art. 60, §4º da CF/88).

Frise-se que tais conclusões a respeito dos direitos fundamentais não permitem induzir que o capítulo de direitos fundamentais, positivado na Constituição, constitui-se um sistema apartado; ao contrário, pois é a conjugação das normas organizacionais do Estado e a outorga de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração pela Carta Magna, que materializam a noção de Estado Democrático de Direito.

Não obstante as considerações feitas a respeito dos progressos compreendidos pela nova ordem constitucional, talvez a inovação mais relevante perpetrada pela Constituição na matéria de direitos fundamentais consta do art. 5º, §1º do referido diploma, segundo o qual, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, retirando o status de norma programática que recaía sobre tais dispositivos, em marcos constitucionais anteriores.

A ideia de que os direitos fundamentais são prerrogativas conferidas aos indivíduos imediatamente desfrutáveis constitui supedâneo do direito fundamental à efetivação da Constituição, de maneira que as

²⁷ O entendimento de as limitações ao poder de tributar constituírem verdadeiras garantias fundamentais do contribuinte foi estabelecido no julgamento da ADI 939, da relatoria do Ministro Sydney Sanches.

prestações, positivas ou negativas, podem ser exigidas diretamente do Estado ou que, se não realizadas espontaneamente, outorgam ao titular do direito a possibilidade de requerer seu cumprimento pela via judicial.

Tem-se que os direitos fundamentais de defesa, a exemplo da inviolabilidade de domicílio, liberdade de expressão, dentre outros, por traduzirem uma exigibilidade de abstenção por parte dos órgãos estatais, são passíveis de aplicabilidade imediata. Todavia, tal argumento não é inteiramente aplicável, quando se trata de direitos fundamentais prestacionais, visto que, não raro, o Estado invoca a teoria da “reserva do possível”,²⁸ para eximir-se de certos deveres que lhe impõem uma conduta positiva, consistente em uma prestação fática ou normativa.

Embora os direitos sociais não possam ser simplesmente atribuídos ao indivíduo por dependerem de uma ação estatal, isso não lhes retira o *status* de direito fundamental, sendo, portanto, perfeitamente aplicável a norma do art. 5º, §1.º da Carta Magna, que lhe outorga aplicabilidade imediata, vinculando tanto o Legislativo quanto o Judiciário.

Ora, se a Constituição Federal é a norma suprema e inspiradora de todo ordenamento jurídico-brasileiro, não se pode tolerar que seus dispositivos fiquem em estado de latência por ausência de regulamentação ou por inércia do órgão ou poder competente. Esta é a razão pela qual se fala no direito fundamental à eficácia da Constituição, pois se esta traz em si o rol de direitos juridicamente tutelados, que garantem o mínimo existencial ao indivíduo, defender a eficácia da Constituição, enquanto um direito desta mesma categoria, é argumento apto a instrumentalizar a eficácia dos demais, afinal, gozará também da mesma proteção e da mesma prerrogativa de aplicabilidade imediata, sendo assegurados todos os mecanismos inerentes à efetivação de um direito fundamental. Neste sentido, elucida Cunha:

O direito fundamental à efetivação da Constituição investe o cidadão da posição jurídica subjetiva (a) de exigir, até judicialmente, o desfrute imediato de todos os direitos e garantias

²⁸ O princípio da reserva do possível teve origem na Alemanha, em 1972, em um julgamento que ficou conhecido como *numerus clausus*, no qual se discutia o acesso ao curso de Medicina e a adequação das regras que restringiam tal ingresso. A partir deste julgamento, tem-se que é possível subordinar a atuação do Estado, quanto à implementação de certos direitos constitucionais, à disponibilidade de recursos públicos.

fundamentais, sendo desnecessário, neste caso, a *interpositivo legislatoris*²⁹ e (b) de exigir a emanação de normas ou atos materiais de concretização da Constituição, relativamente às normas não definidoras de direitos e garantias (2008, p. 369).

Ainda, cumpre destacar que, por vezes, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais reclama uma atividade normativa, que tipicamente deveria ser atribuída ao Legislativo; contudo, na inércia deste, é preciso enfrentar uma análise quanto à legitimidade do Poder Judiciário para, à míngua de norma regulamentadora, viabilizar o exercício de tais direitos e suprir a omissão dos órgãos competentes.

3.4. Instrumentos legais aptos a combaterem a inconstitucionalidade por omissão

É pacífico reconhecer que há um direito subjetivo à emanação de normas constitucionais, quer versem sobre direitos fundamentais, quer não. O dever jurídico-constitucional de legislar incumbe ao legislador, devendo este emanar normas aptas a efetivar as disposições constitucionais. Entretanto, pode o Legislativo ser omissor ou deficiente em sua atuação, portanto, nestas situações excepcionais, é preferível outorgar uma competência atípica aos Tribunais do que denegar a tutela jurisdicional ao cidadão, em relação a direitos que lhe são assegurados pela Carta Magna.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê alguns instrumentos normativos aptos a suprirem a mora legislativa, ou propriamente a omissão, instigando os órgãos competentes a normatizarem, ou deferirem ao tribunal competência atípica de regular a matéria, como forma de alcançar ao postulante os direitos que lhe competem. Passa-se então à análise de cada um destes instrumentos.

²⁹ O termo *interpositivo legislatoris* corresponde ao dever de o legislador regulamentar normas de eficácia limitada.

3.4.1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) integra uma das hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade, tendo sido uma criação posterior do legislador, uma vez que veio colmatar o vácuo normativo resultante de normas imunes à verificação quanto à sua constitucionalidade, em razão das restritas hipóteses de cabimento das ações diretas, em sede de controle concentrado.

O referido instrumento goza de previsão constitucional no art. 102, §1º, cuja redação atribui ao Supremo Tribunal Federal competência para sua análise, tendo sido regulamentado pela Lei n. 9.882/1999. Trata-se de uma ação integrante do controle concentrado de constitucionalidade, podendo dar ensejo à impugnação ou a questionamento de direito de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive aqueles pré-constitucionais (via principal), bem como pode suscitar esta questão, no contexto de um caso concreto (via incidental).

Os legitimados à propositura de ADPF são os mesmos indicados para ação direta de inconstitucionalidade, previstos no rol do art. 103 da CF/1988. Algumas vozes da doutrina sustentam a necessidade de previsão da legitimação do cidadão da referida ação. É o que propõe Mendes:

Não se há de negar, porém, que o reconhecimento do direito de propositura aos cidadãos em geral afigura-se recomendável e até mesmo inevitável em muitos casos. É que a defesa de preceito fundamental confunde-se, em certa medida, com a própria proteção de direitos e garantias fundamentais. Nessa hipótese a matéria está a reclamar uma disciplina normativa que, a um só tempo, permita ao cidadão a possibilidade de levar seu pleito ao STF sem afetar o funcionamento da Corte por excesso de demanda. Não há dúvida de que, na ausência de mecanismo específico, poderá o cidadão representar ao Procurador Geral da República. Este não está obrigado, porém, a encaminhar o pedido formulado (2011, p. 1.238).

Cogitam-se ainda hipóteses de fungibilidade para alçar a demanda popular à análise do Supremo, convertendo eventual recurso extraordinário ou ação civil pública em arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No que tange à capacidade postulatória, já está assentado o entendimento de que os sujeitos referidos no art. 103, I a VII, da CF/1988,³⁰ além de legitimados ativos à instauração de controle concentrado de constitucionalidade, possuem igualmente capacidade processual plena e capacidade postulatória decorrente da própria norma constitucional, estando autorizados a praticar atos privativos de advogados, no processo.

Ademais, impende mencionar alguns pressupostos para a admissibilidade do referido instrumento de controle. Primeiramente, deve-se indicar a existência de controvérsia judicial ou jurídica, relativas à constitucionalidade da lei ou à legitimidade do ato, para instaurar a ADPF, isto é, deve haver um estado de incerteza rodeado por dúvidas suficientes para abalar a presunção de constitucionalidade ou legitimidade do ato. Tal insegurança pode resultar de pronunciamentos conflitantes da jurisdição ordinária acerca da constitucionalidade de determinado ato, bem como de interpretação judicial controvertida sobre um dado dispositivo, todavia, simples controvérsias doutrinárias não são suficientes para legitimar a propositura da ação, uma vez que estas não obstam a plena aplicação da lei.

Também é de suma importância destacar o princípio da subsidiariedade aplicável à arguição de descumprimento de preceito fundamental. Este requisito está disposto no art. 4º, §1º, da Lei n. 9.882/1999, segundo o qual a ação somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade.

A questão da subsidiariedade não pode ser vista de maneira absolutamente rígida, uma vez que a ação trata de uma proteção objetiva e global à ordem constitucional. Logo a luz do magistério jurisprudencial da Corte Constitucional alemã, o recurso constitucional está condicionado ao prévio exaurimento das instâncias ordinárias, contudo, havendo interesse geral e risco de dano irreparável, pode a Corte decidir de imediato o recurso:

³⁰ Art. 103, CF/1988: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V- o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Em verdade, o princípio da subsidiariedade, ou do exaurimento das instâncias, atua também nos sistemas que conferem ao indivíduo afetado o direito de impugnar a decisão judicial, como um pressuposto de admissibilidade de índole objetiva, destinado, fundamentalmente, a impedir a banalização da atividade da jurisdição constitucional (MENDES, 2011, p. 1.244).

Diante do exposto, entende-se que, cabendo ação direta de inconstitucionalidade, não é caso de ADPF, entretanto, rejeitada aquela, esta passa a ter cabimento. Dado o caráter marcadamente objetivo da ação, não se admite que a existência de processos ordinários ou recursos extraordinários possa excluir o manejo da arguição. Com efeito, a utilização do recurso extraordinário, ainda que encontre amparo legal, pode não se mostrar conveniente:

Como se vê, ainda que aparentemente pudesse ser o recurso extraordinário o meio eficaz de superar eventual lesão a preceito fundamental nessas situações, na prática, especialmente nos processos de massa, a utilização desse instrumento do sistema difuso de controle de constitucionalidade não se revela plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgado nela proferido (decisão com efeito entre as partes) (MENDES, 2011, p. 1.247).

Cumpra ainda fazer alguns esclarecimentos acerca do objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Note-se que a ação se presta a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental por ato perpetrado pelo Poder Público. Encontra fundamento também quando houver relevante controvérsia constitucional acerca de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição.

A ADPF colmatou relevante lacuna no ordenamento brasileiro contemplando a análise da constitucionalidade de legislação pré-constitucional. Por tratar-se de legislação de competência legislativa, se norma municipal ou estadual rege matéria que passou à competência federal, não haverá federalização da norma, ocorrendo eficácia derogatória da norma constitucional. Já se a situação for inversa, a norma federal persiste até ser derogada por lei municipal ou estadual.

Outra omissão suprida pela Lei n. 9.882/1999 foi a possibilidade de controle de constitucionalidade de norma municipal em face da Constituição Federal.

A jurisprudência também admite o manejo de ADPF em face de lesão a preceito fundamental decorrente de interpretação judicial do texto constitucional. Conforme entendimento sedimentado pela Corte Suprema no julgamento da ADPF 101:³¹

Tendo em conta a pendência de múltiplas ações judiciais nos diversos graus de jurisdição, inclusive no Supremo, nas quais há interpretações e decisões divergentes sobre a matéria, o que tem gerado situação de insegurança jurídica, conclui-se não haver outro meio hábil a solucionar a polêmica sob exame (MENDES, 2011, p. 1.254).

A ADPF também tem cabimento em certas hipóteses de omissão legislativa, havendo de algum modo uma “fungibilidade” com o controle difuso da omissão, através de mandado de injunção. Em regra, a omissão deve ser combatida através de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, se constatada a omissão inconstitucional. Contudo, não sendo hipótese de cabimento deste remédio por via de ação direta, há espaço para o emprego da ADPF, enquanto instrumento para superar tal estado de inconstitucionalidade.

Outras hipóteses de cabimento de ADPF são: contra ato normativo já revogado, tendo em conta o interesse jurídico na apreciação da legitimidade da norma já revogada (ADPF 33); contra violações de preceitos fundamentais perpetrados por atos cometidos na vigência de Medida Provisória, com base no art. 62, §11³² da CF/88; contra veto

³¹ A ADPF 101 versa sobre a importação de pneus usados, questionando se tal ato é legítimo ou se configura afronta ao preceito geral de tutela de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A ação foi julgada parcialmente procedente, mas tal pronunciamento foi suficiente para determinar a vedação da importação de pneus usados de qualquer espécie, devendo as normas internacionais autorizadas de tal conduta ser harmonizadas aos preceitos constitucionais de tutela à saúde e ao meio ambiente.

³² Art. 62, CF/88: Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere

do chefe do Poder Executivo, quando a casa legislativa não apreciar a inconstitucionalidade do pronunciamento; contra proposta de emenda à Constituição, se entender necessária uma apuração mais minuciosa acerca do tema,³³ e contra conteúdo de Tratado internacional, antes de sua integração definitiva ao ordenamento jurídico, ou seja, desde sua submissão ao Congresso Nacional para aprovação até o decreto do Poder Executivo relativo à promulgação do Tratado.

Frise-se ainda que, em termos procedimentais, é necessário caracterizar, fundamentadamente, a violação a preceito fundamental ou controvérsia jurídica relevante que cause severa instabilidade no ordenamento.

Existindo ou não pedido liminar, deve o relator requerer informações às autoridades que emanaram o ato, com manifestação do advogado-geral da União e do procurador-geral da República, no prazo de cinco dias, ou dispensada esta se inexistente o requerimento liminar. Destaque-se que o pedido liminar pode ser deferido apenas se houver voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal, salvo em casos de extrema urgência ou perigo de grave lesão ou, ainda, durante o recesso, quando poderá ser deferido monocraticamente pelo relator *ad referendum* do Tribunal Pleno. A liminar pode ou não ter efeito suspensivo em relação aos demais processos em curso e não tem prazo determinado; pode ser aplicado por analogia o prazo de 180 dias previsto na Lei n. 9.868/99.

