



FACULDADES INTEGRADAS DE PONTA PORÃ

AMANDA GARCIA LISBINSKI

**ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SUPRIMENTO
DE OMISSÃO LEGISLATIVA FRENTE AO SISTEMA DE SEPARAÇÃO DE
PODERES**

PONTA PORÃ

2019

AMANDA GARCIA LISBINSKI

**ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SUPRIMENTO
DE OMISSÃO LEGISLATIVA FRENTE AO SISTEMA DE SEPARAÇÃO DE
PODERES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Banca Examinadora das Faculdades Integradas de
Ponta Porã, como exigência parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Me. Elvis de Assis Amaral

PONTA PORÃ

2019

AMANDA GARCIA LISBINSKI

**ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SUPRIMENTO
DE OMISSÃO LEGISLATIVA FRENTE AO SISTEMA DE SEPARAÇÃO DE
PODERES**

Trabalho de Conclusão Curso – TCC. Apresentado à Banca Examinadora das Faculdades Integradas de Ponta Porã, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Me. Elvis de Assis Amaral
Faculdades Integradas de Ponta Porã

Prof. Esp. Mauro Alcides Lopes
Faculdades Integradas de Ponta Porã

Prof. Me. Janaina Ohlweiler Milani
Faculdades Integradas de Ponta Porã

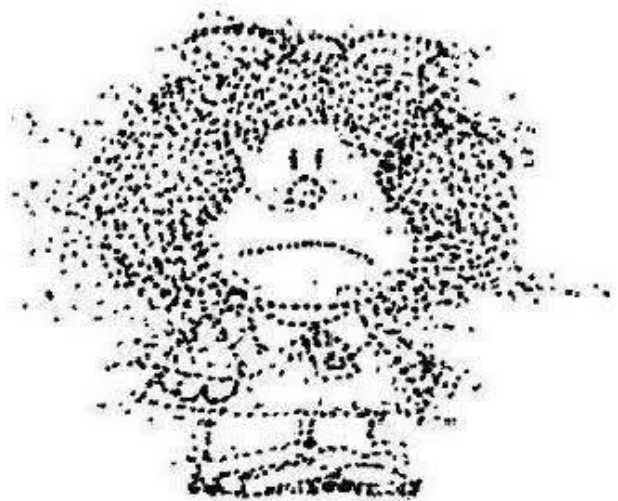
PONTA PORÃ, 16 DE MAIO DE 2020

Aos meus pais, com amor.

AGRADECIMENTOS

A conclusão de uma pesquisa monográfica é o marco de uma trajetória de grandes desafios e obstáculos que são paulatinamente superadas por aqueles que o encaram. Uma caminhada destas, certamente, não poderia ser traçada de maneira solitária, sem o apoio de uma equipe. Por isso agradeço aos que me ajudaram a superar as dificuldades surgidas durante sua elaboração.

AS VEZES VOCÊS
NÃO SE SENTEM UM
TANTO INDEFINIDOS?



(Mafalda, de Quino)

RESUMO

A presente pesquisa tem como finalidade analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal frente inação legislativa. O objetivo central da pesquisa é o de analisar se a atuação proativa do Supremo Tribunal Federal diante de omissão do Poder Legislativo, aqui em referência ao Congresso Nacional, estaria ferindo o princípio da separação de poderes. Para tanto, foi buscado, o surgimento da teoria da separação de poderes, no contexto histórico marcado pelo Iluminismo, por meio de Locke e Montesquieu, e de que forma foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil foi adotado o sistema de tripartição de funções, instituindo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Constatar o momento da ocorrência de uma omissão torna-se um desafio, ao entender que o papel do Poder Legislativo é exercício de forma discricionária e vagarosa. Por meio do processo legislativo é possível verificar a inércia em deliberação de projetos de lei, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, e com isso compreender que as necessidades sociais se encontram abandonados. A judicialização da política surge quando questões tipicamente debatidas no Poder Legislativo, passam a ser decididas pelo Poder Judiciário. Por meio de controle de constitucionalidade da omissão do legislador, o Poder Judiciário examina que o direito ou garantia constitucionalmente garantido, está carente de efetividade por falta de lei infraconstitucional que o regulamente. Para entender de que forma o Supremo Tribunal Federal profere suas decisões, é imprescindível analisar sua trajetória institucional a contar da promulgação da Constituição Federal de 1988, e com isso o fortalecimento da jurisdição constitucional da Corte. Desde o posicionamento autorrestrito à um protagonismo no teor de suas decisões, o Supremo Tribunal Federal assume espaço significativo no ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual sua conduta jurisdicional passa a ser criticada, gerando um debate sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional, e se acaba por interferir na atuação típica do Poder Legislativo, no sentido de ferir a separação de Poderes. Formado em três capítulos, o estudo possui metodologia de pesquisa de abordagem qualitativa, com a utilização de doutrinas e jurisprudência, classificada como pesquisa bibliográfica, bem como análise de estudo de caso. Após o avanço na construção de ideias de diversos autores que se dedicara sobre o tema, será realizado um estudo de caso no último capítulo, com intuito de se concluir que a atuação proativa do Supremo Tribunal Federal é capaz de cumprir com a missão tornar efetivo direito fundamental frustrado em face da omissão inconstitucional do Poder Legislativo, e sem ferir o sistema tripartite de separação de Poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Separação de Poderes – Judicialização – Jurisdição Constitucional – Ativismo Judicial.

ABSTRACT

This research aims to analyze the performance of the Federal Supreme Court against legislative inaction. The main objective of the research is to analyze whether the proactive performance of the Supreme Federal Court in the face of omission of the legislative power, here in reference to the National Congress, would be hurting the principle of separation of powers. For that, it was sought, the emergence of the theory of the separation of powers, in the historical context marked by the Enlightenment, through Locke and Montesquieu, and how it was received by the Brazilian legal system. In Brazil, the system of tripartition of functions was adopted, establishing the Executive, Legislative and Judicial Powers. Finding the moment of the occurrence of an omission becomes a challenge, when understanding that the role of the Legislative Power is exercised in a discretionary and slow way. Through the legislative process, it is possible to verify the inertia in the deliberation of bills, both in the Chamber of Deputies and in the Federal Senate, and thereby understand that social needs are abandoned. The judicialization of politics arises when issues typically debated in the Legislative Branch are decided by the Judiciary Branch. Through the constitutionality control of the legislator's omission, the Judiciary examines that the constitutionally guaranteed right or guarantee is ineffective due to the lack of infra-constitutional law that regulates it. In order to understand how the Federal Supreme Court renders its decisions, it is essential to analyze its institutional trajectory as of the promulgation of the 1988 Federal Constitution, and with it the strengthening of the constitutional jurisdiction of the Court. From the self-restricted stance to a leading role in the content of its decisions, the Supreme Federal Court assumes significant space in the Brazilian legal system, which is why its jurisdictional conduct is now criticized, generating a debate on the legitimacy and limits of constitutional jurisdiction, and it ends up interfering in the typical performance of the Legislative power, in the sense of hurting the separation of Powers. Formed in three chapters, the study has a qualitative research methodology, using doctrines and jurisprudence, classified as bibliographic research, as well as case study analysis. After advancing in the construction of ideas of several authors who had dedicated themselves on the theme, a case study will be carried out in the last chapter, in order to conclude that the proactive performance of the Supreme Federal Court is capable of fulfilling the mission to make effective law fundamental frustrated in the face of the unconstitutional omission of the Legislative Power, and without hurting the tripartite system of separation of Powers.

KEYWORDS: Separation of Powers – Judicialization – Constitutional Jurisdiction – Judicial Activism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABGLT	Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros
ADCT	Ato de Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais
Min.	Ministro
MI	Mandado de Injunção
PPS	Partido Populista Socialista
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. CONTEXTO HISTÓRICO	14
1.1. Da monarquia absolutista à iluminação: Da concentração de poder e a teoria separatista em Locke e Montesquieu	14
1.2. Da aplicação da teoria tripartite no ordenamento jurídico brasileiro: uma nova concepção	17
1.3. Dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.....	21
1.4. Do princípio da supremacia constitucional.....	24
1.5. Da jurisdição constitucional	25
2. A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO E A ATUAÇÃO PROATIVA DO PODER JUDICIÁRIO NO SUPRIMENTO DA OMISSÃO	28
2.1. O silêncio inconstitucional do Poder Legislativo	28
2.1.1. Judicialização da política.....	34
2.1.2. Controle judicial de constitucionalidade da omissão	36
2.1.2.1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	38
2.1.2.2. Mandado de injunção	42
2.2. Trajetória institucional do Supremo Tribunal Federal a partir da Constituição Federal de 1988	46
2.2.1. Da autocontenção judicial – dos posicionamentos concretistas e não concretistas	47
2.2.2. Fortalecimento da jurisdição constitucional da Suprema Corte.....	52
3. ENQUADRAMENTO DA HOMOTRANSFOBIA À LEI 7.716/89 (ADO 26/MI 4733)	59
3.1. Dos dados e resumo do pedido	59
3.2. Análise da votação	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS	73

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como finalidade analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal frente omissões legislativas, e se essa atuação fere o sistema de separação de poderes presente no ordenamento jurídico brasileiro.

A pertinência do tema se dá por críticas apontando a ilegitimidade de atuação proativa do Supremo Tribunal Federal no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e do remédio do mandado de injunção apreciadas pela Suprema Corte. Apontam os críticos que a atuação do Supremo estaria transpondo os limites da genuína jurisdição constitucional, que lhe compete exercer. Dessa forma procurando compreender de que forma se da referida atuação, foi estipulado três objetivos para elucidar a problemática exposta.

Dessa forma, como primeiro objetivo, busca-se verificar dentro do contexto históricos as propostas de separação de poderes elaboradas no período do iluminismo por Locke e Montesquieu, os quais dispõem ser adequada separação do poder em funções certifica que não haja concentração de poder, e com isso abuso por parte de uma minoria no controle. Com isso, compreender de que forma que o ordenamento jurídico adotou tal teoria, e a moldou conforme os preceitos fundamentais da República.

Portanto o ordenamento jurídico brasileiro ramificou o poder em três funções, sendo eles os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, cada um possuindo funções típicas e atípicas a garantir o pleno funcionamento do ordenamento jurídico. Atribuiu ao Poder Judiciário o poder jurisdicional, e com isso ao Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, e com isso o legítimo exercício da jurisdição constitucional.

O exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal garante, por meio de controle de constitucionalidade, que a supremacia constitucional seja garantida, e hierarquicamente superior as leis infraconstitucionais.

Como forma de analisar a omissão do Poder Legislativo, fora estipulado, por meio de estudo para o segundo objetivo específico; a problemática enfrentada por mora excessiva do Poder Legislativo em regulamentar legislação infraconstitucional para efetivar direitos que já são constitucionalmente garantidos.

Nesse caso, por meio do fenômeno da judicialização, essas questões sociais e morais estão sendo levadas ao Poder Judiciário, por meio de ações de controle de constitucionalidade do legislador, para denunciar tal abuso a Carta Magna. Dessa forma, conforme o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o Supremo Tribunal federal passa a analisar tais questões sociais e a proferir decisões.

Conforme a trajetória do Supremo a partir promulgação da Constituição Federal de 1988, pode-se verificar a principio uma atitude passiva e deferente com as ações. Por meio do exercício da jurisdição constitucional, o Supremo até meados de 2007, procurou ser deferente com as discricionariedades políticas do Poder Legislativo, e com isso sendo também deferente quando, em mora excessiva do proveniente do Congresso Nacional, procurar proferir mera declaração de omissão inconstitucional da cúpula legislativa com ou sem recomendação de prazo para que promova uma regulamentação infraconstitucional.

Verifica-se que essa omissão inconstitucional é inviabilizadora do exercício de direitos já dispostos na Constituição Federal. Contudo, em meados de 2007, a jurisprudência da Corte sofreu alterações. Diante de diversos mandados de injunção alegando que servidores públicos federais estavam impedidos de exercer seus direitos de greve por conta de não haver lei regulamentadora infraconstitucional. Registra-se que, fazia cerca de 20 anos da promulgação da constituição até a data dessas ações, evidenciando uma mora excessiva caracterizadora de omissão inconstitucional do Poder Legislativo em efetiva deliberação do projeto de lei, que torne efetivo tais direitos e prerrogativas.

Diante de tal omissão, o Supremo passou a decidir conforme o caso, além de declarar a omissão e cientificar o Congresso Nacional, a tomar medidas com intuito de tornar efetiva tais direitos frustrados diante da omissão normativa. Tais posicionamentos são divergentes na doutrina, e a depender do caso discutido, a Corte atribui diferentes efeitos. Motivo pelo qual, por meio de análise doutrinária busca compreender diferentes posicionamentos.

Como forma de corroborar com a doutrina, será analisada as ações pedindo equiparação da homotransfobia a lei de racismo, e se a atuação do Supremo Tribunal Federal foi legítima ou feriu o sistema de separação de poderes.

Para o desenvolvimento da pesquisa, foram empregadas perspectivas metodológicas para permitir uma compreensão sobre os conceitos de separação de poderes, jurisdição constitucional, autocontenção e ativismo judicial. Saliencia que a

metodologia aplicada é de natureza qualitativa. Dessa forma, por meio de revisão de literatura é possível depreender a produção de ampla consulta em material, assentado em torno dos temas explorados. Além da investigação de fundamentos na legislação vigente e em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, para a defesa das ideias aqui expostas.

Por isso que, quanto aos objetivos específicos, a pesquisa pode ser classificada como bibliográfica, já que seu desenvolvimento se deu preeminentemente com assento no material já elaborado, como em doutrinas de referência, jurisprudência de tribunal, revistas periódicas, e artigos científicos.

Já o terceiro capítulo empreendeu uma análise de jurisprudência, classificada como pesquisa estudo de caso, como aduz Severino (2017, p. 121) “[...] se concentra no estudo de um caso em particular, considerando representativo de um conjunto de casos análogos, por ele significativamente representativo”. Sendo aqui utilizado o levantamento bibliográfico empreendido no decorrer da pesquisa.

Portanto, a partir das pesquisas bibliográficas em doutrina e jurisprudência será possível verificar se o Supremo está agindo com ou sem legitimidade para com o ordenamento jurídico brasileiro.

1. CONTEXTO HISTÓRICO

De início é necessário elaborar uma digressão histórica para ser construída uma sólida base de informações, as quais serão posteriormente abordadas de maneira pormenorizada. Portanto, será realizada uma abordagem histórica acerca da forma de concentração de poder durante a Idade Moderna e o surgimento do movimento iluminista, com a proposta de separar, desconcentrar o poder das mãos de um monarca. Para tanto, as teorias de John Locke e Charles de Secondat Montesquieu serão analisadas em seu momento histórico de nascimento e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1. Da monarquia absolutista à iluminação: Da concentração de poder e a teoria separatista em Locke e Montesquieu

Na Europa continental, os séculos XVII e XVIII são marcados por um regime monárquico absolutista, nos quais o poder estatal se mantinha concentrado em um soberano monarca que ditava regras conforme seu bel-prazer, e não na predominância do bem comum da comunidade. Entretanto, como reação ao regime absolutista monárquico, surgiu um movimento intelectual intitulado Iluminismo, cujos pensadores indignados com o dito regime da época o teorizaram contra, destacando-se John Locke na Inglaterra, e Charles-Louis de Secondat Montesquieu na França Bonavides (2003).

O filósofo John Locke elaborou diversas obras importantes de cunho filosófico e político ao longo da vida, todavia, se destaca para o presente trabalho, a obra intitulada Segundo Tratados Sobre o Governo Civil, publicada originalmente em 1690. Nesta obra, Locke expõe sua teoria sobre a forma de organização do governo civil, questionando os limites e os fins da atuação política de quem a governe, em crítica ao absolutismo monárquico da época.

O argumento em específico da divisão dos poderes do Estado encontra-se no capítulo XII, de nome “Dos Poderes Legislativo, Executivo e Federativo da comunidade”. Estabelece Locke (1994) que o Poder Legislativo é supremo em relação aos outros dois poderes, pois para tanto, lhe é atribuído a tarefa mais importante, que

é de elaborar leis que preservem a comunidade e os seus membros, sendo que o exercício deste é estrito cumprimento do poder que a coletividade lhe confere.

Outrossim, Locke também prevê a presença de um Poder Executivo, ao qual caberia o cumprimento das leis elaboradas pelo Poder Legislativo. A função do Poder Executivo deve ser realizada sem descontinuidade, que execute as leis na medida em que são feitas, motivo pelo qual os Poderes Legislativo e Executivo permanecem sempre separados. Acentua o autor que deve haver uma separação física entre os Poderes Legislativo e Executivo, acreditando que haveria descaracterização dos fins coletivos, se tanto o poder de elaborar as leis quanto o encargo da execução delas estivessem nas mãos da mesma pessoa, culminando em uma tirania à liberdade do povo.

Já o terceiro Poder é denominado Poder Federativo. Segundo o filósofo, esse poder seria a maior expressividade da coletividade, administrando a segurança e do interesse público externo. O Poder Federativo é atribuído pelo Poder Legislativo, à uma pessoa ou órgão, sendo este submetido ao seu controle, no caso, poderá ser cassado sempre que desvirtue a finalidade de alcançar o bem da comunidade.

