

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Mestrado em Direitos Sociais



Dissertação

**A aplicação das teorias dos diálogos institucionais na efetivação dos direitos
sociais pelo Poder Judiciário:**

**uma análise a partir dos julgamentos das Ações Diretas de
Inconstitucionalidade por Omissão**

Ândreo da Silva Almeida

Pelotas, 2022

Ândreo da Silva Almeida

A aplicação das teorias dos diálogos institucionais na efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário:

uma análise a partir dos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão

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

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Nunes Apolinário

Pelotas, 2022

Universidade Federal de Pelotas / Sistema de Bibliotecas
Catalogação na Publicação

A314a Almeida, Ândreo da Silva

A aplicação das teorias dos diálogos institucionais na efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário : uma análise a partir dos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão / Ândreo da Silva Almeida ; Marcelo Nunes Apolinário, orientador. — Pelotas, 2022.

151 f.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, 2022.

1. Efetivação dos direitos sociais. 2. Ativismo judicial. 3. Teorias dos diálogos institucionais. 4. Controle concentrado de constitucionalidade por omissão. I. Apolinário, Marcelo Nunes, orient. II. Título.

CDDir : 341.27

Andreo da Silva Almeida

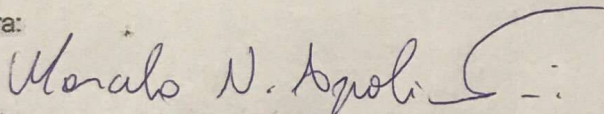
A aplicação das teorias dos diálogos institucionais na efetivação dos direitos sociais
pelo Poder Judiciário.

uma análise a partir dos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por
Omissão

Dissertação aprovada, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em
Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de
Pelotas.

Data da Defesa:

Banca examinadora:



Prof. Dr. Marcelo Nunes Apolinário (PPGD/UFPel) – Orientador

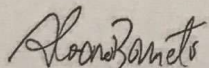
Doutor em Direitos Fundamentais pela Universidad Autónoma de Madrid

ALEXANDRE
FERNANDES GASTAL

Assinado de forma digital por:
ALEXANDRE FERNANDES GASTAL
Dados: 2022.10.12 17:15:02 -03'00'

Prof. Dr. Alexandre Fernandes Gastal (PPGD/UFPel)

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul



Prof. Dr. Alvaro Augusto de Borba Barreto (PPGCPol/UFPEL)

Doutor em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Ao meu querido avô Erly José Christiano da Silva,
por sempre acreditar na educação como fonte de
libertação e progresso.

Agradecimentos

A elaboração deste trabalho não seria possível sem o apoio incondicional de toda a minha família.

Agradeço especialmente a minha mãe Nórís Almeida, por sempre ter acreditado nos meus sonhos e por não ter medido esforços para que eles se tornassem realidade.

À minha companheira Manuela, parceira de vida e de sonhos. Ao fim, o que realmente importa são os momentos especiais ao lado de quem amamos.

Ao meu grande amigo Lucas Reyes, sempre serás o meu maior exemplo de perseverança e bondade.

Ao meu orientador e amigo, Prof. Dr. Marcelo Apolinário, responsável por me apresentar o fascinante universo do Direito Constitucional e me acompanhar nessa jornada acadêmica. Obrigado por todos os ensinamentos, Mestre. Jamais cansarei de lhe agradecer, tamanha a sua generosidade e disponibilidade para ensinar.

Aos meus amigos, sem vocês essa caminhada não teria sido tão agradável.

Por último, agradeço ao meu amado Deus, por me proteger e guiar os meus passos.

Resumo

ALMEIDA, Ândreo da Silva. **A aplicação das teorias dos diálogos institucionais na efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário**: uma análise a partir dos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão. 2022. 151f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2022.

O presente estudo avalia se as teorias dos diálogos institucionais, que propõem uma interação entre os Poderes estatais durante a construção da decisão, são capazes de aumentar a legitimidade democrática do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais prestacionais previstos na Constituição Federal. A fim de alcançar tal objetivo, demonstra-se, inicialmente, a crítica que recai sobre o Poder Judiciário por exercer a tarefa concretizadora de direitos sociais prestacionais, na qual essa atuação progressista de juízes e cortes é tida como violadora da separação dos Poderes e antidemocrática. Na sequência, analisam-se as teorias dos diálogos institucionais e as suas diversas formas de manifestação no processo judicial para reduzir o déficit democrático do Poder Judiciário no controle das omissões estatais. Na fase intermediária do estudo, realiza-se uma investigação sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista ser um dos principais instrumentos de combate às omissões legislativas no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, examina-se, de forma qualitativa, a aplicação das técnicas dialógicas nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão julgadas procedentes pelo Supremo Tribunal Federal no recorte temporal de 2008 a 2020. A pesquisa conclui que as decisões concretistas proferidas pelo STF no controle concentrado de inconstitucionalidade por omissão são, em última análise, apenas uma etapa do diálogo institucional necessário para a concretização das normas constitucionais. Ao incentivar a participação de outras instituições na construção da decisão, a Corte atua para reduzir o seu déficit democrático na regulamentação da Constituição, visto que não almeja excluir os poderes políticos desta atividade, mas sim inseri-los para que possam colaborar com o aperfeiçoamento da decisão. Em termos metodológicos, a pesquisa emprega o método de abordagem hipotético-dedutivo, valendo-se das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-Chave: Efetivação dos direitos sociais. Ativismo judicial. Teorias dos diálogos institucionais. Controle concentrado de constitucionalidade por omissão.

Abstract

ALMEIDA, Ândreo da Silva. **The application of institutional dialogue theories in the realization of social rights by the Judiciary:** an analysis based on the judgments of Direct Actions of Unconstitutionality by Omission. 2022. 151p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2022.

The present study evaluates whether the theories of institutional dialogues, which propose an interaction between the State Powers during the construction of the decision, are capable of increasing the democratic legitimacy of the Judiciary in the realization of the social rights provided for in the Federal Constitution. In order to achieve this objective, it is initially demonstrated the criticism that falls on the Judiciary for exercising the task of realizing social rights in terms of benefits, in which this progressive action of judges and courts is seen as violating the separation of Powers and undemocratic. Subsequently, the theories of institutional dialogues and their various forms of manifestation in the judicial process are analyzed to reduce the democratic deficit of the Judiciary in the control of state omissions. In the intermediate phase of the study, an investigation is carried out on the direct action of unconstitutionality by omission, in order to be one of the main instruments to combat legislative omissions in the Brazilian legal system. Finally, it is examined, in a qualitative way, the application of dialogic techniques in direct actions of unconstitutionality by omission judged valid by the Federal Supreme Court in the time frame from 2008 to 2020. The research concludes that the concrete decisions handed down by the STF in the judicial review are, in the final analysis, only one stage of the institutional dialogue necessary for the realization of constitutional norms. By encouraging the participation of other institutions in the construction of the decision, the Court acts to reduce its democratic deficit in the regulation of the Constitution, since it does not aim to exclude political powers from this activity, but to insert them so that they can collaborate with the improvement of the decision. In methodological terms, the research uses the hypothetical-deductive method of approach, using the techniques of bibliographic and documental research

Key Words: Realization of social rights. Judicial activism. Theories of institutional dialogues. Judicial review.

Sumário

1 Introdução.....	09
2 Os diálogos institucionais na jurisdição constitucional	15
2.1 O paradoxal fenômeno de concretização da Constituição democrática sem a participação do povo	15
2.2 Diálogos institucionais: uma alternativa de legitimação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais	21
2.3 Teorias dialógicas	25
2.3.1 Teorias quanto ao método judicial	27
2.3.2 Teorias estruturais do diálogo	31
2.4 Os diálogos institucionais no direito comparado	39
2.4.1 A experiência canadense	40
2.4.2 A experiência israelense	46
2.4.3 A experiência neozelandesa	49
2.5 Reflexões sobre os diálogos institucionais no contexto brasileiro	52
3 O Supremo Tribunal Federal e o combate às omissões inconstitucionais.....	61
3.1 Delineamentos conceituais da omissão inconstitucional.....	61
3.2 O sistema de controle de constitucionalidade por omissão no direito brasileiro..	66
3.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....	69
3.2.1.1 Legitimidade	71
3.2.1.2 Efeitos da decisão	74
3.3 A <i>práxis</i> das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão	79
3.3.1 A metodologia da pesquisa empírica	81
3.3.2 Resultados da pesquisa empírica	83
3.3.2.1 Demandantes	83
3.3.2.2 Demandados	88
3.3.2.3 Análise das decisões.....	92
4 A aplicação das teorias dialógicas nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão	101
4.1 Considerações preliminares sobre a investigação	101
4.2 Análise qualitativa da ADO n.º 25.....	103

4.3 Análise qualitativa da ADO n.º 26.....	113
4.4 Análise qualitativa da ADO n.º 30.....	126
5 Considerações finais	139
Referências	145
Anexos	150

1 Introdução

O presente trabalho tem como objeto a aplicação das teorias dos diálogos institucionais nos procedimentos judiciais de efetivação dos direitos sociais no Brasil, sendo delimitada pela investigação do fenômeno nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal no recorte temporal de 2008 a 2020.

O Estado Democrático de Direito, inaugurado no Brasil com a Constituição de 1988, buscou assegurar os valores da democracia e o avanço social da população brasileira mediante a consagração dos direitos sociais no texto constitucional, os quais foram considerados metas constitucionais a serem atingidas com o decurso do tempo.

A teoria constitucional, acompanhando essa perspectiva de proteção dos direitos e garantias fundamentais do novo texto constitucional, adotou a “doutrina da máxima efetividade” na interpretação constitucional, segundo a qual a concretização dos direitos sociais não é uma tarefa restrita à atuação do Legislativo e Executivo, mas sim uma tarefa inerente ao Estado, devendo, portanto, o Judiciário efetivar os direitos sociais quando verificar a inércia dos poderes políticos no atendimento desse compromisso constitucional.

Para a doutrina da efetividade todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Assim, nas hipóteses em que o constituinte criou direitos sociais, as normas constitucionais são, em regra, direta e imediatamente exigíveis do Poder Público por meio das ações constitucionais previstas no ordenamento jurídico. Em consequência, O Poder Judiciário passa a ter atribuição para concretizar a Constituição de 1988.

Entretanto, o que se verifica após o transcurso de mais de trinta anos desde a promulgação da Constituição é que a efetivação dos direitos sociais estampados na Carta Magna tornou-se uma tarefa cada vez mais afeita ao Poder Judiciário, exatamente o Poder que possui maior déficit democrático e que, em tese, apresenta menos condições de deliberar sobre políticas públicas. De 1988 para cá, juízes e

cortes assumiram um papel de protagonistas na política nacional, chegando a se autointitular de “vanguarda iluminista”, naturalizando no Brasil a ideia de que o Poder Judiciário é o intérprete final da Constituição e, obviamente, do “programa para o futuro” nela estabelecido.

Não obstante essa interpretação viabilizar a tutela de direitos fundamentais sociais à parcela vulnerável da sociedade brasileira, que não tem suas demandas inseridas na agenda política, observa-se uma acentuada crítica à concretização desses direitos por juízes e cortes, sob o fundamento de que a expansão das atribuições do Judiciário para o campo da concretização de direitos sociais geraria um enfraquecimento da democracia e, além disso, seria responsável por distanciar o povo da participação política. A crítica coloca a efetivação de direitos sociais pelo Judiciário como inadequada num Estado Democrático de Direito, considerado o déficit democrático desse Poder para tratar de questões que deveriam ser resolvidas por políticas públicas forjadas em ambiente de ampla participação popular.

A aplicabilidade imediata dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, na visão crítica ao ativismo judicial, tem um viés elitista acerca da concretização da Constituição, pois atribui ao povo um papel secundário na participação dos processos de conquistas sociais, já que confia demasiadamente no poder de juízes e tribunais. Assim, essa corrente defende que o jurista deve ser um democrata e usar o seu saber para a construção de instituições que permitam o triunfo de um governo que se faça não apenas em benefício do povo, mas, sobretudo, com a decisiva participação do povo.

Ocorre que esse debate acerca da legitimidade para o Poder Judiciário implementar direitos sociais tomou um formato reducionista, pois, de um lado, posicionaram-se os adeptos da autocontenção judicial, onde todo o poder para concretizar os direitos sociais está no legislador e no administrador público e, do outro lado, estão os defensores do ativismo judicial, os quais acreditam que todo o poder deve estar com os juízes e cortes, afinal estes teriam o papel de “empurrar a história” no caminho do progresso e zelar pela máxima efetividade das normas constitucionais.