Ainda, note-se que é cabível a intervenção de *amicus curiae* para qualificação do contraditório. Finalmente, a decisão relativa à arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada, se estiverem presentes pelo menos dois terços dos ministros, e será definida por maioria absoluta. Tal decisão é irrecorrível e dela não cabe ação rescisória.

o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de Medida Provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência, conservar-se-ão por ela regidas.

³³ Em regra, para controle preventivo de constitucionalidade de proposta de emenda à constituição emprega-se mandado de segurança impetrado por parlamentar a ser julgado pelo Poder Judiciário. Contudo, haja vista que o *writ* do mandado de segurança não autoriza dilação probatória, pode a ADPF ser mais adequada ao exame da questão.

3.4.2. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Este instrumento normativo, associado à previsão do mandado de injunção, revela a preocupação do constituinte de 1988 com a eficácia da Constituição e as vicissitudes da omissão inconstitucional. Observe-se a manifestação do ilustre jurista Gilmar Mendes acerca da problemática envolvendo a omissão inconstitucional:

Todos os que, tópica ou sistematicamente, já se depararam com uma ou outra questão envolvendo a omissão inconstitucional, hão de ter percebido que a problemática é de transcendental importância não apenas para a realização de diferenciadas e legítimas pretensões individuais. Ela é fundamental sobretudo para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, na iniciativa privada e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna (2011, p. 1.285).

A chamada “teoria da omissão inconstitucional” é um arcabouço teórico importado da doutrina alemã, por meio da qual se definiu que, por vezes, a declaração de nulidade do ato normativo pode ocasionar agravamento do quadro de violações constitucionais, ao invés de fazer cessar a inconstitucionalidade. A omissão inconstitucional, portanto, pode revelar-se um descumprimento absoluto do dever de legislar, quando se diz haver omissão total, como o caso de uma execução falha ou incompleta desse mesmo dever, o que se concebe como omissão parcial.

Como contrapartida às constatações de omissões inconstitucionais, foi imperioso desenvolver uma técnica decisória em relação a tais vícios. Em um primeiro plano, a Corte Constitucional recusou a possibilidade de se fazer substituir pelo legislador, para colmatar as lacunas existentes; este posicionamento deu origem à técnica de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (*unvereinbarerklärung*).

Em seguida, outra técnica desenvolvida foi o chamado apelo ao legislador (*appellentscheidung*), “decisão na qual se afirma que a

situação jurídica em apreço ainda se afigura constitucional, devendo o legislador empreender as medidas requeridas para evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade” (MENDES, 2011, p. 1.288). Nesta última hipótese, dá-se um prazo razoável ao legislador para adaptar o direito ordinário às disposições constitucionais, sendo, contudo, o direito anterior ainda aplicável no intervalo de transição.

O objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é, primordialmente, a defesa da ordem jurídica, com vistas à concretização das normas constitucionais, alcançando a omissão relativa a leis ou a atos normativos federais ou estaduais. Constatada a omissão, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências que entender necessárias ou, em se tratando de órgão administrativo, será determinado que implemente as medidas no prazo de trinta dias.

Quanto à legitimação para agir, em regra, trata-se da mesma aplicável às ações diretas, prevista no art. 103 da CF/1988 (art. 12-A, Lei n. 9.868/1999); todavia, este rol deve ser interpretado com algumas ressalvas, no que tange à ação direta de inconstitucionalidade, por omissão, afinal, alguns dos sujeitos ali legitimados são os próprios responsáveis pelo estado de inconstitucionalidade, sendo, pois, os destinatários do mandamento fixado pela ação, e não seus legitimados ativos. Entretanto, ainda que feita esta reserva, tal rol deve ser interpretado de maneira a conferir a maior eficácia possível à norma constitucional.

Ainda, cumpre fazer alguns esclarecimentos acerca da omissão inconstitucional tutelada por este instrumento. De acordo com Mendes:

A omissão inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna, como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação (2011, p. 1.295).

O Supremo Tribunal Federal costumava posicionar-se no sentido de que, desencadeado o processo legislativo, não haveria mais que se cogitar omissão inconstitucional do legislador. No entanto, sabe-se que a atividade legiferante é marcada por seu caráter intermitente; logo não se pode descartar a ocorrência de uma conduta desidiosa das Casas Legislativas, razão pela qual, em havendo *intertia deliberandi*, é

cabível a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a fim de que o Supremo reconheça a mora do legislador em deliberar sobre a matéria.

Na hipótese de omissão inconstitucional parcial, cuida-se em especial da análise quanto à ilegitimidade do ato defeituoso ou incompleto se comparado com os mandamentos constitucionais. Nesta hipótese, deve ser declarada a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude, uma vez que a “proteção insuficiente” também é violadora de direitos e garantias fundamentais. Obviamente, tratando-se de omissão parcial, a declaração de nulidade para erradicação da norma do ordenamento não constitui a técnica mais adequada aos fins a que se destina, de modo que, neste caso, a única alternativa remanescente é movimentar o Poder Legislativo, para que supra a lacuna existente.

Saliente-se que atos administrativos também são objeto de ADO. Embora à primeira vista tais providências pareçam inaptas a gerar um estado de inconstitucionalidade, é possível, por exemplo, que a omissão na regulamentação de determinado direito inviabilize sua implementação. Neste caso, constituindo o regulamento uma condição prejudicial para o exercício de determinado direito, deve-se cientificar o Poder competente para que diligencie sua regulamentação. Ressalte-se que o regulamento somente pode ter relevância em sede de controle de constitucionalidade, se o direito em si não contiver os mínimos elementos para garantir sua plena aplicabilidade (MENDES, 2011, p. 1301).

Ainda, conquanto escassas as probabilidades e hipóteses, um ato administrativo de caráter não normativo pode ser objeto de ADO, como seria o caso da omissão na organização administrativa de determinado órgão.³⁴

Em termos procedimentais, as disposições quanto ao processamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão foram agregadas à Lei n. 9.868/1999 em novo capítulo, através da Lei n. 12.063/2009. A petição inicial deve indicar a omissão inconstitucional

³⁴ Neste sentido cite-se o famoso precedente norte-americano *Brown vs. Board of Education of Topeka*, em que foi reiterada a inconstitucionalidade da discriminação racial nas escolas públicas, de modo que a decisão determinou que leis federais, estaduais e municipais fossem ajustadas a tal orientação. A execução foi confiada aos tribunais locais, que deveriam exigir das autoridades escolares a execução da decisão exarada pela Suprema Corte. Omissas estas quanto à determinação administrativa, seria perfeitamente cabível o remédio contra a inconstitucionalidade por omissão.

quanto ao cumprimento do dever constitucional de legislar ou a necessidade de adoção de providência administrativa, sob pena de incidir em omissão inconstitucional. Se inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente, pode o relator indeferir-lhe liminarmente, decisão da qual cabe agravo. Não se admite desistência da ADO, e é cabível a intervenção de *amicus curiae*.

Não havendo requerimento de medida cautelar, o relator solicitará informações às autoridades responsáveis pela omissão, sendo cabível também uma audiência pública para ouvir pessoas com conhecimento acerca do tema em debate. O relator poderá solicitar manifestação do chefe da AGU, já o Procurador-Geral da República necessariamente se manifestará, quando não for autor, após as informações. Realizados os referidos trâmites, o relator pedirá data para julgamento.

Todavia, na hipótese de haver pedido cautelar,³⁵ este pode ser deferido, se houver excepcional urgência e relevância da matéria, após audiência dos órgãos ou das autoridades responsáveis pela omissão, os quais devem manifestar-se no prazo de cinco dias. Pode ainda o relator requerer a manifestação do procurador-geral da República, no prazo de três dias. Existe um quórum qualificado para o deferimento da cautelar: pelo menos oito ministros presentes e voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal. A cautelar pode consistir “(1) na suspensão de aplicação da norma questionada nos termos da omissão parcial; (2) na suspensão dos processos judiciais ou dos procedimentos administrativos ou, ainda, (3) em qualquer outra providência a ser adotada pelo Tribunal” (MENDES, 2011, p. 1.307).

Nos casos apresentados, percebe-se que, suspendendo a norma, invariavelmente ocorrerá a suspensão dos processos em curso. Portanto, a cláusula aberta deixada pelo legislador se justifica para que o julgador,

³⁵ A questão do cabimento de medida cautelar, em sede de ADO, nem sempre foi uma matéria pacífica. Inicialmente, conforme orientação firmada pela ADI 367 da relatoria do Ministro Celso de Mello, a suspensão liminar da eficácia de atos normativos, questionados via ADO, não se revelava compatível com a natureza do instituto porque o único efeito da ação consistiria em comunicar o legislador acerca de sua mora regulamentar. Contudo, aos poucos, orientação diversa foi solidificando-se, estando consolidada na Lei n. 12.063/2009, de modo que se passou a entender que a vigência de norma inconstitucional, ainda que parcialmente, pode ser nociva, sendo viável suspender sua aplicação até o pronunciamento do órgão competente, com vistas a evitar a concretização de mais situações inconstitucionais.

casuisticamente, decida qual a solução mais apropriada.

Concedida a cautelar, tal decisão deverá ser publicada nos dez dias subsequentes, possuindo efeito vinculante e *erga omnes*. Somente a partir da publicação, poderá o relator solicitar informações às autoridades competentes.

A decisão em sede de ADO tem peculiaridades, conforme decidido no MI 107: “A Corte não está autorizada a expedir uma norma para o caso concreto ou a editar norma geral e abstrata, uma vez que tal conduta não se compatibiliza com os princípios constitucionais da democracia e da divisão dos poderes” (MENDES, 2011, p. 1.308). Portanto, reconhecida mora legislativo-inconstitucional, deve o Tribunal declarar a inconstitucionalidade da omissão, cientificando os órgãos competentes, para que tomem as devidas medidas. Já na hipótese de omissão de órgão administrativo, a Constituição fixa o prazo de trinta dias para que se efetive a providência cabível.

Do exposto, percebe-se, pois, tratar-se de uma decisão de caráter nitidamente mandamental, a qual, em regra, deverá ter efeitos retroativos para abarcar todas as situações ocorridas, desde a constatação da omissão inconstitucional. A omissão inconstitucional somente será declarada, se houver o quórum de pelo menos oito ministros, sendo manifestada num sentido ou noutro pelo menos por seis deles.

3.4.3. *Mandado de injunção*

O mandado de injunção constitui-se em um remédio constitucional criado para garantir a eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais. O constituinte de 1988 criou dois instrumentos para combater a omissão inconstitucional: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Enquanto o primeiro é instrumento do controle concentrado, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, o segundo destina-se ao controle difuso, “tendo sido concebido para a tutela de direitos subjetivos constitucionais, frustrados pela inércia ilegítima do Poder Público” (BARROSO, 2012, p. 158).

A previsão constitucional do mandado de injunção encontra-se no art. 5º, LXXI, segundo a qual a injunção será concedida, quando “a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos

e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Este remédio constitucional foi regulamentado pela Lei n. 13.300/16; em cujo art. 2º consta o cabimento do referido remédio, dispositivo que tem o seguinte teor:

Art. 2º. Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente (BRASIL, Lei 13.300, 2016).

A competência para apreciação dos pedidos constantes deste instrumento está dispersa pela Constituição, podendo ser atribuída ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “q” e II, “a”), ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “h”) ou aos Tribunais Regionais Eleitorais (art. 121, §4º, V). Trata-se de uma distribuição de competência *ratione personae*, que leva em conta o órgão do qual deveria ter emanada a norma. Ressalte-se que podem as Constituições Estaduais fixar a competência para apreciação do mandado de injunção de maneira diversa.

Quanto à legitimação, podem ser extraídos alguns indicativos do próprio texto constitucional, de modo que a legitimidade ativa pertenceria ao titular do direito, cujo exercício está obstado por falta de norma regulamentadora ou, ainda, por eventuais substitutos processuais, para representar uma coletividade. Já a legitimação passiva corresponderia ao ente ou órgão omissor encarregado de regulamentar a matéria. Esta conclusão é ratificada pelo art. 3º da Lei n. 13.300/2016.³⁶

O objeto do mandado de injunção já foi objeto de diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. A discordância residia no seguinte aspecto: deve o órgão julgador apenas determinar à autoridade competente a expedição de norma regulamentadora, ou o mandado de injunção possibilita ao magistrado o suprimento da lacuna legislativa

³⁶ Art. 3º. São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.

para viabilizar o exercício dos direitos constitucionais no caso concreto?

É possível afirmar que o Supremo Tribunal já assumiu quatro orientações distintas. A primeira delas é tida como posição clássica ou não concretista, segundo a qual, em nome da harmonia e separação entre os poderes, não poderia o Poder Judiciário suprir a omissão da norma faltante, tampouco determinar prazo para o legislador elaborar a lei, restando à sentença tão somente declarar a mora legislativa (STF, MI 168, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20/4/1990).

A outras três orientações, em face da ineficiência da primeira, surgiram praticamente juntas, e ainda não existe uma orientação pacífica acerca de qual delas deve prevalecer. A segunda corrente é denominada concretista geral, segundo a qual o Poder Judiciário poderia solucionar a omissão legislativa regulamentando-a com efeitos *erga omnes*, outorgando verdadeiro papel de legislador positivo à Corte (STF, MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 31/10/2008).

A terceira posição é conhecida como concretista individual direta, devendo o Poder Judiciário aplicar por analogia lei já existente para resolver o caso *sub judice*, tendo a decisão efeitos *inter partes* (STF, MI 758/DF, rel. Min. Marco Aurélio, DJE 26/9/2008). Finalmente, a última posição é tida como uma corrente concretista intermediária, incumbindo ao Judiciário comunicar ao órgão competente a omissão e fixar-lhe prazo para edição da norma faltante (STF, ADI 3.682/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 6/9/2007).