Contudo, a necessidade de divisão física entre os Poderes Executivo e Legislativo não serve como parâmetro em relação aos Poderes Executivo e Federativo, nestes Locke (1994) aconselha que permaneçam sob titularidade comum, dado que o bom desempenho das funções resulta na expressão da força da coletividade, tanto no cumprimento de leis em âmbito interno como no interesse da coletividade no exterior, como na promoção de pactos e alianças com outras comunidades.

Outrossim, a respeito do Poder Federativo, mesmo sendo considerado uma espécie de terceiro poder, não possui autonomia o suficiente para desvincular-se do Poder Executivo, por conseguinte, assevera Bobbio (1997) que os poderes detalhados por Locke são apenas dois, o Legislativo e o Executivo, mas divididos em três funções. Para Bobbio, o Poder Federativo seria uma junção do Poder Executivo, já que os dois estarão nas mãos de uma mesma pessoa ou órgão.

Portanto, verifica-se que para Locke, que a forma de governo que evitaria a tirania seria a limitação e desconcentração do poder em órgãos estatais, os quais pela própria coletividade podem ser destituídos, pois aqueles que exercem as funções do governo, o fazem em nome do povo para o bem comum; sendo evidente a importância da participação do povo na tomada de decisões do seu governo.

Levando em conta as considerações nesses aspectos, os fortes ideais políticos de John Locke serviram de forte influência para que outros filósofos desenvolvessem suas teses em oposição ao absolutismo, evidenciando, para a delimitação da presente pesquisa, a teoria separatista de Charles de Secondat Montesquieu, o qual tanto difere quanto avança em relação a teoria de Locke por não disciplinar hierarquia entre os poderes, sendo um aperfeiçoamento da teoria, disciplinada especificamente no capítulo XI, Montesquieu trata das leis que formam a liberdade política.

Como visto anteriormente, a teoria da separação de poderes em Montesquieu não é inovadora propriamente dita. Similarmente Locke tratou da divisão dos poderes em funções como instrumento de limitação da atuação de um soberano por abusos deste poder. Contudo, o modelo concebido por Montesquieu é tido como parâmetro nos dias atuais.

A teoria da separação de Poderes é disciplinada no capítulo XI com o nome de “Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição” na obra O Espírito das Leis. Parte da premissa que a separação do Poder é essencial para que haja a liberdade do povo.

Preceitua Bonavides (2003) que separação de Poderes tem como escopo evitar o surgimento do absolutismo, que representaria o fim da democracia e dos direitos fundamentais. É nesses termos que Montesquieu (1996, p. 168) preleciona:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados, o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do Poder Legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Nesse sentido Bittar (2005, p. 195) aduz “os riscos são incalculáveis para o governo do Estado, ao cumularem as funções de julgar, legislar e executar leis os mesmos homens, sejam eles nobres, seja eles homens do povo, o quem quer que seja.” Deste modo, evidente que o poder não deve estar concentrado nas mãos de um indivíduo, como Locke (1994) e Montesquieu (1996) asseveraram em suas obras, mas que deve haver divisão dos poderes para que não haja abusos. Portanto, como base nas teorias de separação de poderes dos autores, torna-se essencial para regular funcionamento do governo.

Assim, Albuquerque (2006, p. 119) disciplina que “Montesquieu estabeleceria, como condição para o Estado de direito, a separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário e a independência entre eles”. Reforçando o pensamento de Albuquerque, Dallari (2010, p. 220) alude “o sistema de separação de poderes [...] foi associada à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos”.

O sistema de freios e contrapesos surge para dar equilíbrio, no sentido de que o poder deve ser limitador do próprio poder. Sendo assim, o Poder Legislativo é competente para elaborar as leis, o Poder Executivo objetiva promover a segurança do povo, e o Poder Judiciário possui a incumbência de punir os crimes cometidos (Montesquieu, 1996), e como cada poder é independente entre si, haveria a limitação de poder entre os poderes.

O sistema de freios e contrapesos na tripartição de poderes é como afirmar que não existe uma separação absoluta entre os três poderes, e sim que cada poder possa vigiar e conter o outro poder, o que seria uma espécie de controle recíproco de cada poder conquanto a sua atuação e de seus afins, protegendo o povo de um eventual excesso e abuso de poder.

Portanto, o sistema tripartite de separação de poderes por Montesquieu prevê que os poderes serão independentes entre si, e também harmônicos. Sendo assim considerado um bom sistema de governo, que foi empregado nas Constituições em diversos países, como lembra Bonavides (2003) “na constituição americana, [...] entra nas cartas francesas [...] também nas Constituições da Alemanha, após haver tido em Constituições quais as da Bélgica, Holanda, Espanha, Áustria, Itália, Dinamarca, Noruega”. O referido sistema foi aplicado em solo brasileiro, como abordado adiante.

1.2. Da aplicação da teoria tripartite no ordenamento jurídico brasileiro: uma nova concepção

É notório que os ideais de John Locke e Charles de Secondat Montesquieu tomassem grandes proporções, sendo aplicados em ordenamentos jurídicos distintos. Ademais há clara menção do sistema tripartite em solo brasileiro.

No ano de 1889 por meio do Decreto n. 01 foi proclamada a República Federativa, passando o país a ser gerido por um governo provisório, sendo extinto o

período de monarquia no país. Com efeito, no ano de 1891 foi promulgada a primeira Constituição Republicana, adotando como forma de governo a república e instituindo a divisão dos poderes como tripartite, definindo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

Ao se constituir república, o país estabeleceu a separação de poderes garantindo que fossem independentes e harmônicos entre si, abolindo a figura do monarca. Desta forma, há uma evidente menção ao sistema de freios e contrapesos de Montesquieu aplicada ao ordenamento jurídico brasileiro. Nestes mesmos termos, dispunha em seu art. 15 da Constituição de 1891 que, “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, executivo e judiciário, harmônicos e independentes”. Dessarte, orientou-se por instituir a cúpula principal do Poder Legislativo federal o sistema bicameral federativo, composto pela Câmara dos Deputados e o Senado Federal, compostos por representantes do povo, os quais responsáveis pela elaboração de leis.

Quanto ao Poder Executivo, o sistema adotado foi o presidencialista, determinando que exerceria o Poder Executivo o Presidente da República, como chefe eleito da nação. Uma curiosa peculiaridade acerca do sistema eleitoral para o cargo de Presidente, preleciona Fernandes (2017) que se durante as eleições presidencialistas nenhum candidato ao cargo obtivesse a maioria absoluta dos votos, a Constituição determinaria ao Congresso que elegeisse o presidente dentre os candidatos ao cargo¹.

Com a promulgação da Constituição de 1891 passou a estabelecer a Justiça Federal, posicionando o Supremo Tribunal Federal na mais alta instância judiciária do país. O órgão supremo passa a ter competências como não antes tratadas, como alude Bastos (1999, p. 108) “O judiciário sai fortalecido, não só com funções que antes não exercia como as do controle dos atos legislativos e administrativos, mas também com as seguintes prerrogativas: vitaliciedade (art. 57²) e irredutibilidade de vencimentos (art. 57 §1⁰³)”.

¹ Art. 47 - O Presidente e o Vice-Presidente da República serão eleitos por sufrágio direto da Nação e maioria absoluta de votos. § 2º - Se nenhum dos votados houver alcançado maioria absoluta, o Congresso elegerá, por maioria dos votos presentes, um, dentre os que tiverem alcançado as duas votações mais elevadas na eleição direta. Em caso de empate considerar-se-á eleito o mais velho.

² Art. 57 - Os Juízes federais são vitalícios e perderão o cargo unicamente por sentença judicial.

³ Art. 57, § 1º - Os seus vencimentos serão determinados por lei e não poderão ser diminuídos.

Portanto houve uma ampliação da competência do Supremo para apreciar questões originárias, como em controle de constitucionalidade das leis, bem como a julgar recursos contra decisões da justiça estadual que questionem a validade ou aplicação da lei federal; bem como lhe foi atribuída como competência recursal em processos que afrontem a própria Constituição Federal.

A Constituição de 1891 evidenciou uma grande falta de implementação quanto a ramificação do poder, produzindo um marco temporal para a decadência do poder moderador até então em vigor. E desta forma, faz-se mister avançar para a Constituição Federal de 1988, e de que forma dar-se-á organização dos poderes, quais os objetivos da atual Carta Magna em face dos direitos fundamentais abordados ulteriormente.

A Constituição Federal de 1988 trouxe esculpido em seu artigo 2º o sistema tripartite de poderes: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Singela alteração do texto constitucional de 1891.

A ideia de separação de poderes sofreu uma espécie de abrandamento quanto ao exercício das funções dos três poderes, sendo também fracionados em funções típicas e atípicas no exercício de suas atribuições legais. Quanto as funções típicas, adequadamente caracteriza Afonso da Silva (2010, p. 108):

“A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis. [...] a função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse”.

A doutrina constitucional aponta um equívoco quanto à nomenclatura utilizada pelo constituinte, afirmando que o termo “poder” estaria erroneamente inserido, dessa forma Bastos (1999, p. 340) acrescenta “[...] daí ser incorreto afirmar-se a tripartição de poderes estatais, a tomar essa expressão ao pé da letra [...] É que o poder é sempre um só, qualquer que seja a forma por ele assumida”. Neste mesmo sentido, complementa AGRA (2018, p. 149) “A terminologia separação de poderes foi expressa de forma errônea, porque na verdade o poder que resvala da soberania é uno. O que se reparte são as funções realizadas por esses poderes [...]”. Dependendo do ensinamento dos autores, é notório a ocorrência de mutação quanto a rigidez clássica, que esvanece conforme a sociedade prossegue, mas preservando a essência da

limitação e controle dos poderes para que assim não haja a concentração da titularidade em um único órgão.

Portanto, ao Poder Legislativo, de forma típica, é conferido as tarefas originariamente de legislar e fiscalizar. Já de forma atípica, este exerce a função de administrar sobre sua organização interna, como em promoção de cargos, ao conceder licenças e férias aos seus servidores; também de forma atípica, a função julgadora quando o Senado Federal julga o Presidente da República por crime de responsabilidade.

Ao Poder Executivo incumbe a prática de atos de chefia de Estado e governo, e a execução de atos da administração pública. De forma atípica o chefe do Poder Executivo Federal poderá, como em natureza legislativa, adotar medida provisória com força de lei⁴; já na função julgadora, aprecia defesas e recursos administrativos de seus pares.

E ao Poder Judiciário, munido da função jurisdicional, por meio de juízes e tribunais, compete compor conflitos de interesse em caso concreto. Sua função atípica de natureza legislativa é a de realizar a organização interna de seus tribunais com a edição de regimento interno⁵, quanto a natureza executiva, de caráter administrativo, este concede férias e licenças tanto aos magistrados quanto aos serventuários⁶.

A ampliação das atribuições aos três poderes constitui um progresso, tal como um minucioso entalhe da teoria de Montesquieu à Constituição Federal de 1988, depurando a demasiada rigidez outrora teorizada, possibilitando a harmonia entre os mesmos.

A Constituição ao manter a cláusula “independentes e harmônicos entre si”. Essa independência de poderes diz respeito a autonomia que os poderes. Nas palavras de Afonso da Silva (2010, p.110):

“A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos tem direito [...]. Há interferências, que visam ao

⁴ Art. 62. 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.

⁵ Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

⁶ Art. 96, inciso I, f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

estabelecimento do sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”.

Não poderiam as funções dos poderes engessarem o funcionamento do estado, afirma Bastos (1999, p. 345) “[...] o esquema inicial rígido, pelo qual uma dada função corresponderia a um único respectivo órgão, foi substituído por outro, onde cada poder, de certa forma, exercita as três funções jurídicas do Estado:

Portanto o Poder Legislativo ao editar uma lei, há a possibilidade de interpenetração do Poder Executivo, que poderá interferir mediante sanção ou veto. E ao Poder Judiciário caberá, conquanto sua eficácia, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não as aplicando. Nas palavras de Afonso da Silva (2010, p. 111) “O Presidente da República não interfere na função jurisdicional, em compensação os ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, sob controle do Senado Federal, a que cabe aprovar o nome escolhido (art. 52, III, a)”.

São estes alguns exemplos de como o sistema de freios e contrapesos atua, seja como limitador, seja para definir a harmonia entre os poderes. Corroborando com os ensinamentos de José Afonso da Silva, Cunha Júnior e Novelino (2018, p. 22): “A independência entre os poderes tem por finalidade estabelecer um sistema de “freios e contrapesos” para evitar o abuso e o arbítrio por qualquer dos Poderes. A harmonia se exterioriza no respeito às prerrogativas e faculdades atribuídas a cada um deles”.

Neste diapasão, é possível verificar como a teoria da tripartição de poderes sofreu consideráveis alterações para se adequar ao ordenamento jurídico brasileiro atual. Para a delimitação da presente pesquisa, a intenção que pretende ser alcançada é a de analisar de que forma os poderes agem, demonstrando que não há uma competição entre si, e sim a determinação de uma conduta de harmônica e equilibrada com vista objetivo de garantir a efetivação de direitos fundamentais, objeto de estudo do tópico seguinte. Portanto, neste sentido a adoção da teoria da tripartição de poderes é tida como um dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, como também os objetivos da Carta Magna.

1.3. Dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil

Os objetivos fundamentais dispostos no art. 3º da CF⁷, diferem-se dos fundamentos (art. 1º da CF⁸), como bem preceitua Bastos (1999), ao afirmar que ambos não podem ser confundidos, mesmo que por vezes aconteça, sendo que os fundamentos são inerentes a própria estrutura do Estado, e os objetivos fundamentais como algo extrínseco a ser conquistado. Nunes Júnior (2019) explica que o dispositivo tem caráter principiológico, portanto não produz efeitos de imediato. Portanto os objetivos fundamentais, consagrados com norma-princípios, são tidos como finalidades, a serem gradualmente concretizados, pelos poderes públicos, que devem empregar esforços necessários para efetiva-los.

Ressalta Agra (2018) que os objetivos fundamentais ali estampados dificultam definições exatas acerca de sua essência, com eficácia mediata, no sentido que o legislador infraconstitucional não pode confrontar o conteúdo de suas disposições. Ademais, alerta Cunha Júnior e Novelino (2018, p. 25) que “o rol é apenas exemplificativo, ou seja, os objetivos fundamentais não se exaurem naquelas expressamente enumerados”.

No mesmo sentido, Nunes Júnior (2019) demonstra que o objetivo fundamental estampado no inciso I, do art. 3º da CF foi inspirado na Constituição de Portugal, em seu preâmbulo, que preconiza criar “um país mais livre, mais justo e mais fraterno”. Sendo a ideia de uma sociedade livre, aquela que conserva e incentiva todas as formas de liberdade, sendo a liberdade de pensamento, de locomoção, de religião, preferência sexual, etc. Como observado por Mendes (2018, p. 1013) “[...] uma sociedade livre pressupõe a liberdade dos indivíduos e cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais de interesse da comunidade”.

Uma sociedade justa é quando cada um tem aquilo que lhe é de direito, que seja produto de seu esforço, de seu trabalho. E que uma sociedade não tolera que a riqueza seja concentrada nas mãos de uma minoria. Já a sociedade solidária é baseada no princípio da solidariedade, na qual todos se auxiliam reciprocamente.

⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Um bom exemplo relativo o princípio da solidariedade encontra-se no Recurso Extraordinário 450.855, relatado pelo Ministro Eros Grau, o qual o a Corte Suprema decidiu que o sistema público de seguridade social é calcado no princípio da solidariedade, os quais os segurados ativos suportam os benefícios pagos aos inativos.

O desenvolvimento nacional também é um objetivo fundamental da República, sendo eles o desenvolvimento econômico, social, cultural, etc. Sendo responsabilidade do poder público equilibrar os desenvolvimentos diversos, e não só o desenvolvimento econômico, como acentuou o Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 3.540-MC, defendendo que o princípio do desenvolvimento sustentável é a chave para o equilíbrio entre as exigências econômicas e ecológicas, referindo-se a importância da preservação do meio ambiente em favor das presentes e futuras gerações.

O inciso III do art. 3º prevê como meta de erradicar a pobreza e a marginalização, a ser alcançada pelo Estado. Tanto o Poder Legislativo quando ao Executivo devem promover políticas públicas com fim de acabar ou minimizar as desigualdades sociais da população.

O último inciso, mas não o menos importante, preceitua o inciso IV que um dos objetivos da república é acabar com todas as formas de preconceito e discriminação. Neves Júnior (2019) alerta que o preconceito em razão de preferência sexual não está expresso no texto, e sim implícito na cláusula “quaisquer formas de discriminação.

O art. 3º, IV da Constituição Federal foi utilizado como principal fundamento da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.277-DF, que equiparou a união homoafetiva à união estável.

Sendo assim, os objetivos fundamentais da república atuam como metas a serem empregadas pelo poder público para alcançar o bem estar da população. Como esclarecido *v. supra*, os objetivos fundamentais explícitos nos quatro incisos constituem rol exemplificativo, abrindo espaço para interpretações legislativas futuras adequadas.

Para a concretização dos objetivos fundamentais da República é necessário reafirmar a supremacia da Constituição, e os meios garantir o respeito a ela. No tópico seguinte será analisado de que forma a ideia de supremacia da Constituição, e a função do Poder Judiciário para assegurar seu cumprimento.

1.4. Do princípio da supremacia constitucional

Tal como os fundamentos e objetivos da República estampados na Constituição Federal, o ponto de partida do interprete há de emanar dos princípios, como bem ilustra Barroso (2003, p. 153) “[...] os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica”. Portanto, eles indicam a base interpretativa das premissas básicas de um mandamento jurídico.