Destarte, diante dessa discussão polarizada, busca-se verificar se a solução está na adoção de um “meio termo” entre os dois polos (autocontenção judicial e

ativismo judicial). No caso, o “meio termo” está na adoção das teorias dos diálogos institucionais nos procedimentos judiciais tendentes a efetivar direitos sociais, já que, segundo as referidas teorias, a concretização dos mandamentos constitucionais não deve ser uma tarefa exclusiva de juízes e tribunais, tampouco de legisladores e administradores, mas sim um produto decorrente de um procedimento que assegure a interação entre poderes, instituições e pessoas possivelmente atingidas pela decisão.

Na perspectiva dos diálogos institucionais, a legitimidade de juízes e cortes na concretização dos direitos sociais não decorre da sua capacidade institucional para deliberar sobre políticas públicas, mas sim do seu potencial de incentivar melhores respostas por parte dos outros Poderes. Assim, ao examinar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, a pesquisa identifica se o Poder Judiciário, quando decide sobre a efetivação dos direitos sociais, atua como um incentivador da deliberação, estimulando que o direito social objeto do caso em julgamento insira-se na agenda do Executivo e do Legislativo.

Merece destacar que serão adotadas como universo de pesquisa as decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão exatamente por essas ações serem instrumentos adequados para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais que exigem a edição de legislação ou providência administrativa para que os direitos nelas estampados se efetivem na prática. Há flagrante afinidade, portanto, entre as ações constitucionais por omissão e a efetivação de direitos sociais, já que esses são direitos que dependem da formulação de políticas públicas para serem concretizados.

A relevância social do estudo está no fato de partir da premissa de que o Estado necessita efetivar direitos para corrigir a acentuada desigualdade social que assola o país, de modo que aceitar de forma irrestrita a crítica ao ativismo judicial no campo dos direitos sociais, concordando com a afirmação de que a concretização desses direitos é tarefa exclusiva dos poderes políticos, não parece ser o caminho adequado para o avanço da sociedade brasileira. À vista disso, o direito brasileiro urge por uma investigação dedicada a desvendar uma alternativa capaz de conciliar a necessidade de efetivação dos direitos sociais, inclusive por meio do Poder

Judiciário, e a valorização da participação popular na democracia, sendo a inserção dos diálogos institucionais nos procedimentos judiciais a alternativa a ser explorada.

Dessa forma, a investigação parte do seguinte problema de pesquisa: diante do constitucionalismo desenvolvido no Brasil pós-1988, marcado pela efetivação de direitos sociais por juízes e cortes, as teorias dos diálogos institucionais poderão ser uma alternativa para reduzir o déficit democrático das decisões judiciais e, assim, conciliar os valores do constitucionalismo e da democracia na efetivação dos direitos sociais no controle concentrado de constitucionalidade por omissão?

A resposta à referida indagação será buscada a partir da testagem da hipótese de que as teorias dos diálogos institucionais são uma alternativa para legitimar democraticamente o Supremo Tribunal Federal na concretização dos direitos sociais, pois incentivam uma maior deliberação entre as instituições afetadas pela decisão em construção, conciliando os valores do constitucionalismo e da democracia, já que assegura a proteção dos direitos fundamentais pelo Judiciário e ao mesmo tempo incentiva a participação do povo e seus representantes no processo de concretização dos direitos sociais.

O objetivo geral da pesquisa, portanto, é avaliar se as teorias dos diálogos institucionais, a partir da análise do controle de constitucionalidade por omissão realizado pelo Supremo Tribunal Federal no período de 2008 a 2020, são capazes de reduzir do déficit democrático do Poder Judiciário na tarefa de efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, incentivando que outras instituições participem do processo deliberativo da construção da decisão.

Ainda, são objetivos específicos desta investigação¹:

a) demonstrar a crítica existente ao ativismo judicial e à judicialização da política no que se refere à efetivação dos direitos sociais, a qual coloca essa atuação de juízes e cortes como violadora da separação dos poderes e da própria democracia;

¹ Por compromisso com as diretrizes acadêmicas, vale anotar que os objetivos específicos do trabalho sofreram alteração com o desenvolver da pesquisa, pois foi acrescentado o objetivo específico de examinar a doutrina e a prática das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. Tal nota é realizada para destacar que este objetivo específico não constava inicialmente do projeto de pesquisa aprovado em exame de qualificação.

- b) analisar as teorias dos diálogos institucionais e o seu respectivo potencial para reduzir o déficit democrático do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade por omissão;
- c) expor a doutrina existente sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bem como o desenvolvimento prático desta ação constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal;
- d) identificar a utilização das técnicas dialógicas nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão julgadas pelo Supremo Tribunal Federal a partir de 2008 até 2020.

No que tange à estrutura do texto, a presente dissertação é composta de três capítulos. O primeiro capítulo é destinado à demonstração da crítica existente à concretização de direitos sociais pelo Poder Judiciário, uma vez que a atuação “progressista” de juízes e tribunais é acusada de gerar um distanciamento da sociedade em relação aos Poderes políticos. Ainda, como consectário de tal crítica, o primeiro capítulo examina o surgimento das teorias dos diálogos institucionais, classificando-as de acordo com a doutrina de Bateup (2006) e explorando a sua prática no Canadá, Israel e Nova Zelândia.

O segundo capítulo, por sua vez, tem como tema central o controle de constitucionalidade concentrado por omissão desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no recorte temporal de 2008 a 2020. Nesta etapa do estudo é destacada, sob o ponto de vista teórico, a relevância que a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao combate às omissões inconstitucionais pelo Poder Judiciário, sendo detalhadas as principais características da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Todavia, o capítulo não se limite a analisar o enfrentamento das omissões inconstitucionais sob o prisma teórico, tendo em vista que, com base em pesquisa empírica, extraíram-se avaliações quantitativas que auxiliam na real compreensão da *práxis* do controle concentrado de constitucionalidade por omissão no Estado brasileiro, considerando que nem sempre a prática é fiel à teoria.

O terceiro e último capítulo é a etapa em que o estudo congrega o conhecimento adquirido nos capítulos antecedentes para avaliar, qualitativamente, o emprego de técnicas dialógicas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, cujo objetivo era a concretização de direitos sociais. Nessa etapa, a pesquisa analisou as ações diretas de

inconstitucionalidade por omissão n.º 25, 26 e 30 a fim de aferir se efetivamente o Tribunal utiliza os diálogos institucionais como instrumento para redução de seu *déficit* democrático, o que pode ser constatado pela existência de decisões judiciais que fomentam a inserção de outras instituições no complexo procedimento de concretização de um direito social.

Quanto aos pressupostos metodológicos, a pesquisa empregou o método de abordagem hipotético-dedutivo, que consiste na formulação de uma hipótese que será testada ao longo da investigação, sendo a referida testagem realizada a partir da análise dos resultados extraídos das avaliações qualitativas e quantitativas do controle de constitucionalidade por omissão realizado pelo Supremo Tribunal Federal no recorte temporal de 2008 a 2020.

Por fim, cabe referir que se trata também de um estudo que utiliza as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, sendo que a primeira teve especial relevância para a compreensão da crítica ao ativismo judicial e à análise das teorias dos diálogos institucionais, enquanto que a técnica documental foi decisiva para a extração dos dados qualitativos e quantitativos dos autos das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Ainda, ao examinar acórdãos e decisões monocráticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a pesquisa igualmente utilizou o método auxiliar empírico para aferir a forma de atuação do Tribunal no controle concentrado de constitucionalidade por omissão.

2 Os diálogos institucionais na jurisdição constitucional

2.1 O paradoxal fenômeno de concretização da Constituição democrática sem a participação do povo

Com forte inspiração nos textos constitucionais do período pós-segunda guerra de países europeus, a Constituição brasileira de 1988 se filiou a um constitucionalismo substancial, onde há uma profunda reformulação dos sistemas jurídicos visando à afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana em leis superiores, dotadas de plena e máxima eficácia jurídica, sem as exclusões e discriminações introduzidas na organização social pelos padrões da liberal-burguesia (DALLARI, 2013). Nesse modelo de constitucionalismo os direitos fundamentais sociais passam a constar expressamente dos textos constitucionais para que sejam imunes à discricionariedade política ordinária, obrigando eventuais grupos políticos que estejam no poder a observá-los e efetivá-los. (STRECK, 2014). A concepção substancialista de Constituição é orientada pela ideia de que os textos constitucionais devem veicular valores substantivos de uma democracia, os quais representam verdadeiros limites materiais às deliberações do Poder Legislativo e Executivo.

Em oposição à corrente substancialista, encontra-se a teoria procedimentalista, segundo a qual incumbe apenas aos poderes representativos do povo, ou seja, aos poderes políticos (Executivo e Legislativo), deliberarem acerca dos valores substanciais de uma sociedade, tocando ao Poder Judiciário apenas a tarefa de garantir as regras do jogo democrático sem exercer papel significativo nas escolhas políticas. A concepção procedimental de democracia é nitidamente resistente ao *judicial review*, pois o considera antidemocrático em razão de não aceitar a existência de uma “interpretação, juridicamente vinculativa, do sentido material de normas constitucionais de conteúdo vago por um grupo de juízes não eleitos e irresponsáveis perante eleitores”. (MELLO, 2004, p. 38)

Investigando o pensamento procedimentalista, Habermas expõe qual seria a função do Tribunal Constitucional:

O Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitar-se a proteger um processo de criação democrática do Direito. O Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução. (HABERMAS, *apud* STRECK, 2014, p. 161)

Habermas é um crítico ferrenho do modelo de Estado Social (entende ser autoritário), o que segundo ele gera a “colonização do mundo da vida”, posto que o caráter ambivalente deste modelo faz com que o direito seja um garantidor da liberdade e ao mesmo tempo tenha uma função privativa da liberdade quando invade destrutivamente “o mundo da vida”. Em razão disso, o autor vê na “juridificação” um problema para o agir comunicativo, tendo em vista que o direito-meio, expressão do agir instrumental-estratégico, a serviço da economia e do poder, invadiria a esfera do agir comunicativo, fundada no entendimento, e, dessa maneira, prejudicaria a construção de uma razão intersubjetiva (STRECK, 2014).

Percebe-se, com isso, que teoria habermasiana defende a formação de uma democracia constitucional fundada apenas em procedimentos garantidores da criação da opinião e da vontade da sociedade por meio de deliberações democráticas, sem que os textos constitucionais tragam previamente os valores substantivos do Estado. Pretende, portanto, valorizar a figura do cidadão como sujeito capaz de traçar as suas próprias diretrizes.

Contudo, o ponto frágil do procedimentalismo habermasiano, a princípio, é que ele não realiza a devida diferenciação do modelo de Estado Social de Direito e do Estado Democrático de Direito. Por consequência, desconsidera que no modelo de Estado Social o direito tem a função de orientar a atuação do Poder Executivo na realização das políticas do *Welfare State*, sublinhando-se que, embora o direito seja o norteador, a implementação dos valores sociais está concentrada nas atribuições dos órgãos do Executivo. Já no Estado Democrático de Direito, caracterizado pela força normativa da Constituição, o Poder Judiciário, em especial através da jurisdição constitucional, é dotado de autonomia para efetivar os valores individuais e sociais plasmados nos textos constitucionais, sendo o intervencionismo do Judiciário uma decorrência lógica da normatividade da Constituição no atual modelo de Estado.

Em outras palavras, a crítica formulada por Habermas à judicialização das deliberações políticas por invadirem o campo de atuação do Executivo são plenamente coerentes com a estrutura do Estado Social de Direito. No entanto, o mesmo raciocínio não pode prosperar quando analisado na perspectiva do Estado Democrático de Direito inaugurado no período pós-guerras, o qual, exatamente para superar a ineficácia dos poderes representativos do povo na consecução do *Welfare State*, outorga aos Tribunais Constitucionais a tarefa de efetivar valores substanciais presentes nas Constituições.