Barroso (2012), ao lado de outras vozes respeitáveis da doutrina, como Silva (2014) e Velloso (1989), posicionam-se no sentido de permitir uma atuação mais ativa da magistratura, em clara mitigação ao paradigma do legislador negativo. Observe-se o que dispõe Barroso:

Afigura-se fora de dúvida que a melhor inteligência do dispositivo constitucional (art. 5º, LXXI) e de seu real alcance está em ver no mandado de injunção um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficientemente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo (2012, p. 164).

Neste caso, vislumbra-se uma atividade substitutiva do Judiciário, em relação a órgãos administrativos e legislativos, uma vez que, seria autorizada ao Tribunal a criação da norma adequada para o caso concreto. Entretanto, esta atividade criativa encontra limites, uma vez que somente pode alcançar dispositivos constitucionais que conferem direitos fundamentais, cuja eficácia esteja suspensa por falta de regulamentação.

Este posicionamento, de certo modo, encontra guarida legislativa na lei que regulamenta o mandado de injunção, cujo teor é o que segue:

Art. 8.º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do **caput** quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma (BRASIL, Lei 13.300, 2016).

Portanto, o inciso II do art. 8.º, combinado com o parágrafo único do mesmo artigo induz a inferir que pode o magistrado, constatada a omissão inconstitucional e a mora legislativa, criar uma “norma” para o caso concreto, a fim de viabilizar o exercício de direitos fundamentais.

Obviamente, se a norma for autoaplicável ou se já houver regulamentação, descabe o mandado de injunção. Ademais, havendo edição de norma superveniente ao pedido que viabilize o exercício do direito reclamado, ocorrerá uma situação de prejudicialidade, que afetará o curso da ação constitucional impetrada. Ainda, saliente-se que o STF tem entendido que o fato de a lei não preencher os requisitos constitucionais de validade não permite a constatação de omissão inconstitucional, de maneira que se revela descabido o manejo de mandado de injunção, para corrigir vício formal de constitucionalidade (MI 60-3-DF).

Em termos de processamento, o mandado de injunção deve ser impetrado por meio de petição, a qual, além da observância dos requisitos da lei processual, deve indicar o órgão impetrado e a pessoa jurídica a quem está vinculado. Recebida a petição inicial, será notificado o impetrado para prestar informações no prazo de dez dias, bem como será dada ciência à pessoa jurídica à qual este se encontra vinculado, facultando-lhe o ingresso no feito. Findo o prazo de informações, o Ministério Público emitirá parecer em dez dias, após o qual, com ou sem manifestação, os autos serão conclusos para decisão.

Conforme já explicitado, reconhecida a omissão inconstitucional e a mora legislativa, será deferida injunção para determinar prazo razoável para edição da norma, salvo se em mandado de injunção anterior não procedeu à regulamentação no prazo, quando será permitido ao magistrado fixar as condições de exercício do direito pelo impetrante. A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora, podendo, excepcionalmente, ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, se indispensável para o exercício do direito ou prerrogativa objeto da impetração.

Dependendo da adequação normativa da decisão, esta poderá ter natureza constitutiva com efeito *inter partes*, se criar a norma para reger o caso concreto; ou poderá ter natureza mandamental, se apenas cientificar o órgão competente da mora legislativa, incitando-o a promover a regulamentação.

Esta dualidade de possibilidades foi objeto de sérias controvérsias, tendo o Supremo evoluído seu entendimento ao longo dos anos. Inicialmente, tomando-se por base a decisão paradigmática prolatada no MI 107-3-DF da relatoria do Ministro Moreira Alves, a única alternativa viável no mandado de injunção era cientificar o órgão competente para que promovesse a regulamentação no prazo, igualando-se a medida proposta pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Em suma, esta é a constatação de Barroso:

Assim, de acordo com a interpretação da Suprema Corte, há dois remédios constitucionais para que seja dada ciência ao órgão omissor do Poder Público e nenhum para que se componha, em via judicial, a violação do direito constitucional pleiteado (2012, p. 172).

Todavia, nova orientação passou a ser traçada a partir do julgamento do MI 283-5 na relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. O referido precedente trata de uma previsão disposta no art. 8º, §3º, do ADCT, segundo o qual os cidadãos prejudicados por atos discricionários do Ministério da Aeronáutica, após o Regime Militar de 1964, teriam direito a uma reparação econômica na forma da lei. Ocorre que esta lei nunca foi editada. Verificado o preceito constitucional e a omissão legislativa, foi assinado prazo para regulamentação que, se ultrapassado, autorizaria os cidadãos a procederem em conformidade às orientações da decisão, para terem seus direitos assegurados. Firmada esta orientação, o Supremo Tribunal Federal:

a) admitiu converter uma norma constitucional de eficácia limitada (porque dependente de norma constitucional integradora) em norma de eficácia plena; b) considerou o mandado de injunção hábil a obter a regulamentação de qualquer direito previsto na Constituição e não apenas dos direitos e garantias fundamentais constantes do seu Título II (BARROSO, 2012, p. 174).

Ainda, no final de 2007, quando do julgamento dos mandados de injunção números 670, 708 e 712, que versavam acerca da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, admitiu-se a aplicação analógica da lei, que normatiza o direito de greve na iniciativa privada (Lei n. 7.783/1989). Embora relevante a matéria decidida, para os fins desta análise, a grande inovação deste julgamento não foi a autorização da aplicação analógica de determinada norma enquanto pendente de julgamento a outra, mas sim a possibilidade de outorgar efeitos *erga omnes* à decisão, a despeito de qualquer previsão legal neste sentido à época. Atualmente, como já indicado, excepcionalmente, a lei que regulamenta o mandado de injunção autoriza o deferimento de efeitos *erga omnes*, o que representa clara influência jurisprudencial em seus dispositivos.

A lei ainda prevê que a decisão pode ser revisada, se comprovadamente sobrevierem modificações relevantes nas circunstâncias de fato ou de direito. Destaque-se também que se houver norma regulamentadora superveniente, esta terá efeitos *ex nunc* em relação aos sujeitos beneficiados pela decisão transitada em julgado, salvo se desta

regulamentação advierem condições mais favoráveis.

Importante inovação da Lei n. 13,300/2016 foi possibilitar a impetração de mandado de injunção coletivo. O art. 12 da referida lei traz o rol de legitimados ativos: Ministério Público, partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano, na defesa dos interesses de seus membros, e a Defensoria Pública. Nesta hipótese, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria, substituídos pelo impetrante.

Ante o exposto, percebe-se que o mandado de injunção deve ser visto como um instrumento apto a assegurar direitos e garantias constitucionalmente assegurados, constituindo verdadeiro corolário do Estado Democrático de Direito, bem como um consectário da eficácia da Constituição. As discussões acerca de eventual violação da cláusula de separação dos poderes devem ser consideradas superadas, uma vez que o objetivo a que se propõe o mandado de injunção consiste justamente em tutelar o texto constitucional, abrangendo todas as suas implicações, e não burlar o elenco de funções constitucionais atribuídas a cada poder. Sob este mesmo ângulo, conclui Barroso:

Tal possibilidade não deve ser vista como violação à separação dos poderes, por pelo menos dois motivos. Em primeiro lugar, pelo fato de a própria Constituição ter instituído o mandado de injunção para o controle das omissões inconstitucionais, sendo certo que a doutrina já defendia que o efeito normal da decisão deveria ser o suprimento da omissão. A atribuição de eficácia geral à disciplina temporária assim instituída confere racionalidade ao sistema e tutela a isonomia, evitando que situações semelhantes recebam tratamentos distintos por motivos diversos. Em segundo lugar, veja-se que os poderes constituídos em geral, incluindo o legislador, estão submetidos à Constituição. No caso o principal fator de legitimação da atuação do Judiciário é a omissão de outro Poder, que tinha como efeito a paralisação da eficácia de normas constitucionais. O provimento do mandado de injunção serve justamente para evitar a eternização dessa situação de desrespeito à força normativa da Constituição (2012, p. 178).

Portanto, em vista de todos os instrumentos normativos mencionados, percebe-se a cautela do constituinte de 1988 em prever instrumentos para combater a inconstitucionalidade por omissão sem descuidar das garantias do devido processo legal nem atribuir poderes atípicos e ilimitados aos Poderes de Estado. Quanto ao tema discorre Souza Filho:

A utilidade da construção jurisprudencial reside na possibilidade de dar ordens gerais voltadas a corrigir as causas de uma situação estrutural de violação de direitos fundamentais, ante a qual as ordens convencionais, que atendem aos pedidos particulares dos autores das ações de tutela, resultariam inócuas, porque a vulneração não provém de um defeito isolado. As determinações do Tribunal são dirigidas às autoridades competentes para que estas façam ou deixem de fazer aquilo que produz a violação sistemática de direitos fundamentais (2018, p. 45).

Feitos alguns breves apontamentos acerca da tutela normativa da inconstitucionalidade por omissão e eventuais meios aptos a supri-la, passa-se à discussão do tema cerne deste trabalho, as sentenças aditivas, técnica decisória que, conquanto ainda não tenha guarida normativa, está bastante consolidada na doutrina nacional e estrangeira, assim como em alguns precedentes da Corte Constitucional brasileira, conforme exposto a seguir.

4. SENTENÇAS ADITIVAS NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Feitos os apontamentos acerca do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, bem como sobre o papel do Tribunal Constitucional brasileiro diante da constatação de inconstitucionalidades por omissão, passa-se à análise do tópico que é o cerne deste estudo: o emprego da técnica de sentenças aditivas em decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal e sua legitimidade democrática.

4.1. Linhas gerais acerca da técnica de sentenças aditivas e considerações sobre a viabilidade de sua implementação no direito brasileiro

Percebe-se que o ordenamento jurídico-brasileiro, por vezes, avaliza uma postura da magistratura nacional que extravasa o dogma do legislador negativo. Mas, na realidade, essa deferência é inexorável, haja vista que o procedimento de subsunção do fato à norma, realizado pelo julgador, não está isento de juízos de valor e de interpretações acerca do elemento teleológico da norma, afinal, nenhum dispositivo pode ser tomado como unívoco, a pluralidade de interpretações é uma realidade inerente ao Direito, sem que isso consagre qualquer violação à independência dos Poderes de Estado. Neste sentido discorre Streck:

Na medida em que um texto somente é válido se estiver em conformidade com a Constituição, tem-se no texto constitucional, entendido em sua materialidade, o horizonte do sentido que servirá para esta conformação hermenêutica. Em sendo a Constituição compreendida como um “constituir”, os textos infraconstitucionais necessariamente precisam passar por este banho de imersão constitucional. Esse procedimento acarreta, inexoravelmente, tensões na relação entre os poderes. Isso, entretanto, deve ser assumido como um componente da própria formulação do Estado Democrático de Direito. A morte da tradicional tese da separação dos poderes implica, a toda evidência, o abandono da tese do juiz

como o “exegeta boca-da-lei” e dos tribunais constitucionais como legisladores negativos (2013, p. 761).

A interpretação da norma pelo magistrado fica evidenciada através de seu pronunciamento decisório. No momento em que se denota que certos limites formais e materiais da legislação foram extravasados pela decisão, em cumprimento a disposições constitucionais de eficácia limitada, emerge o que a doutrina constitucional denomina de sentenças aditivas.

O objetivo primordial das sentenças aditivas consiste em colmatar omissões inconstitucionais, o que corresponde ao exercício de uma função normativa pelo Poder Judiciário, quando da constatação da omissão, desde que respeitado o pressuposto de intervenção mínima, sob pena de incorrer na usurpação da competência de outros Poderes.

Nos Tribunais Constitucionais europeus há uma diferença muito clara entre as sentenças que apenas interpretam as normas ao aplicá-las ao caso concreto, daquelas em que ocorre redução, adição ou substituição de parte do conteúdo normativo, a fim de harmonizá-lo ao texto constitucional. As primeiras são concebidas como sentenças interpretativas em sentido estrito, já as segundas enquadram-se, conforme leciona a doutrina italiana, no gênero de sentenças manipulativas, que se subdividem em redutoras, substitutivas e aditivas. Interessa ao presente trabalho apenas esta última.

A Lei n. 9.868/1999 trouxe algumas possibilidades inovadoras aplicáveis ao controle de constitucionalidade, autorizando sentenças interpretativas sob as vestes de uma “interpretação conforme a Constituição”, ou de uma sentença de “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”. Seus efeitos são idênticos ao de uma sentença de inconstitucionalidade tradicional:

Inter partes e, em princípio, *ex tunc* no controle difuso; *erga omnes*, vinculante e, em princípio, *ex tunc* no controle concentrado. Elas mantêm igualmente o caráter dúplice inerente às ações de controle concentrado brasileiro, o que significa que a improcedência da demanda implica uma declaração em sentido oposto do solicitado (BRUST, 2014, p. 148).

No que se refere em especial à noção de sentenças manipulativas, sua relevância terminológica se justifica, quando se tem em mente o conceito estrito das sentenças interpretativas, afinal, na primeira espécie o Tribunal não se limita a escolher uma entre as possíveis interpretações do preceito como ocorre nesta última, ao revés, o Tribunal atribui ao preceito um novo sentido, manipulando seu conteúdo normativo.

Há entendimentos de que, ao modificar as possíveis interpretações, o Tribunal porta-se como verdadeiro legislador, contudo, parece mais adequado entender que “ao adaptar o texto legal à Constituição o órgão judicial não estará legislando, senão cumprindo sua tarefa de guardião da constitucionalidade das leis” (STRECK, 2013, p. 575). Ressalte-se, todavia, a validade da advertência feita por Canotilho (2003), uma vez que a escolha e até mesmo a manipulação da interpretação somente se justificam, quando houver espaço para uma opção discricionária, não podendo o intérprete contrariar deliberadamente a intenção do legislador.