Antes de adentrar no princípio da supremacia, é necessário fazer uma distinção entre princípio constitucional fundamental e princípio constitucional geral. O primeiro traduz as decisões políticas estruturais do Estado, como fundamentos da organização Estatal, Barroso (2003) alerta sobre tamanha importância desses princípios, sob o qual sua superação dependeria de um constituinte originário.

Já os princípios constitucionais gerais não integram como decisão política estruturadora do Estado, e sim, são tidas como importantes especificações dos princípios fundamentais. Esses princípios emanam por toda ordem jurídica definindo direitos, como princípio da isonomia, da legalidade, da liberdade, como preceitua Barroso (2003).

O princípio da supremacia constitucional conduz uma posição hierárquica com as demais normas, Nunes Junior (2019) tal princípio dispõe que todos os atos normativos devem ser compatíveis com a Constituição, tanto a forma (no sentido de seguir os procedimentos no jeito que a Constituição preceitua), quanto material (conteúdo das normas infraconstitucionais estejam em conformidade com a Carta Magna). A inobservância desses preceitos, incide na invalidade dos atos normativos.

A noção de supremacia da Constituição remonta o direito constitucional norte-americano, mais precisamente no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que deu origem ao modelo de controle de constitucionalidade operado pelo Poder Judiciário. Relatam Mendes e Branco (2018), que o caso levou a interpretação judicial a sua superioridade em face da Constituição; no caso, cabe ao Poder Judiciário, frente um conflito entre a Constituição e uma lei infraconstitucional, deve ser aplicada a primeira e desprezada a última. Nesse sentido, cabe ao Poder Judiciário interpretar a Constituição para surtir o máximo de efeitos dela (MENDES e BRANCO, 2018). O assunto terá maior relevância ao tratar de jurisdição constitucional *v. infra*.

A ideia de supremacia da Constituição é expressa pelo controle de constitucionalidade existente no ordenamento jurídico brasileiro. Referido controle é exercido de forma mista, tanto em controle incidental pelo sistema difuso quanto pelo direto chamado de sistema concentrado. Toda e qualquer inconstitucionalidade deve ser declarado pelo Poder Judiciário, que detém a competência privativa para tanto, conforme decisão proferida na ADI 221/DF do Ministro Moreira Alves, que dispõe a inadmissão de declaração de inconstitucionalidade por edição de lei ou ato normativo, sendo de competência exclusiva do Poder Judiciário, por meio de controle de constitucionalidade.

O pleno exercício da supremacia constitucional será exercido por meio do controle de constitucionalidade representado pelo Poder Judiciário. Nas palavras de Mendes e Branco (2018, p. 74, apud VALDÉS, 1998, p. 134): “o controle jurisdicional de constitucionalidade foi o instrumento adotado para sancionar uma plena e efetiva supremacia da Constituição”.

Ante o exposto, a Constituição Federal é a norma suprema de um ordenamento jurídico, sendo hierarquicamente superior as demais leis infraconstitucionais; toda e qualquer lei ou ato normativo que estiver contrário aos preceitos da Constituição, será tido como inconstitucional. Portanto, passa-se a analisar o papel do Poder Judiciário, por meio de sua função jurisdicional, e como funcionaria para garantir a supremacia da Constituição.

1.5. Da jurisdição constitucional

Ao analisar as funções do Estado, é evidente uma íntima relação com a doutrina da separação de poderes, teorizada por Locke e Montesquieu, sendo que a partir último ocorreu uma grande repercussão, adotado no ordenamento jurídico brasileiro como pilar estruturante na República. A separação de poderes compreende a diferenciação das três funções do Estado, a função legislativa, executiva (administração) e a judiciária (jurisdicional); sendo esses poderes a expressão da soberania Estatal.

Esclarecimento acerca da soberania, na doutrina de Alvim (2018, p. 82, apud Chiovenda, 1962) “que é o poder inerente ao Estado, ou seja, a organização de todos os cidadãos para fins de interesse geral; mas este poder único compreende três grandes funções: legislativa, administrativa e jurisdicional”. Cumpre ressaltar, errônea

a afirmação que a separação de poderes seja incomunicável, como explicado anteriormente, os poderes atuam harmonicamente entre si, resultando numa interação dos três poderes, na sua individualidade. No momento, será analisada a função jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário.

A doutrina positivista, representada aqui por Chiovenda (2000), conceitua jurisdição como uma função estatal que busca a concretização dos preceitos estipulados em lei, o qual intervém substituindo o particular. Contudo, tal conceito diminui os poderes dos juízes ao afirmar a substituição da vontade do povo, já que a vontade do povo é expressa em lei, produto da função do legislador.

Já Alvim (2018) conceitua jurisdição como a função pública e soberana do Estado, atuado por meio do Poder Judiciário, independente da natureza, sendo penal ou extrapenal *v. g.*; como uma jurisdição civil em oposição a jurisdição penal, caracteriza uma divisão de critério do trabalho jurisdicional, e que a jurisdição por si só não se divide, pois ela é una. Sendo assim, a jurisdição serve como meio de pacificar as relações sociais no ordenamento jurídico, ao reafirmar a soberania do Estado.

As formas de classificação da jurisdição podem ser adotadas conforme o objeto, como bem esclarece o professor Baracho (1984), sendo dividida em jurisdição ordinária, exercida por juízes de direito; a jurisdição especial, efetuada por órgãos como Senado Federal ou o Tribunal de Contas; a jurisdição administrativa, no qual a administração por procedimento processual específico e com quadro de juízes investidos julgam casos em que a Administração é parte, que não é aplicado no Brasil; e pôr fim a jurisdição constitucional, com objetivo de assegurar e concretizar os mandamentos da Constituição Federal.

A jurisdição ordinária é exercida pelo Poder Judiciário, conforme princípio da inafastabilidade da jurisdição, estampado no art. 5º, XXXV, da CF⁹. E sua regulamentação é realizada por meio de legislação infraconstitucional, contudo, sua titularidade pertencerá sempre ao Poder Judiciário.

Apontamento sobre a jurisdição ordinária e constitucional, nas palavras de Agra (2018) afirma não haver distinção entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional pela ausência de um tribunal constitucional, estruturado para lidar somente com questões envolvendo disposições na Constituição Federal, no caso o Supremo

⁹ Art. 5º, inciso XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Tribunal Federal, não é exclusivamente estruturado tribunal constitucional, bem como os juízes ordinários podem decidir sobre questões de inconstitucionalidade de leis. Portanto no ordenamento jurídico brasileiro a jurisdição constitucional pode ser exercida tanto por sistema concentrado quanto difuso de constitucionalidade.

Ressalta que a competência para exercer a jurisdição constitucional é por todos os juízes e tribunais, situando o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. Nesse sentido, Barroso (2018, p. 232):

A jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Portanto não sendo de competência unicamente do Supremo Tribunal Federal de analisar toda e qualquer inconstitucionalidade com exclusividade (cuja função de um tribunal constitucional), já que os juízes ordinários, por meio de controle difuso de constitucionalidade também podem decidir acerca da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

Realizado os esclarecimentos sobre a jurisdição ordinária e constitucional, Agra (2018) entende que a definição de jurisdição constitucional está vinculada a sua função, que a de concretizar os mandamentos englobados pela Constituição, tornando estruturas normativas abstratas em realidade fática. Sendo a forma mais relevante o controle de constitucionalidade, fiscalizando se as normas infraconstitucionais se amoldam os padrões contidos na Constituição.

Sendo assim, a função da jurisdição constitucional é definida como instrumento de defesa da Constituição, garantindo que suas normas possam ter eficácia concreta, evitando que direitos fundamentais sejam ameaçados. Contudo, essa atuação não se esgota somente no controle de constitucionalidade, como informa Agra (2018), a função da jurisdição constitucional também é a de certificar a independência dos poderes, buscando definir a área de atuação deles, para que não haja conflito que prejudiquem a eficiência do serviço público.

Dessa maneira, um dos alicerces que legitimam a jurisdição é o fato de proteger os direitos fundamentais, mesmo que de forma contrária a disposições populares (AGRA, 2018, p. 666, apud RIVERO, 1987, p. 181). Essa é uma das principais funções da jurisdição constitucional, com efeito as decisões devem ter força vinculante para os demais órgãos estatais.

Realizadas tais constatações sobre jurisdição constitucional, no segundo capítulo terá enfoque em uma problemática, que é a omissão legislativa, que inviabiliza efetivação de direitos garantidos na Constituição Federal. Dessa forma, será analisada as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, no exercício de sua jurisdição constitucional, e se tal atuação está de acordo o princípio da separação de poderes.

2. A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO E A ATUAÇÃO PROATIVA DO PODER JUDICIÁRIO NO SUPRIMENTO DA OMISSÃO

O presente capítulo objetiva verificar a evolução da Constituição Federal, na perspectiva do neoconstitucionalismo, como se dá a aplicação do direito à luz da teoria da separação de poderes. Ademais, será examinado de que forma o Poder Legislativo, colmado de sua inércia, acaba por impulsionar o Poder Judiciário a suprir tal omissão, mediante decisões judiciais nos controles difusos e/ou concentrados de constitucionalidade; como também pelo *writ* do mandado de injunção.

Não se pretende explorar o avanço do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas, provenientes da esfera de atuação do Poder Executivo, quando caracterizado omissão ou mora do administrador, sendo o foco da pesquisa restrito a atuação proativa do Poder Judiciário quanto a inércia inconstitucional do Poder Legislativo conquanto um mandamento ativo da Constituição Federal para que o legislador infraconstitucional o faça.

2.1. O silêncio inconstitucional do Poder Legislativo

Como forma de analisar a suposta atuação deficiente proveniente do Poder Legislativo, faz-se mister analisar o processo legislativo de elaboração de leis e atos normativos no Congresso Nacional, em seu sistema bicameral, e verificar de que forma se dá a omissão pelo órgão e o suprimento desta omissão por via judicial.

O momento mais importante é o de caracterização da inconstitucionalidade por omissão proveniente do Poder Legislativo, de forma ela acontece e como essa omissão impulsiona a tomada de decisões da Suprema Corte Constitucional brasileira. Portanto, como recorte na doutrina, de início será analisado o processo legislativo de elaboração de leis e atos normativos pelo Congresso Nacional.

Quanto a separação em funções do Poder Legislativo aduz Temer (2017) que a estrutura do Poder Legislativo no âmbito nacional é bicameral federativo, sendo composto por duas casas legislativas, a Câmara de Deputados e o Senado Federal. Na primeira se encontra os representantes do povo, sendo os Deputados Federais; na segunda estão os representantes dos Estados e Distrito Federal, os Senadores Federais. As duas casas legislativas compõem o Congresso Nacional.

Portanto a função legislativa de competência da União é exercida pelo Congresso Nacional. Na câmara dos Deputados seus representantes são eleitos pelo povo conforme um sistema proporcional à população de cada Estado, Território Federal e Distrito Federal. O número total de Deputados passa por reajustes todo ano anterior às eleições, para que nenhuma unidade da Federação possua menos de oito e nem mais que setenta representantes eleitos pelo povo, deixando claro que a proporcionalidade se dá conforme a população, e não conforme o número de efetivos eleitores.

Já o Senado Federal é composto por representantes dos Estados e Distrito Federal, eleitos pelo povo, mas que não em um sistema proporcional à população e sim em observância ao princípio majoritário, ficando eleito Senador o candidato que lograr maior número de votos na eleição, havendo um número limitado fixo de três Senadores, sendo cada senador eleito juntamente com dois suplentes.

As duas casas legislativas funcionam com autonomia própria, dispendo de sua organização interna, atuação dos seus servidores, bem como para criar, transformar ou extinguir cargos e funções deles, fixando a respectiva remuneração; e demais prerrogativas de organização interna de cada uma das casas.

Não se faz pertinente aprofundamento teórico acerca das competências exclusivas das casas, com receio de afastar do foco da pesquisa, destacando-se um panorama do processo legislativo de elaboração de leis ordinárias e complementares, e examinar a incidência de uma omissão inconstitucionais pelos Parlamentares. Formado o Congresso Nacional, a ele compete a elaboração de atos normativos, e mediante o processo legislativo, o qual dispõe de regras procedimentais, previstas na Constituição, envolvendo a elaboração das espécies normativas, seguindo regra procedimentais rigorosas. José Afonso da Silva (2010, p.525) define processo legislativo como um “[...] um conjunto de atos preordenados visando a criação de normas de Direito. Esses atos são: (a) iniciativa legislativa; (b) emendas; (c) votação;

(d) sanção e veto; (e) promulgação e publicação”. Tratadas de maneira pormenorizada em aplicação ao processo legislativo de formação de lei ordinária.

A iniciativa legislativa é o ato que deflagra o processo de criação de lei, a faculdade que se atribui a alguém ou a algum órgão para apresentar projeto de lei perante o Poder Legislativo. Com previsão legal no caput do art. 61 da Constituição Federal¹⁰.

A iniciativa pode ser de competência exclusiva ou concorrente. A iniciativa concorrente é tida no *caput* do artigo acima mencionado. A iniciativa exclusiva, pode-se citar como exemplo a do Presidente da República, que possui a competência exclusiva para propor iniciativa de lei quanto a (I) fixação ou modificação dos efetivos das Forças Armadas; (II) dispor sobre (a) a criação de cargos, funções, empregos públicos da administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, entre outras, previstas no §1º, e incisos, do art. 61 da Carta Magna.

Conforme a doutrina de Mendes e Branco (2018), a segunda fase, a constitutiva, é intitulada de discussão, quando o projeto é debatido nas comissões e nos plenários das casas legislativas. Nessa fase podem ser propostas emendas ao projeto, contudo, a emenda sofre diversas restrições, como a limitação de emenda quando o projeto de lei, *v.g.* implicar em aumento de despesa previstas nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República.

Essa tramitação de discussão se opera tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal. Se a segunda Câmara, chamada de revisora, encarregada de apreciar o projeto de lei, aprovar o projeto, então será encaminhado para sanção ou promulgação; contudo, se emendar, deverá devolver o projeto de lei à Casa iniciadora (que pode ser tanto a Câmara dos Deputados como o Senado Federal, a depender de quem foi a iniciativa), e este de contemplará a emenda, ou se a rejeitar, o projeto será arquivado conforme art. 65 *caput*, parágrafo único da CF¹¹.

É visível que a Carta Magna imputou certa preponderância à Casa legislativa revisora na tramitação do processo legislativo. É a que esta pode arquivar o projeto sem o conhecimento da Casa iniciadora. Nesses termos Temer (2017, p. 139):

¹⁰ Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

¹¹ Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

A matéria constante de projeto de lei arquivado ou não sancionado somente poderá constituir objeto de novo projeto de lei na mesma sessão legislativa (refere-se à sessão anual) mediante proposta da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. É, este, mais um caso de iniciativa conferida à maioria absoluta das Casas do Congresso Nacional; só esta pode propor projetos de lei que abrigue matéria contida em anterior projeto rejeitando ou não sancionado.

A próxima fase é a votação, após discutir o projeto há a votação, que respeitará as regras a depender do tipo de lei em discussão, se for a discussão quanto a legislação ordinária, a aprovação se verifica por maioria simples dos presentes, conforme o disposto no art. 47 da Constituição Federal, *in verbis*: “Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros”.

Portanto será instalada sessão deliberativa com a presença da maioria dos integrantes da Casa Legislativa (51% dos membros), estando presentes, será deliberado, e a aprovação decorre da maioria dos votos favoráveis dos presentes na sessão, art. 47 da CF. *v. supra*.

A quarta fase é a de sanção e veto, momento que o chefe do Poder Executivo participa do projeto de elaboração das leis, que pode acontecer tanto na iniciativa (quando o projeto parte do Presidente da República); a sanção é a concordância aos termos do projeto de lei. A sanção presidencial pode ser expressa ou tácita, expressa quando manifestar-se no prazo de até 15 dias, e tácita quando queda-se silente. Ou, ainda, pelo veto, quando discorda dos termos de um projeto de lei, que há de ser sempre motivado, verificando a constitucionalidade e/ou existência de interesse público.

Segue-se então, à fase de promulgação, que será realizada pelo Presidente da República, ato pelo qual o Poder Executivo atesta a autenticidade da lei, ordenando sua validade, aplicação e cumprimento legal. A última fase do processo legislativo é a fase de publicação, que é o ato que visa dar conhecimento a todos da norma jurídica inovadora. Será publicada em órgão oficial, marcando o momento em que o cumprimento da lei passará a ser exigido.

Há de se destacar, primeiramente, um delineamento no âmbito deste estudo, que envolve análise do processo legislativo, importando a primeira parte, que é a fase de deliberação e voto, na qual está calcado o objeto central desta investigação ao tratar da omissão do legislador.

Até o momento tratou-se da separação de poderes, de que forma os poderes atuam, a existência do sistema de freios e contrapesos para que não haja concentração e com isso, o abuso de poder por parte de uma minoria no poder. Agora, indaga-se: e se um dos três poderes não cumpre com sua função típica e acaba por deixar uma parte da população sem o provimento necessário para o livre exercício de seus direitos, de que forma outro poder atua para sanar tal deficiência?

Bem, havendo uma norma de eficácia limitada, ao poder Público recai a obrigação de prover meios que efetivem de fato essa garantia ou prerrogativa, mediante legislação infraconstitucional.