Lênio Streck reconhece a inaplicabilidade do procedimentalismo habermasiano ao direito brasileiro, sobretudo pela Constituição de 1988 veicular inúmeros direitos sociais a serem implementados pró-futuro:

Aliás, é bom frisar que a tese habermasiana não leva em conta Constituições que contenham um catálogo de direitos sociais, como a do Brasil. Não há pistas na obra de Habermas que apontem para essa circunstância e de como seria a sua resposta ao problema da inefetividade do direito nesses casos. Os adeptos das teorias procedimentalistas de cariz habermasiano não levam em conta certas peculiaridades do constitucionalismo de *terrae brasiliis*. (STRECK, 2014, p. 166)

Nota-se, assim, que a visão procedimentalista é de difícil aplicação na democracia brasileira, visto que ela desconsidera a necessidade inerente aos países em desenvolvimento de alcançar a concretização de direitos sociais para que finalmente o objetivo da erradicação da pobreza e da marginalização seja alcançado. A dificuldade de adoção do procedimentalismo em países como o Brasil está no fato de não se reconhecer a possibilidade de deliberação majoritária minimamente consciente e consistente sem que os participantes desse processo deliberativo tenham assegurados os seus direitos fundamentais, incluindo as garantias de liberdades individuais e determinadas condições materiais indispensáveis ao exercício da cidadania. É nesse sentido que Ana Paula de Barcellos afirma que “o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar de forma minimamente adequada se as pessoas não tiverem condições de dignidade ou se seus direitos, ao menos em patamares mínimos, não forem respeitados” (2007, p. 8).

A Constituição de 1988, portanto, se distancia da concepção de democracia procedimental, uma vez que o seu texto consagra valores substantivos na forma de

direitos fundamentais, incumbindo ao Judiciário a tutela de tais direitos, seja revogando os atos que lhes forem contrários, seja concretizando-os quando verificada a inércia dos poderes políticos. É compreensível que o Brasil, como país de modernidade tardia, onde as promessas do Estado Social não foram cumpridas, acabe depositando maior relevância aos valores substantivos impregnados no texto constitucional, o que é deduzido do próprio caráter dirigente e programático da Carta de 1988, exigindo uma forte atuação do Judiciário para que os objetivos constitucionais sejam implementados mediante a concretização dos direitos sociais. (STRECK, BOLZAN DE MORAIS, 2013).

Contudo, o anseio pela efetivação de direitos sociais na nova ordem constitucional não decorre somente do caráter substancialista do texto constitucional, mas também de uma transformação na própria hermenêutica constitucional, já que a Constituição deixou de ser vista apenas como um documento político, que abarcava uma série de intenções, e passou a ser lida como um documento normativo, cujos direitos nela consagrados são dotados de eficácia jurídica e, por consequência, devem ser concretizados pelo Poder Judiciário, caso seja verificada a inércia dos demais Poderes (BRANDÃO, 2017).

Essa transformação no direito constitucional, impulsionada pelo contexto de redemocratização do Brasil, contou com significativa colaboração de teorias estrangeiras, como o “constitucionalismo dirigente” e a “força normativa da constituição”, as quais desempenharam papel salutar para o reconhecimento da exigibilidade judicial dos direitos sociais. O “constitucionalismo dirigente”, ao conceber a Constituição como um “programa de ação para o futuro”, incentiva mudanças sociais com pretensões emancipatórias e igualitárias com base em normas constitucionais, de sorte que cabe ao legislador atender ao programa instituído na Lei Maior e ao Judiciário fiscalizar a correta execução dessas normas programáticas, evidenciando assim o seu caráter judicialista (CANOTILHO, 1994). A teoria da “força normativa da constituição”, por sua vez, incutiu na doutrina constitucional brasileira que, graças à pretensão de eficácia, a Constituição é capaz de imprimir ordem e conformação à realidade política e social, reforçando o sentimento de que os avanços sociais podem advir do cumprimento do texto constitucional pelo Judiciário (HESSE, 1991).

À luz desse constitucionalismo substancial desenvolvido no Brasil pós-1988, estabeleceu-se a crença de que a aproximação da sociedade em relação ao Poder Judiciário seria o caminho adequado para que as promessas constitucionais, veiculadas, em regra, por meio de normas programáticas, não se tornassem “letra morta da lei”, como ocorrera com as Constituições anteriores a 1988. (VIANNA *et al.*, 1999).

Todavia, essa atuação progressista por parte de juízes e tribunais que almejam realizar o avanço da sociedade por meio de decisões judiciais é alvo de severas críticas, visto que são acusados de, no afã de promover o progresso da sociedade, causarem um distanciamento dos cidadãos em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, acarretando, por consequência, um enfraquecimento da própria democracia, já que a ideia central de alcançar novas conquistas sociais pela jurisdição constitucional reduz a importância da participação popular nesse processo.

A jurisdição constitucional, ao favorecer o distanciamento da sociedade dos demais Poderes, traz como efeito reflexo a redução da própria democracia, concebida como ambiente de participação política dos cidadãos na tomada de decisões. O enfraquecimento da democracia ocorre em razão da construção do direito estar tributária das definições judiciais, as quais nem sempre são pautadas por critérios jurídicos. Obviamente que a crítica não nega a concepção de democracia que agregou a premissa contramajoritária, porém não aceita que essa concepção conduza inexoravelmente para uma “acomodação/apatia política”, pois isso significaria admitir um sistema em que a sociedade não é parte ativa, o que vai de encontro ao próprio princípio democrático (TASSINARI, 2013).

Especialmente no tocante aos direitos sociais, a crítica está em não reconhecer que juízes e tribunais teriam legitimidade e capacidade institucional para deliberarem sobre políticas públicas de concretização de direitos sociais. A referida resistência à atuação progressista do Judiciário é fundamentada (i) na inadequação da estrutura e da posição de juízes e Cortes para impor obrigações que exigem dos poderes políticos disponibilidade de fundos para seu cumprimento; (ii) na desigualdade gerada pelo sucesso de demandas judiciais individuais que efetivam direitos sociais, dado que é mantido o descumprimento em relação àqueles que não acessam o Judiciário; (iii) no marco cognitivo do processo judicial que não permite

discutir e decidir questões de políticas públicas, as quais implicam em priorizar objetivos, distribuir recursos e equilibrar interesses contrapostos; (iv) na formação de juízes que não permite uma análise sobre questões técnicas que exigem abundante conhecimento sobre os fatos, o que torna uma agência administrativa especializada mais habilitada a decidir sobre o tema (ABRAMOVICH, 2005).

Nessa linha, a corrente crítica à atuação “progressista” da jurisdição constitucional apresenta ressalvas quanto à aplicabilidade imediata dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, tendo em vista o seu potencial de colocar a participação popular como um valor secundário no processo de concretização de uma Constituição democrática. Segundo RAMOS (2010), é um equívoco elitista tentar concretizar uma Constituição democrática atribuindo ao povo (na dimensão de participação popular) um papel secundário, uma vez que o esforço de todo jurista democrata deve estar em construir instituições que não somente atuem em benefício do povo, mas sim com a sua participação decisiva.

Desse modo, enfrentar o tema da jurisdição constitucional no processo de concretização dos direitos sociais compreende analisar o embate existente entre maximização da participação popular (WALDRON, 2003) e a necessidade de defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito (DWORKIN, 2014). Tal dicotomia remete a uma ainda mais antiga, constatada por CONSTANT (1985), entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. Isso porque o que de fato existe é a polarização entre a participação política (liberdade dos antigos) e a garantia de uma esfera inviolável de liberdades e direitos (liberdade dos modernos).

Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 588) expõe essa dicotomia da seguinte forma:

De um lado, a previsão de direitos sociais na constituição brasileira (ou em qualquer outra constituição) não pode ser encarada como simples “lírica constitucional”, ou seja, não é possível que não haja nenhuma consequência jurídica concreta para essa previsão. De outro lado, não é possível, devido a razões que serão analisadas mais adiante, que direitos sociais sejam tratados como se tivessem a mesma estrutura que têm os chamados direitos individuais (civis e políticos), ou seja, juízes não podem ignorar as políticas públicas já existentes nessas áreas, concedendo, de forma irracional e individualista, medicamentos, tratamentos de saúde ou vagas em salas de aula a todo aquele que recorrer ao Judiciário. À primeira vista, essas duas considerações parecem incompatíveis. E é exatamente essa impressão de incompatibilidade que divide os operadores do direito, pelo menos no Brasil, em dois campos opostos, cada um deles defendendo sua posição como se fosse a única possível.

É possível perceber que, se por um lado, o Poder Judiciário cada vez mais assume o protagonismo no que se refere à efetivação do texto constitucional, por outro lado, existe um receio por parte dos poderes políticos em conceder a legitimação social dessa tarefa a juízes e Cortes. Ocorre que gradativamente a própria sociedade, fragmentada em interesses conflitantes e acometida por uma apatia política, almeja um fortalecimento das instituições judiciais para que os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais de bem-estar, sejam garantidos por meio da judicialização de questões antes afetadas ao campo da política (MATTOS, 2014).

Dessa forma, não obstante a existência de fortes fundamentos tendentes a sustentar as correntes substancialistas e procedimentalistas de democracia e, por consequência, justificar, respectivamente, a atuação mais significativa do Judiciário ou do Executivo e Legislativo na efetivação dos direitos sociais, tem-se por necessário analisar a questão da concretização dos direitos sociais sob outro enfoque, que evite o extremismo dos dois modelos. Assim, busca-se saber: existe um modelo em que não haja a necessidade de que somente uma instituição detenha a última palavra sobre o significado da Constituição no seu processo de concretização?

É exatamente em meio à dicotomia que recai sobre a exigibilidade judicial dos direitos sociais que as teorias dos diálogos institucionais se apresentam como uma alternativa na busca pelo equilíbrio entre a participação popular e a defesa dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista que os diálogos institucionais almejam congregar de forma harmônica os valores da democracia com os do constitucionalismo desenvolvido no período pós-guerras.

2.2 Diálogos institucionais: uma alternativa de legitimação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais

Em uma análise etimológica, diálogo decorre da fusão das palavras gregas *dia* e *logos* e remete, em seu sentido original, à ideia de ser um instrumento capaz de viabilizar a circulação de sentidos e significados. Ao contrário do debate, que possui um caráter competitivo e adversarial, o diálogo encontra-se inserido em um contexto de atividade cooperativa de reflexão e observação da realidade, que busca proporcionar uma melhor construção das ideias a partir de significados

compartilhados. O viés cooperativo do diálogo traz como vantagem a facilitação ao intercâmbio de conhecimento e das perspectivas acerca da realidade de cada um dos indivíduos e instituições que dele fazem parte, permitindo que a deliberação seja produto de um processo de construção conjunta, e não de mera concordância ou discordância (MATTOS, 2014).

As ideias desenvolvidas pela Escola de Diálogo de São Paulo, apesar de não guardarem qualquer relação com o objeto desta pesquisa, colaboram para a definição do significado da expressão “diálogo” e, portanto, auxiliam indiretamente na tarefa de delimitação do instituto dos “diálogos institucionais”:

O diálogo é uma forma de fazer circular sentidos e significados. [...] O Diálogo não é um instrumento que busca levar as pessoas a defender e manter suas posições, como acontece na discussão e no debate. A contrário, sua prática está voltada para estabelecer e fortalecer vínculos e ligações, e a formação de redes; para identificar, explicitar e compreender os pressupostos que dificultam a percepção das relações. Daí o nome de “redes de conversação”, proposto para as experiências de reflexão conjunta, geração de ideias, educação mútua e produção compartilhada de significados. O Diálogo é, por excelência, o processo através do qual identificamos e questionamos ideias e posições cristalizadas – os pressupostos sobre os quais se apoiam os nossos julgamentos, escolhas, preferências, ações. O Diálogo é mais do que uma técnica: é uma maneira de conduzir conversações que traz uma nova visão de mundo, de relacionamentos e de processos. Ao mesmo tempo, retoma práticas ancestrais de contato e integração de grupos.²

Dialogar pressupõe reconhecer a importância de ouvir o outro, uma vez que a referida capacidade para o diálogo é, no mínimo, tão importante quanto falar. Ao contrário do que é imaginado por muitos, dialogar exige muito aprendizado, pois não se limita a aparente troca de informações despidas de real interação. Em verdade, o diálogo no mundo atual tem a função de suprir uma lacuna existente nas conversações da civilização hodierna, já que atualmente se aprende a pensar e falar de forma competitiva, cartesiana e de maneira narcisista, sem efetivamente reconhecer a relevância da subjetividade daquele que pensa diferente do emissor (OLIVEIRA, 2016).