No que tange à legitimidade dos Tribunais Constitucionais para edição de sentenças de perfil aditivo, não há dúvida de que se trata de um tema controvertido. A maior preocupação nesta temática é a inexistência de parâmetros claros para o exercício da sua competência normativa, afinal, não se discute se incumbe ao Judiciário legislar, mas sim se existe legitimidade constitucional para atuação normativa supletiva do STF.

A doutrina estrangeira, em especial a italiana, outorga legitimidades às atuações ativistas das Cortes Constitucionais, desde que pautadas por alguns critérios já estabelecidos, entretanto, o Brasil carece de produções teóricas neste sentido. Em vista da inexistência de parâmetros doutrinário-normativos brasileiros para tal atuação da Corte, é necessário apropriar-se dos entendimentos desenvolvidos no Exterior, o que implica dizer: (a) o Tribunal Constitucional somente poderá atuar ante uma omissão legislativa inconstitucional e (b) a resposta exarada pelo Tribunal deve ser aquela explicitada como obrigatória pelo texto constitucional. Quanto às limitações, observe-se o que diz Souza Filho:

A competência normativa do Supremo Tribunal Federal é uma só e encontra legitimidade na norma constitucional que autoriza a produção de normas jurídicas pelo Tribunal para

viabilizar o *exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*. A proposta ora defendida baseia-se na premissa de que, embora o ideal seja confiar à deliberação pública a justificação das decisões políticas, o potencial legitimador da deliberação só se manifesta em contextos em que seus pré-requisitos são respeitados. Caso contrário – o que ocorre quando os direitos (materialmente) fundamentais são desprezados – o STF pode contribuir para o aperfeiçoamento da própria democracia, concretizando as pré-condições da deliberação em lugar das maiorias parlamentares inertes (2018, p. 262).

Tais restrições, concebidas pelos constitucionalistas italianos como *rime obbligate*,³⁷ são essenciais para evitar a usurpação de competências entre os Poderes de Estado e para a manutenção dos caracteres de um Estado Democrático de Direito.

Ademais, ainda neste ponto, é possível afirmar que o debate acerca da legitimidade de o Tribunal criar ou não direitos pode ser facilmente distorcido, a partir da compreensão do que significa “criar direitos”. Se entender-se que a norma em si não se basta, sendo indispensável a atribuição de sentido ao texto, pode-se afirmar que a função jurisdicional é eminentemente criativa; entretanto, sob um prisma mais conservador que entenda haver na redação elementos suficientes para plena aplicação, a atividade jurisdicional passa a ser vista como meramente declaratória. Portanto, à luz de cada concepção adotada, a legitimidade criativa dos Tribunais pode ser chancelada ou repudiada.

Feitos estes breves esclarecimentos, é necessário tratar com maior profundidade a espécie do gênero explicitado, sentenças aditivas. A distinção entre as classificações é claramente elucidada por Balle:

Nas sentenças aditivas, o texto da disposição legal impugnada permanece inalterado. O Tribunal cria uma norma e adiciona

³⁷ A doutrina constitucional italiana de Crisafulli define a doutrina *rime obbligate* como a assunção pela Corte Constitucional da competência, para colmatar o ordenamento jurídico, de modo a conformá-lo ao paradigma constitucional. Na acepção do referido autor, não se trata de atividade legislativa exercida pelo Tribunal, mas mera explicitação de norma implícita já existente no ordenamento jurídico.

ao texto da disposição. A decisão declarará que esta nova norma se infere do conteúdo da Constituição e que sua adição à disposição recorrida resulta determinante para assegurar a constitucionalidade desta. Nas sentenças manipulativas, por outro lado, ocorre a substituição do texto impugnado (BALLE, p. 136 *apud* STRECK, 2013, p. 763).

A noção de sentenças aditivas foi importada do direito italiano. A Constituição italiana de 1948, em resposta ao anterior regime fascista-autoritário, assumiu formato rígido para assegurar estabilidade ao país e instituiu uma Corte *Costituzionale*, competente para matéria de controle de constitucionalidade.³⁸ A atuação deste tribunal-constitucional é bastante particular, em especial, quando constatada uma inconstitucionalidade por omissão, apta a inviabilizar o exercício de prerrogativas constitucionais. A técnica desta Corte ficou conhecida como “sentenças manipulativas de efeitos aditivos”.

As sentenças manipulativas são aquelas capazes de:

alterar o sentido ou os efeitos da norma impugnada. Elas são classificadas, segundo o professor português Carlos Morais Blanco, em: a) sentenças restritivas dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade; b) sentenças interpretativas de acolhimento ou condicionais; e c) sentenças portadoras de efeitos aditivos (BONSAGLIA, 2010, p. 15).

A doutrina de Sá faz outra classificação a respeito das sentenças manipulativas: sentenças exortativas; sentenças interpretativas; sentenças substitutivas, e sentenças aditivas.

A última classificação é o que interessa ao presente trabalho. Na ótica de Chaves:

³⁸ Segundo Chaves, através da técnica das sentenças manipulativas a Corte Constitucional italiana conseguiu eliminar gradualmente os resquícios do dogma fascista que vigorava. Entende-se ser uma técnica importante para evitar que leis sejam extirpadas do ordenamento, por vício de inconstitucionalidade, para assegurar direitos fundamentais não exequíveis, em razão da inércia do legislativo e, enfim, para evitar que a declaração de inconstitucionalidade deixe lacunas no ordenamento.

As sentenças aditivas são aquelas que reconhecem a falta de elemento normativo necessário para que a norma em julgamento esteja de acordo com a Constituição (omissão legislativa parcial) e que acrescentam a essa norma o elemento ausente, que pode ser outra norma ou princípio constitucional do ordenamento jurídico. Isso significa que à norma tida inconstitucional é complementada por outra norma que sana o vício de inconstitucionalidade. Ou então, nos casos de omissão legislativa total, a sentença aditiva supre a falta da norma mediante à aplicação de outra norma já existente ou, então, pela criação de uma norma que se adéque ao caso concreto (2014, p.177).

Destarte, as sentenças aditivas são empregadas ante a ausência de elemento normativo, a fim de que a decisão da lide *in concreto* esteja de acordo com as disposições constitucionais. Tal decisão de efeitos aditivos somente será considerada legítima, se restringir-se a adequar a norma posta em julgamento, através da adição de regra ou princípio constitucional já existente. Não há espaço para inovação do ordenamento, mas tão somente para adaptar à norma os preceitos constitucionais, suprimindo omissão legislativa. Os preceitos que serão “adicionados” à decisão devem, necessariamente, ser extraídos de normas constitucionais vigentes ou mesmo de outras normas que passaram pelo processo democrático e estejam em harmonia com as disposições constitucionais.

Como já sustentado anteriormente, a declaração de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade tem alto potencial nocivo para o ordenamento, especialmente em razão da instabilidade jurídica gerada pela supressão da norma e de seus efeitos. Contudo, por vezes, talvez ainda mais nocivo seja o efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade, pois pode ser que a norma restaurada não mais atenda aos parâmetros constitucionais vigentes, causando clara situação de antinomia no ordenamento, o que é completamente intolerável.

Em razão disso, com vistas a evitar a quaisquer destes inconvenientes, a sentença aditiva prolatada em sede de controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional competente aparenta ser a solução mais adequada ao caso concreto, evitando os malefícios da decretação de inconstitucionalidade e da ausência de regulamentação para o caso concreto.

Uma sentença aditiva não altera a letra da norma impugnada, apenas modifica sua interpretação. Desta forma, evita-se que uma norma inconstitucional seja declarada nula, causando repercussões eventualmente indesejadas para fatos já decididos pela regra em questão.³⁹ Segundo Souza Filho:

As decisões com efeitos aditivos são obtidas por força de um pronunciamento que simultaneamente, julga a inconstitucionalidade do segmento de uma norma, mas procede também à reparação do vício juntando um ‘quid’ normativo extraído do ordenamento, susceptível de permitir à norma assim reconstruída produzir no futuro efeitos jurídicos válidos (sentenças com efeitos aditivos) (2018, p. 108).

Na ótica de Sá (2009), a consolidação de uma sentença aditiva depende de duas etapas: primeiramente, identifica-se e declara-se uma ausência no preceito normativo, somente para então incluir-se na norma a parte que lhe falta. A declaração de inconstitucionalidade por omissão, portanto, somente tem o sentido de censurar a inércia do legislador, pois a lacuna será imediatamente suprida por ato jurisdicional.

A aceitação desta técnica na jurisprudência brasileira tem sido velada, pois o preceito normativo contido na sentença não assume essa feição por temor a uma quebra da cláusula de separação dos poderes; contrariamente, os Tribunais sustentam tratar-se de um dado programático para facilitação da aplicação da norma.

A doutrina tem desenvolvido um parâmetro teórico de delimitação da competência dos Tribunais Constitucionais, no caso brasileiro o STF, para prolação de sentenças aditivas. A Constituição de 1988 criou um sistema próprio de controle das omissões inconstitucionais através dos instrumentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o Mandado de Injunção e, subsidiariamente, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, os quais já foram discutidos em tópico anterior.

³⁹ Insta ressaltar que a sentença aditiva não se confunde com o método hermenêutico de interpretação conforme a Constituição. Este é um postulado que confirma a ideia de supremacia constitucional, contudo, apenas através de uma interpretação conforme a Constituição *lato sensu*, que permita certa discricionariedade do magistrado, é que se pode alcançar sentença aditiva.

Ocorre que nenhum deles propriamente atribui função normativa ao Judiciário, o que acontece por vezes, desprovido de qualquer baliza teórica. Em razão desta lacuna potencialmente perigosa, a doutrina tem elaborado alguns modelos de limitação. Observe-se a proposta de Souza Neto:

Em síntese, a norma constitucional disciplinadora do instituto exige, para a concessão do pedido formulado no mandado de injunção, a presença cumulativa das seguintes condições: (i) existência de um direito constitucionalmente reconhecido como fundamental; (ii) não autoaplicabilidade da norma constitucional que consagra o direito; (iii) ausência de norma regulamentadora; (iv) mora legislativa para além de um período razoável de tempo; (v) inviabilidade do exercício do direito (SOUZA NETO *apud* SOUZA FILHO, 2018, p. 212).

Ademais, outra posição rememora os remédios constitucionais previstos para o controle da omissão inconstitucional, dispondo que o STF tem legitimidade no desempenho de sua função normativa para tutela de quaisquer direitos materialmente fundamentais,⁴⁰ o que não se restringe ao rol do art. 5º da CF/1988. Por certo que esta última posição outorga maior liberdade ou, nos termos utilizados neste trabalho, faculta posição mais ativista da magistratura na tutela de direitos materialmente constitucionais, autorizando, inclusive, a criação de normas jurídicas para superar a omissão inconstitucional.

Portanto, esta proposta de delimitação emerge apenas para evitar posicionamentos deliberadamente ativistas desprovidos de quaisquer parâmetros de observância das normas constitucionais, afinal, “o papel e os limites da jurisdição constitucional não são traçados pelos meios processuais criados para o desempenho desta função, ao contrário, os meios processuais é que devem ser interpretados de forma a permitir o desempenho satisfatório da jurisdição constitucional” (SOUZA FILHO, 2018, p. 217).

⁴⁰ Um direito materialmente fundamental não é apenas aquele constante do rol do art. 5º da CF/1988, pois além de constar do texto constitucional ou diploma equiparado, tem sua validade fundada em norma consagradora de direito fundamental, além de ter por objeto a proteção de interesse fundamental, a exemplo da liberdade, autonomia, igualdade e dignidade.

Em vista do exposto, percebe-se que o STF não necessariamente deve criar instrumentos exaustivos para controle da omissão inconstitucional, apenas deve pautar suas criações normativas à integral obediência aos mandamentos constitucionais.

O Brasil importou o instituto das sentenças aditivas, porém, em muitas ocasiões sua aplicação é distorcida. A teoria é clara, dispondo que tais decisões somente serão legítimas, se pautadas por normas constitucionais preexistentes. Deste modo, a sentença aditiva consubstanciar-se-ia em mecanismo para implementar direitos constitucionalmente estabelecidos que, entretanto, encontram-se em estado de latência por fato imputável ao legislador omissor. Ocorre que a aplicação dada a tal instituto pela Corte constitucional brasileira extravasa os limites impostos pela doutrina, de forma a configurar um posicionamento controvertido já tratado neste trabalho: o ativismo judicial.⁴¹

Talvez a grande resistência quanto à adoção desta técnica, ainda que já incorporada por países europeus, seja o verdadeiro *status* normativo típico deste pronunciamento, afinal, o novo segmento normativo criado pelo pronunciamento do STF, no âmbito do controle da omissão inconstitucional, insere-se no ordenamento jurídico com o mesmo *status* da norma faltante.

Ocorre que tal temor é praticamente infundado, uma vez que a decisão normativa exarada pelo órgão judicial competente tem por característica principal sua transitoriedade. No MI 943, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi feito um importante alerta, para que a decisão aditiva prolatada pelo Supremo fixasse expressamente uma condição resolutiva da solução normativa estabelecida, condição que consistiria na edição da regulamentação do dispositivo constitucional pelo Congresso Nacional:

⁴¹ Embora não se negue que existam traços comuns entre os conceitos, não se pode confundir ativismo judicial com a técnica decisória das sentenças aditivas. No primeiro caso, há completa discricionariedade do julgador, que se permite julgar por livre e íntima convicção, indiferente a quaisquer dispositivos normativos que regulamentem a matéria. Já no que se refere à técnica de sentenças aditivas, esta somente pode ser aplicada diante de uma omissão inconstitucional que acarrete prejuízo ao exercício de direitos constitucionalmente estabelecidos, de modo que o preceito normativo, agregado ao texto da sentença, deve refletir o espírito do constituinte, da mesma maneira que deve procurar pautar-se por normativas internas, devidamente aprovadas nos ditames de um processo legislativo hígido e democrático.