Ao abster-se o legislador ou o chefe do Poder Executivo, surge uma moléstia, uma omissão, que é combatida mediante ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou pelo remédio constitucional do mandado de injunção, ambos perante o Poder Judiciário. Um formidável aperfeiçoamento pelas palavras da ilustre Flávia Piovesan (1995, p. 70):

A imperfeição, o vício e a deformidade não estão mais na Constituição, mormente nas normas constitucionais de eficácia limitada dependendo da legislação, mas encontram-se fora dela, isto é, na falta de ação do Poder Legislativo constituído ao negar cumprimento a ordem constitucional.

Vê-se que toda a falta de ação por parte do Poder Legislativo vira objeto de apelo a instância judicial constitucional brasileira. E essa omissão legislativa resultante é corolário do silêncio do legislador, na incumbência de editar as normas indispensáveis para a efetivação da Constituição. De acordo com Piovesan (1995, p.79-80, apud CANOTILHO, 1982, p. 481-482):

[...] omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante, existe quando o legislador não cumpre o dever constitucional de emanar normas, destinadas a atuar as imposições constitucionais permanentes e concretas. Isso significa que o legislador violou, por ato omissivo, o dever de atuar concretamente, importando pelas normas constitucionais. Logo, o conceito de omissão aponta a não fazer aquilo que de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado, ou seja, a omissão inconstitucional está relacionada à exigência concreta de ação contida nas normas constitucionais.

Atinente a omissão legislativa que acaba sendo objeto de ações judiciais, durante no processo legislativo, mais precisamente quanto a constitutiva, onde emana a conjugação de vontades provenientes do Poder Legislativo – a deliberação

parlamentar, também denominado de *inertia deliberandi* (discussão e votação), no âmbito das casas legislativas. Lembra Mendes e Branco (2018, p. 2027):

Enquanto a sanção e o veto estão disciplinados, de forma relativamente precisa, no texto constitucional, inclusive no que concerne a prazos (art. 66), a deliberação não mereceu do constituinte, no tocante a esse aspecto, uma disciplina mais minuciosa. Ressalvada a hipótese de utilização do procedimento abreviado previsto no art. 64, §§ 1º e 2º, da Constituição, não se estabeleceram prazos para a apreciação dos projetos de lei. Observe-se que, mesmo nos casos desse procedimento abreviado, não há garantia quanto à aprovação dentro de determinado prazo, uma vez que o modelo de processo legislativo estabelecido pela Constituição não contempla a aprovação por decurso de prazo.

Contudo, é evidente que o trâmite de um processo legislativo não permite que seja concluído de forma rápida e imediata, de tal maneira que, até chegar na fase de iniciativa, a elaboração de um projeto de lei é paulatina, morosa. Haverá trabalhos do legislativo de difícil resolução, já que durante a fase deliberativa as atividades dos parlamentares abrangem discussões e negociações fracassadas, pois os parlamentares não querem se render, muitas vezes em virtude do pluralismo político e a competitividade das Casas. Acrescenta Mendes e Branco (2018, p. 2028):

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

Uma das maiores dúvidas é quanto o momento que o silêncio do Poder Legislativo passa a ser compreendido como uma omissão inconstitucional. Piovesan (1995) explica que existindo normas reguladoras de relações ou situações, que exigem a prática de algum ato ou condição, e o destinatário, no caso o Poder Legislativo, não o cumpra quer nos termos exigidos quer em tempo útil, haverá consequências para tal comportamento.

Sendo assim, a definição de tempo útil que a autora se refere, pode levar a omissão inconstitucional. Não obstante, a adoção do termo tempo útil é considerada em duas situações: quando estipula prazo específico e quando não há fixação de prazo.

No primeiro caso, a Carta Magna estipula prazo específico para prática de um ato, v.g. os arts. 20¹² e 48¹³, do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Ambos os artigos se referem a medidas a serem empregadas em tempo certo e determinado, portando, só seria caracterizado omissão inconstitucional decorrido prazo sem adoção das medidas necessárias para concretiza-las. No segundo caso, Piovesan (1995), alerta que se não há estipulação de prazo específico, e na ocorrência de uma omissão, deve ser questionado qual seria o prazo razoável para adoção de tal medida.

Dessa forma, com amparo na razoabilidade, nas circunstâncias e fatores sociais, e comprovado que o ato poderia ser emitido, mas não o foi, estará reconhecida a inconstitucionalidade.

Por fim, extrai-se desta análise que a omissão inconstitucional proveniente do Poder Legislativo é uma moléstia encrustada no ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, direitos constitucionalmente dispostos na Carta Magna carecem de efetividade por morosidade legislativa. O desempenho ineficiente do Poder Legislativo está relacionado com a crescente demanda em sede judicial para concretizar esses direitos. O fenômeno é chamado de judicialização, em que questões de grande repercussão passam a ser apreciadas pelo Poder Judiciário. Diante da relevância do assunto, o tema merecerá abordagem em tópico próprio (v. *infra*).

2.1.1. Judicialização da política

O fenômeno da judicialização significa que questões tanto sociais quanto morais, do ponto de vista político, estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, que originalmente eram de atribuição de instâncias tradicionais como o Legislativo e o Executivo, Barroso (2018). Já como as causas da judicialização, Barroso (2012) aponta um rol de três possíveis causas: (a) redemocratização; (b) constitucionalização abrangente; e (c) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

As duas últimas causas serão abordadas como objeto para tratar da omissão legislativa e a impulsão do Poder Judiciário, sendo a terceira a mais importante. A

¹²Art. 20. Dentro de cento e oitenta dias, proceder-se-á à revisão dos direitos dos servidores públicos inativos e pensionistas e à atualização dos proventos e pensões a eles devidos, a fim de ajustá-los ao disposto na Constituição.

¹³Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

segunda causa da judicialização, a constitucionalização abrangente, surge como uma garantia dos direitos, se há uma norma garantindo algum direito, ela se transforma em uma possível pretensão jurídica, sob forma de ação judicial, se não houver compadecimento do Poder Legislativo ou Executivo para garantir a efetividade daquele direito disciplinado pela norma. Portanto, ao ser levada a questão ao Poder Judiciário, este a conduzirá à debate dentro da Corte.

A terceira causa da judicialização é o sistema de controle de constitucionalidade, que por meio de ações diretas, questões sociais e políticas são levadas ao magistrado, para que aprecie e decida conforme o pedido realizado, garantindo a ordem, Barroso (2018).

Como consequência da judicialização, questões relevantes sob perspectiva social, política, moral estão sendo levadas para o Poder Judiciário. A instância judiciária que mais se destaca é o Supremo Tribunal Federal. Por meio do controle de constitucionalidade, as ações são levadas para que o tribunal avalie questões de constitucionalidade de lei e atos normativos, tanto por ação, quanto pela inação do legislador infraconstitucional. Dessa forma, o modelo institucional brasileiro favorece a judicialização.

Como visto anteriormente, acerca do mandamento legal de atuação do legislador, no sentido que, quando este se queda inerte na fase deliberativa, portanto a inconstitucionalidade não se encontra na norma em si, mas na ausência dela.

Sendo assim, a omissão é passível de ser discutida pelo Poder Judiciário, por omissão reputada morosa, no caso de os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre projeto de lei em tramitação. A doutrina não aponta um prazo específico que diga da omissão por inação, somente anuncia que depende da análise as peculiaridades cada caso.

A judicialização da política e das questões sociais encontra espaço nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, e no *writ* do mandado de injunção. No sentido de abordar a razoabilidade no prazo de elaboração das normas, e de que forma essa omissão legislativa torna-se objeto de ações constitucionais perante o Supremo Tribunal Federal, serão analisadas nas espécies de ações, na jurisprudência da Corte, tanto em controle de constitucionalidade quanto no *writ* do mandado de injunção.

2.1.2. Controle judicial de constitucionalidade da omissão

A ideia de controle de constitucionalidade está intrinsecamente ligada ao princípio da supremacia da Constituição, conforme a rigidez da Constituição e a proteção dos direitos e garantias fundamentais. A ideia de Constituição rígida decorre de um processo dificultoso para sua alteração, que é mais criterioso que o processo legislativo de elaboração de normas não constitucionais.

De modo conseqüente, a rigidez emana do princípio da supremacia da Constituição, como nos dizeres de Pinto Ferreira (1983, p. 90) “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”. Portanto, é no sentido de colocar a Constituição no cume do sistema jurídico do país, que certifica a validação dos poderes estatais. No mesmo sentido aduz Silva (2010) que a Carta Magna é a lei suprema do Estado, onde se encontram a organização e estrutura dos seus órgãos, bem como a disposição das normas e objetivos fundamentais, e com esses elementos é possível notar sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

No ordenamento jurídico brasileiro, o controle de constitucionalidade é exercido tanto na forma concentrada (por meio de ação), quanto difusa (por meio de exceção), ensejando um modelo híbrido/misto de controle, Bonavides (2014). O controle difuso de constitucionalidade pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, quando num caso concreto for analisar a compatibilidade da norma com o ordenamento jurídico, e se está em harmonia com a Constituição Federal. O controle difuso de constitucionalidade é uma forma do juiz singular e/ou um tribunal exercer a jurisdição constitucional.

Moraes (2018) explica que o controle difuso é exercido por meio de exceção, em que o incidente de inconstitucionalidade é suscitado no decorrer do processo, e que não recai sobre no objeto principal da lide, e sim sobre questão que envolve o desfecho do caso concreto. Esclarece que a obtenção da inconstitucionalidade somente isenta a parte do cumprimento da lei ou ato normativo, que esteja sendo produzido em discrepância com a Constituição Federal. Os efeitos não atingem terceiros alheios a lide.

Conforme Moraes (2018, p. 984, apud CAPPELLETTI, 1984, p. 599), a decisão no controle difuso não acarreta anulação da lei com efeito *erga omnes*, sendo aplicado somente no caso concreto em que referida norma foi julgada inconstitucional.

Contudo, o juiz de primeiro grau não julga a inconstitucionalidade de uma lei, a ele cabe somente deixar de aplicá-la, o motivo está estampado no art. 97¹⁴ da CF, e somente desta forma pode haver a declaração de inconstitucionalidade. Nesse sentido Streck (2018, p. 184):

Controle difuso é apenas o caminho para chegar a esse desiderato. Isso porque, se o juiz “declarasse” a inconstitucionalidade, esse ato deveria ter efeitos correlatos à declaração objetiva. Se ele “declarasse”, sua decisão teria de ter efeito *ex tunc* ou deveria ele “modular” esses efeitos.

O referido art. 97 da CF atua como uma verdadeira reserva de plenário, para que atue como uma condição de eficácia da decisão jurisdicional, os quais aplicam-se para todos os tribunais (na forma difusa), e também para o Supremo Tribunal Federal no exercício do controle concentrado.

Destaca-se que, na eventualidade de não atingir a maioria absoluta dos votos para a declaração de inconstitucionalidade (mesmo na existência de maioria dos votos), o STF não pronunciará a (in)constitucionalidade com efeitos vinculantes, mantendo a vigência da lei. Como no julgamento da ADI 4.066/DF da Rel. Ministra Rosa Weber, no julgamento que pedia inconstitucionalidade do art. 2 da lei n. 9.055/95 (disciplina a utilização de amianto), cinco Ministros votaram para a inconstitucionalidade, e outros quatro para a constitucionalidade. Como dois ministros se declararam impedidos (Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli), o julgamento não obteve maioria absoluta, portanto não se pronunciou sobre a inconstitucionalidade do art. 2º da lei 9.055/95 com efeitos vinculantes.

Sendo assim, a cláusula de reserva de plenário é uma forma de garantir uma segurança jurídica nos tribunais, conforme Súmula Vinculante n. 10¹⁵. Contudo, aludida cláusula não veda possibilidade de o juiz singular declarar a inconstitucionalidade, e deixar de aplicá-la no caso concreto que foi suscitado, e desta forma exerce a jurisdição constitucional.

Ao Supremo Tribunal Federal é atribuído originalmente o processamento e julgamento de ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade. É por

¹⁴ Art. 97. 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.

¹⁵ Súmula Vinculante 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 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.

meio do exercício desse controle que se busca a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em abstrato, independentemente de haver um caso concreto.

Por meio do controle concentrado, objetiva obter a invalidação da lei inconstitucional, complementa Moraes (2018, p. 997) “[...] a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais”. Dessa forma compete ao Supremo Tribunal Federal analisar e julgar a inconstitucionalidade de lei federal ou estadual em face da Constituição Federal.

É cediço que o direito constitucional brasileiro tem como um dos pilares essenciais o princípio da supremacia da constituição *v. supra*; posicionando a Constituição como Lei Maior, superior as demais leis presentes no ordenamento jurídico. De modo que, as normas infraconstitucionais por serem hierarquicamente inferiores à Constituição, deverão ser submetidas a um controle para aferir compatibilidade para com a Carta Magna.

O controle concentrado é exercido em diversas espécies, contudo, para a delimitação da pesquisa será analisada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão *v. infra*; como também o remédio constitucional do mandado de injunção. E de que forma as ações atuam para sanar a omissão legislativa.

2.1.2.1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

O controle concreto realizado pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão, surgiu com a promulgação da Constituição de 1988, que atribuiu competência exclusiva ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a ação, Bonavides (2014). O procedimento de processamento e julgamento das ações de constitucionalidade/inconstitucionalidade está disposta na Lei 9.868/1999.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão está disposta no art. 103, §2º da Constituição Federal, o qual dispõe que, com o intuito de tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção de providências necessárias, *i.e*; sendo omissos o órgão administrativo, as medidas terão de ser empreendidas no prazo de trinta dias.

É possível que haja violação da Constituição ao praticar um ato que ela interditava, ou deixando de praticar um ato que ela exige. Percebe-se que o objeto desse controle é a omissão proveniente dos órgãos competentes, podendo ser eles

tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo, ao ser verificada a omissão do órgão. Nas palavras de Mendes e Branco (2018, p. 2020):

“(...) não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica. Não se pressupõe, portanto, aqui, a configuração de um interesse jurídico específico ou de um interesse de agir”.

A fim de que seja concretizado as normas estabelecidas na Constituição Federal, é necessário que haja a edição de lei ou ato normativo pelo legislador infraconstitucional, já que a Constituição não basta por si só. Portanto compete às instâncias políticas infraconstitucionais, incumbido ao legislador a tarefa de implementar as referidas leis. Como bem aduz Temer (2017, p. 52) sobre a finalidade da ação de controle de inconstitucionalidade das leis:

A primeira afirmação que se deve fazer é aquela referente à finalidade desse controle: é a de realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte. Seja: nenhuma norma constitucional deixará de alcançar eficácia plena. Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles que simplesmente programáticos não deixarão de ser intocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador. O que se quer é que a inação (omissão) do legislador não venha a impedir o auferimento de direitos por aqueles a quem a norma constitucional se destina. Quer-se – com tal forma de controle – passar da abstração para a concreção; da inação para a ação; do descritivo para o realizado.

Por conseguinte, objetiva a presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão permitir que as normas constitucionais alcancem todo seu funcionamento, da eficácia plena das normas, impedindo que a inércia do legislador impossibilite o exercício de direitos constitucionais pela falta de regulamentação infraconstitucional. Portanto, trata-se de um instrumento hábil a colmatar, tanto de forma abstrata como de forma geral, as omissões inconstitucionais presentes no ordenamento jurídico.

Aos entendimentos passados da Suprema Corte, adotava-se que a proposição de projeto de lei, para efeito de deliberação e aprovação descaracterizaria o estado de inércia inconstitucional, como na ADI 2.495/SC do Rel. Min Ilmar Galvão, em 02/08/2002, que verificou a não incidência de mora inconstitucional ao Chefe do Poder Executivo estadual, quando este propôs projeto de lei sobre revisão anual dos servidores catarinenses a Assembleia Legislativa, a mera proposição de projeto de lei descaracterizou o estado de omissão do chefe do Poder Executivo.

Da mesma forma ocorreu o julgamento da ADI por omissão 877/DF do Rel. Min. Ilmar Galvão. A ação foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República pela existência de omissão legislativa em regulamentar os arts. 203, V, e 204 da Constituição Federal, que dispõem sobre a organização assistencialismo social. O legislador estava em mora no momento do ajuizamento da ação (14/05/1993), mas veio a supri-la editando a lei 8.742 em 07/12/1993, instituindo a Lei Orgânica da Assistência Social. Portanto a decisão por unanimidade o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou prejudicada a ação pelo suprimento superveniente de omissão legislativa.

Contudo, o referido entendimento sofreu mutações após o julgamento da ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, em 09/05/2007. Tal ação foi ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso pela existência de omissão inconstitucional do Poder Legislativo, em elaborar lei complementar federal para regular os procedimentos de criação, incorporação, desmembramentos e fusão de Municípios.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu que o requisito de mora inconstitucional pode subsistir configurado, tanto na fase inaugural quanto na fase de deliberação do projeto de lei. A inércia em deliberação se refere aos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, que não estão sendo efetivamente analisados e resolvidos. Destaca-se um trecho da decisão proferida pelo Relator Ministro Gilmar Mendes, à página 277-278 do ementário n. 2288-2, publicado em 06/09/2007, em anexo, *in verbis*:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUIÇÃO NO 15/1996. ACÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *'inertia deliberandi'* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A Suprema Corte julgou procedente o pedido para declarar a mora inconstitucional do Congresso Nacional, e estipulou ao legislador um prazo de 18 (dezoito) meses para que adote medidas a tornar efetivo o mandamento disposto no

art. 18, § 4º da Constituição. O prazo estipulado não é considerado como uma imposição legal, como forçar o Poder Legislativo a elaborar legislação infraconstitucional, o que acabaria por ferir o princípio da separação de poderes. A corte entendeu que estipular o prazo de dezoito meses como um lapso temporal razoável e justo à realidade congressual.