Estudos sobre as vantagens das teorias dos diálogos podem ser encontrados em diversas áreas do conhecimento, sobretudo naquelas ciências que estudam as relações entre indivíduos, como, por exemplo, a psicologia. Contudo, nas ciências sociais, notadamente no Direito, a investigação das teorias dialógicas se aplica

² Disponível em: <<http://escoladedialogo.com.br/escoladedialogo/index.php/sobre-o-dialogo/>>. Acesso em: 28 de janeiro de 2022.

principalmente no comportamento das instituições, de sorte que o processo deliberativo realizado por essas instituições é examinado em conjunto com temas como a separação de poderes, democracia e *judicial review*.

Em síntese, o diálogo estudado em outras áreas do conhecimento e que, na sua essência, serve de parâmetro na tarefa de definir os “diálogos institucionais”, deve ser compreendido como “um convite à procura do entendimento de novas ideias, novos significados, dispensando mais compreensão sobre questões em que a mera lógica cartesiana ou os hábitos mentais estabelecidos não conseguem penetrar”. (OLIVEIRA, 2016, p. 95).

No Direito, o estudo sobre os diálogos institucionais tem como foco o dinamismo das relações institucionais em um Estado Democrático de Direito, de modo que busca apresentar uma nova configuração da estrutura e do funcionamento da jurisdição constitucional, afastando-se de concepções clássicas de divisão do poder estatal e do controle de constitucionalidade.

Os sistemas clássicos de separação de poderes, como, por exemplo, o *checks and balances* e o da separação estrita, são pouco convidativos ao caráter cooperativo dos diálogos institucionais, vez que são forjados para fomentar o equilíbrio institucional por meio do conflito entre os poderes e, assim, menosprezam o potencial de aprimoramento da democracia a partir da elevação epistêmica advinda das relações interinstitucionais (GARGARELLA, 2014). De igual modo, o controle jurisdicional de constitucionalidade forte, tal como desenvolvido nos Estados Unidos, não colabora para a efetivação dos diálogos institucionais, dado que, ao considerar juízes e cortes como os detentores da última palavra sobre a interpretação do texto constitucional, acabam dificultando a reatividade política acerca das decisões judiciais e, por consequência, impedem um diálogo profícuo entre Judiciário e outras instituições acerca do sentido a ser atribuído à Constituição (TUSHNET, 2014).

Nota-se, assim, que as teorias dos diálogos institucionais, cujo estudo é muito recente no Brasil, inaugura uma proposta de leitura crítica sobre a separação dos poderes e, ao mesmo tempo, busca valorizar as diferentes atribuições das instituições, objetivando que a resolução das questões constitucionais não seja limitada à autoridade da decisão de uma instituição que possui a última palavra, mas

sim que seja fruto de um processo deliberativo norteado pela cooperação e intercâmbio de conhecimento de todos os atores afetados pela decisão (instituições e sociedade civil).

Os autores que compartilham das teorias dialógicas defendem que, independentemente das capacidades institucionais de cada Poder, a legitimidade da decisão judicial pode advir da existência de uma deliberação ampla e efetiva entre os Poderes e a sociedade no decorrer do procedimento de construção da decisão. Nessa esteira, Conrado Hübner Mendes afirma que nas teorias dos diálogos institucionais “a expectativa é que a separação de poderes deliberativa tenha maior probabilidade de chegar à resposta certa” (2008, p. 210).

Tem-se, portanto, que o modelo dialógico de interpretação da Constituição busca, em síntese, compartilhar as responsabilidades da conformação do texto constitucional entre os três poderes, rechaçando a ideia de insulamento das instituições no que tange à tarefa de concretização dos direitos constitucionais. O modelo dialógico, influenciado pelo constitucionalismo cooperativo, minimiza a tensão existente entre o controle de constitucionalidade e as escolhas democráticas, algo constante no processo de efetivação dos direitos sociais através das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, dado que o Poder Judiciário, ao decidir esse tipo de ação, interfere em políticas públicas editadas pelos poderes políticos.

Em apertada síntese, os diálogos institucionais, ao relacionar a interpretação do direito com o processo político, refuta a ideia de supremacia do Judiciário na conformação do texto constitucional. Todavia, simultaneamente, nega o caminho reverso, aquele no qual as escolhas oriundas da Constituição são confiadas cegamente ao Legislativo. Destarte, rompendo com a lógica binária de supremacia judicial ou parlamentar, os diálogos institucionais propõem um sistema em que nenhuma das instituições tenha legitimidade *ex ante* para ser a detentora da última palavra acerca do sentido da Constituição.

A seguir examinar-se-ão as teorias que servem de base para o desenvolvimento do tema dos diálogos institucionais no processo de interpretação do texto constitucional.

2.3 Teorias dialógicas

Em termos conceituais, as teorias dialógicas podem ser entendidas como um grupo de pensamentos que tem como ponto de partida a necessidade de conceber uma nova forma de exercício da jurisdição constitucional, onde o processo de resolução dos desacordos constitucionais não está alicerçado na lógica binária de supremacia de um poder, mas sim na cooperação entre os diversos atores constitucionais (OLIVEIRA, 2016).

O mote das teorias dos diálogos institucionais é inegavelmente ambicioso, pois reside na busca pela harmonia entre os valores do constitucionalismo e da democracia, o que é materializado na tentativa de equilibrar o papel de defesa dos direitos fundamentais desempenhado pelo Judiciário no Estado Democrático de Direito com a relevância da legitimidade democrática das escolhas tomadas pelo Legislativo. A consecução desse objetivo passa necessariamente pela refutação do modelo binário, traduzido na supremacia do Judiciário ou do Legislativo na interpretação constitucional, visto ser ele pouco aberto ao processo deliberativo de construção conjunta do sentido constitucional, gerando, por consequência, o alijamento de determinados grupos do processo de concretização do texto constitucional.

A partir da concepção de que os modelos tradicionais (supremacia judicial e parlamentar) são insuficientes para alcançar tal harmonia, as teorias dialógicas sustentam a necessidade de um reequilíbrio entre os poderes estatais, o que necessariamente passa pelo abrandamento do controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário a fim de que este Poder não detenha hierarquia superior na interpretação da Constituição. A premissa que norteia os diálogos institucionais é a de que a força não decorre da instituição que realiza a interpretação do texto constitucional, mas sim dos direitos constitucionais em si e de seus idealizadores, ou seja, do próprio povo (TUSHNET, 2014).

Oliveira (2016) elenca como principais características das teorias dos diálogos institucionais: a objeção à visão juriscêntrica e ao monopólio judicial na interpretação da Constituição; a não aceitação da existência de uma última palavra no controle de constitucionalidade; alternativas de controle político para corrigir eventuais violações de direitos; o controle de constitucionalidade como mecanismo de resolução de

desacordos políticos; e a existência de instrumentos institucionais para que o povo possa contraditar as decisões dos tribunais com maior facilidade, não somente através do caminho moroso e complexo de aprovação de emendas constitucionais ou de alteração da composição do tribunal.

Ademais, é importante ressaltar que a expressão “teorias dialógicas” é utilizada para fazer referência a um grupo de teorias sustentadas por diversos autores, os quais, obviamente, apresentam posições próprias e divergentes em relação ao controle de constitucionalidade. Todavia, o ponto que une os referidos pensadores e permite enquadrá-los no gênero “teorias dialógicas” é o fato de reconhecerem a relevância de se conceber um modelo que afaste a tese da existência da “última palavra” no processo de descortinamento do significado da Constituição.

Como forma de sistematizar o estudo das teorias dialógicas, adotaremos a ordenação cunhada por Christine Bateup (2006), a qual divide as teorias dos diálogos em dois grandes grupos, a saber: teorias sobre o método judicial (*theories of judicial method*) e o de teorias estruturais do diálogo (*structural theories of dialogue*).

As teorias do método judicial têm como característica em comum a defesa de que juízes e tribunais usam de forma consciente técnicas decisórias que estimulam um debate mais amplo acerca do significado constitucional, sendo que esse debate ocorre tanto dentro dos poderes (intrainstitucional) como entre os poderes (interinstitucional). As teorias estruturais do diálogo, por sua vez, se orientam pela ideia de que existem instituições e instrumentos políticos dentro do sistema constitucional que permitem aos atores políticos responderem às decisões judiciais em caso de desacordo. Assim, o diálogo ocorre quando esses instrumentos políticos são efetivamente utilizados, de modo que se instaura um processo de interpretação dinâmico marcado por idas e vindas entre juízes e atores políticos (BATEUP, 2006).

Ainda, Bateup destaca que no processo de classificação das teorias dialógica há uma nítida distinção entre autores que apresentam uma visão mais prescritiva acerca dos diálogos institucionais enquanto os outros adotam uma postura descritiva. Para a autora, as teorias do método judicial apresentam um juízo prescritivo, apontando um dever-ser em relação ao comportamento a ser adotado,

de sorte que emitem um juízo de valor sobre as práticas existentes, classificando-as como certas ou erradas. Por outro lado, nas teorias estruturais do diálogo a temática é analisada sob um enfoque descritivo, utilizando dados empíricos para constatar a real interação entre os ramos de poderes (BATEUP, 2006).

Não obstante a divergência existente na abordagem dos dois grupos de teorias (um prescritivo e outro descritivo), ambos afastam a concepção da existência de instâncias hegemônicas de poder, tendo em vista que sustentam que a circulação do poder é essencial para que o processo deliberativo em uma democracia seja fortalecido. Reconhecem, pois, que a adoção de um sistema constitucional em que todos os partícipes ocupam posição igualitária no processo interpretativo constitucional contribui para a elevação da capacidade epistêmica da própria democracia (MENDES, 2008).

2.3.1 Teorias quanto ao método judicial

No tocante às teorias do método judicial, que, como dito acima, reconhecem a utilização consciente por parte do Judiciário de instrumentos que fomentam um debate com os poderes políticos acerca do sentido constitucional, Bateup aponta três subdivisões, sendo elas: teoria do aconselhamento judicial (*judicial advice-giving*), teoria do respeito às regras procedimentais (*process-centered rules*) e minimalismo judicial (*judicial minimalism*).

a) Teoria do aconselhamento judicial

A teoria do aconselhamento judicial estimula que o Poder Judiciário adote um comportamento proativo, utilizando técnicas de interpretação e construção de suas decisões que sirvam de instrução para os demais poderes não violarem a Constituição. As conclusões do Poder Judiciário não são vinculativas, porém têm como foco principal influenciar os ramos políticos para que observem o sentido constitucional das decisões judiciais quando da elaboração ou modificação da legislação em vigor, inclusive para permitir que eventual decisão legislativa permaneça ilesa em um futuro controle de sua constitucionalidade.

Bateup (2006) entende que no interior das teorias do aconselhamento judicial podem ser visualizadas duas técnicas de dar conselhos distintas: os roteiros constitucionais (*constitutional road maps*) e o aconselhamento sem declaração de

inconstitucionalidade. Na primeira os juízes não só declaram a inconstitucionalidade da legislação, mas também aconselham os ramos políticos sobre o caminho para que uma legislação sobre aquele tema seja constitucional. Assim, o Judiciário apresenta um “roteiro” para os legisladores se guiarem quando forem editar a nova legislação. Na segunda técnica o Judiciário não declara a inconstitucionalidade da legislação, porém, com base em técnicas decisórias que servem de conselhos aos ramos políticos, juízes e tribunais incentivam os atores políticos a revisarem a legislação para remover ambiguidades e imprecisões ou indica os limites a partir dos quais se adentrará em uma zona de violação constitucional.

Conforme ressaltado por Silva (2012), essas técnicas guardam muita semelhança com algumas já utilizadas pela Suprema Corte brasileira, como é o caso do instituto do apelo ao legislador (importado da jurisprudência alemã - *Appellentscheidung*) e a pronúncia do trânsito para a inconstitucionalidade.

No apelo ao legislador a decisão judicial não chega a declarar a inconstitucionalidade do ato em apreço, porém o Tribunal aconselha o legislador empreender as medidas indicadas na decisão judicial a fim de evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade. Em pese parte da doutrina entenda que o legislador não está vinculado à recomendação dada pela Corte, não se constatou até agora casos de recalcitrância ou de recusa do legislador em legislar nos moldes determinados pela Suprema Corte (MENDES, 2015). Por outro lado, a pronúncia do trânsito para a inconstitucionalidade também denominada de “lei ainda constitucional” ou “inconstitucionalidade progressiva” é uma técnica de decisão judicial que opta pela manutenção da validade de normas de constitucionalidade duvidosa somente em razão de circunstâncias fáticas existentes naquele momento. Enquanto existirem essas circunstâncias fáticas, por força do princípio da segurança jurídica e da razoabilidade, a Corte entende ser o ato constitucional, visto que a sua manutenção temporária é menos prejudicial do que eventual invalidação (NOVELINO, 2016).