A sentença aditiva [deve ser concebida] como uma decisão submetida a condição resolutiva, porque, vindo a lei, o pronunciamento judicial deixa de surtir eficácia. Quando atuamos de forma concreta, desafiamos os representantes do povo e dos Estados a legislarem a respeito. [...] A advertência é útil, pois a atividade normativa desempenhada pelo Judiciário não deve ser interpretada, de modo algum, como interdição à competência do Congresso Nacional de regulamentar, a qualquer momento – e de forma diversa –, o setor normativo que padecia de omissão legislativa (SOUZA FILHO, 2018, p. 251).

Não é necessário que a decisão aditiva, exarada pelo STF, regulamente todas as minúcias inerentes ao exercício do direito postulado, afinal, esta tarefa incumbe ao Legislativo, mas, é preciso apenas que supra de maneira eficiente o vácuo normativo que inviabiliza o exercício da prerrogativa objeto de julgamento. Na realidade, o verdadeiro objetivo da decisão aditiva é não apenas viabilizar ao titular o gozo de seus direitos constitucionalmente assegurados, mas especialmente servir de elemento instigante a uma postura ativa do Congresso Nacional, para regulamentar a questão:

A solução normativa adotada pelo STF não tem pretensão de definitividade e, por isso, não deve conduzir à paralisação das discussões no espaço público e no Parlamento. Ao contrário, deve funcionar como propulsora de um maior comprometimento das instâncias decisórias do Estado com a garantia dos direitos inalienáveis da pessoa humana, sem os quais o Estado Democrático de Direito não se realiza efetivamente (SOUZA FILHO, 2018, p. 253).

Ademais, destaque-se que a função normativa da Corte Constitucional legitima-se ainda mais, quando se denota a diferença entre a competência normativa e a competência legislativa. As funções normativa, administrativa e judicial se apresentam, em maior ou menor intensidade, em todos os Poderes de estado, enquadrando-se, inclusive, no âmbito da competência exclusiva de cada qual. Perceba-se, portanto,

que tais cláusulas de reserva constituem o verdadeiro limite implícito à prolação de sentenças aditivas, pois não se nega que o Judiciário carece de função legislativa, mas possui competência normativa para regular os assuntos que lhe dizem respeito, dentre os quais se inclui a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.

Ora, no contexto das sentenças aditivas, o Judiciário apenas outorga a tutela imediata do direito fundamental obstado, normatizando parâmetros mínimos de exercício, sem com isso usurpar a competência legislativa do Congresso Nacional, afinal, quando legislada a matéria, cai a regulamentação disposta na sentença, posto que fica submetida à condição resolutiva de atuação do Parlamento.

Diante da explanação, entende-se que diversos fatores determinaram a proliferação das sentenças aditivas em nações democráticas, mas merecem destaque os seguintes:

- (a) a existência de uma Constituição com forte carga programática e vocacionada a um desenvolvimento progressivo;
- (b) a continuidade básica de um ordenamento legal com fortes resquícios autoritários;
- (c) a simultânea ineficácia do Parlamento para dar uma resposta, em tempo socialmente requerido, tanto às demandas de atuação da Constituição como necessária à adequação do preexistente ordenamento legal à ordem constitucional (SOUZA FILHO, 2018, p. 122).

Destarte, fica claro que as sentenças aditivas no ordenamento brasileiro são uma realidade, porém, a dúvida que remanesce é quanto à aceitação jurídica deste instituto. As correntes mais conservadoras e tradicionais entendem pela inviabilidade destas decisões aditivas no direito brasileiro, por visualizarem flagrante afronta ao princípio constitucional de separação dos poderes, o qual, inclusive, é cláusula pétrea.

Entretanto, em sentido contrário existem tantas outras vezes que sustentam não apenas a viabilidade, como a necessidade de aceitação deste instituto. Nesse sentido dispõe Chaves:

A prolação de sentenças aditivas não pode ser vista como uma conduta que destoia das atividades definidas pela Constituição pertinentes à natureza da jurisdição constitucional, sobretudo

quando se levanta a questão do seu caráter contramajoritário. A efetividade da Constituição é necessária para a sustentação do Estado Democrático. Passados mais de duzentos anos da Revolução Francesa o ultrapassado dogma de separação estática não mais se subsiste. Vivemos em tempos de direitos fundamentais. Modelos estáticos ou literais só fracassaram ao longo da história. O Estado através de suas instituições deve agir em prol do povo que o legitima, a inércia ou omissão de um Poder para efetivar direitos pode e deve ser suprida pelo Judiciário (2014, p. 180).

O postulado do legislador negativo, atribuído à teoria de Hans Kelsen, constitui o principal entrave ao reconhecimento das sentenças aditivas no ordenamento pátrio. Entretanto, é anacrônico utilizar ainda uma noção absoluta da separação dos poderes, pois há tempo já são reconhecidas funções atípicas dos poderes do Estado, logo, faz-se ainda mais relevante reconhecer a legitimidade de postura ativista da magistratura, através das sentenças aditivas, a fim de que prerrogativas constitucionais que não saíram de seu estado de latência sejam alcançadas aos cidadãos de forma mais eficaz.

Não se pretende aqui suprimir o papel do Poder Legislativo, afinal, quando a lei existe, ela deve ser respeitada, e a própria sentença aditiva submete-se à condição resolutive de posterior regulamentação da matéria pelo Congresso Nacional; contudo, em casos de lacunas, que levam, às portas do Judiciário, pretensões urgentes não resolvidas pela lei positivada, não pode o magistrado se abster de uma providência, sob o pretexto de aquela competência não ser sua.

Sendo a conduta pautada por moderação, proporcionalidade, razoabilidade e referência direta à Constituição, a decisão que confere ao cidadão um mecanismo para efetivar seus direitos é adequada, legítima e necessária. Mais do que discorrer sobre questões jurídicas e filosóficas, do que utilizar doutrinas tradicionais que “sempre funcionaram”, o que prevalece é a justiça e os meios aptos a assegurar a dignidade humana, o que, inevitavelmente, por vezes, transborda os limites da norma jurídica posta.

No Brasil, o emprego da técnica de sentenças aditivas adveio de uma exigência prática, tendo sido da teorização um fenômeno posterior,

razão pela qual seus limites teóricos ainda estão embaçados e foram pouco discutidos.

A Lei n. 13.300/2016, que regulamenta o Mandado de Injunção individual e coletivo, é verdadeiro instrumento para o combate à omissão inconstitucional e, sendo uma legislação recente com um espírito marcadamente vanguardista, em seu art. 8º, II, existe, de forma discreta, uma cláusula que legitima a prolação de sentenças aditivas. Neste sentido discorre Chaves:

A grande questão não deve mais ser a existência ou não de criação judicial de Direito – eis que inerente ao processo interpretativo –, mas sim os limites dessa criação. O reconhecimento da possibilidade de prolação de sentenças aditivas contribui não só para um amadurecimento da jurisdição constitucional – como instrumento dialógico de aprimoramento institucional entre Legislativo e Judiciário –, mas, sobretudo, torna-se essencial para um controle da atuação do órgão jurisdicional (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-25/andre-maluf-lei-mandado-injuncao-abre-portas-sentencas-aditivas>. Acesso em: 27 mar. 2019).

Outra lei que dá azo à prolação de sentenças aditivas e que abalou fortemente o dogma do legislador negativo foi a de n. 9.868/1999, ao estipular a possibilidade de, em sede de controle de constitucionalidade, empreender técnicas de interpretação, conforme a Constituição, e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto.

A definição legal de sentença estipulada no art. 203, §1º, do CPC/2015 não cabe nesta discussão. As questões processuais estão presentes, mas muito mais relevante é a finalidade social destas sentenças aditivas, qual seja: conceder ao cidadão suas prerrogativas constitucionais que não foram efetivadas em razão de omissão, total ou parcial, do legislador e constituir verdadeiro corolário da força normativa da Constituição, o que não se restringe à norma positiva, mas remete à irradiação da carga axiológica da Carta Magna, que deve permear a atuação de todos os Poderes do Estado, extrapolando as fronteiras formais de competências e paradigmas teórico-tradicionais.

4.2. Estudos de caso: sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira

Ante a explicação acerca do que se concebe por sentenças aditivas e o papel do Tribunal Constitucional quanto à materialização destas, é necessário analisar alguns precedentes da Suprema Corte brasileira, do Supremo Tribunal Federal, que caracterizam o modelo decisório explicitado.

4.2.1. Análise sobre a constitucionalidade do emprego de células tronco embrionárias para pesquisa científica: a visão esposada no voto aditivo da ADI 3.510

Primeiramente, se analisa a ADI 3.510, em que se trava debate acerca da constitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). A referida ação é da relatoria do ex-ministro do STF, Carlos Ayres Britto, na qual por maioria de 8 votos a 3, decidiu-se pela constitucionalidade do dispositivo que autoriza a pesquisa científica com células-tronco embrionárias. Cumpre destacar que, embora o relator da ADI fosse o ex-Ministro Carlos Ayres Britto, o voto que será objeto de análise neste trabalho é do Ministro Gilmar Mendes, uma vez que consagra traços aditivos.

O tema teve especial relevância, uma vez que toca o âmbito ético, jurídico e moral, já que discute valores fundamentais caros à democracia brasileira: a vida e a dignidade humana. Eis o preceito normativo objeto da ação:

Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos,

contados a partir da data de congelamento.

§ 1º. Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º. Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º. É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (BRASIL, Lei n. 11.105, de 2005).

Na verificação da constitucionalidade da norma apresentada, não foi necessário perquirir questões já pacificadas na doutrina e jurisprudência brasileiras, tais como marcos de início e fim da vida, porém, desde o início sabia-se que independentemente da decisão, esta não seria unânime, uma vez tem substrato em temas que ultrapassam a órbita jurídica. Assim, o Ministro inicia a discussão nos seguintes termos:

Muitas vezes passa despercebido nos debates que não é preciso reconhecer em algo um sujeito de direitos para dotar-lhe de proteção jurídica indisponível. [...] Mesmo entre aqueles que consideram que antes do nascimento com vida não há especificamente um sujeito de direitos fundamentais, não é possível negar que na fase pré-natal há um elemento vital digno de proteção. Assim, a questão não está em saber quando, como e de que forma a vida humana tem início ou fim, mas como o Estado deve atuar na proteção desse organismo pré-natal diante das novas tecnologias (ADI 3.510, 2008, p. 6-7).

Fundado em Hans Jonas,⁴² à luz do princípio da responsabilidade,

⁴² Hans Jonas é um filósofo alemão, nascido em 1903, cujo trabalho centra-se no estudo dos problemas éticos e sociais acarretados pela tecnologia. Seu principal trabalho é a obra *O princípio responsabilidade*, na qual discorre acerca de um compromisso ético das gerações presentes, para assegurar a subsistência das gerações futuras. Sua obra remonta um contexto pós-Segunda Guerra Mundial, quando ficou evidenciada a potencialidade do avanço tecnológico, para destruir a raça humana. A partir das reflexões acerca destes temas, Jonas desenvolveu sua tese negando o

o Ministro visualiza nesta situação o homem tornando-se objeto da própria técnica, haja vista que se cogita a utilização de uma vida em potencial para alcançar avanços científicos, contudo e para tanto, a atuação do homem não pode vir desacompanhada de fiscalização e regulamentação estatal:

Indubitável que existe consenso a respeito da necessidade de que os avanços tecnológicos e científicos, que tenham o próprio homem como objeto, sejam regulados pelo Estado com base no princípio responsabilidade. [...]. À utopia do progresso científico, não obstante, deve-se contrapor o princípio responsabilidade, não como obstáculo ou retrocesso, mas como exigência de uma nova ética para o agir humano, uma ética de responsabilidade proporcional à amplitude do poder do homem (ADI 3.510, 2008, p. 8-9).

De fato, é inegável que a lei tomou certas precauções ao regulamentar alguns pontos do artigo em comento, conforme se denota da exigência de que as pesquisas sejam realizadas apenas com embriões humanos ditos “inviáveis”. Ademais, para utilização dos embriões, a lei dispõe que sempre deve haver o consentimento dos genitores e aprovação prévia dos comitês de ética, vedada a comercialização do material biológico utilizado.

Entretanto, é questionável que um tema com tamanha relevância seja regulamentado por apenas um breve dispositivo repleto de termos vagos e indeterminados, somado a alguns atos administrativos esparsos da Anvisa. É justamente esta questão que incide em uma das problemáticas das omissões inconstitucionais parciais, uma vez que vai de encontro ao princípio da vedação da proteção insuficiente.⁴³ Quanto

direito da geração presente comprometer a viabilidade das vidas futuras.

⁴³ O princípio da vedação da proteção insuficiente (ou da proteção deficiente) teve origem no Tribunal Constitucional alemão, em 1975, quando da edição de uma lei descriminalizadora do aborto. Esta lei foi para a apreciação do Tribunal Constitucional alemão, que entendeu pela sua inconstitucionalidade, fundado na premissa de que existe um dever de proteção sobre as vidas intrauterinas, de modo que não se pode cancelar a proteção deficiente do Estado sobre todas as formas de vida. Deste julgamento, percebe-se que existe uma dualidade entre a proibição do excesso, para evitar intervenções indevidas do Estado, na órbita privada do indivíduo, e a

à relevância das omissões inconstitucionais e o papel do Tribunal Constitucional quando da sua identificação, sustenta o Ministro:

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros. Essa interpretação da Corte Constitucional empresta sem dúvida uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de “adversário” para uma função de guardião desses direitos. Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais (ADI 3,510, 2008, p. 13).

Ante a necessária tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, seja através de uma prestação, seja através do controle e suprimento das omissões inconstitucionais, tem-se que, à luz do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que inspira a noção de proibição da proteção insuficiente, incumbe ao Poder Judiciário fixar diretrizes para melhor aplicação da norma, de maneira a suprir eventuais lacunas existentes. Dito isto, o Ministro passa a uma análise de direito comparado, para verificar a maneira pela qual é normatizada a utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa científica.