No mesmo sentido, e em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 25/DF, o Plenário do STF reconheceu a mora inconstitucional do Poder Legislativo em editar legislação complementar, prevista no caput do art. 91 do ADCT¹⁶, caracterizando uma omissão por mais de dez anos. Saliendo o relator que a omissão existe e perdura por mais de uma década, afastando a mora legislativa pela existência de um projeto de lei relativos à matéria em trâmite no Congresso Nacional.

Ademais, caracterizada a omissão, o tribunal estabeleceu mecanismos para uma possível solução, se por ventura, o Poder Legislativo permaneça inerte conquanto a edição de legislação complementar. Fora estipulado prazo razoável de 12 meses para que a omissão fosse sanada, contudo o tribunal foi além. Na hipótese de descumprimento pelo legislador do dever de sanar a omissão no prazo estipulado, o STF atribuiu ao Tribunal de Contas da União competência provisória e eventual para suprir a lacuna deixada pelo legislador.

De fato, conquanto não se desconheça a complexidade de determinados projetos legislativos, as peculiaridades e as dificuldades da atividade parlamentar não justificam inércia demasiadamente longa diante de imposições ditadas pelo texto constitucional. Os efeitos da decisão da ADO podem ser diversos. Conforme verificado outrora, o artigo 103, §2º da Carta Magna destaca “omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”.

Ao ser ajuizada a ADO, e em caso de procedência, caberia ao Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucionalidade por omissão e dar ciência ao órgão omissor para a adoção das providências necessárias. Como a declaração de inconstitucionalidade é feita em tese, seus efeitos são *erga omnes*, portanto, aproveitam a todos.

¹⁶ Art. 91. A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semi-elaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a.

Não obstante, na hipótese, o órgão omissor é o Legislativo, em vista disso, inexistente qualquer prazo fixado pela Constituição para adoção das providências cabíveis. Se se tratasse de órgão administrativo omissor, seria aplicado prazo constitucional de trinta dias para adoção de medidas necessárias à efetivação da norma constitucional.

Neste sentido Michel Temer (2017) observa que em se tratando de órgão do Poder Executivo, o agente público incumbido da prática do ato poderá ser responsabilizado se não o praticar no prazo fixado de trinta dias. Contudo, em se tratando de medidas legislativas, e como não há previsão legal na Constituição Federal sobre fixação de prazo para o legislador agir em caso de omissão, não há mecanismos sancionatórios e nem a estipulação de prazo legal, que, em prol do princípio da separação de poderes acaba por comprometer o princípio da prevalência da Constituição.

Dessarte, não há como assegurar o efetivo cumprimento do preceito constitucional, de forma que, nada está a garantir que o Poder Legislativo irá legislar, e mesmo que se queda inerte, não há instrumentos sancionatórios imputáveis ao comportamento inconstitucional do órgão.

A ausência de previsão legal para estipulação de prazo ao legislador vem de encontro com a discricionariedade do Poder Legislativo. Com efeito, Mendes e Branco (2018, p. 2027) aduzem “Orlando Bittar, distinguindo os Poderes, dizia que o Legislativo é intermitente, o Executivo, permanente e o Judiciário só age provocado”. Isto é, o Poder Legislativo não permanece em constante atividade parlamentar de forma ininterrupta, como outros poderes, a este lhe é lícito parar por um tempo, como um recesso.

Desta forma, cabendo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão como uma ferramenta pelo qual se alcança, meramente, a declarar a inconstitucionalidade por omissão e a cientificar o legislador para que adote as providências indispensáveis à efetivação do preceito constitucional. Também há a o remédio constitucional do mandado de injunção, tratado a seguir.

2.1.2.2. Mandado de injunção

O mandado de injunção é um remédio constitucional previsto na Constituição de 1988, que visa tornar viável direito ou prerrogativa constante em norma

constitucional pendente de regulamentação, a qual frustra o exercício desse direito pelo titular, igualmente, destina a promover, em caráter difuso, o controle de constitucionalidade das omissões inconstitucionais do poder Público.

Esse remédio constitucional tem como objetivo, por meio do Poder Judiciário, em caráter concreto, a regulamentação de direitos esparsamente dispostos na Constituição, imprescindíveis à concretização dos direitos e liberdades nela previstas, especialmente àquelas concernentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, acarretando o controle judicial sobre a omissão legislativa. Relaciona-se intimamente com o problema da eficácia das normas constitucionais e da efetividade. Dessa forma, o mandado de injunção é restrito à falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, e das prerrogativas relacionadas à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

No que diz respeito ao objeto, Barroso (2012) salienta que o mandado de injunção é um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido apto ou propriamente regulamentados, requeiram tratamento diferenciado, sendo que se legitima ao próprio Poder Judiciário que supra a falta de regulamentação, produzindo a norma conforme o caso concreto, com efeitos limitados às partes. Portanto o objetivo dessa decisão não é de recomendação para que o Poder Legislativo edite uma norma, e sim incitar ao Poder Judiciário que a supra.

A finalidade da injunção consiste em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inertes devido à ausência de regulamentação. Desta forma Silva (2010, p. 450):

[...] a função do mandado de injunção é fazer com que a norma constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada. Se tivesse sido regulamentada, o mandado de injunção não teria cabimento. O direito à liberdade ou as prerrogativas estabelecidas em normas constitucionais regulamentadas, quando não satisfeitos, só podem ser reclamados por meio judicial (mandado de segurança, ação cautelar inominada, ação ordinária).

Quanto aos efeitos da decisão, Aranha (2018, p. 29, apud CUNHA JR. 2016, p. 141-146) especifica a existência de três modos de atuação do Supremo Tribunal Federal, sendo eles.

[...] o primeiro, de que o órgão julgador deveria ater-se a declarar a omissão inconstitucional, cientificando o órgão competente para adoção das providências cabíveis; o segundo, de que ao Poder Judiciário cumpre tão

somente elaborar norma regulamentadora faltante, e a terceira, que pugna pela efetivação do direito fundamental frustrado pelo Poder Judiciário.

Consolidando os três posicionamentos no entendimento dos autores, e procurando aplicar em casos concretos, estabeleceu o mandado de injunção 107-3/DF, de 21/11/1990, do Rel. Min. Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal, que dispõe sobre a estabilidade do servidor público militar, o qual a Constituição Federal não concedeu direito à estabilidade aos servidores públicos militares, cujo exercício dependeria de regulamentação desse direito. O julgamento do referido mandado de injunção restringiu-se à declaração da omissão do Poder Legislativo, e a expedir comunicação ao órgão omisso, sob o argumento de respeito ao princípio da separação de poderes, conhecida como posição não concretista.

Portanto aqui, o remédio constitucional se assemelha aos efeitos concedidos a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, limitando-se a declarar a mora legislativa.

Contudo, uma mudança significativa na jurisprudência da Suprema Corte no julgamento do MI 670/ES, do Rel. Min. Maurício Corrêa, Redator para o Acórdão Min. Gilmar Mendes; MI 708/DF, do Rel. Min. Gilmar Mendes; e MI 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, julgados na data do dia 25 de outubro de 2007. Todas referente ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos, disposto no art. 37, VII, da Constituição Federal¹⁷.

No julgamento dos três mandados de injunção, a corte passou a tomar decisões com um caráter mais ativo, tornando remédio constitucional uma potente ferramenta para efetivação das normas constitucionais; e concedendo ao impetrante o efetivo exercício do seu direito, como claro exercício da função de guardião da Constituição, em pleno exercício da jurisdição constitucional.

Nesses moldes, o Supremo Tribunal Federal passou a tomar uma posição mais concretista, no julgamento que julgou o exercício do direito de greve pelo servidor público, haja vista a inexistência de lei regulamentadora de tal direito. A decisão do Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a omissão legislativa, e trouxe

¹⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

determinação de um prazo razoável de sessenta dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria em questão; e por ora, aplicando no que couber, a legislação de greve no setor privado, e estendendo os efeitos a todos os servidores públicos.

Ressalta-se que os efeitos da decisão tomaram proporções *erga omnes*, para que todos fossem atingidos pelos efeitos da decisão e pudessem exercer o direito de greve, constitucionalmente garantido. Importante destacar que a aplicação da Lei 7.783/89 trata-se de acolhimento da pretensão inicial, conforme pedido formulado pelo impetrante, por decisão fundamentada na Carta Magna.

No voto do Min. Gilmar Mendes, sustentou que a medida foi adotada de forma provisória, até que o Congresso Nacional supra a lacuna legislativa. O relator Min. Eros Grau (MI 712), ressaltou que deve ocorrer modificações no exercício do direito de greve pelo servidor público, para garantir que serviços essenciais não parem, sendo admitida somente a paralisação parcial do trabalho. A partir do julgamento dos mandados de injunção referidos acima, a jurisprudência do Supremo alterou, superando a posição de autocontenção e não concretista do julgamento da MI 107-3/DF.

Sendo assim, o propósito do mandado de injunção é o de garantir a efetivação de um direito, prerrogativa ou liberdade em prol do impetrante, sempre que a ausência de norma regulamentadora torne impraticável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista em norma constitucional, conforme entendimento de Silva (2010, p. 450) “não é a função do mandado de injunção pedir a expedição de norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão”. O autor alude a incongruência e a insensatez que das teses que defendem que o mandado de injunção objetiva a expedição de norma regulamentadora, pois as ações não visam o mesmo objetivo, sendo o mandado de injunção um remédio pessoal, concreto e difuso.

Via de regra, a eficácia da decisão e a produção dos efeitos se restringem às partes, condição típica do controle difuso de constitucionalidade, contudo o mandado de injunção traz a possibilidade de conceder à decisão com eficácia *erga omnes*, quando esse efeito for tido como necessário ao exercício do direito objeto de debate.

A seguir, será analisado o posicionamento da Corte constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal, cúpula responsável por decisões de repercussão nacional, em sua atuação difusa e concentrada.

2.2. Trajetória institucional do Supremo Tribunal Federal a partir da Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988 estabeleceu em seu art. 101, a composição da Suprema Corte em 11 ministros, todos de nomeação privativa do Presidente da República, dispendo de cargo vitalício e aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade. Até então com a redação semelhante a Constituição anterior. Contudo, a promulgação da Carta Magna trouxe inovações no modelo concentrado de constitucionalidade, ampliando sua estrutura, como nos legitimados a propor as ações concentradas de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal, expressamente declarado no art. 102, *caput* da CF, *in verbis*: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”. Ainda que lhe caiba a guarda da constituição, como vimos anteriormente, essa prerrogativa não é exclusiva, *i.e.* como ressalta Agra (2018), que o STF não seguiu o modelo europeu de Tribunal Constitucional, pois esses tribunais concentram o controle de constitucionalidade de forma exclusiva. E no Brasil o Supremo Tribunal Federal também exerce a função de órgão recursal, como uma “quarta” instância judiciária.

Aliás, como visto no tópico relativo ao controle de constitucionalidade e jurisdição, um juiz singular ou um tribunal também poderá exercer a jurisdição constitucional, dentro do controle difuso de constitucionalidade. Esse incidente de inconstitucionalidade será arguido por meio de exceção, não podendo ser o objeto principal da lide, sendo assim, os efeitos atingem as partes e não terceiros alheios, como preceitua Moraes (2018).

Portanto o controle judicial de constitucionalidade na forma concentrada/abstrata é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele verificar a compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Carta Magna. O controle é exercido pelo órgão munido de jurisdição, qual garante a supremacia da Constituição.

Como tratado alhures, há um imbróglgio a ser enfrentado no ordenamento jurídico atual: a omissão do Poder Legislativo em elaboração de lei infraconstitucional, que inviabiliza o exercício de direitos garantidos na Constituição Federal. Com isso, a atuação deficiente do Poder Legislativo acaba por impulsionar ações no Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição. O fenômeno judicialização de questões

políticas e sociais desaguam no STF com intuito de colmatar lacunas legislativas que inviabilizam o exercício desses direitos.

Para concretizar o sistema da jurisdição constitucional, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o remédio do mandado de injunção demandam atribuir efeitos de natureza mandamental, conforme sua finalidade, sendo imprescindível a estipulação de lapso temporal razoável e determinado para que o órgão omissor suprisse a lacuna, como aduz Agra (2018).

O tópico seguinte tratará a respeito dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, da atuação não concretista e silente e também da atitude proativa, concretizando direitos e garantias fundamentais.

2.2.1. Da autocontenção judicial – dos posicionamentos concretistas e não concretistas

Conforme alhures, a Constituição Federal de 1988 inovou em sede de controle de constitucionalidade, tanto sobre a estrutura quanto seu funcionamento. O que acabou por ampliar o acesso a jurisdição concentrada, favorecendo o surgimento do fenômeno da judicialização da política e das questões sociais no âmbito da Suprema Corte brasileira.

Como o sistema de controle de constitucionalidade concentrado é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, ocorre que dá azo a ações relativas a assuntos em caráter abstrato, tanto política quanto moralmente relevantes passam a ser discutidas na Corte.

Conforme assimila Campos (2014), foi possível vislumbrar que as primeiras decisões da Suprema Corte, como guardiã da Constituição, deram a impressão que seria mantido o posicionamento de passividade judicial. A ideia de passividade ou autocontenção judicial consiste numa postura de abstenção do Poder Judiciário, que procura não interferir na esfera de atuação dos outros poderes, Barroso (2012).

Critica o autor que o posicionamento de autorrestrrição, ao abrir espaço a atuação dos poderes originalmente competentes, estaria sendo deferente às ações e as omissões deles; portanto o autor disciplinou uma espécie de linha de raciocínio que juízes e tribunais aquiescem para reforçar a autocontenção judicial, Barroso (2018, p. 173):

[...] (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

O posicionamento da autocontenção da atuação dos juízes e tribunais, é, portanto, uma forma de que encontraram de não interferir nas ações dos outros poderes. Campos (2014), explica que os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 teve um viés 'positivista legalista' de atitude de deferência aos poderes políticos competentes (Legislativo e Executivo), e de interpretação ortodoxa e engessada dos direitos dispostos na Carta Magna. Essa posição também denominada de *self restraint*, preceitua Vitório (2011, p. 76):

[...] *self restraint* (autorrestrrição ou autocontenção), que consiste na redução da interferência do Judiciário sobre os demais Poderes e limita a área de aplicação da Constituição em favor das esferas eminentemente políticas. É adotada por aqueles que refutam a legitimidade do Judiciário para decidir questões de natureza política, haja vista que ele não é composto por representantes eleitos pelo povo.

O posicionamento da autocontenção judicial se exprime no julgamento do MI 107/DF do início da década de 1990, visto alhures; contudo sendo aqui analisada como posição não concretista do Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, o STF decidiu que, mesmo tratando-se de um remédio constitucional de natureza mandamental, só foi possível declarar a omissão normativa e a expedir uma nota de ciência para que o órgão competente supra a lacuna, a omissão legislativa, que inviabiliza o exercício do direito, Mendes e Branco (2018).

Dessa forma, o mandado de injunção não foi conhecido pelos Ministros, alegando que a regulamentação da estabilidade do servidor público militar dependerá de norma infraconstitucional, a ser elaborada pelo Poder Legislativo. Devendo este aguardar pela implementação de norma no ordenamento jurídico, que estabelecerá os requisitos para exercício de seu direito. Campos (2014) alude que o posicionamento passivo do Poder Judiciário poderia levar a um fim prematuro da judicialização das relações sociais e da política.

Assim, Moras (2018) disciplina que os efeitos das decisões em mandado de injunção partem de dois grupos: a posição concretista e a não concretista. O posicionamento não concretista foi adotado por longo período de tempo, como no MI 107/DF – qual limitou-se somente a reconhecer a mora legislativa. Com o julgamento

do MI 232 do Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 02/08/1991, disciplinou sobre a mora do Poder Legislativo em editar norma disposta no art. 59 do ADCT, reconhecendo a omissão do Poder Legislativo, contudo firmou a decisão em estipular prazo de seis meses para que o Congresso Nacional adote providências necessárias para sanar a irregularidade normativa.

Por conseguinte, essa posição não concretista preserva as competências constitucionais ao Poder Legislativo, contudo, ao abster-se agrava o quadro de omissão na concretização de direitos fundamentais, o que tornava o mandado de injunção um remédio constitucional inócuo e sem efetividade. Sendo que o Poder Judiciário, ao proferir decisão, somente declara mora do Poder Legislativo, não propiciando meios concretos para o exercício do direito objeto do *writ*.

Conforme Moraes (2018), tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitem alguns posicionamentos no tocante aos efeitos do mandado de injunção, dividindo em duas grandes categorias: a concretista e não concretista. Essa posição concretista se divide em duas espécies: a concretista geral e a concretista individual; sendo que a última se subdivide em concretista individual direta e concretista individual intermediária.

Para a posição concretista, estando presentes os requisitos constitucionais para o mandado de injunção, o Poder Judiciário profere decisão no sentido de declarar a mora legislativa, como também proporciona meios de efetivar o exercício daquele direito ou liberdade constitucional, até que suceda a regulamentação específica pelo poder competente.