Destarte, apesar de a figura dos diálogos institucionais ser pouco debatida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, entende-se que as duas técnicas indicadas por Bateup encontram espaço na jurisprudência da Suprema Corte brasileira.

b) Teoria do respeito às regras procedimentais

A segunda teoria classificada como teoria quanto ao método judicial é a teoria do respeito às regras procedimentais ou teoria centrada no processo. Esse tipo de teoria tem como característica principal a preocupação de concentrar no Judiciário o papel de órgão controlador do procedimento majoritário, porém sem retirar do Parlamento a sua função precípua de deliberar sobre questões de amplo alcance na sociedade.

Essa teoria não visa colocar o Judiciário somente como um protetor das regras processuais de deliberação legislativa, visto que ele também deve considerar como que o Legislativo enfrenta temas como direitos fundamentais. Portanto, não se trata de um apego formal à separação de poderes, mas sim a busca pela garantia de que os valores substantivos da Constituição sejam respeitados quando da promulgação de leis e edição de políticas públicas (OLIVEIRA, 2016).

Na teoria do respeito às regras procedimentais o diálogo reside no fato de que a declaração de inconstitucionalidade permitirá ao Legislativo manifestar-se novamente sobre o tema que tenha sido tratado inicialmente de forma apressada ou superficial na compreensão da Corte Constitucional, de modo que é assegurado ao legislador, após as considerações do Judiciário, realizar um “segundo olhar” sobre a matéria em discussão.

Assim, a partir da doutrina do “segundo olhar”, alguns autores defendem que há uma acentuação do diálogo entre os poderes, visto que o Legislativo poderá apresentar uma resposta à pronúncia de inconstitucionalidade do Judiciário, bem como essa nova resposta poderá ser objeto de novo crivo judicial, o que de certa forma aumenta a responsabilidade do Legislativo na elaboração compartilhada de um significado constitucional (SILVA, 2012).

A peculiaridade dessa teoria está em colocar a atuação do Judiciário como uma forma de forçar os poderes políticos a responderem às decisões judiciais de forma cautelosa e fundamentada, incentivando que a interpretação judicial seja agregada a ulterior decisão política acerca do tema que foi objeto de declaração de inconstitucionalidade. Desse modo, constata-se a ocorrência de um diálogo construtivo entre as instituições, pois há um compartilhamento das responsabilidades de interpretação do sentido constitucional (OLIVEIRA, 2016).

c) Minimalismo judicial

Ao contrário das teorias anteriores, o minimalismo judicial não fomenta atitudes positivas do Poder Judiciário em detrimento do espaço reservado aos poderes políticos na democracia. Defende, sim, uma menor interferência de juízes e cortes no momento de julgar questões de grande abrangência, visto que, ao adotar uma posição menos incisiva, o Judiciário estaria estimulando o debate político na confecção de escolhas democráticas.

O caráter dialógico do minimalismo judicial é inegável, tendo atualmente como grande expoente o jurista americano Cass Sunstein, o qual entende que uma dependência exacerbada das cortes pode prejudicar os canais democráticos utilizados para a mudança da sociedade, uma vez que pode dispersar as energias e recursos da política e também devido ao fato da decisão judicial barrar o debate político sobre o tema (SUNSTEIN, 2008).

Sunstein (2008) alerta que o prejuízo causado pelo Judiciário ao barrar o desfecho político sobre temas que estão em desacordo é muito sério, tendo em vista que é o debate político que mobiliza os cidadãos a discutirem questões públicas, sendo que essa mobilização é boa para os indivíduos e para a sociedade como um todo, já que gera um sentimento de cidadania e pertencimento à comunidade. Entende o autor americano que a ênfase na decisão judicial compromete esses valores e corrói os processos democráticos.

Contudo, a teoria do minimalismo judicial precede ao pensamento de Sunstein, sendo atribuído a Alexander Bickel o pioneirismo no estudo do tema. Bickel sustentava que a autocontenção judicial tem a virtude de ampliar e aprimorar o debate acerca da solução de desacordos que são de interesse de toda a coletividade.

Bickel (1986), ao desenvolver a sua teoria na década de 60, reconheceu a influência política exercida pela Corte nas escolhas democráticas. Todavia, não atribuía essa influência ao agir positivo de juízes e tribunais, mas sim às “virtudes passivas” das decisões judiciais. Para o autor a influência política da Corte está em decidir por “não decidir”, dado que esse agir passivo estimula que a sociedade dialogue sobre a solução de uma questão que a Corte optou por transferir para o futuro. Essa postergação da solução faz com que processos deliberativos sejam

inaugurados no seio da sociedade, auxiliando que os valores efetivamente perseguidos pela comunidade sejam contemplados na solução da questão, evitando, por consequência, que a Corte profira uma decisão precipitada e em dissonância com a vontade do povo.

Ao utilizar técnicas de “não decidir”, a Corte exerce uma missão educativa, desempenhando um papel de “professora da cidadania” (*teacher of the citizenry*), pois, optando por não decidir a questão, acaba por estimular o debate entre os outros poderes e a sociedade, de modo que eventual decisão para a questão em discussão representará o produto natural de um processo dialógico (BICKEL, 1986).

A teoria do minimalismo judicial enxerga na decisão judicial um incentivo à deliberação entre os atores políticos, auxiliando para a ampliação do espaço de resolução democrática de questões que são objeto de desacordo na sociedade. Simultaneamente, também apresenta uma resposta a eventuais distorções políticas e à apatia dos cidadãos em participar dos processo democrático, pois fomenta que questões constitucionais sejam resolvidas por meio de canais democráticos, advertindo os legisladores de que não podem protelar para os juízes a resolução de questões constitucionais controversas (BATEUP, 2006).

Inexorável, portanto, que a característica que coloca o minimalismo judicial como uma teoria dialógica é o seu marcante estímulo à participação de outros atores políticos na resolução de questões constitucionais. O recurso de deixar de decidir tem como consequência o alargamento da margem de reflexão e deliberação no meio político, provocando o ingresso de outros atores no processo de interpretação constitucional e, assim, fortalecendo a legitimidade democrática da solução alcançada.

2.3.2 Teorias estruturais do diálogo

As teorias estruturais de diálogo são decorrência da existência de mecanismos institucionais e políticos que permitem aos atores políticos oferecerem uma resposta à decisão judicial que gera desacordo na sociedade. Trata-se de um grupo de teorias que levam em conta menos o método de construção da decisão judicial e mais as formas pelas quais se podem estabelecer relações dentro de um contexto de estrutural do poder estatal.

Essas teorias entendem que a solução de desacordos deve ser necessariamente fruto de um processo dinâmico de idas e vindas entre juízes e outros atores constitucionais, visto que a dialeticidade inerente a este processo dinâmico colaboraria para a busca da resposta correta.

Conrado Hübner Mendes define com precisão o pensamento que norteia as teorias estruturais do diálogo:

A corte, eventualmente, diz que sua palavra é a última. Todavia, enquanto houver desacordo, a deliberação política continuará a ocorrer, com grupos se mobilizando para contestar a decisão. Como a constituição é um texto aberto e flexível, interpretações são contingentes e sujeitas a mudanças constantes. Não serão aceitas como corretas para sempre. Há um contínuo percurso de atribuição de novos significados. Seria um processo de idas e vindas, em que a corte devolve o tema para a sociedade e para os outros poderes, e vice-versa. (MENDES, 2008, p. 135)

A principal característica das teorias estruturais é que elas analisam as instituições de forma inserida em um contexto de diálogo no qual, obviamente, não há uma subordinação ao pensamento do Poder Judiciário. Ao ressaltar que o Judiciário não ostenta a última palavra sobre a interpretação da Constituição, essas teorias minimizam a preocupação existente com o déficit democrático do controle constitucionalidade quando exerce o papel contramajoritário.

Na classificação de Bateup as teorias estruturais do diálogo podem ser subdivididas em quatro grupos: teoria de construção coordenada; teorias de princípios jurídicos; teorias do equilíbrio; e teorias da parceria.

a) Teoria da construção coordenada

Entende-se por teoria da construção coordenada aquela que defende a inexistência de um guardião na interpretação constitucional, sendo tal interpretação uma empreitada que autoriza a divisão de tarefas entre diferentes ramos de poder. O ponto marcante desta teoria é o reconhecimento da possibilidade de que os demais poderes, em caso de desacordo em relação à decisão judicial, utilizem a prerrogativa de provocar a Corte, seja pela reedição do ato declarado inconstitucional seja pela oferta de recursos processuais, para que ocorra uma modificação da declaração do sentido constitucional.

A doutrina aponta Louis Fischer como um dos primeiros estudiosos da teoria da construção coordenada, visto que o autor americano sustentava que nenhuma instituição detém a última palavra, pois as instituições democráticas, principalmente

as Cortes, são continuamente avaliadas e provocadas enquanto não houver decisões que desfrutem de um mínimo de consenso deliberativo. Dessa forma, advogava que a democracia quando se depara com casos controvertidos não consegue evitar os sucessivos e contínuos testes, de modo que a decisão proferida pelas Cortes somente pode ser considerada final em um determinado estágio, porém, inevitavelmente, novos estágios políticos serão abertos continuamente. (OLIVEIRA, 2016).

Fisher sugere, portanto, a possibilidade de um diálogo contínuo entre o Judiciário e outros ramos de poder para moldar o sentido da Constituição. O resultado da interação entre os poderes seria o reconhecimento da ausência de qualquer domínio de um sobre outro, o que culminaria em admitir a interpretação constitucional como o resultado do consenso alcançado a partir do diálogo dos três poderes.

Outro autor de grande importância para a teoria da construção coordenada é Keith Whittington, que a partir da sua ideia de “departamentalismo” ou “construção coordenada” sustenta que todos os atores constitucionais gozam de igual autoridade sobre a interpretação da Constituição. Entende que a interpretação da Constituição fora das Cortes (extrajudicial) é um fenômeno real e inevitável, sendo que esse tipo de interpretação tem como valor o estímulo à “sensibilidade constitucional” entre os outros poderes (OLIVEIRA, 2016).

A teoria de Whittington, em resumo, afasta a ideia de um legitimado *ex ante* à interpretação constitucional, pois defende que a interpretação da Constituição é escolhida com base na capacidade de seu produto ser acolhido ou não pelos demais poderes e pela própria sociedade.

Conforme define Mendes (2008), a corrente da construção coordenada busca uma concepção integral de constitucionalismo, onde há estímulo à deliberação dentro e fora das cortes, deixando claro que a interpretação da Constituição não é monopólio de instituições judiciais.

b) Teoria de princípios jurídicos

As teorias dos princípios jurídicos, ao revés do que se verifica na teoria da construção coordenada, na qual nenhum poder tem qualquer privilégio na

interpretação constitucional, defende que o Poder Judiciário tem a competência institucional especial para solucionar questões que versem sobre princípios jurídicos.

Desse modo, o diálogo nas teorias de princípios jurídicos exsurge quando os outros poderes, ao realizarem o controle político da decisão judicial, constatarem equívoco na interpretação feita pelo Poder Judiciário.

A fragilidade dessas teorias está no fato delas não fortalecerem um diálogo substantivo, uma vez que há uma prevalência da visão apresentada pelo Judiciário, a qual poderá ou não encontrar o apoio dos poderes políticos (SILVA, 2012).

As teorias de princípios jurídicos se subdividem em: (i) princípios e controle político sobre a Corte e (ii) princípio e articulação legislativa da política.

b.1) Princípios e controle político sobre a corte

Essa teoria admite que o Poder Judiciário goza de determinado privilégio para trabalhar questões de natureza principiológica, porém não desconsidera a possibilidade de tal Poder cometer erros. Assim, ante a possibilidade de erros judiciais, sustenta que o sucesso na interpretação dos princípios constitucionais está diretamente relacionado com a fiscalização exercida pelos poderes políticos.