Ele realiza um exame acerca da legislação alemã, australiana, francesa, espanhola e mexicana acerca do tema. Feitas algumas considerações, conclui que, em todos os países referidos, o assunto é objeto de ampla regulamentação, havendo, portanto, normatização restritiva acerca da utilização deste material genético. É característica comum,

vedação da proteção insuficiente, a fim de garantir a proteção contra as omissões inconstitucionais do Estado, de modo que, por parte do Estado, deve existir uma proteção eficiente e suficiente para assegurar direitos fundamentais dos cidadãos. Trata-se de um princípio que cuida da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e identifica um dever prestacional do Estado para a tutela dos referidos direitos.

nestas legislações alienígenas, a previsão de um órgão que confira licença ou autorização prévia à utilização do material e, talvez, o ponto mais importante, a previsão em todos os casos de uma cláusula de subsidiariedade, ou seja, a utilização de células-tronco embrionárias somente será permitida, quando não houver nenhum outro método alternativo para alcançar os resultados almejados.

Diante dos resultados colhidos desta verificação, o Ministro constata a inegável deficiência, na legislação brasileira, acerca do tema. Primeiramente, observa-se que o assunto não foi tratado de maneira apropriada, pois enquanto no Direito estrangeiro existe a previsão de uma lei específica para tratar da utilização deste material genético, no ordenamento jurídico brasileiro existe apenas um artigo genérico destinado a regular a matéria e inserido em um diploma legal equívocado, que se destina a regular tema completamente desconexo: os organismos geneticamente modificados (OGM) ou transgênicos.

Além disso, outra lacuna inconcebível na legislação brasileira diz respeito ao órgão de fiscalização quanto à utilização deste material:

A lei brasileira, numa lacuna contundente, estabelece apenas que as instituições de pesquisa e serviços de saúde, que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas, deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. Deixa a lei, nesse aspecto, de instituir um imprescindível Comitê Central de Ética, devidamente regulamentado (ADI 3.510, 2008, p. 27).

Cumpram destacar também que a legislação alienígena, sem exceção, estabelece de forma expressa uma cláusula de subsidiariedade, no sentido de permitir pesquisas com embriões humanos, apenas nas hipóteses em que outros meios científicos não se demonstrem adequados para os mesmos fins. No entanto, a legislação brasileira carece de dispositivo análogo.

Feitas as ressalvas quanto à regulamentação brasileira acerca do tema, o Ministro Gilmar Mendes conclui que a declaração de inconstitucionalidade pode não ser a melhor alternativa para o caso *sub judice*:

A declaração de sua inconstitucionalidade, com a consequente pronúncia de sua nulidade total, por outro lado, pode causar um indesejado vácuo normativo mais danoso à ordem jurídica e social do que a manutenção de sua vigência. Não seria o caso de declaração total de inconstitucionalidade, ademais, pois é possível preservar o texto do dispositivo, desde que seja interpretado em conformidade com a Constituição, ainda que isso implique numa típica sentença de perfil aditivo. Nesse sentido, a técnica da interpretação conforme a Constituição pode oferecer uma alternativa viável (ADI 3.510, 2008, p. 28).

A técnica de interpretação conforme a Constituição⁴⁴ tem sido amplamente utilizada, por meio da qual o Tribunal limita-se a atribuir a interpretação mais adequada ao dispositivo à luz das disposições constitucionais. Todavia, a interpretação conforme a Constituição conhece limites, uma vez que somente é admissível, se “não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador” (ADI 3.510, 2008, p. 29).

Contudo, tais limites restam razoavelmente mitigados, haja vista que a eliminação ou fixação de determinados sentido normativos do texto, pelo Tribunal, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que

⁴⁴ A técnica de interpretação conforme a Constituição não se confunde com a noção de mutação constitucional. Segundo Bulos (1997, p. 54), a mutação constitucional corresponde ao “fenômeno, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas”. Este conceito surgiu na Alemanha (lá denominado *verfassungswandlung*), por volta de 1871, quando se percebeu que instituições do *Reich* sofriam mudanças em seu funcionamento, sem qualquer reforma constitucional. Portanto, tem-se que a mutação constitucional independe de qualquer modificação textual, mas a *práxis* outorga a certos dispositivos constitucionais sentido distinto do originário, correspondendo, pois, a um fenômeno inerente à vida estatal, em que circunstâncias sociais, políticas e econômicas impõem uma alteração substancial no significado do Texto Magno, a fim de que este corresponda aos fatores reais de poder vigentes. Frise-se que a mutação constitucional se opera por meios difusos, isto é, através de interpretações, construções judiciais, usos e costumes, produções legislativas e até pela influência de grupos de pressão, de modo que não há quaisquer ritos procedimentais a serem observados. Ademais, não há um critério cronológico apto a determinar o momento de ocorrência de mutação constitucional, haja vista a natureza fática e espontânea do fenômeno.

minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador.

A técnica de interpretação conforme a Constituição muitas vezes amolda-se à definição atribuída às sentenças aditivas, pois não raro acrescenta ou modifica entendimentos determinados pela literalidade da norma. Neste sentido, expõe o eminente Ministro Gilmar Mendes:

A experiência das Cortes Constitucionais europeias – destacando-se, nesse sentido, a Corte *Costituzionale* italiana – bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não-conhecimento da ação (ADI 3.510, 2008, p. 30).

Ainda, assevera que se trata de uma técnica frequentemente adotada pelas Cortes Constitucionais europeias, para evitar a declaração de nulidade da norma tida como inconstitucional, furtando-se das consequências negativas desta declaração. O legislador brasileiro aderiu a esta tendência ao regulamentar o art. 27 da Lei n. 9.868/1999:

Assim, o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade. Além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme à Constituição, declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, aferição da “lei ainda constitucional” e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração

de inconstitucionalidade com efeitos pro futuro a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal.

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei nº 9.868/99, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade (ADI 3.510, 2008, p. 31-32).

Uma vez que o direito constitucional brasileiro é fortemente influenciado pelo dogma kelseniano de legislador negativo,⁴⁵ costuma-se adotar uma postura de *self-restraint*, quando ocorrem hipóteses de decisões interpretativas e corretivas da norma. Todavia, por vezes, a pretexto de dar uma interpretação conforme a Constituição, é proferida decisão que a doutrina constitucional, em especial a italiana, denomina de decisões manipulativas de efeitos aditivos. Nesta linha, sustenta o Ministro:

Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional (ADI 3.510, 2008, p. 32).

Portanto, pautado pela fundamentação de viabilidade de prolatar uma decisão com efeitos aditivos, como forma de atribuir sentido constitucional ao dispositivo objeto da ADI, é desta maneira que vota

⁴⁵ O dogma do legislador negativo é noção atribuída aos trabalhos desenvolvidos por Hans Kelsen, que aduz ser a competência do Tribunal Constitucional adstrita à mera análise de compatibilidade entre normas ordinária e as disposições constitucionais, logo identificando inconstitucionalidade, o único papel do Tribunal deveria ser declará-la e eliminá-la do ordenamento, através da pronúncia de nulidade com efeitos retroativos.

o Ministro Gilmar Mendes, entendendo pela constitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/2005, com estas ressalvas:

Deve-se conferir ao art. 5º uma interpretação em conformidade com o princípio responsabilidade, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Conforme analisado, a lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) ao deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas do embrião humano. O art. 5º da Lei n. 11.105/2005 deve ser interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia aprovação e autorização por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde. Entendo, portanto, que essa interpretação com conteúdo aditivo pode atender ao princípio da proporcionalidade e, dessa forma, ao princípio responsabilidade. Assim, julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde (ADI 3.510, 2008, p. 35-36).

O caráter aditivo da decisão consiste em determinar uma ordem para a regulamentação do órgão competente, para aprovar e autorizar a utilização de células-tronco embrionárias para finalidades científicas. Ademais, embora não fique expressamente consolidado no dispositivo da decisão, pela fundamentação apresentada pelo Ministro, pode-se visualizar clara sugestão de criação de cláusula de subsidiariedade, na qual a autorização quanto à utilização do material genético embrionário somente seria admissível, quando nenhum outro meio científico fosse capaz de atender à demanda científica.

É importante destacar também a compreensão do Ministro Gilmar Mendes acerca do papel do Supremo Tribunal Federal, em face de demandas que determinem pronunciamentos que transbordem a competência do Judiciário, a fim de implementar normas que viabilizem a consecução de direitos fundamentais:

É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contra-majoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. [...]. Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais (ADI 3.510, 2008, p. 2).

Ante a constatação do relator de que a prolação de sentenças aditivas não configura quebra à cláusula de separação dos poderes, vislumbra-se a legitimidade democrática da função normativa do Supremo Tribunal Federal:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas (ADI 3.510, 2008, p. 3).

Ainda que apenas a divergência apresentada nesta votação tenha efeitos aditivos, visualiza-se claramente a implementação da técnica

das sentenças aditivas e o trabalho investigativo e dialético, que precede a normatização levada a cabo pelo Judiciário. Trata-se de uma decisão que tem por objeto a tutela da vida, um dos bens jurídicos mais caros para o constituinte brasileiro, salvaguardando-a em suas diferentes formas de apresentação.

4.2.2. A criminalização da homofobia: um estudo acerca da decisão de efeitos aditivos prolatada no julgamento da ADO 26 e MI 4.733

O segundo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal com traços marcadamente aditivos foi exarado em 13 de junho de 2019, no exame conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 (ADO 26/DF) e do Mandado de Injunção 4.733 (MI 4.733), da relatoria do Ministro Celso de Mello e do Ministro Edson Fachin, respectivamente. Ambas as ações têm por pleito a criminalização da homofobia e da transfobia, seja por um tipo autônomo, seja por equiparação.

No que tange à ADO 26 DF, a iniciativa foi do Partido Popular Socialista (PPS), que requereu o reconhecimento da inércia legislativa do Congresso Nacional em editar lei para criminalizar todas as formas de homofobia e transfobia, nos termos do art. 5º, XLII⁴⁶ ou, subsidiariamente, conforme o descrito no art. 5º, XLI⁴⁷ ou, ainda, também subsidiariamente requereu a criminalização das referidas condutas em atendimento ao princípio da vedação da proteção deficiente. Em palavras mais simples, o requerente entende que a homofobia e a transfobia enquadram-se no conceito de racismo idealizado pelo legislador, contudo, não sendo este o entendimento da Corte, dever-se-ia enquadrar as condutas num preceito constitucional mais genérico: a

⁴⁶ Art. 5º, XLII, CF/1988: 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: [...] XLII: a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

⁴⁷ Art. 5º, XLI, CF/1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLI: a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

vedação de toda e qualquer forma de discriminação. Os requerimentos são os seguintes:

- (i) reconhecimento de que o conceito de racismo abrange homofobia e transfobia, para enquadrar tais condutas na ordem de criminalização do racismo (art. 5º, XLII, da CR);
- (ii) declaração da mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar especificamente a homofobia e a transfobia;
- (iii) fixação de prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação naquele sentido; e (iv) caso o Legislativo não respeite o prazo estipulado: (iv.1) inclusão das práticas discriminatórias fundadas em orientação sexual na Lei de Racismo (Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989); (iv.2) tipificação das condutas de homofobia e transfobia, nos moldes que o Supremo Tribunal Federal entender mais adequados, e (iv. 3) responsabilização civil do Estado brasileiro, com indenização das vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia (ADO 26, 2015, p. 4).

A ADO constitui-se instrumento apto a assegurar a efetividade da Constituição, através da imposição do cumprimento do dever de legislar ou de alguma providência administrativa. Disso, depreende-se que seu objeto tem cunho objetivo, de modo a tutelar a ordem jurídica e não reger situações particulares. Ante o exposto, o relator descarta o requerimento de responsabilização civil do Estado por práticas homofóbicas e transfóbicas, em razão da inadequação do instrumento utilizado para tanto.

No mérito, o relator discorre sobre o princípio da dignidade humana e seus desdobramentos, dentre os quais se incluem os princípios da igualdade e da vedação de todas as formas de discriminação, estes últimos enquanto condutas delituosas caracterizam-se como crimes inafiançáveis e imprescritíveis. Assim sendo, o relator não enxerga motivos para o não enquadramento dos comportamentos homofóbicos⁴⁸

⁴⁸ Homofobia baseia-se na mesma lógica utilizada por outras formas de inferiorização, tratando-se de ideologia racista, classista ou antissemita, cujo objetivo consiste sempre em desumanizar o outro, em torná-lo inexoravelmente diferente. A semelhança de qualquer outra forma de intolerância, a homofobia articula-se em torno de emoções

e transfóbicos na forma de crimes de racismo, regulamentados pela Lei n. 7.716/1989:

Condutas contrárias à liberdade de orientação sexual possuem nítido caráter discriminatório e violador da dignidade do ser humano, em patente confronto com esse conjunto de normas constitucionais. A homofobia decorre da mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe e gênero (ADO 26, 2015, p. 8).

O racismo,⁴⁹ embora não goze de definição legal, consiste num tratamento discriminador que compromete a autoestima ou o patrimônio moral do sujeito, submetendo-o a uma condição inferior. Trata-se de definição genérica normatizada pela Lei n. 7.716/1989, em atendimento aos preceitos constitucionais que impõem a criminalização de condutas discriminatórias violadoras de direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, incisos XLI e XLII da CF/1988).