A posição concretista geral possui efeito *erga omnes*, nesse sentido salienta Moraes decisão proferida pelo Poder Judiciário: “implementa o exercício da norma constitucional através de normatividade geral até que seja suprida pelo poder competente” Moraes (2018, p. 258). Não obstante, essa posição foi amplamente criticada pela doutrina, como preceitua o Ministro Moreira Alves¹⁸ “o Supremo, juiz ou tribunal que decide a injunção, ocupando a função do Poder Legislativo, o que seria claramente incompatível com o sistema de separação de poderes”.

Acontece que, diante da inércia do Poder Legislativo em não preencher as lacunas normativas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar a posição concretista, por vezes na forma geral quanto na forma individual.

¹⁸ STF: Mandado de Injunção nº 107-3. Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, 21 set. 1990.

Depreende-se que o posicionamento do Rel. Min Gilmar Mendes, no julgamento do MI 708/DF e MI 670/ES (analisado alhures), que passados quase 20 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, e diante do fato que a questão da greve já havia sido declarada, se verifica uma permanência na situação de carência de regulamentação; e o Poder Judiciário ao permanecer deferente ao poder competente, acaba por provocar riscos de enraizar uma omissão judicial.

E diante das singularidades do debate na Suprema Corte, da mora excessiva proveniente do Poder Legislativo, e sob a pena de causar uma injustificada e inadmissível abstenção de prestação jurisdicional (tanto no âmbito federal, estadual e municipal), o STF reconheceu a mora legislativa, contudo, decidiu de maneira provisória, colmatar a lacuna legislativa, ao determinar que ao servidor público será assegurado direito de greve nos termos da lei de greve do setor privado. Moraes (2018). Aqui a jurisprudência da Corte tomou posicionamento concretista geral, atribuindo efeito *erga omnes* à decisão.

Dessarte, a análise do posicionamento concretista individual merece atenção. Neste ponto, a decisão do Poder Judiciário se restringirá a produzir efeitos *inter partes*, somente para o autor do mandado de injunção; que nesse caso ele será capaz de exercer seus direitos ou prerrogativas plenamente. Emprestando conceito de Canotilho (1993, p. 367):

“o mandado de injunção não tem por objecto uma pretensão a uma emanção, a cargo do juiz, de uma regulação legal complementadora com eficácia ‘erga omnes’.

O mandado de injunção apenas viabiliza, num caso concreto, o exercício de um direito ou liberdade constitucional perturbado pela falta parcial de lei regulamentadora. Se a sentença judicial pretendesse ser uma norma com valor de lei ela seria nula (inexistente) por usurpação de poderes”.

Sendo assim, com efeito *inter partes*, o posicionamento concretista individual se subdivide em duas categorias: direta e intermediária.

O posicionamento concretista individual direto, o Poder Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, estabelece condições a efetivar a norma constitucional para o autor. Os ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio proferiam decisões em mandado de injunção no sentido de entender que a Constituição cria mecanismos para controlar a omissão do legislador, afirmando Marco Aurélio¹⁹ que

¹⁹ STF – Mandado de Injunção nº 321-1 – Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 30 de jul. 1994, p. 26.164;

na sua perspectiva o mandado de injunção, ao ser reconhecido, deve ter efeitos concretos no tocante as partes, o impetrante.

Moraes (2018) salienta que o STF por vezes assume um posicionamento concretista individual (efeito *inter partes*), e por vezes o posicionamento concretista geral (efeito *erga omnes*); a depender do caso concreto que está sendo analisado, já que o mandado de injunção é de caráter difuso, portanto imprescindível uma situação concreta. Salienta que a corte assume diferentes posicionamentos com intuito de combater a ‘síndrome de inefetividade das normas constitucionais’.

Já o posicionamento concretista individual intermediário, foi concebido pelo Ministro Néri de Silveira²⁰, ao afirmar que após a procedência do julgamento e reconhecimento da mora do Poder Legislativo, o Poder Judiciário fixa prazo ao Congresso Nacional para que, no prazo de cento e vinte dias, elabore norma regulamentadora. Transcorrendo prazo, e persistindo a inércia do Poder Legislativo, o Poder Judiciário tomará condições necessárias para que o impetrante possa exercer seus direitos.

Em conformidade com a ideia criada por de Néri de Silveira, Machado. (2000, p. 122): “Não se trata de pretensa usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário e, sim, de exercício de uma atribuição conferida constitucionalmente”. É importante salientar que a decisão aqui possui efeitos *inter partes*.

Dessa mesma forma segue a posição defendida por Moraes (2018), qual admite que a posição concretista individual intermediária é a medida que se impõe, já que ao estipular prazo razoável para atuação do Poder Legislativo, antes de suprir num primeiro momento, adequa-se a ideia de separação de poderes. Decorrido prazo sem manifestação do poder competente, o Poder Judiciário age em defesa dos direitos, liberdades e prerrogativas ao impetrante.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal estará regulando concretamente, e com efeitos *inter partes*, exercendo uma de suas funções essenciais.

Dessa forma, dependendo dos casos, os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sofreram mutações, no princípio assumiu uma forma autocontida e deferente ao Poder Legislativo, com receio de ferir o princípio da tripartição dos poderes. Passou a tomar uma atitude mais proativa, concretista a efetivação dos direitos fundamentais, a estabelecer uma interpretação mais abrangente aos efeitos

²⁰ STF – Mandado de Injunção nº 335-1, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 out. 1994, p. 27.807;

do mandado de injunção, passando a admitir soluções consideradas normativas para uma proteção efetiva.

Por fim, a fala do ilustre Barroso (2018, p. 111) “O juiz constitucional não deve ser prisioneiro do passado, mas militante do presente e passageiro do futuro”. Dado isso, no tópico subsequente será analisada na forma que o STF exerce a jurisdição constitucional frente a omissão legislativa, extraindo os valores máximos da Constituição Federal, assim garantindo a concretização dos objetivos da República.

2.2.2. Fortalecimento da jurisdição constitucional da Suprema Corte

Por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um fortalecimento do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional, sobretudo no tocante aos mecanismos e controle de constitucionalidade, e forte presença dos efeitos das decisões.

Como visto anteriormente, é complicado indicar o momento exato que sobreveio a modificação nos parâmetros decisórios do Supremo Tribunal Federal, pois como foi elucidado *supra*, o processo de autocontenção ao protagonismo foi gradual, principalmente no que concerne as questões morais e sociais que aportavam na Corte.

Como tentativa de situar quando ocorreu essa modificação, Campos (2014) explica que a mudança significativa no parâmetro decisório no controle de constitucionalidade, se deu com maior destaque no julgamento das ações relativas ao exercício do direito de greve pelo servidor público. Situa esse o momento que a Corte superou o a doutrina não concretista, decidindo colmatar, diretamente a lacuna inconstitucional legislativa, e a praticou por meio de decisão com alcance de eficácia *erga omnes*.

Explica Barroso (2018), que o oposto da autocontenção é o ativismo judicial, que se origina da ideia a uma participação mais ampla do Poder Judiciário para concretizar valores e a finalidade da Constituição Federal, atuando com maior interferência em locais de atuação típicas de outros Poderes. Ressalta o autor que, por vezes, não há a presença de confronto entre Poderes, mas o preenchimento de espaços vazios. Nesse sentido, a linha de decisão do tribunal poderá ser:

[...] 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, tanto em caso de inércia do legislador [...] – como no de políticas públicas insuficientes [...]. (BARROSO, 2018, p. 235):

Na primeira classificação, pode ser citado o caso da vedação ao nepotismo²¹, o qual o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, sem intermédio de lei, que os Poderes Legislativo e Executivo, abstivessem-se da prática do nepotismo. conforme Campos (2014); nesse caso o STF restringiu a discricionariedade dos Poderes na contratação de parentes no âmbito da administração. No terceiro caso, quanto a omissão inconstitucional do Poder Legislativo, a Suprema Corte possibilitou exercício do direito de greve pelo servidor público, por interpretação conforme a Constituição, Mendes e Branco (2018).

A doutrina diverge quanto ao significado da acepção atribuída ao ativismo judicial. No entendimento de Tassinari (2013), elenca que os elementos caracterizadores do ativismo judicial classificados por Barroso, são na verdade características inerentes ao exercício das atribuições do juiz, de qualquer tribunal. Portanto, pode-se dizer que é do exercício da jurisdição constitucional que o tribunal garante a supremacia da constitucional. No mesmo sentido, Streck (2018) alude que de acordo com esses critérios classificados por Barroso, não é possível diferenciar ativismo judicial de judicialização.

A divergência na doutrina é tamanha que, em posicionamentos desfavoráveis ao ativismo judicial. Ramos (2015) entende que o ativismo judicial é quando o tribunal extrapola seus limites de atuação em interpretar um texto normativo e passa a criar; substituindo o Poder Legislativo. Para Francisco (2012), é violação dos limites impostos pelo ordenamento jurídicos aos magistrados, e ao tribunal quando abusa da sua competência típica, o que culmina por infringir a separação de poderes. Dworkin (1999) de início aponta que o juiz ativista ignora a Constituição, passando a interpreta-

²¹ Súmula Vinculante 13: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

la conforme sua percepção subjetiva e pessoal; condenando a prática do ativismo e da jurisdição que levem a esse fim.

Por outro lado, o mesmo autor toma uma perspectiva favorável ao ativismo judicial, disciplinando que o ativismo judicial pode ser positivo se relacionada com uma dinâmica profunda, quando não transfere a soberania ao juiz, e sim uma manifestação no sentido de transformar a democracia, Dworkin (1999). Portanto os doutrinadores contrários ao ativismo judicial pregam a autocontenção judicial dos juízes, para que não haja usurpação de competência, e com isso a ofensa a separação de poderes.

Apesar de tudo isso, por outro lado a doutrina aponta uma visão favorável ao ativismo judicial. Aranha Filho e Aranha (2014, apud, IRONS, 1988, vol. 23, p. 41) esclarece que o Poder Legislativo nem sempre é um local de representação política, já que se presume, que se concentra a maioria, o que enfraquece o espaço para as minorias.

Já Branco (2011) expõe que as críticas levantadas pela doutrina autorrestrita para com o ativismo judicial, são feitas sem observância do significado de deliberação judicial. Igualmente, entende que não basta somente alegar que tal atitude lesa a separação dos poderes, com intuito de conter o exercício da jurisdição.

Portanto, o ativismo é referido como comportamento ativo dos membros do Poder Judiciário que se valem de uma interpretação extensiva à Constituição, ampliando o alcance das normas efetivando direitos já garantidos, sanando a omissão inconstitucional do Poder Legislativo.

Vale ressaltar que Barroso (2018), considera a judicialização e o ativismo judicial como conceitos conexos, o primeiro é uma consequência do modelo institucional brasileiro, como no controle judicial de constitucionalidade; o segundo é a escolha do juiz de agir de maneira proativa ao interpretar a Constituição, com intuito de expandir seu alcance.

Pelo modelo institucional do ordenamento jurídico, casos aportam no Supremo Tribunal Federal, para deliberação, como já demonstrado (item 2.1.1., *supra*) relativo a judicialização, e também no controle judicial de omissão legislativa (item 2.1.2., *supra*). Casos esses relativos a questões sociais e morais, chegam evidenciando a inviabilidade do exercício de direitos, prerrogativas ou liberdades asseguradas pela Constituição, devido a mora, omissão do Poder Legislativo na efetiva elaboração de lei ou ato normativo. Sendo assim, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal tem sido ativista em interpretar a Constituição.

De toda forma, o crescente fenômeno da judicialização gerou um ambiente propício a aparição do ativismo judicial. Com o Supremo Tribunal decidindo questões de grande relevância social, como ao possibilitar a união homoafetiva, já que o dispositivo constitucional não atingia essa parcela da população. Desse modo, dando uma interpretação a garantir plena efetividade ao dispositivo constitucional.

Como tentativa de explicar o protagonismo nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Elenca como um dos fatos de impulsão, pode ser considerado o desenho institucional, que acabou por fortalecer a jurisdição constitucional, ao ampliar tanto o acesso quanto o poder decisório do Supremo, oportunizando a ascensão institucional. Preceitua que para além da mutação na estrutura do controle de constitucionalidade, houve alteração na estrutura de oportunidades, “[...] para uma nova dinâmica de interpretação constitucional de construção da ordem jurídica”, Campos (2014, p. 147),

Destarte, quando o órgão judiciário é provocado por meio de ação, a se manifestar sobre a omissão do Poder Legislativo em editar alguma lei, que inviabilize o exercício de direitos; o Poder Judiciário profere decisão fundamentada nos limites dos pedidos formulados nos autos.

Conseqüentemente, pode-se dizer que o tribunal deve decidir o caso, com fulcro no princípio da inafastabilidade da jurisdição (item 1.5. *supra.*). Sobre o exercício da jurisdição como atividade criativa, dispõe Didier (2010, p 86) “[...]: cria-se a norma jurídica do caso concreto, bem como se cria, muita vez, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto”.

Dessa forma, a decisão proferida pelo tribunal deve respeitar o princípio da supremacia da lei. Assim, o magistrado “deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário [...]”, Marinoni (2006, p. 90). O juiz deve identificar a lei que melhor se amolda ao caso concreto, por meio de métodos de interpretação conforme, dentro do controle de constitucionalidade, nos moldes da Constituição.

Bem, a criatividade judicial, pode ser explicada por meio do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual proíbe a recusa da prestação jurisdicional. Como alude Luhmann (1990, p. 160) “a não-decisão não é permitida”. Portanto, dessa forma, se uma situação concreta for objeto de ação, caberá ao magistrado legar uma resposta ao pedido, sendo negando ou acolhendo a pretensão da inicial. Essa

criatividade do juiz foi vista na ocasião do julgamento da ação relativa exercício do direito de greve pelo servidor público.

Dessa forma, diante da omissão do Poder Legislativo em empreender esforços para efetivar direitos fundamentais já existentes, o Poder Judiciário, como órgão de expressão do Estado, detentor de jurisdição, decide de modo a promover os objetivos da República Federativa do Brasil, e com isso efetivar os tais direitos constitucionalmente protegidos.

Todos os atos provenientes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem ser gerados com intuito de proporcionar a efetividade dos direitos fundamentais. Todavia, quando o Estado (por meio destes Poderes), não produz meios necessários à efetivação desses direitos fundamentais, acaba por violar a Constituição.

Sendo assim, se houver inércia dos Poderes eleitos, Executivo e Legislativo, frustrando o exercício de direitos constitucionais, caberá ao Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, efetiva-los, sendo sua missão no exercício da jurisdição constitucional, como guardião máximo da Constituição. Dessa forma assegura, por meio de decisão judicial, a concretização dos valores dispostos na Carta Magna, Branco (2011).

Por conseguinte, decisões assim proferidas não são consideradas usurpação de competência, ainda que proferidas no campo de atuação típica dos Poderes eleitos. Nesse sentido, um recorte do discurso proferido por Min. Celso de Mello na posse do Min. Carlos Ayres Britto na presidência do STF, (2012, p. 10):

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

Vale ressaltar que aqui não cabe discussão a respeito dos parâmetros da democracia de forma aprofundada em seus ensejos políticos, e sua legitimação. Contudo, o tema terá um pequeno vislumbre a respeito das críticas relativas as decisões do STF. Parte da doutrina que critica de forma negativa a atitude proativa da Suprema Corte, costuma levantar o caráter contramajoritário das decisões, no sentido de o órgão não ser de eleição direta pelo povo (como no Poder Executivo e

Legislativo), portanto não seria possível substituir ministros em eleições por meio do voto popular, Dimoulis e Lunardi (2011). Não obstante o referido posicionamento, a Carta Magna conferiu essa atribuição ao Poder Judiciário, que a exerce tanto no controle difuso quanto no concentrado, denominado de jurisdição constitucional.

Os críticos do ativismo judicial alegam que tal conduta fere a separação de poderes, simplesmente ignoram o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal, bem como ignoram o significado da acepção da palavra jurisdição constitucional.

Barroso (2018) expõe que o espaço para o ativismo judicial se dá em situações específicas, como para proteger e promover a efetivação de direitos fundamentais.

[...] quando não estejam em jogo os 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. (BARROSO, 2018, p. 237).

Esse é o grande papel da Suprema Corte, em eventual atuação contramajoritária proveniente do Poder Judiciário, nos termos já mencionados, se dá a favor e não contra o sistema democrático. Sendo assim, ressalta o professor Barroso (2018, p. 237) “A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes”. Um complemento pelas palavras de Bonavides (2004, p. 141) “Se decide bem, garante os direitos fundamentais. Se decide mal, dá um passo para a ditadura dos juízes. A pior das ditaduras é a tirania judicial personificada no governo da toga, nos magistrados da lei”.

Todavia, para reforçar o entendimento, o exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, vem na forma contramajoritária para proteger grupos vulneráveis; e com isso garantir os objetivos fundamentais da República – art. 3º, inciso IV: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A análise sobre o papel democrático representativo das cortes constitucionais, e a tensão entre direito e política, não será realizada no âmbito dessa pesquisa. E isso não apenas por se afastar do eixo central dos objetivos específicos do trabalho, mas sim pelos limites inerentes que um trabalho monográfico possui.