Ademais, ao reconhecer a relevância da existência do controle político sobre a interpretação judicial dos princípios, a teoria almeja minimizar a preocupação em relação à legitimidade das decisões judiciais, porquanto elas estarão sujeitas à revisão democrática (OLIVEIRA, 2016).

Todavia, Silva (2012, p. 96) identifica uma crítica a respeito dessa teoria, apresentando a seguinte indagação: “afinal de contas, qual a vantagem de reconhecer o papel de controle pelos poderes políticos se os juízes têm uma competência especial para lidar com questões de princípio?” Complementa a sua crítica reconhecendo a incompletude da teoria, tendo em conta que, se os poderes políticos devem corrigir os erros cometidos pelo Judiciário, significa que deve existir uma teoria interpretativa que torne possível identificar qual é a interpretação correta, o que evidencia a insuficiência do pensamento que coloca o Judiciário como o “fórum de princípios”.

b.2) Princípio e articulação legislativa da política

Essa espécie de aplicação da teoria dos princípios não foca propriamente na correção realizada pelos poderes políticos sobre a decisão judicial, mas sim na possibilidade de ocorrência de diálogo substantivo *a posteriori* da interpretação judicial, uma vez que o Legislativo e Executivo têm uma atuação destacada na formulação de políticas públicas, que servem de instrumento de concretização dos princípios jurídicos.

Em outras palavras, apesar de o sentido do princípio jurídico ser desvendado pelo Poder Judiciário, recairá sobre os poderes políticos o papel de atender aos múltiplos objetivos que devem ser abarcados na formulação da política pública, de sorte que o diálogo ocorre exatamente pela complementariedade existente entre a decisão judicial que interpreta os princípios jurídicos e a confecção da política pública.

Nas palavras de Antônio de Oliveira (2016, p. 109), “o diálogo constitucional surgirá a partir do momento em que o Legislativo respeite as ponderações de princípios realizadas pelo Judiciário, porém acrescente o valor amplo de seus objetivos políticos na tomada de uma decisão.”.

c) Teoria do Equilíbrio

As teorias do equilíbrio não colocam o Poder Judiciário como detentor de um papel privilegiado nas questões relativas à interpretação de princípios. Nessas teorias percebe-se uma densidade maior do diálogo institucional do que nas anteriores, já que ela busca imputar à revisão judicial um papel dialógico, onde a atuação dos juízes é considerada apenas uma das instâncias da discussão (BATEUP, 2006).

O viés dialógico das teorias do equilíbrio decorre do fato delas permitirem que a própria sociedade contribua para a formação do sentido constitucional, cabendo ao Judiciário a função mediadora na busca pelo equilíbrio na participação das instituições durante o processo de descortinamento do sentido da Constituição.

Um dos autores que se enquadra nesse modelo é Barry Friedman, que desenvolve estudo na intenção de conjugar uma nova função da revisão judicial com observações da ciência política, de modo que em sua teoria o Judiciário é tido como

um facilitador e interlocutor dentro de um diálogo contínuo. Friedman reconhece que, eventualmente, a Corte pode reivindicar a última palavra sobre a interpretação constitucional, todavia, persistindo desacordos na sociedade, o processo de deliberação política seguirá vivo entre os grupos, os quais inclusive poderão se mobilizar para resistir à decisão judicial. (FRIEDMAN, 1993)

Para essa teoria, a Constituição é um texto aberto e flexível sujeitando-se a interpretações contínuas e passíveis de mutação. Diante dessas características, não há interpretação constitucional que seja infinita, visto que processo interpretativo da Constituição não é estático, mas sim dinâmico para que acompanhe as mudanças da sociedade. Portanto, evidenciando o viés dialógico, o processo interpretativo nas teorias do equilíbrio é marcado por idas e vindas, de sorte que a corte devolve o tema para a sociedade e para os demais poderes e vice-versa.

Nessa linha, Friedman adota uma metáfora para demonstrar a mediação realizada pelo Judiciário na busca pelo equilíbrio na interpretação constitucional:

O papel dos tribunais no diálogo sobre o significado da Constituição é altamente interativo. Os tribunais atuam como intermediários no diálogo, sintetizando as visões da sociedade e, então, oferecendo a síntese à sociedade para uma discussão mais aprofundada. Os tribunais e a sociedade atuam como parceiros numa partida de tênis, sempre rebatendo a bola ininterruptamente. (1993, p. 669)

Destarte, o ponto marcante na teoria de Friedman para que seja enquadrada como teoria do equilíbrio é o papel que ele atribui ao Judiciário como mediador do diálogo entre as instituições. O autor não vê na Corte um papel messiânico, mas entende que ela pode realizar um papel deveras virtuoso, mormente quando leva para suas decisões a opinião pública. Ressalte-se, contudo, que a vontade popular não é incorporada diretamente à decisão judicial, vez que a incorporação da opinião pública na interpretação do Judiciário se dá por meio de um processo lento de interação entre Corte e sociedade (OLIVEIRA, 2016).

Nas teorias do equilíbrio, portanto, as decisões judiciais não são subservientes a qualquer momento da opinião pública, tampouco devem adotar comportamentos irrestritos e contumazes em relação à vontade popular. Pelo contrário, a teoria do equilíbrio acredita que a decisão judicial e a opinião pública devem convergir, devendo essa amalgama ser fruto de um processo de idas e vindas de longo prazo que auxilia no aprimoramento da interpretação constitucional.

Bateup (2006) considera, do ponto de vista normativo, as teorias do equilíbrio melhores do que as demais, uma vez que a moderação realizada pelo Judiciário incentivaria a busca pelas respostas corretas acerca do significado da constituição, sendo consideradas acertadas as respostas aceitas pela sociedade. Todavia, do ponto de vista descritivo, a autora considera ser falha as teorias do equilíbrio, já que não descreve o que efetivamente ocorre na prática constitucional estadunidense, onde a participação popular no debate sobre o sentido da constituição é muito inferior ao pretendido pelas teorias. Outra falha dessa visão seria o fato de focar na inserção apenas da sociedade no diálogo, o que acabaria por ignorar a relevância da interação institucional havida entre o Judiciário e os poderes políticos, o que é comum nas questões de menor apelo popular.

d) Teoria de parceria

A teoria da parceria defende que os diferentes ramos do poder podem trazer contribuições distintas para o diálogo constitucional, rompendo, assim, com a ideia de que o Poder Judiciário tem uma função privilegiada na interpretação da Constituição. Nessa teoria atores judiciais e não judiciais são considerados como parceiros em posição de igualdade na tomada de decisões constitucionais, porém com o reconhecimento de que as decisões desses atores são estruturalmente diferentes, o que revela a necessidade da resposta correta ser advinda da interação entre eles.

Conforme salienta Silva (2012), a combinação das duas perspectivas, a legislativa acostuada com a confecção de políticas coletivas e a judicial voltada para a interpretação do significado das disposições de direitos, apresenta-se como o caminho adequado para o fortalecimento dos direitos constitucionais a partir do diálogo entre os poderes.

Bateup (2006) indica Janet Hiebert como um dos principais nomes da teoria da parceria, tendo em vista que vislumbra que tanto o Judiciário quanto o Legislativo partilham de responsabilidades acerca da lapidação dos valores constitucionais, porém cada um dos poderes possui habilidades específicas para atender a tal mister. Desse modo, a partir de um processo de interação entre Judiciário e Legislativo, torna-se possível cada um dos poderes alterar o seu modo de pensar

para agregar argumentos apresentados pelo outro, estabelecendo-se um diálogo profícuo.

Contudo, Bateup entende que, no plano normativo, essa teoria padece de incompletude, porquanto limita a abrangência do diálogo ao aspecto institucional, desprezando, por consequência, a riqueza da participação social no processo de interpretação da Constituição. Portanto, ao admitir a qualidades de cada ramo do poder no processo de interpretação, a teoria encontra o equilíbrio institucional, porém torna-se deficitária por alijar do processo interpretativo a dimensão social.

A partir da necessidade de combinar as duas dimensões (social e institucional) é que Bateup propõe a sua teoria, a qual entende ser a melhor e mais promissora concepção de diálogo.

e) Fusão dialógica

A expressão fusão dialógica decorre do fato de consistir essa teoria em uma combinação dos principais elementos das teorias do equilíbrio e de parceria, de modo a valorizar a relevância do papel de mediador desempenhado pelo Poder Judiciário no constitucionalismo moderno e, de igual modo, agregar ao modelo os aspectos institucionais e sociais do diálogo.

Em relação ao aspecto institucional trabalhado pelas teorias de parceria, a fusão dialógica almeja agregar a função de mediador do Judiciário, no qual ele é um promovedor do debate constitucional com a sociedade, fomentando o diálogo social sobre os principais temas do constitucionalismo. A valorização da função mediadora do Judiciário traz como consequência a possibilidade de serem alcançados consensos mais evoluídos e aceitos pelos próprios cidadãos, o que se torna possível exatamente por colocar as decisões judiciais como um instrumento de reflexão sobre a opinião pública. (SILVA, 2012).

Ademais, Bateup reconhece que casos de pouca relevância política não costumam gerar um amplo debate social, fazendo com que a crítica ao papel contramajoritário persista. Assim, sugere que tal dificuldade seja superada com a adição de aspectos da teoria da parceria, onde é possível vislumbrar uma série de perspectivas institucionais fornecidas a partir do diálogo entre juízes e legisladores,

os quais são considerados “separados, mas interligados” na busca pelo sentido constitucional. (BATEUP, 2006).

À vista disso, Bateup entende que a fusão dialógica permite que juízes possam fomentar o diálogo em duas perspectivas diversas, o que não é alcançado pelas teorias de equilíbrio e parceria. A fusão dialógica, portanto, permite que juízes facilitem e contribuam para o debate constitucional tanto em termos de sociedade como respondendo de forma dialógica em nível individual às interpretações realizadas pelo Legislativo acerca do significado da Constituição.

Não obstante o vasto arcabouço teórico existente sobre os diálogos institucionais, como restou demonstrado acima, tem-se por necessário constatar como que ocorre a *práxis* dialógica na interpretação constitucional, vez que se trata de tema recente no estudo e no exercício da jurisdição constitucional. A análise do desenvolvimento dos diálogos institucionais na prática será realizada por meio da exploração de alguns sistemas constitucionais estrangeiros, os quais são estruturados a partir de uma perspectiva de democracia em que o Poder Judiciário ocupa uma posição de igualdade na interpretação constitucional com os demais Poderes.

2.4 Os diálogos institucionais no direito comparado

Experiências constitucionais recentes têm demonstrado que a supremacia judicial não é uma consequência inarredável de uma modelo que adota o *judicial review*, pois arranjos institucionais alternativos adotados por alguns países têm buscado uma convivência mais harmônica entre constitucionalismo e democracia, o que se manifesta através de uma maior interação entre os poderes na interpretação do texto constitucional.

Essa opção por desenhos institucionais inovadores resulta da constatação da insuficiência dos modelos tradicionais de controle judicial de constitucionalidade, seja o *judicial review* utilizado nos Estados Unidos, seja o controle constitucionalidade de origem austríaca. As limitações desses modelos restaram evidenciadas ao longo da segunda metade do século XX, quando algumas sociedades que os adotavam perceberam a necessidade de manter atualizado o sentido da constituição, sem que esse processo de atualização desencadeasse instabilidade para o povo (SILVA, 2012).

A solução encontrada foi a inserção das teorias dialógicas a partir de uma tendência de busca pelo reequilíbrio nas relações entre os poderes, o que culminou no enfraquecimento do controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário (*weak-form judicial review*). A conformação do texto constitucional passa a ser orientada pela premissa de que a tarefa de revelar o sentido da constituição não deve estar restrita à atuação da jurisdição constitucional, vez que o sentido decorre dos direitos em si, os quais podem e devem ser interpretados por seus legítimos detentores: o povo e sua representação (GODOY, 2017).

Assim, nascem modelos que reconhecem a importância da jurisdição constitucional em fiscalizar a compatibilidade dos atos políticos com a Constituição, porém, sem desconsiderar a esfera de defesa dos direitos fundamentais, asseguram que os poderes políticos possam apresentar a “contradita” em relação à decisão judicial, dada a maior legitimidade democrática desses poderes. Em síntese, tais modelos tentam combinar o “melhor de dois mundos” ao conceber um modelo de equilíbrio entre constitucionalismo e democracia, ou seja, entre defesa dos direitos fundamentais e vontade popular (SILVA, 2012).