Ora, a restrição da noção de “discriminação” a questões étnico-raciais constitui negativa à própria noção de igualdade, de maneira que chancela outras formas de discriminação não contempladas dentre as elementares do tipo. Embora seja princípio de direito penal a reserva legal e a tipicidade estrita, não se pode permitir que condutas atentatórias aos mesmos direitos e garantias fundamentais fiquem desguarnecidas de tutela jurisdicional unicamente em razão de uma falha legislativa, que não contemplou este público na norma. Deve haver, portanto, uma ponderação de princípios constitucionais, de modo que a dignidade da pessoa humana e a vedação da discriminação

(crenças, preconceitos, convicções, fantasmas...), de condutas (atos, práticas, procedimentos, leis...) e de um dispositivo ideológico (teorias, mitos, doutrinas, argumentos de autoridade...).

⁴⁹ A noção de raça transborda os limites antropológicos e biológicos, tratando-se, ainda, de um conceito bastante maleável conforme o contexto histórico e geográfico. Segundo Nucci (2007, p. 272), raça contempla “um grupo de pessoas que comunga de ideais ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas. Aliás, assim pensando, homossexuais discriminados podem ser, para os fins de aplicação desta Lei, considerados como grupo racial”.

preponderem sobre o princípio da reserva legal em matéria penal, este atinente apenas a questões formais que tocam o exercício do *ius puniendi*. Em vista do exposto, o relator conclui:

Nesse contexto, em observância ao princípio da igualdade, os crimes previstos pela Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, abarcam as condutas homofóbicas, isto é, os atos de discriminação em virtude de orientação sexual, motivo por que o reconhecimento de sua inclusão naqueles tipos não ofende o princípio da legalidade em matéria penal. O conceito de raça sob o viés biológico é obsoleto, e deve sua interpretação ser conferida de acordo com o princípio da dignidade do ser humano e o Estado Democrático de Direito (ADO 26, 2015, p. 10).

Em seguida, o relator passa a enfrentar o pedido de reconhecimento da omissão inconstitucional. Em apertada síntese, tem-se que a omissão legislativo-inconstitucional ocorre quando se verifica inércia do legislador em elaborar lei regulamentadora necessária à concretização de norma constitucional. Quanto ao ponto, observe-se o que diz o eminente Ministro relator Celso de Mello:

A necessária criminalização da homofobia e da transfobia não foi deixada à discricionariedade política do legislador pela Constituição da República de 1988, a qual dispôs expressamente a respeito da punição de qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, no art. 5º, XLI, e, logo em seguida, determinou tratamento penal específico para a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão (art. 5º, XLII). É verdade que, em ambos os dispositivos, atribui à lei a respectiva disciplina, mas não é menos verdade que a Constituição estabeleceu dever específico de legislar para proteger tal valor constitucional (ADO 26, 2015, p. 16-17).

Portanto, como já indicado, o relator entende que em razão de já haver um regramento específico para crimes envolvendo discriminação quanto à raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei n. 7.716/89), da

mesma forma devem ser enquadrados os crimes de homofobia/transfobia, uma vez que têm por objeto o mesmo bem jurídico.

Ressalte-se também que existem compromissos internacionais, a exemplo da Resolução n.17/2019 da ONU e dos Princípios de Yogyakarta, além de normativas no âmbito interno, como o Plano Nacional de Direitos Humanos, que obrigam o Estado brasileiro à repressão da homofobia e da transfobia.

Diante dos argumentos arrolados, é imperativo reconhecer a omissão inconstitucional do legislador no caso em questão e, por força do princípio da vedação da proteção insuficiente, é necessário haver pronunciamento do Poder Judiciário, para estipular como serão regidas as relações jurídicas até o suprimento da mora legislativa. Neste sentido, observe-se o pronunciamento do relator:

O importante argumento da reserva absoluta de lei (princípio da legalidade estrita) em matéria penal precisa ser interpretado à luz da supremacia da Constituição, das determinações específicas de legislar para proteger a dignidade, do controle de constitucionalidade, da previsão de mecanismos processuais talhados para enfrentamento da omissão inconstitucional (como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão) e do papel do Supremo Tribunal Federal na concretização constitucional. Ausência de resposta jurídica eficaz ao comando constitucional de combate à discriminação e ao preconceito contra lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais é intolerável em quadro social no qual centenas de indivíduos são mortos a cada ano primariamente por causa de sua orientação sexual. Caso se entenda que atos discriminatórios contra homossexuais não foram criminalizados pela Lei 7.716/1989, deve-se reconhecer ausência de norma regulamentadora que inviabiliza o exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero, bem como da liberdade de expressão, sem as quais fica inapelavelmente comprometido o livre desenvolvimento da personalidade, em atentado à dignidade do ser humano, que é fundamento do Estado democrático de Direito em que se erige a República

Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição). Deve ser julgado procedente o pedido de reconhecimento de mora do Congresso Nacional em editar diploma legal voltado à criminalização de práticas homofóbicas e transfóbicas. (ADO 26, 2015, p. 21-22).

Embora tenha sido reconhecida a procedência do pleito quanto ao reconhecimento da mora legislativa, não há como mensurar objetivamente o tempo adequado para a duração do processo legislativo, dada a natureza política dessa atividade e suas diversas nuances e variáveis.

Portanto, ao passo que não é adequado firmar um prazo peremptório para o Congresso Nacional cumprir as disposições constitucionais, não se pode tolerar um período indeterminado de *inertia deliberandi*. O único prazo rígido que se tem para hipóteses de omissão inconstitucional diz respeito ao intervalo de trinta dias, para que órgão administrativo tome as providências necessárias para implementar a medida (art. 103, §2º, da CF/1988); todavia, o cabimento deste prazo não se amolda à situação descrita.

Na hipótese de o prazo estipulado pelo Supremo Tribunal Federal não ser observado, a omissão legislativa poderá ser suprida normativamente pela própria Corte. É o que dispõe parte da doutrina, sendo também chancelado pela lei do Mandado de Injunção (Lei n. 13.300/2016) em seu art. 8º, de onde se extrai um permissivo geral para uma decisão de traços marcadamente aditivos:

A título de proposição, sustenta-se que mais conveniente e eficaz seria se o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional a omissão e fixasse prazo para que o legislador omissor suprisse a omissão inconstitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. O prazo poderia corresponder ao prazo da apreciação em “regime de urgência” que, nos termos do art. 64, § 2º, do texto, é de quarenta e cinco dias. Pois bem, finalizado o prazo, sem qualquer providência adotada, poderia o próprio Supremo, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante. Esta decisão normativa do Supremo Tribunal

Federal, de caráter temporário, viabilizaria, desde logo, a concretização de preceito constitucional. Estariam então conciliados o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais (PIOVENSAN *apud* MELLO, ADO 26, 2015, p. 28-29).

No sentido do reconhecimento de atribuição normativa ao Poder Judiciário ante a mora legislativa como mecanismo hábil a tutelar os direitos fundamentais, conclui o relator:

Nesse sentido, será possível acolher o pedido de aplicação da Lei 7.716/1989 para todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente), ofensas (individuais e coletivas), homicídios, agressões, ameaças e discriminações motivadas por orientação sexual ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima. Tal pedido repousa na técnica de interpretação conforme a Constituição, em que o Supremo Tribunal Federal poderá adotar decisão de perfil moderadamente aditivo a partir da legislação existente. Ao tempo em que se respeita a vontade manifesta do Poder Legislativo, externada em lei vigente por ele criada, concede-se interpretação extensiva, sintonizada à realidade social. A propósito, está expresso na redação do art. 10 da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental) que o Tribunal pode, no momento da decisão, fixar “as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”, regime que é perfeitamente cabível para processos decisórios em questões de constitucionalidade de modo geral (ADO 26, 2015, p. 29).

Enfim, eis o dispositivo que encerra o julgamento da questão:

Por fim, pode ser acolhido o pedido maior da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para que o próprio Supremo Tribunal Federal proceda à regulamentação dos dispositivos constitucionais invocados como carentes de interposição legislativa, enquanto não sobrevier edição de

lei específica pelo Congresso Nacional. A possibilidade de construção normativa no controle de constitucionalidade é reconhecida no quadro atual da jurisdição constitucional e expressamente oferecida na Constituição brasileira por meio do mandado de injunção (ADO 26, 2015, p. 29).

Uma ressalva importante feita pelo ministro-relator, Celso de Mello, trata das limitações ao exercício da competência normativa exercida pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo ele, a atuação normativo-concretizadora provisória da Corte deve seguir determinados parâmetros normativos já existentes e vigentes, a fim de estender ao caso concreto uma previsão normativa já chancelada pelo ordenamento e devidamente aprovada, conforme o rito constitucional, sob pena de se incorrer numa postura demasiadamente ativista, que não é bem recepcionada no ordenamento pátrio.

No caso em análise, poderia ser empregada a redação de um projeto de lei em curso ou mesmo do Código Penal do Senado, que, em seu art. 487, prevê punição a crimes discriminatórios, contemplando expressamente, na elementar do *caput*, a punição por motivo de discriminação ou preconceito de “identidade ou orientação sexual”.

No final, o relator destaca que, embora a atuação normativa do Poder Judiciário não seja a mais apropriada, tendo em conta o sistema jurídico-tradicional que prevê a separação dos poderes, esta se mostra necessária e legítima, enquanto medida excepcional, para tutelar os bens jurídicos mais caros ao direito brasileiro, ante a inércia do Congresso Nacional.

A segunda ação julgada com o mesmo objeto ligado à criminalização da homofobia e da transfobia é o MI 4.733 da relatoria do Ministro Luiz Edson Fachin. Os fundamentos dispostos no voto do MI 4.733 são convergentes com aqueles já explicitados a respeito da ADO 26 DF. Primeiramente, tem-se como atentatório à noção de Estado Democrático de Direito a tolerância quanto a qualquer forma de discriminação, o que abrange, inclusive, a represália quanto à orientação sexual dos indivíduos, constituindo-se em afronta ao princípio da isonomia que pautas as disposições constitucionais.

Mais uma vez o relator destaca a existência de diversos documentos

internacionais ratificados pelo Brasil, dos quais se subsume o comprometimento do Estado brasileiro no combate a quaisquer formas de discriminação. Ademais, elenca a base constitucional que sustenta a criminalização das referidas condutas, a exemplo do princípio da dignidade humana, do direito à igualdade e do mandamento constitucional de criminalização de atitudes discriminatórias.

Em seguida, o relator trata do reconhecimento da nocividade da omissão legislativa quanto à tipificação da discriminação por razões de identidade de gênero⁵⁰ e orientação sexual,⁵¹ uma vez que, ao assim portar-se, faz do direito deste grupo um bem jurídico não tutelado pelo ordenamento brasileiro, tornando-o uma exceção flagrantemente inconstitucional ao princípio da igualdade.

Neste ínterim, também legitima o remédio constitucional empregado, o mandado de injunção, como instrumento apto a sanar a omissão legislativa invocando a favor do jurisdicionado um “direito subjetivo à legislação”. Para melhor entendimento, leia-se os termos do acórdão:

No que tange ao objeto, é preciso advertir que, ao contrário do que consignou a Advocacia-Geral da União em sua manifestação, a existência do direito subjetivo à legislação é evidente. Como se sabe, a jurisprudência deste Tribunal

⁵⁰ Identidade de gênero: a “pessoa o sente, o qual pode ou não corresponder com o sexo designado no momento do nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo (que pode compreender – ou não – a mudança da aparência ou função corporal, por meio de procedimentos médicos, cirúrgicos ou de outra índole, sempre que ela for livremente escolhida) e outras expressões de gênero, incluindo a vestimenta, o modo de falar e as maneiras. A identidade de gênero é um conceito amplo que cria espaço para a autoidentificação, e que faz referência à vivência que uma pessoa tem de seu próprio gênero. Assim, a identidade de gênero e a sua expressão tomam muitas formas, algumas pessoas não se identificam nem como homens nem como mulheres, ou se identificam como ambos”. (Corte Interamericana de Direitos Humanos, OC-24/17, 24.II.2017, par. 32.f., tradução livre).

⁵¹ Orientação sexual: “Se refere a atração emocional, afetiva e sexual por pessoa de um gênero diferente do seu, ou do seu mesmo gênero, ou de mais um gênero, assim como a relações íntimas e/ ou sexuais com essas pessoas. A orientação sexual é um conceito amplo que cria espaço para a autoidentificação. Ademais, a orientação sexual pode variar no tempo, incluindo a atração exclusiva ou não exclusiva ao mesmo sexo ou ao sexo oposto. Todas as pessoas têm uma orientação sexual, a qual é inerente a identidade da pessoa” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, OC-24/17, 24.II.2017, par. 32.l., tradução livre).

tem advertido que o cabimento do mandado injunção só pode ocorrer quando, simultaneamente à previsão do direito à legislação no próprio texto constitucional, houver a imposição do dever estatal de legislar (MI 4.733, 2019, p. 3-4).

No mesmo sentido, observe-se a posição do Ministro Celso de Mello quanto ao cabimento e à utilidade do mandado de injunção no julgamento do MI 642:⁵²

Na verdade, o mandado de injunção busca neutralizar as consequências lesivas decorrentes da ausência de regulamentação normativa de preceitos constitucionais revestidos de eficácia limitada, cuja incidência – necessária ao exercício efetivo de determinados direitos neles diretamente fundados – depende, essencialmente, da intervenção concretizadora do legislador (MI 642, 2001, p.3)

Na presente situação, o direito subjetivo à legislação depreende-se do art. 5º, XLI, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Ainda, frise-se que, consoante magistério do Ministro Gilmar Mendes, o fato de tramitarem no Congresso Nacional projetos de lei sobre a matéria objeto do mandado de injunção não obsta o reconhecimento da omissão inconstitucional (ADI 3.682).

As informações trazidas pelo *amicus curiae* de fato qualificaram o contraditório e trouxeram dados estatísticos que corroboraram a inviabilidade da manutenção de tal omissão inconstitucional:

O quadro de violações, portanto, há muito está reconhecido, a impedir que se acolha a tese de se aguardar a apreciação pelo Congresso Nacional das omissões que se lhe imputam.