Sendo assim, Barroso (2018), ressalta que as cortes constitucionais, no caso brasileiro o Supremo Tribunal Federal, oscilam entre momentos de autocontenção e ativismo judicial, e que o exercício da jurisdição constitucional fortalece nas democracias para resguardar direitos fundamentais.

Pode-se discorrer sobre o espaço do papel contramajoritário do Poder Judiciário em duas situações; se há a atuação efetiva dos Poderes Legislativo e Executivo em relação a algum tema; ou se há a omissão (não tenha atuação) desses Poderes.

Na primeira situação, caso o Poder Legislativo tenha de fato decidido sobre alguma matéria, como no caso que o Poder Legislativo edição de lei de ação afirmativa dos direitos dos negros – aqui há devida deliberação por um órgão representativo. Nesse caso o Poder Judiciário deve assentir e ser deferente com as escolhas políticas provenientes da cúpula eleita; não pode o magistrado suprimir a vontade do legislador, Barroso (2018).

Também como alude Barroso (2018), na segunda situação, na presença da falta de atuação, uma omissão do Poder Legislativo, independente do motivo, seja por não conseguir maioria parlamentar, seja por delongar de forma desidiosa, haverá a lacuna no ordenamento jurídico, e com isso, uma possível atuação do Poder Judiciário (antes inerte, mas provocado por meio de ação). Um grande exemplo é o caso das uniões homoafetivas; pela omissão do Poder Legislativo em reconhecer esse direito, esses casais não eram reconhecidos como uma entidade familiar, como também atravancava questões atinentes, como pensão alimentícia, uma possível divisão de bens e o direito de herança.

Nesse sentido, Barroso (2018, p. 255-256) [...] “quem tem o poder sobre o maior ou menor grau de judicialização é o Congresso. Quando ele atua, ela diminui”.

Assim, pode-se dizer que, quando o Poder Legislativo atuar sobre determinado assunto, ao Poder Judiciário limita-se a acatar as escolhas feitas pelo órgão político – cabendo, por ventura, o controle da constitucionalidade da lei para com a Constituição Federal. Contudo, se o Poder Legislativo omite, impossibilitando que direitos ou liberdades constitucionalmente dispostas tenham efetividade, o exercício da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal floresce, atuando no sentido de fazer valer a Constituição Federal.

3. ENQUADRAMENTO DA HOMOTRANSFOBIA À LEI 7.716/89 (ADO 26/MI 4733)

Como estudo de caso elegeu-se uma ação emblemática trazida ao palco de atuação do Supremo Tribunal Federal, de modo a mostrar de que forma a Corte atua frente a omissão inconstitucional do Poder Legislativo.

O caso escolhido foi classificado de acordo com o teor da pesquisa realizada até o momento. Nesse esteio, a partir da análise da ADO 26 e MI 4733, é possível demonstrar a atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, ao declarar a omissão inconstitucional do Poder Legislativo, e também a garantir que os direitos e valores ali passem a ter efetividade.

3.1. Dos dados e resumo do pedido

Trata-se da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26/DF, do Relator Ministro Celso de Mello, ingressado pelo Partido Populista Socialista (PPS), protocolada em 19 de dezembro de 2013 no Supremo Tribunal Federal; e Mandado de Injunção nº 4.733/DF, do Relator Ministro Edson Fachin, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), protocolada em 10 de maio de 2012 no Supremo Tribunal Federal.

Quanto a ação direta de inconstitucionalidade nº 26/DF, do Rel. Min. Celso de Mello. O autor da ação constitucional alega que o Congresso nacional está agindo com indiferença em relação a comunidade LGBT, por permitir, conforme sua inércia, ofensas graves contra a essa comunidade vulnerável, ferindo seus direitos fundamentais. Violências físicas e morais, atos de ameaça, com práticas criminosas contra a dignidade e a vida da comunidade; e tais condutas com elevado grau de ódio homotransfóbico.

Prossegue o autor alegando que o fundamento legal em que se apoia reside no fato da homotransfobia caracterizar comportamentos análogos ao racismo. De forma que o legislador, ao restringir o rol do racismo a preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional, acaba por legislar de forma incompleta, incorrendo em omissão.

Embasa-se na proteção insuficiente ao alegar que o direito a proteção contra qualquer discriminação atentatória as liberdades e direitos fundamentais encontra-se

esculpida no art. 5º, XLI, da CF²². Sendo, portanto, o Congresso Nacional obrigado a editar o diploma normativo para incriminar os atos resultantes de preconceito em razão de orientação sexual ou identidade de gênero.

De mais importante, enfatiza o autor a preeminência da omissão do Congresso Nacional, ao superar prazo razoável para implementar medidas a efetivar a norma constitucional disposta do art. 5º, XLI e XLII²³, ambos da CF. Dessa forma, a falta de proteção normativa impede o livre exercício de direitos por esse grupo minoritário.

O autor vai além, dispondo que tal omissão proveniente do Congresso Nacional ocasiona responsabilidade civil imputada a União Federal, pelo comportamento desidioso e relapso ao se omitir em empregar esforços no combate à homotransfobia. O que acaba por incitar a ocorrência de agressões e atitudes homotransfóbicas, fazendo surgir um abandono. O autor requer o reconhecimento da responsabilidade, com indenização por danos morais e patrimoniais às vítimas.

A presidência do Senado Federal encaminhou informações evidenciando nova proposta legislativa de iniciativa da comissão de direitos humanos e legislação participativa, que está em análise ante a comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. O teor do projeto de lei dispõe sobre alteração da lei 7.716/89 (lei do racismo), com intuito de incluir crimes resultantes de discriminação de orientação ou identidade de gênero. Sendo assim, para o Senado Federal, não é considerado omissão por haver um projeto de lei em tramite.

Com todo exposto, o autor da ADO 26/DF formulou quatro pedidos, sendo eles o reconhecimento da omissão inconstitucional ao Poder Legislativo, com a cientificação do Congresso Nacional para que empreenda providencias a tornar efetiva o exercício de tal direito, e que para tanto, o Poder Judiciário estipule um prazo razoável.

Em caráter subsidiário, roga pela colmatação jurisdicional da lacuna existente, para que seja dada interpretação conforme a Constituição, para que todos os atos cometidos em razão de orientação ou identidade de gênero, achem-se compreendidos na definição de racismo (Lei 7.716/89).

²² Art. 5º, inciso XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

²³ XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

De forma subsidiária, pede que o Supremo Tribunal Federal inove na ordem jurídica ao tipificar, mesmo por decisão judicial, todas as condutas que atentem contra a os direitos e liberdades dos integrantes da comunidade LGBT, definindo cominação penal, em caráter excepcional.

Por fim, solicita que seja reconhecido a responsabilidade do Poder Público de forma objetiva, para condenar a União Federal e o Congresso Nacional pela omissão inconstitucional na efetiva prestação legislativa, e que indenizem o grupo LGBT ante o retardamento abusivo do Estado.

Agora quanto o mandado de injunção nº 4733/DF, do Rel. Min. Edson Fachin, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), em desfavor do Congresso Nacional, com intuito de obter a criminalização de todas as formas de homotransfobia, tanto nas ofensas individuais como coletivas, por motivos de homicídio, ameaças, motivadas por preconceito de orientação e identidade de gênero.

O impetrante sustenta a pertinência da injunção por motivos do quadro de violência e discriminação contra a população LGBT, o que torna impraticável o exercício dos direitos à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero.

Sustenta ser o impetrante ser obrigação do Congresso Nacional implementar medidas a criminalizar toda e qualquer forma de discriminação, inclusive a homotransfobia. Aludem que a situação de homotransfobia constitui espécie de racismo, e para tanto também se incluem no art. 5º, inciso XLI, da CF, pela discriminação ser atentatória ao direito dessas minorias.

Pugna pelo Supremo Tribunal Federal fixar um prazo razoável, para o Congresso Nacional elaborar norma criminalizadora da homotransfobia. Entende o impetrante razoável a fixação de prazo até um ano para sanar omissão legislativa; sendo ultrapassado ou entendendo a Corte desnecessário o prazo, que de efetivação ao texto constitucional ao criminalizar condutas homotransfóbicas. Coerente a aplicação da Lei de Racismo, ou outra que entenda adequada. Tal como na ADO 26, o impetrante também pugna pela responsabilidade civil do Estado para indenizar as vítimas de homotransfobia.

A câmara dos Deputados comunicou que há em trâmite projeto de lei (n. 5003/2011), que institui sanções penais a condutas homofóbicas. Motivo pelo qual não vê omissão inconstitucional, pelo fato de não estar expresso no texto

constitucional um mandamento legal de criminalizar as condutas; muito menos entende ser possível a responsabilidade civil do Estado.

Da mesma forma aduziu a União, no sentido de não haver comando constitucional que exija a tipificação específica das condutas homotransfóbicas.

Por todo exposto, as duas ações foram julgadas procedentes pelos seus Relatores. O teor dos votos dos Ministros será analisado em tópico seguinte relativo a “decisão e análise”. Importante ressaltar que as ações obtiveram relatórios separados conforme o andamento processual individual de cada uma, contudo o julgamento em plenário se deu em sessão conjunta na data do dia 13/06/2019.

3.2. Análise da votação

Bem, de início será analisado, dentro do voto do decano Min. Celso de Mello na ADO 26/DF, por considerar conceitos abrangentes abarcados, como na forma de controle abstrato de constitucionalidade, será realizado apontamentos sobre o parâmetro decisório dos Ministros, e de que forma essa ação se amolda aos preceitos trazidos no corpo da pesquisa, não sendo pertinente adentrar nas explicações das quanto as definições terminológicas, por fugir da objetivo da análise, que é a técnica e parâmetro decisório.

Foram no total de quatro sessões no Supremo para debater o assunto, 13/02/2019; 20/02/2019; 23/05/2019 e o julgamento em 13/06/2019. Como o pedido e o teor das ações possuem objetos em comum, as ações foram julgadas em sessões conjuntas. O julgamento teve início no dia 13/02/2019, com a leitura dos votos dos Ministros Celso de Mello (ADO 26), e de Edson Fachin (MI 4733).

A ação foi conhecida em parte e julgada procedente, com eficácia geral e efeito vinculante. A votação determinou, por oito votos favoráveis e três contrários, que a discriminação originada por orientação ou identidade de gênero passe a ser conduta criminosa, concordando com o uso da lei de racismo para punir casos de homotransfobia.

Os oito votos favoráveis determinaram a aplicação da lei de racismo até que sobrevenha legislação específica pelo Congresso Nacional. Os três votos contrários alegaram que tal posicionamento da Corte estaria criando um tipo penal, e que tal conduta cabe privativamente ao Congresso Nacional. Contudo, por 10 votos a 1, o

plenário reconheceu a omissão do Congresso Nacional elaborar lei que dispõe sobre homotransfobia.

Da leitura dos votos foi evidenciado pelos relatores que o Congresso Nacional falha na elaboração de normas para proteger o grupo minoritário LGBT, e que essa omissão é condenável, por permitir que se perpetuem casos de ameaça e violência contra os integrantes do grupo LGBT. Sustentou o decano que o grupo LGBT encontra-se em situação de exposição a violência por tratamento preconceituoso de gênero, portanto um grupo minoritário em situação de inferioridade. Destaca-se o trecho do relatório à p. 36:

Isso significa que também os homossexuais (e também, os integrantes da comunidade LGBT) têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer medida que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

Conforme julgamento da Suprema Corte, o min. Celso de Mello avaliou diversas questões, desde as dimensões conceituais de orientação e identidade de gênero, ao racismo, e a omissão do Congresso em empregar meios de proteção ao grupo minoritário. Alegou que é inegável que o grupo LGBT encontra-se em situação de exposição a violência por tratamento preconceituoso de gênero, portanto um grupo minoritário em situação de inferioridade.

O relator salienta que a indiferença do Congresso em implementar ações necessárias a proteção da comunidade, como para punir atos decorrentes de preconceito contra os integrantes da comunidade LGBT, caracteriza flagrante descumprimento aos preceitos positivados na Constituição Federal. Celso de Mello na ADO/DF à p. 42:

Vê-se, daí, que a omissão do Congresso Nacional em produzir normas legais de proteção penal à comunidade LGBT – por configurar inadimplemento manifesto de uma indeclinável obrigação jurídica que lhe foi imposta por superior determinação constitucional – traduz situação configuradora de ilicitude afrontosa ao texto da Lei Fundamental da República.

Com isso, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão se legitima às portas do Supremo, como instrumento de busca para proteção a esses membros minoritários. Por isso salientam que evidente mora do Congresso Nacional é um desrespeito aos direitos básicos da comunidade, como a própria vida.

Os relatores votaram no sentido de não estipular prazo para o Poder Legislativo edite lei sobre o assunto, e sim optaram por aplicar a lei de racismo para as situações de discriminação motivadas por preconceito de orientação ou identidade de gênero.

Quanto ao pedido da exordial elaborado pelo autor postulando para que o Supremo Tribunal Federal tipifique, por meio de decisão judicial, as condutas homotransfóbicas definindo respectiva cominação penal. A corte se posicionou no seguinte sentido.

Para o enquadramento da homotransfobia à lei de racismo, os ministros compreenderam o conceito de racismo como em sua dimensão social, entendendo que esse preconceito vai para além de questões somente biológicas ou fenotípicas.

Dessa forma ressaltou Celso de Mello que, no julgamento do HC 82.424/RS foi reforçado que o conceito de racismo envolve manifestação de poder, permitindo reconhecê-lo como forma de dominação política e social, o qual nega a dignidade e humanidade daqueles que não integram o grupo social dominante; expondo o esse grupo minoritário a injusta e odiosa inferiorização, o que acaba por criar uma situação de exclusão do sistema de proteção do Direito. Destaca-se o trecho do voto do min. Celso de Mello na ADO 26 à p. 95:

Daí a constatação de que o preconceito e a discriminação resultantes da aversão aos homossexuais e aos demais integrantes do grupo LGBT (típicos componentes de um grupo vulnerável) constituem a própria manifestação – cruel, ofensiva e intolerante – do racismo, por representarem a expressão de sua outra face: o racismo social.

Assim sendo, o conceito abstrato de racismo abarca enquadramento para a homotransfobia; e que a interpretação é meramente para adequar os comportamentos homotransfóbicos à norma penal que tipifica o racismo, como em sua dimensão social. Nessa seara, não foi acolhido o pedido de tipificação no sentido de expedir uma sentença no caráter aditivo no sentido de alcançar situações não referidas pelo Legislativo. Portanto a decisão possui caráter meramente interpretativo conforme, passando a ampliar o conceito de racismo para incluir a homotransfobia como tipo de racismo social, não se verificando inovação no plano penal.

Assim sendo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem com objetivo provocar a atuação da jurisdição constitucional por meio do Supremo Tribunal Federal para que, proteja os direitos violados em face da Constituição Federal; e a partir disso, salvaguardar que direitos de minorias tenham efetividade.

Quanto ao pedido de responsabilidade civil da União Federal, os relatores posicionaram-se no sentido por ser impossível imputar responsabilidade reparatória ao Estado, por se tratar de ação de controle abstrato de constitucionalidade, que não há análise de situações individuais. Contudo assegura que, em vias ordinárias e de forma individual ou coletiva, o autor pode-se valer do direito de procurar reparação ao seu direito violando.

Em relação aos votos dos demais ministros, destaca-se voto proferido pelo Min. Ricardo Lewandowski que somente reconheceu a omissão inconstitucional do Poder Legislativo em criminalizar condutas homotransfóbicas; ressaltando que, tal mora legislativa contraria frontalmente a Constituição. Mas em voto, acreditou por ser equivocado o tipo penal da lei de racismo se estender para homotransfobia, por ser contra o princípio da reserva legal. Portanto em seu voto limitou-se a reconhecer a mora e a cientificar o Congresso Nacional para adoção de medidas necessárias.

Sendo assim, o acórdão foi redigido no sentido de reconhecer a mora inconstitucional do Poder Legislativo, e a dar interpretação conforme a constituição para incluir a homotransfobia na lei de racismo, até que se verifique lei autônoma específica; sendo portanto toda e qualquer discriminação motivada por intolerância de orientação ou identidade de gênero, como racismo social, se amoldam a interpretação do conceito de racismo.

A tese fixada quanto consequência penal para práticas homotransfóbicas não restringem e nem limitam a liberdade religiosa. Desde que tais manifestações religiosas não configurem discurso de ódio, que incitem violência em razão de orientação e identidade de gênero.

Dado todo o exposto sobre o que foi decidido no julgamento das ações, pode-se dizer que o estudo de caso apresentado corrobora com a pesquisa bibliográfica realizada.

Comparação digna se dá quanto aos efeitos da ação relativa ao exercício do direito de greve pelo servidor público, nela podemos ver como como a atuação concretista geral assumida pela Suprema Corte, efetivou direitos já consagrados, no exercício da jurisdição constitucional, Mendes e Branco (2018).

O Supremo Tribunal Federal, ao proferir decisão com interpretação conforme a Constituição para a homotransfobia, caracteriza um claro cumprimento ao art. 3º,

inciso IV da CF, efetivando o dispositivo “quaisquer outras formas de discriminação”; e com isso protegendo um grupo minoritário vulnerável.

Referidas ações de inconstitucionalidade por omissão surgem como um instrumento para discutir um direito frustrado em palco judicial. Os parâmetros decisórios da Suprema Corte utilizam a supremacia da Constituição como elemento norteador das decisões judiciais, com isso extrair o valor máximo da Carta Magna. Lembra Barroso (2018, p. 255) “muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular”.