A seguir serão expostas as experiências dialógicas encontradas no direito comparado, as quais têm em comum o fato de reconhecerem que juízes e Cortes nem sempre deverão ter a palavra final sobre a interpretação da constituição.

2.4.1 A experiência canadense

O modelo mais difundido de aplicação das teorias dialógicas na interpretação do texto constitucional é o adotado pelo Canadá, visto que o país realizou uma reforma institucional com o desiderato de implantar um controle de constitucionalidade que estimule uma deliberação efetiva entre Corte e Parlamento na interpretação da Constituição.

Segundo Cecília Silva (2012), a motivação para a reforma canadense decorreu de um contexto de esgotamento institucional na tarefa de efetivação dos direitos fundamentais, em especial das minorias (principalmente indígenas), enfrentado pelo Canadá na segunda metade do século XX. Essa dificuldade estava atrelada ao substrato normativo daquele país, marcado pelo positivismo anglo-saxônico, que indicava a necessidade de respeito e cumprimento da norma em sentido estrito. O desafio, portanto, era fomentar a efetivação dos direitos

fundamentais sem enfraquecer o papel institucional ocupado pelo Parlamento na estrutura política canadense, de sorte que a jurisdição constitucional passou a ser considerada como um instrumento hábil para esse fim, contanto que a proteção aos direitos fundamentais respeitasse o espaço próprio do Parlamento na divisão de poderes canadense.

Assim, a reforma se operou através da Carta de Direitos e Liberdades de 1982 (*Charter of Rights and Freedoms*) que estabeleceu uma nova forma de revisão judicial, denominada pela doutrina de “revisão judicial dialógica” (TUSHNET, 2014). Antes do advento da Carta de 1982, o país tinha como principal instrumento normativo a Declaração Legislativa de Direitos de 1960 (*Statutory Bill of Rights*), documento sem *status* constitucional e considerado de baixa eficácia na proteção dos direitos dos cidadãos. Em decorrência da tradição constitucional de supremacia parlamentar de matriz britânica existente no Canadá, constatava-se que a atuação de juízes acerca da interpretação dos direitos guardava muita deferência à vontade do legislador, o que inclusive impedia que um ato emanado do Poder Legislativo fosse invalidado pelo Judiciário (MENDES, 2008). Rompendo com esse cenário, a Carta de 1982 aproximou a realidade canadense das tendências do constitucionalismo contemporâneo, mormente ao reconhecer a supremacia da Constituição e valorizar o controle de constitucionalidade como instrumento de proteção dos direitos fundamentais. Contudo, apesar de tais mudanças, o desenho institucional daquele país não abandonou definitivamente a cultura de deferência ao Legislativo, porém assegurou que a conformação do texto constitucional também fosse tarefa a ser desempenhada por juízes e cortes (CONTINENTINO, 2011).

A intenção da reforma era estabelecer um modelo de controle de constitucionalidade em que a “decisão final” seja produto de um processo deliberativo marcado pela interação entre a Corte e Parlamento, de maneira que a decisão possa absorver o que há de melhor na argumentação de cada uma das instituições participantes desse processo, evitando que seja fruto de uma imposição unilateral de um poder sobre o outro, como ocorre nos sistemas de supremacia judicial ou parlamentar.

Mark Tushnet (2014), ao analisar a revisão dialógica canadense, assevera que ela se orienta em duas disposições, sendo uma de caráter substantivo e outra procedimental. A disposição substantiva está na seção 1 da Carta de 1982, também

conhecida como “*limitation clause*”, que permite que o legislador limite a eficácia de direitos fundamentais estampados na Constituição na hipótese de apresentar justificação razoável para tal limitação. Trata-se, em verdade, da positivação de algo há muito reconhecido pela dogmática do direito constitucional, na qual sempre esteve presente a premissa de que os direitos não são absolutos e que são passíveis de limitação para assegurar uma sociedade livre e democrática (MENDES, 2008).

A disposição procedimental, por sua vez, é encontrada na seção 33 da Carta canadense, sendo denominada de “cláusula não obstante” (*notwithstanding clause*), que consagra um fenômeno hermenêutico conhecido como *overriding*. A “cláusula não obstante” autoriza que o Legislativo, tanto o nacional como o das províncias canadenses, determine a manutenção da eficácia de uma legislação após a Corte ter decidido pela inconstitucionalidade da referida lei em virtude de conflitar com as disposições substantivas da Carta de 1982. O mecanismo de superação da decisão da Corte é complementado por uma cláusula de limitação temporal, já que a manutenção da eficácia da lei ocorrerá por até cinco anos, após os quais, caso o Legislativo ainda tenha interesse na permanência da referida legislação, deverá reeditar a lei, submetendo-a a novo processo legislativo para que seja aprovada.

Tal mecanismo de *overriding* é uma prerrogativa do Legislativo de contraditar a decisão judicial que invalidou o seu ato, de modo que o Parlamento não tenha que ficar jungido à interpretação judicial acerca da Constituição, afastando-se, assim, da supremacia judicial inerente ao *judicial review* de origem norte-americana³.

A seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá apresenta a seguinte redação:

Seção 33
Exceção à expressa declaração

³ A experiência constitucional brasileira já consagrou mecanismo semelhante ao contido na Carta canadense de 1982, tendo em vista a norma decorrente do art. 96, parágrafo único, da Constituição de 1937: “Parágrafo único: No caso de ser declarada inconstitucional uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal [...]”. Apesar da aproximação com o instituto canadense, percebe-se que no caso brasileiro, até mesmo em razão do contexto histórico da Era Vargas, o processo de *overriding* ficava vinculado à vontade do Chefe do Executivo, o que pode ser indicado como uma redução do caráter democrático da aplicação desse instituto.

(1) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode expressamente declarar em Ato do Parlamento ou da legislatura, conforme o caso, que seu Ato ou disposição produzirá efeito não obstante a cláusula inclusa na seção 2 ou seções 7 a 15 desta Carta.

Produção excepcional de efeitos

(2) Um Ato ou disposição de um Ato a respeito do qual se fez a declaração sob esta seção produzirá efeitos válidos como se ele o fosse, apesar da cláusula desta Carta a ela referida na declaração.

Limitação de cinco anos

(3) A declaração feita sob a subseção 1 cessará seus efeitos cinco anos após sua aplicação ou em data anterior, a ser especificada na declaração.

Reedição

(4) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode reeditar a declaração feita sob a subseção (1).

(5) Subseção 3 aplica-se no que se refere à reedição feita sob a subseção (4).

Nota-se que a seção 33 confere ao legislador o poder de reeditar uma lei que teve a sua inconstitucionalidade declarada pela Suprema Corte em virtude de apresentar violação à seção 2, que prevê os direitos fundamentais à liberdade de consciência, de expressão, de associação e de reunião, e às seções 7 a 15 da Carta, onde são tutelados os direitos à vida, à liberdade da pessoa, liberdade de não vir a ser irrazoavelmente investigado, confiscado, preso ou detido e outras garantias individuais. Isso significa que a carta de direitos de 1982 reconhece expressamente que a interpretação da Corte sobre a violação dos direitos fundamentais não é absoluta em uma democracia, uma vez que, ao possibilitar a reedição do ato normativo, também assegura que o Legislativo apresente a sua exegese sobre os direitos dos cidadãos.

A virtude encontrada na capacidade do Legislativo reagir à decisão judicial está na possibilidade de equalizar a visão individualista dos valores constitucionais (direitos fundamentais) com o caráter social e econômico analisado sob um prisma da coletividade. Nesse cenário, a decisão judicial no controle de constitucionalidade representaria a manifestação individualista dos valores constitucionais em debate, ao passo que a decisão do Parlamento veicularia uma pretensão de viés coletivo acerca do sentido da Constituição. A reação responsiva do Legislativo permite que os valores constitucionais atacados, os quais são destacados pela decisão judicial que invalida a legislação, sejam observados pela nova decisão legislativa acerca do tema. Com isso, a jurisdição constitucional tem um potencial legitimador na democracia, não por vetar a deliberação política sobre os valores constitucionais com a prolação da última palavra, mas sim por indicar o parâmetro do que deve ser

objeto de apreciação pelo Parlamento com base no ordenamento constitucional vigente (SILVA, 2012).

Considerando o caráter legitimador da decisão judicial na revisão dialógica, Tushnet exemplifica como que a interação entre os poderes ocorre no modelo canadense:

A Legislatura promulga uma lei que logo é declarada inconstitucional pela Suprema Corte por violar o que a Corte entende por proteção constitucional a liberdade de expressão. A Legislatura pode responder de distintas formas. Por exemplo, apontando que a Suprema Corte dirigiu a sua atenção a um problema que a Legislatura havia ignorado ou desvalorizado antes. Portanto, ao centrar a sua atenção na questão constitucional, pode ser que termine estando de acordo com a interpretação da Corte e modifique a lei para que seja consistente com essa interpretação. Ou, algo mais interessante, pode que a Legislatura conclua, após deliberar, que há uma interpretação da proteção da liberdade de expressão segundo a qual a lei original era constitucional e, sem realizar modificação, entenda que é mais razoável do que a interpretação da Corte (2014, p. 109).

A estrutura normativa canadense, portanto, permite que o diálogo institucional se materialize de quatro formas: (a) o legislador pode não manifestar qualquer reação contra a decisão judicial; (b) o legislador pode editar nova lei em conformidade com o parâmetro fixado pela Corte; (c) pode, ainda, o legislador refazer o diploma legal com leves alterações, mas sem alterar as disposições mais questionadas pela Corte; (d) por fim, com base na “*notwithstanding clause*”, o legislador pode operar um verdadeiro *overriding* em relação à decisão da Corte, editando ato normativo idêntico ao declarado inconstitucional, não obstante a autoridade reconhecida pelo modelo canadense à decisão judicial (CONTINENTINO, 2011).

A revisão dialógica introduzida pela reforma institucional de 1982 tem sido objeto de inúmeras pesquisas, uma vez que chama atenção pelo seu potencial de fomentar a interação entre a Corte e o Parlamento através de um diálogo célere, ao revés dos modelos tradicionais de supremacia judicial, onde, na maioria das vezes, a única forma do Parlamento “dialogar” com a Corte é fazendo a sua interpretação prevalecer por meio de uma emenda à Constituição, o que representa um diálogo lento e pouco produtivo do ponto de vista epistemológico.

Em estudo seminal desenvolvido no ano de 1997, Alisson Bushell e Peter Hogg (1997) examinaram um universo de 65 casos julgados pela jurisdição canadense em que a decisão judicial ficou aberta à reversão, modificação ou

repúdio por parte do Legislativo, sendo alcançada a conclusão de que a referida abertura proporciona um razoável diálogo entre Corte e Parlamento. Os dados levantados durante a pesquisa indicam que em 44 casos examinados (dois terços do universo) a decisão judicial sofreu uma reação do Legislativo, o que denota que, em uma revisão judicial dialógica, a decisão judicial é um catalisador do intercâmbio entre Judiciário e Legislativo, não sendo um obstáculo intransponível à manifestação de vontade do povo através de outras instituições democráticas.

Nesse sentido, Bushell e Hogg reconhecem que a abertura à reação legislativa é essencial para que possa falar em diálogo institucional:

The dialogue that culminates in a democratic decision can only take place if the judicial decision to strike down a law can be reversed, modified, or avoided by the ordinary legislative process. [...] There is usually an alternative law that is available to the legislative body and that enables the legislative purpose to be substantially carried out, albeit by somewhat different means. Moreover, when the Court strikes down a law, it frequently offers a suggestion as to how the law could be modified to solve the constitutional problems. The legislative body often follows that suggestion, or devises a different law that also skirts the constitutional barriers. Indeed, our research, which surveyed sixty-five cases where legislation was invalidated for a breach of the Charter, found that in forty-four cases (two-thirds), the competent legislative body amended the impugned law.¹⁶ In most cases, relatively minor amendments were all that was required in order to respect the Charter, without compromising the objective of the original legislation (1997, p. 80-81).

Outra importante conclusão alcançada por Bushell e Hogg (1997) é que no modelo dialógico a decisão judicial tem o potencial de incluir na agenda do Parlamento uma matéria que anteriormente havia sido tratada sem a devida relevância pelos legisladores, seja para poupá-los do ônus político de terem que enfrentá-la, seja por uma percepção de que o tema não merecia a intervenção do Legislativo. Assim, com a devolução da matéria ao Parlamento após a decisão judicial, a linguagem dos direitos identificada pela Corte é introduzida nos trabalhos legislativos, o que evidencia as vantagens da prática dialógica.