⁵² O objeto do MI 642 diz respeito à redação do art. 135 do CPC/2015, que dispõe sobre a possibilidade de o magistrado declarar-se suspeito nas ações em que atue. A injunção postula que, por ato legislativo, atribua-se ao magistrado o dever de declarar a suspeição, por motivo de foro íntimo, incumbindo-lhe também a fundamentação das razões da suspeição. O referido MI não foi julgado no mérito por impropriedade do instrumento utilizado para questionar a redação do dispositivo processual, contudo, ao assim decidir estabeleceu parâmetros de cabimento do mandado de injunção.

Nenhuma instituição pode deixar de cumprir integralmente a Constituição (MI 4.733, 2019, p. 9).

Está bem assentado, nos precedentes da Suprema Corte, que a liberdade de orientação sexual⁵³ é um elemento integrante da liberdade individual e, por conseguinte, um direito fundamental. Ademais, “a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la” (ADI 4.275, Rel. Min. Marco Aurélio).

A questão crucial deste precedente era determinar se, de fato, havia um mandamento constitucional de legislar, a fim de que pudesse ser caracterizada a omissão legislativa. A resposta a este quesito foi afirmativa, de modo que o relator enquadrou a ausência de normatização como violação do princípio da proporcionalidade, na modalidade de proibição da proteção insuficiente:

À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se, portanto, da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, incluindo, por evidente, a de orientação sexual e de identidade de gênero (MI 4.733, 2019, p. 20).

O relator destaca iniciativas do legislador pátrio, no sentido de dar cumprimento ao preceito constitucional de vedação da discriminação, o que fez através da Lei n. 7.716/1989, que elenca os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e da Lei n. 10.741/2003, que incluiu o §3º ao art. 140 do Código Penal, em que tipifica a denominada “injúria racial”. Em que pese referidas inovações legislativas, permanece vácuo quanto à tipificação de condutas atentatórias à liberdade de orientação sexual.

Para tais ocasiões de mora legislativa, existe a previsão legal do

⁵³ O caso *Tommen vs. Australia* determinou a modificação do termo “sexo” para “orientação sexual”, no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Esta simples alteração repercutiu internacionalmente nos precedentes de diversos tribunais, de modo a reconhecer a tutela da orientação sexual como elemento integrante da dignidade humana.

mandado de injunção disposto na Lei n. 13.300/2016, em cujo art. 8º impõe que se determine “prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora”. Contudo, em situação de permanência da mora legislativa, não é admissível chancelar também a mora jurisdicional, razão pela qual, nestas hipóteses de excepcionalidade, permite-se ao Judiciário suprir a iniciativa legislativa. Nesse sentido, elucida o relator Min. Luiz Edson Fachin:

É certo que, desde o julgamento dos mandados de injunção referentes ao exercício do direito de greve por servidores públicos, este Supremo Tribunal Federal superou sua antiga jurisprudência para reconhecer ser cabível ao Poder Judiciário atuar nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo (MI 670, Rel. Ministro Maurício Corrêa, Rel. para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Pleno, DJe 30.10.2008). No entanto, também fez expressamente consignar que tal atuação dá-se em caso de permanência da mora, quando o risco de omissão puder se transmutar em omissão jurisdicional (MI 4.733, 2019, p. 20).

Quanto à possibilidade de suprimento da lacuna normativa por ato do Tribunal Constitucional, observe-se o julgado colacionado pelo relator:

*A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). [...] 3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. **Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster***

de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.

3.4. *A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial.* 3.5. *Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 20).”* (MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011).

Tal orientação foi também acolhida pela Lei 13.300, a qual previu, em seu art. 8º, II, que, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado, caberia ao Judiciário “estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos” (MI 4.733, 2019, p. 21-22).

No encerramento do acórdão, o relator constata o quão nefasta é a exclusão da comunidade homossexual da abrangência do ordenamento e nas normas infraconstitucionais de proteção contra discriminação de gênero, consagrando, pois, uma sentença de perfil aditivo que termina com o seguinte dispositivo:

Julgo procedente o presente mandado de injunção, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à

discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero (MI 4.733, 2019, p. 26).

Destarte, em vista das duas ações constitucionais manejadas para o reconhecimento da omissão inconstitucional quanto à criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas, é possível visualizar seus pontos de convergência quanto aos fundamentos e os traços aditivos que permearam ambos os pronunciamentos. Nas duas situações, foi reconhecido o mandamento constitucional para criminalizar todos os comportamentos discriminatório-atentatórios a direitos e liberdades fundamentais, o qual foi apenas parcialmente cumprido pelo legislador, uma vez que se olvidou de incluir determinados grupos sociais marginalizados, na tipificação penal.

Reconhecido mandamento constitucional e a mora legislativa, a primeira opção seria provocar o legislador para tal regulamentação. Contudo, sabe-se que o processo legislativo, em vista de seu caráter político, tende a ser moroso. Logo, tendo em conta as dramáticas estatísticas de violação aos direitos da comunidade LGBT acostadas aos autos, o Poder Judiciário optou por regular a matéria provisoriamente, a fim de evitar a persistência de tais atentados ou, ao menos, inviabilizar sua impunidade.

Ante o exposto, percebe-se a função democrática das sentenças aditivas, no sentido de viabilizar o exercício de direitos fundamentais e sancionar a omissão legislativa inconstitucional. Estes são apenas alguns exemplos da adesão da jurisprudência brasileira à técnica das sentenças aditivas e, de imediato, percebe-se o impacto positivo na implementação de direitos e garantias constitucionalmente assegurados aos cidadãos, sem que isso implique quebra da cláusula de separação dos Poderes de Estado. A função normativa do Tribunal Constitucional brasileiro supera o dogma do legislador negativo, sem caracterizar usurpação da competência dos demais Poderes, afinal, como já referido, sua atuação dá-se em caráter supletivo e transitório, visando alcançar ao indivíduo prerrogativas que lhe são asseguradas, mas não eficazes por inércia do Poder Legislativo.

A crescente crise de representatividade, no Brasil, outorgou ao Poder Judiciário legitimidade democrática, para prolatar sentenças com efeitos aditivos, ainda que não seja sua competência típica nem a solução mais

adequada, em vista do caráter precário da regulamentação. Contudo, trata-se de uma solução alternativa que concilia a concretização de uma tutela jurisdicional efetiva com a eficácia do texto constitucional, que é norma inspiradora a todo arcabouço normativo pátrio, cuja implementação deve ser a prioridade de todas as ações do Estado.

5. REFLEXÕES FINAIS ACERCA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Diante do exposto, percebe-se o papel fundamental do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, um mecanismo criado pelo legislador, para assegurar a coerência do ordenamento jurídico-pátrio, ratificando a supremacia constitucional enquanto pressuposto fundador da ordem legal e da atividade jurisdicional.

A constatação de uma inconstitucionalidade permite que se acione prontamente o aparato judicial, a fim de que se ajuste determinado preceito ou comportamento aos ditames da Constituição, de maneira a converter um ato ilegítimo ao seu cabimento adequado. Ora, das tantas inconstitucionalidades referidas neste trabalho, talvez a mais complexa seja a inconstitucionalidade por omissão, eis que manter original neste caso, uma mera declaração com efeitos retroativos não resolve o problema, podendo, ao revés, agravar as nefastas consequências.

Portanto, ante a identificação de uma inconstitucionalidade por omissão, não se pode permitir a inércia da magistratura nacional, ao apreciar flagrantes violações de direitos fundamentais por ausência de regulamentação do Poder competente. Como já explicitado, existem diversos dispositivos normativos que preveem mecanismos aptos a combater tal omissão, em especial a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, os quais partem da verificação da omissão para notificação do poder competente, a fim de que tome providência eficaz no sentido de sanar o vício.

Contudo, sabe-se que a atividade legislativa, por natureza, não é célere, o que conduz a uma conclusão não satisfatória, qual seja: o indivíduo lesado deverá aguardar uma providência por período indeterminado. Soa completamente desarrazoado e incompatível com a ordem constitucional vigente tolerar a situação de impossibilidade do exercício de prerrogativas constitucionalmente asseguradas, simplesmente por inexistir regulamentação a respeito. Em face deste cenário, o que o presente trabalho visa demonstrar é a viabilidade de conferir às Cortes Constitucionais, em caráter precário e subsidiário, uma função normativa que permita delimitar, no próprio pronunciamento judicial, as condições de exercício de um direito constitucionalmente assegurado, outorgando ao requerente uma tutela jurisdicional eficaz,

sem usurpar a competência dos demais Poderes.

Esta atribuição normativa das Cortes, que se dá em caráter supletivo ante a omissão do Poder competente, e sob a condição resolutiva, haja vista que perdurará somente até regulamentação adequada da matéria, foi desenvolvida pela doutrina estrangeira e constitui-se em uma técnica denominada “sentenças aditivas”. O emprego desta técnica pressupõe não apenas a constatação de uma omissão inconstitucional, como também exige a observância de parâmetros constitucionais na normatização, bem como no exercício de tal competência, sob pena de violação da cláusula de separação dos poderes.

A função normativa das Cortes é criticada por parte da doutrina, por visualizar neste exercício a demonstração do “ativismo judicial”; entretanto, discorda-se desta classificação, pois o que é defendido neste trabalho não é uma atuação discricionária dos tribunais, mas uma competência residual que se implementa, no sentido de assegurar a eficácia das disposições constitucionais para seus titulares. Não há que se falar em usurpação de competência, uma vez que, como já referido, a regulamentação produzida pela Corte é precária, perdurando apenas enquanto não editada norma pelo poder competente, não se confundindo com a função legislativa que possui um titular próprio. Ademais, tal conduta proativa das Cortes não merece represálias, mas tão somente elogios, uma vez que, se bem empregada, possibilita o exercício de direitos fundamentais do cidadão, que restavam obstados por ato que não lhes era imputável.

A partir de uma interpretação cuidadosa do art. 8º da Lei n. 13.300/16, pode-se visualizar uma autorização para tais pronunciamentos de efeitos aditivos, e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal coaduna-se com esta orientação. Conforme demonstrado na análise de alguns precedentes do Supremo, a técnica de sentenças aditivas tem sido empregada com cautela no Brasil e demonstra efeitos tremendamente eficazes, quando combinada aos efeitos *erga omnes* que a lei autoriza.

Em vista do exposto, percebe-se a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, enquanto instituição, para exarar sentenças de efeitos aditivos, como forma de alcançar aos cidadãos que postulam no Judiciário os direitos que lhe são constitucionalmente assegurados, contudo, inviabilizados por ato imputável ao legislador ordinário.

Fala-se em um direito fundamental à eficácia da Constituição, o que parece bastante adequado, haja vista que se trata da norma inspiradora de todo ordenamento jurídico- brasileiro e, por conseguinte, mais do que qualquer outra norma deve ser observada e implementada. Embora a atividade dos Tribunais Constitucionais comporte diversos limites, verificada a lacuna deixada pelo legislador, nenhum fundamento deve ser suficiente para justificar o descumprimento persistente de direitos fundamentais, razão pela qual, diante da crise de representatividade vigente no Brasil, invoca-se a legitimidade da técnica de sentenças aditivas, para atender aos reclamos da população, titular de um direito subjetivo a uma tutela jurisdicional eficaz, que lhe preste os direitos obstados por motivações impróprias, bem como alcance uma resposta satisfatória às controvérsias jurídicas submetidas à apreciação.

Referências

- ARANA, Jayme Gustavo. **Histórico do controle de constitucionalidade**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13650. Acesso em: 27 mar. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32.
- BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto**. Turim: Giappichelli, 1996.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. Bauru, SP: Edipro, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BONSAGLIA, Alexandre Antonucci. **Sentenças aditivas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2010. 73 f. Monografia (TCC de Pós Graduação em Direito) – Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2010.
- BRASIL. **ADI 3.510**. Relator: Min. Ayres Britto. Voto: Min. Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 15 ago. 2019.
- BRASIL. **ADO 26 DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.
- BRASIL. **MI 4.733**. Relator: Min. Luiz Edson Fachin. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403970>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 de out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 1º ago. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016**. Brasília, DF, 23 de jun. de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm. Acesso em: 1º ago. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Brasília, DF, 10 de nov. de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm. Acesso em: 1º ago. 2019.

BRUST, Léo. **Controle de constitucionalidade: a tipologia das decisões do STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CHAVES, André Luiz Maluf. **Lei do mandado de injunção abre portas para sentenças aditivas**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-25/andre-maluf-lei-mandado-injuncao-abre-portas-sentencas-aditivas>. Acesso em: 27 mar. 2019.

CHAVES, André Luiz Maluf; PEREIRA, Thiago Rodrigues. Sentenças aditivas no direito italiano e a sua viabilidade na jurisdição constitucional brasileira. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, ano 7, n. 2, p. 167-191 jul./dez. 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

FAVOREU, L; LUCHAIRE, F. *et al.* **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Trad. de Luis Aguiar de Luque e Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

FELLET, André Luiz Fernandes *et al.* **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

FERNANDES, Eduardo Faria. **Princípio da vedação à proteção insuficiente**. 2011. 25 p. Artigo apresentado à Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de pós- graduação. Rio de Janeiro, 2011.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FREEMAN, Samuel. **Democracia e controle jurídico da constitucionalidade**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SO102-64451994000100010. Acesso em: 20 ago. 2019.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito constitucional supranacional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **A arguição de relevância: a repercussão geral das questões constitucional e federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Trad. de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Críticas a diversos autores e dogmas jurídicos).

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052. Acesso em: 27 mar. 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Almedina, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição federal comentada: com súmulas e julgados selecionados do STF e outros tribunais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. t. II.

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**: garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v.I.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Bárbara Emilie dos. **Ativismo judicial**: conceito e diferenciações. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ativismo-judicial-conceito-e-diferenciacoes,56618.html>. Acesso em: 27 mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA FILHO, Ademar Borges de. **Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Tribunal constitucional como poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal. 49. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. III.



978-65-5807-018-4



9 786558 070184