Dessa forma, o mesmo autor nos lembra que a Suprema Corte tem virado palco de discussões políticas e sociais, onde as minorias buscam os seus direitos, que por condutas negligentes provenientes do Poder Legislativo negou-se a discutir. Oscilando entre momentos de ativismo e de autocontenção judicial que o Supremo Tribunal Federal tem, no exercício da jurisdição constitucional e como guardião da Carta Magna, proferido decisões a garantir e respeitar que direitos de minorias sejam efetivados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se iniciou o trabalho de pesquisa, constatou-se que havia uma discussão acerca da atuação proativa exercida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de algumas ações que envolviam omissão legislativa. Tornou-se mais relevante no julgamento das ações relativas à equiparação da homotransfobia à Lei de racismo, foram levantadas incertezas sobre a legitimação das decisões da Suprema Corte e se essa atuação seria contrária ao princípio da separação de Poderes.

Portanto, tornou-se importante pesquisar se as atuações proativas proferidas pela Corte Constitucional brasileira, que por questões de opção política, integra a mesma estrutura do Poder Judiciário, de alguma forma ferem o princípio da separação de poderes; ou se de alguma maneira essa conduta é aceitável no ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, a pesquisa teve como objetivo principal analisar a atividade do Supremo Tribunal Federal diante de omissão do Poder Legislativo em empreender esforços para concretizar direitos fundamentais ou prerrogativas, e se essa atuação fere o princípio da separação de poderes.

Constata-se que o objetivo geral foi atendido, porque efetivamente o trabalho conseguiu demonstrar que o papel de uma Corte Constitucional vai além de um simples debate sobre a separação de Poderes, e sim, entra em um debate mais profundo e complexo.

O primeiro objetivo específico era de verificar, dentro de contexto histórico da teoria de separação de poderes ou motivos que levaram a ramificar em funções para que não houvessem abusos de poder, e assim garantir que não houvesse a concentração de poder nas mãos de um único órgão ou pessoa. Dessa mesma forma, ao verificar as funções dos Poderes no Brasil, foi compreendido o papel do Poder Judiciário, e as atribuições do STF quando atua no exercício da jurisdição constitucional, o que lhe acarreta o ônus de guardião da Constituição Federal, e de que forma ele atua para garantir que a hierarquia, a supremacia, constitucional seja respeitada, garantida, efetivada, assegurada em sua plenitude.

Por meio do exercício da jurisdição constitucional é possível perceber que o Poder Judiciário, quando exerce a jurisdição constitucional, tem como meta concretizar os mandamentos constitucionais, tornando normas abstratas em realidade jurídica

fática. Sendo uma das formas mais presentes e relevantes a atuação no controle de constitucionalidade, ao fiscalizar se normas infraconstitucionais estão de acordo com as disposições Constitucionais.

Dessa forma, um dos pilares que legitimam o exercício da jurisdição constitucional é o fato de ela resguardar os direitos fundamentais, mesmo que tal exercício contrarie disposições populares às maiorias eventuais. Portanto vê-se que o primeiro objetivo específico foi constatado. A atuação das funções típicas dos poderes nada tem que ver com discussão sobre jurisdição constitucional, já que o poder é uno e indivisível; e que a jurisdição constitucional é uma forma de garantir até que não haja abuso de poder, pois nesse caso o Poder Judiciário agirá na condição de fiscal, tornando realidade o sistema de freios e contrapesos.

Já o segundo objetivo específico era o de analisar se ante eventual omissão do Poder Legislativo na elaboração de leis necessárias para que se efetivem direitos, sejam eles prerrogativas ou liberdades cuja carência de lei impossibilita o exercício deles; qual alternativa ter-se-ia a disposição no sistema, nos contornos do Estado democrático de direito, para sanar tal omissão, que não o exercício da jurisdição constitucional. E se dessa forma estaria agindo em favor ou contra o sistema de separação de poderes.

Bem, conforme empreende-se de doutrina e decisões jurisprudenciais, o cenário atual propicia o surgimento de ações acusatórias de omissão legislativa em sede judiciária. Os fatores de descrença no Poder Legislativo, ou da forma que projetos de lei, por injustificada mora, não são deliberados, inviabiliza o exercício de direitos, como no exemplo do exercício do direito de greve pelo servidor público. Nesse caso, por falta de lei infraconstitucional, seu direito constitucionalmente garantido carecia de efetividade, o que impossibilitava o movimento grevista. Ao ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, e por meio de interpretação conforme a Constituição, garantiu, até que sobrevenha lei específica regulamentadora, a aplicação da lei de greve dos trabalhadores regidos pelas normas aplicáveis aos contratos da iniciativa privada.

Dessa forma, a jurisprudência do Supremo veio de encontro ao posicionamento concretista geral tradicional, qual seja, para a partir de então garantir que o direito tenha efetividade, e mais, que a efetividade seja ampla, geral e irrestrita, de forma que isso só será possível se essa decisão tiver caráter vinculante e *erga omnes*. Percebe-se que a decisão considerada traz um dos arrazoados mais memoráveis ao falar de

ativismo judicial, ou melhor, de jurisdição constitucional na maturidade, porque proferida vinte anos após a promulgação da Constituição Federal. Ou seja, passaram-se 20 anos e o direito fundamental dos servidores permanecia sem regulamentação.

Assim, a jurisdição constitucional protegeu os preceitos da constituição, que não foram reduzidos à envergadura de texto de lei ordinária ou mera folha de papel. Quando se diz protegeu, tal se deu no sentido de garantir que as normas constitucionais sejam respeitadas na sua condição de hierarquicamente superiores às demais, independente de disposição expressa no texto constitucional neste sentido. E mais, evidenciou o entendimento, que até então era cambaleante, de que a omissão do Poder Público, no caso o do Poder Legislativo, leva a uma clara afronta direta à Carta Magna.

Depois da turbulência, pode-se dizer que houve fortalecimento da jurisdição constitucional, processo de amadurecimento que se desenvolve desde a promulgação da Carta Magna em 1988. Sabe-se que antes de 1988 o Supremo tomava antes uma posição autocontida e de deferência para com os demais poderes, com receio de que sua atuação pudesse adentrar em esfera típica dos demais Poderes. Contudo tem hoje, mais do que antes, atuado de forma proativa no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e a do mandado de injunção; que possuem natureza mandamental, demonstrando perceber a importância da jurisdição constitucional como instrumento de efetivação da Constituição Federal, sob pena de transmutar-se em mera folha de papel, conforme já o dissera Lassalle (1933).

Diante de uma omissão do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal adotava um posicionamento não concretista, limitando-se a estipular prazo razoável para que o houvesse deliberação em projetos de lei, haja vista, existirem direitos fundamentais que carecem de efetividade por motivos unicamente de falta de regulamentação legal.

Contudo, diante da clara omissão inconstitucional, houve uma virada nos entendimentos da Corte, que passou a tomar um posicionamento concretista, por vezes com efeito *erga omnes*, por vezes com efeito *inter partes*. A depender da omissão e a depender do direito. Sabe-se que o Supremo angariou críticas no sentido de que estaria a ferir o sistema de separação de poderes. Mas, por outro lado, contabiliza críticas positivas, defendendo que dessa forma, com atuação proativa, está extraindo os valores máximos da Constituição, e garantindo assim que os objetivos da República tenham efetividade.

O controle judicial de omissão legislativa não se trata de usurpação de competência da função típica legislativa, e sim exercício de atribuição que foi conferida constitucionalmente ao Judiciário, enquanto delegatário do exercício da jurisdição constitucional. A deferência do Supremo em relação à omissão o tornaria igualmente omissor, já que com o princípio da inafastabilidade da jurisdição o Supremo deve dar um provimento judicial, sendo conforme princípios, costumes; exercendo sua função, que é a da legítima guarda da Constituição.

O ativismo judicial, conforme depreende-se da doutrina, pode ser prejudicial ou positivo ao sistema democrático, conforme a jurisdição constitucional se contamine pelo jogo político de interesses casuísticos, muitas vezes embalados pelo clamor das maiorias de ocasião. A atuação proativa do Supremo é tida como último meio pelo qual se procura sanar uma omissão legislativa. A jurisdição constitucional não deve suprimir o canal ordinário de voz e expressão da sociedade democraticamente constituída e representada. Mas, também não pode ser negada à jurisdição constitucional o posto de arena de discussões vez ou outra diferidas, postergadas, não oportunizadas. Vide os atos do Poder Executivo. Como bem lembra Bonavides, a pior das ditaduras é a judicial. Assim, a Corte Constitucional deve se manter imune a vontades políticas ocasionais, que sufocam o direito das minorias.

Não se trata da expressão da vontade do juiz, e sim a vontade da Constituição. Motivo que as decisões são fundamentadas na própria Lei Maior, e respeitado os princípios da razoabilidade e de proporcionalidade. Essas decisões vão para além daquilo que foi pedido. Exprime-se no papel contramajoritário da Corte, o que garante que os direitos das minorias sejam atendidos, por conta de nunca serem uma maioria parlamentar, encontram-se em situação de exclusão social em meios jurídicos representativos.

Como forma de analisar um caso concreto que corrobore com o que se depreendeu do estudo bibliográfico, foi eleito o caso do enquadramento da homotransfobia na lei de racismo. Uma decisão relativamente nova, datada de junho de 2019, teve como palco de discussão o plenário do Supremo Tribunal Federal.

A abordagem adotada para análise do estudo de caso se limitou ao caráter decisório, no sentido de analisar se o Supremo, ao equiparar homofobia ao crime de racismo extrapolou seus limites, interferindo em matéria de competência típica do Poder Legislativo, de forma a eventualmente afrontar o sistema de separação de atribuições do Poder.

Diante da análise do caso, o Supremo optou por uma interpretação conforme a Constituição Federal para amoldar a homotransfobia à Lei de racismo, entendendo o preconceito por orientação e identidade de gênero uma forma de racismo social.

A crítica com relação a suposta inaptidão decisória do Supremo Tribunal Federal, que fere o sistema de separação de Poderes, não deve prevalecer. Pondera-se que, diante de qualquer decisão judicial, o magistrado deve se pautar de critérios de razoabilidade e cautela, já que no caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem efeito *erga omnes*.

Entende-se que a predominância do ativismo judicial não é o sistema ideal para solução de conflitos no ordenamento jurídico. Contudo, atualmente tem-se revelado um meio pelo qual direitos de minorias passam a ser postos em pauta, ao denunciar uma indiferença legislativa.

Diante da incumbência de guarda e proteção conferido ao Poder Judiciário, a postura proativa é uma atitude constitucionalmente legítima quando se pretende à promoção de direitos fundamentais, e a concretização de expectativas gravadas na Carta Magna. Atuação essa é positiva desde que respeite as escolhas políticas feitas pelo legislador, e em agindo com deferência diante da discricionariedade razoavelmente exercida pelo legislador.

Nada obstante, é imprescindível que, diante de tamanha afronta ao texto constitucional, ao negar efetivação de direitos por parte do legislador, não pode o Poder Judiciário, aqui em referência ao Supremo Tribunal Federal se abster de compor essa deficiência, com receio de incorrer em omissão judicial.

Conforme nota-se da metodologia proposta, percebe-se que o trabalho poderia ter sido realizado com uma pesquisa mais ampla em relação aos motivos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, bem como se aprofundado sobre a motivação dos julgadores. Contudo por ser uma decisão demasiadamente recente, houveram limitações quanto a bibliografia específica, sendo elas tanto em doutrinas e quanto em artigos, que por ora não deram devida atenção doutrinária ao referido julgamento. Fica a sugestão para pesquisas futuras.

Essas dificuldades enfrentadas poderão ser sanadas em uma pesquisa *a posteriori*, por vezes em uma pesquisa científica que se dedique a uma abordagem mais ampla e metodológica em extensão e profundidade, posto que por ora só foi possível analisar os dados de maneira simplificada, sem intuito de esgotar a proposta.

É importante destacar que o presente trabalho de conclusão de curso não teve a intenção de esgotar o assunto, mas contribuir de forma doutrinária e acadêmica com a discussão sobre o tema.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, J. A. Guilherme. Montesquieu: sociedade e poder. in: WEFFORT, Francisco C, (Org). **Os clássicos da política**, v.1. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. cap. 5, p. 111-120.
- ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 21. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ARANHA, Flora Augusta Varela. **O controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro**: considerações em torno da Lei do Mandado de Injunção. Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 107. ano 26. p. 15-34. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2018.
- ARANHA FILHO, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo; ARANHA, Mariana Domingues de Castro Camargo. A legitimidade constitucional do ativismo judicial. in: **Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCI**. v. 86. n.22, jan-mar. São Paulo: RT Revista dos Tribunais. 2014. p. 307-325.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- 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. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia política**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**; tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade** (algumas observações sobre o Brasil). Estud. av. [online]. 2004, vol.18, n.51, pp.127-150. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso. Acesso em 05 de fev. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugitivo – o ativismo judicial. in: FELLET, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 38

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 27 de out. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 09 de jan. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 11 de jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 27 de out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221 MC. Rel. Min. Moreira Alves. Distrito Federal, julgado em 01/09/2005. **Diário da Justiça**. Brasília, DF, 03 de fev. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266254>. Acesso em: 27 de out. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 877, Relator: Min. Ilmar Galvão, Distrito Federal, julgado em 05/10/1995. **Diário da Justiça da União**. Brasília, DF, 27 de out. 1995. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=&dataPublicacaoDj=27/10/1995&incidente=1564398&codCapitulo=5&numMateria=81&codMateria=1>. Acesso em: 29 de dez. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.495. Rel. Min. Ilmar Galvão. Santa Catarina, julgado em 02/05/2002. **Diário da Justiça da União**. Brasília, DF, 02 de ago. 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2495&processo=2495>. Acesso em: 11 de jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540 MC. Rel. Ministro Celso de Mello, Distrito Federal, julgado em 01/09/2005. **Diário da Justiça da União**, Brasília, DF, 03 de fev. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>. Acesso em: 11 de jan. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.682. Rel. Min. Gilmar Mendes. Mato Grosso, Julgado em 09/05/2007. **Diário da Justiça Eletrônico** Brasília, DF, 06 de set. 2007. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>. Acesso em: 10 de jan. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066. Rel. Min. Rosa Weber. Distrito Federal, julgado em 23-24/08/2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 07 de mar. 2018
<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4066&processo=4066>. Acesso em: 15 de fev. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 14 out. 2011. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 11 de jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 25, Relator: Min. Gilmar Mendes, Distrito Federal, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2016. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 18 de ago. 2017. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 11 de jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 26, Relator: Min. Celso de Mello, Distrito Federal, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 11 de fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424/RS, julgado em 17/09/2003. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 19 mar. 2004. Disponível em:
http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJuriSprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms. Acesso em: 18 de fev. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 107, Rel. Min. Moreira Alves, Distrito Federal, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1989. **Diário da Justiça da União**. Brasília, DF, 21 set. 1990. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>. Acesso em: 08 de fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232-1. Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 02/08/1991. **Diário da Justiça da União**, Brasília, DF, 27 de mar. 1992. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>. Acesso em: 08 de fev. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 670. Relator: Min. Maurício Corrêa, Espírito Santo, julgado em 25/10/2007, Tribunal Pleno. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 31 de out. 2008. Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>. Acesso em: 07 de nov. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 708. Relator: Min. Gilmar Mendes, Pernambuco, julgado em 25/10/2007, Tribunal Pleno. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 31 de out. 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2232963>. Acesso em: 07 de nov. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 712. Relator: Min. Eros Grau, Pará, julgado em 25/10/2007. **Diário da Justiça da União**, Brasília, DF, 31 out. 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2244628>. Acesso em: 07 de nov. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 4733. Relator: Min. Edson Fachin, Distrito Federal, julgado em 13/06/2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 18 de fev. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 450.855 AgR, Rel. Ministro Eros Grau, julgado em 23 de ago. 2005. **Diário de Justiça**, 09 de dez. 2005

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **As garantias do cidadão na justiça** (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley; NOVELINO, Marcelo. **Constituição federal para concursos**. 9. ed. Salvador, Bahia: jusPODIVM, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do conhecimento e processo de conhecimento**. 12. ed. Salvador: JusPODIVM 2010.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. in: FELLET, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 460.

Discurso proferido pelo Min. Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal na solenidade da posse do Min. Carlos Ayres Britto na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 19/04/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>. Acesso em: 18 de fev. 2020.

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

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 25 de set. 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, Bahia: JusPODVM, 2017.

FRANCISCO, José Carlos. (Neo)Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça pluralista. in: FRANCISCO, José Carlos (Org).

Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 53.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma constituição**. Edições e Publicações Brasil: São Paulo, 1933. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf>. Acesso em: 04 de fev. 2020.

LOCKE, John, **Segundo Tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins do verdadeiro governo civil. Petrópolis, RJ: vozes, 1994.

LUHMANN, Nikla. **a posição dos tribunais no sistema jurídico**. Revista AJURIS. Porto Alegre: AJURIS, 1990, n. 49, 034.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 2000

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. E atual. São Paulo: saraiva educação. 2018

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611430/>. Acesso em: 03 de jan. 2020

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PINTO FERREIRA, Luiz, **Princípios gerais do direito constitucional moderno**, 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: Ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622289/>. Acesso em: 09 de jan. 2020

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin**. Tese de Doutorado. Direito Público. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.