Ressalta-se que a revisão dialógica não impede que a opinião do Parlamento prevaleça sobre a da Corte, porém obriga que ele assuma o ônus político e argumentativo de superar a decisão da Corte, que, em regra, está mais habilitada a decidir sobre direitos fundamentais. Essa assunção de ônus faz com que aumente o desempenho das duas instituições na interpretação da Constituição e, por conseguinte, gere um aprimoramento da própria democracia (MENDES, 2008).

Em que pese o estudo de Bushell e Hogg tenha sofrido contestações, sobretudo pelo emprego da expressão “diálogo”, já que por vezes o intercâmbio entre os poderes se aproxima de uma disputa, restou reconhecido que a revisão judicial canadense teve a capacidade de evitar os extremos da supremacia judicial ou legislativa, o que, a princípio, torna a democracia mais autoconsciente, crítica e real.

2.4.2 A experiência israelense

Em 1948, após o término da Segunda Guerra Mundial, o Estado de Israel surge como fruto do plano de partilha criado pela Organização das Nações Unidas (ONU) para divisão do território palestino entre árabes e judeus. A referida divisão não foi aceita por lideranças árabes e palestinas, o que ensejou inúmeras disputas pelo território atribuído a Israel.

No plano interno, Israel é organizado na forma de uma democracia representativa, com a adoção de um sistema parlamentarista de governo. O presidente exerce o papel de chefe de Estado, ostentando muitas atribuições de caráter simbólico, enquanto que o primeiro ministro é o responsável pela chefia de governo e de gabinete. Na democracia israelense, o Parlamento é considerado o principal órgão representativo, sendo denominado de *Knesset*, composto por cento e vinte integrantes que são regularmente eleitos pelo voto direto (SILVA, 2012).

Israel até hoje não possui uma constituição escrita, sendo uma das justificativas para não materializar uma constituição o argumento religioso de que, após a diáspora, se deveria aguardar a presença do retorno da “maioria do povo judeu” para estabelecer uma constituição escrita. Assim, a partir da sua criação, o *Knesset* editou normas de organização do poder em leis esparsas, divididas por matéria, que possuem *status* constitucional e, no futuro, deveriam representar capítulos da Constituição israelense. Essas leis são conhecidas como “leis fundamentais” (*basic laws*) (NAVOT, 2004).

Sempre existiu ampla discussão quanto aos *status* das *basic laws*, uma vez que inexistia no ordenamento jurídico israelense disposição expressa quanto ao *status* jurídico desse tipo de legislação. Uma das principais características das constituições é a exigência de um procedimento especial para a sua alteração, porém, no caso das *basic laws*, a grande maioria dessas leis não apresenta uma

disposição de “entricheiramento”, ou seja, uma disposição que determine a necessidade de uma maioria especial dos membros do *Knesset* para alterá-las (NAVOT, 2004). Desse modo, as *basic laws* em Israel podem ser revogadas ou modificadas com a mesma facilidade com que se altera ou revoga uma lei ordinária, o que faz com que a doutrina classifique a constituição israelense como flexível (MATTOS, 2014).

Em que pese a inexistência de previsão expressa dispondo sobre a superioridade normativa das *basic laws*, a Suprema Corte israelense (HCJ) em 1969, ao decidir o caso *Bergman vs. Minister of Finance*, conhecido como *Marbury vs. Madison* israelense, reconheceu o valor privilegiado de tais leis, porém, em posição de deferência ao *Knesset*, até a década de noventa não declarou a nulidade de nenhuma lei ordinária conflitante com as *basic laws*.

Contudo, no ano de 1992, Israel edita duas *basic laws*: *Humam Dignity and Liberty* e *Freedom of Occupation*, responsáveis por tutelarem, ainda que de forma tímida, os direitos fundamentais. Com a edição dessas duas declarações de direitos, o HCJ passa a exercer papel mais ativo do que o até então desempenhado na democracia israelense, tendo em vista que passa a defender por meio do *judicial review* a supremacia das *basic laws*, inclusive anulando atos do *Knesset*. A mudança na atuação do HCJ foi tão significativa a ponto de muitos autores afirmarem que neste momento houve uma “revolução constitucional” no direito israelense (SILVA, 2012).

O ponto de inflexão no direito constitucional israelense ocorre em 1995, quando o HCJ enfrenta o caso *Hamizrahi vs. Migdal Cooperative Village*, considerado o julgamento mais importante da história do Estado de Israel. No referido julgamento, oito dos nove ministros da Suprema Corte reconheceram a possibilidade do órgão judicial anular qualquer lei editada pelo *Knesset* que infrinja os direitos fundamentais estampados nas *basic laws* do ano de 1992 (*Humam Dignity and Liberty* e *Freedom of Occupation*). A partir desse precedente, tem-se que a Suprema Corte Israelense passa a exercer um controle de constitucionalidade não apenas no sentido formal, mas também no sentido material, já que reconhece a possibilidade de invalidar uma lei que seja conflitante com as disposições existentes nas *basic laws* (NAVOT, 2004).

Segundo Suzie Navot (2004), a Suprema Corte avocou a tarefa de controlar a constitucionalidade dos atos do *Knesset* com base em dois fundamentos: (i) a tradição jurídica que caracteriza a maioria das democracias indica a necessidade de um corpo externo ao Parlamento para que exerça o controle de seus atos, sendo esse corpo o Tribunal e, (ii) do ponto de vista empírico, o Tribunal é o órgão mais qualificado a proteger os direitos fundamentais, avaliando se uma disposição legislativa destoa dos mandamentos das *basic laws*.

Obviamente que o protagonismo dos juízes após a reforma constitucional israelense despertou inúmeras críticas por parte da doutrina, mormente pela facilidade existente naquele país para que a Suprema Corte realize o *judicial review*, visto que qualquer cidadão, sem interesse direto na causa, pode suscitar a nulidade de determinada legislação caso conflite com direitos humanos.

Diante da combinação de forte ativismo judicial, iniciado na década de 90, com a tradição de supremacia parlamentar, inerente ao sistema parlamentarista de governo existente em Israel, verificou-se que no país havia um terreno fértil para a aplicação das teorias dialógicas, justamente por terem como escopo conciliar os extremos da supremacia judicial e parlamentar. Tal constatação foi confirmada quando o *Knesset*, em um caso extremamente polêmico, introduziu um mecanismo de diálogo de origem canadense, o *legislative override* (“cláusula não obstante”), no controle de constitucionalidade israelense.

A inserção dos diálogos institucionais na experiência do Estado de Israel se deu após uma decisão da Suprema Corte que invalidou um ato do governo, cujo teor era no sentido de negar a licença de uma empresa que buscava importar carne congelada não *kosher*⁴. Naquela oportunidade, o Tribunal decidiu que a vedação do governo afrontava a liberdade de profissão, tutelada pela *basic law Freedom of Occupation*, motivo pelo qual reconheceu a nulidade do ato. Os partidos conservadores do *Knesset* não aceitaram a referida decisão, de modo que aprovaram, em 1994, uma alteração nessa lei fundamental, inserindo na seção n.º 8 uma disposição que autoriza o *Knesset* manter a eficácia de uma norma pelo período de quatro anos apesar de seu conteúdo ser contrário à declaração de

⁴ A expressão *kosher* é utilizada para indicar os alimentos preparados de acordo com as leis judaicas de alimentação. No caso da carne, a Torá exige que bovinos sejam abatidos através de um ritual que reduza o máximo possível de sangue no sacrifício do animal a fim de atenuar o seu sofrimento.

direitos segundo a interpretação da Corte, bastando para isso que a manutenção da norma seja aprovada por maioria absoluta de seus membros (GARDBAUM, 2001; SILVA, 2012).

Conforme destacado por Stephen Gardbaum (2001), o mecanismo foi utilizado uma única vez em Israel, somente no caso de importação da carne não *Kosher*, porém isso é suficiente para afirmar que o país adota uma forma de controle de constitucionalidade fraco (*weak judicial review*), que facilita o diálogo entre os poderes. Ao lado disso, Cecília Silva (2012) também registra que a inexistência de uma constituição escrita e rígida estimula o diálogo entre o Legislativo e o Judiciário naquele país, sendo o diálogo entendido como a capacidade do *Knesset* responder de forma célere às decisões do Judiciário. Aliás, a ausência de rigidez no texto constitucional faz com que, a partir de maiorias parlamentares simples, a vontade do *Knesset* possa prevalecer sobre o HCJ, visto que basta ser editado ato normativo contrário ao entendimento da Corte, inclusive evitando o ônus político de se utilizar a cláusula de *override*, a qual inegavelmente explicita as divergências entre os dois poderes (SILVA, 2012).

É inegável que o mecanismo de diálogo canadense é mais robusto do que aquele criado em Israel no ano de 1994, pois, enquanto o modelo canadense permite que praticamente todos os direitos fundamentais possam ser objeto da “cláusula não obstante”, em Israel o *legislative override* ocorre somente nos casos sobre liberdade de profissão. Apesar das diferenças, não se pode negar que os dois países inclinam-se para um modelo de controle de constitucionalidade dialógico, os quais se afastam das escolhas binárias dos modelos tradicionais de supremacia parlamentar ou judicial.

2.4.3 A experiência neozelandesa

A Nova Zelândia tem como herança institucional o constitucionalismo ao estilo Westminster, com supremacia do Parlamento e proteção dos direitos fundamentais através de um sistema jurídico de *common law*, onde, em regra, não se verifica a positivação de tais direitos em declarações formais com hierarquia normativa superior. Contudo, no final do século XX, o modelo neozelandês passou a sofrer uma pressão para que incorporasse elementos típicos do constitucionalismo norte-americano, visto que se instaurou um movimento pela aprovação de uma declaração

de direitos fundamentais, bem como que fosse atribuído ao Poder Judiciário a proteção desses direitos, inclusive com a possibilidade de declarar inválido o ato legislativo contrário às liberdades individuais previstas na declaração.

Não obstante o contexto de pressão pela aprovação de uma declaração de direitos civis e políticos, a primeira proposta, de autoria do político e jurista Geoffrey Palmer, no sentido de estabelecer um *judicial review*, em que o Judiciário teria a prerrogativa de declarar nulas as leis contrárias à declaração de direitos, foi rejeitada. A princípio, a proposta foi recusada em razão de destoar significativamente da tradição de supremacia parlamentar existente na Nova Zelândia. Assim, a alternativa foi encontrar uma solução para não reduzir o protagonismo do Parlamento no modelo neozelandês, de sorte que foi elaborada uma declaração de direitos de hierarquia normativa ordinária, a qual não tem condão de invalidar as leis que lhe são contrárias (SILVA, 2012).

A *New Zealand Bill of Rights* (NZBORA) foi aprovada em 1990 e, além de ser classificada como uma lei ordinária, consagrou disposição normativa expressa (Seção 4) de que nenhum Tribunal poderia declarar inválida qualquer legislação pelo simples fato de lhe ser contrária:

Section 4 - Other enactments not affected

No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights), (a) hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or (b) decline to apply any provision of the enactment by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights.

Considerando que a declaração impede que o Judiciário realize um controle substantivo das leis que pretensamente a violam, verificou-se a necessidade de encontrar um mecanismo de valorização da interpretação judicial acerca dos direitos fundamentais estampados na NZBORA. Dessa forma, a declaração previu na Seção 6 a possibilidade de expor um “mandato interpretativo”, o qual não altera a legislação supostamente violadora da NZBORA, mas indica como que tal lei deve ser interpretada para que esteja de acordo com os direitos e liberdades contidas na declaração:

Section 6 - Interpretation consistent with Bill of Rights to be preferred

Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning

Ao criar o “mandato interpretativo”, o modelo neozelandês buscou alcançar o principal objetivo das teorias dialógicas: o de conciliar a vontade popular, representada na figura do Parlamento, com a defesa dos direitos fundamentais, que normalmente é atribuída à atuação do Tribunal no *judicial review*.

Contudo, devido à forte herança institucional existente na Nova Zelândia, o modelo criado acaba por referendar a posição de supremacia do Parlamento frente ao Judiciário, visto que é dado ao Tribunal tão somente aconselhar acerca da interpretação da legislação conflitante com a NZBORA. Assim, ao contrário do diálogo existente nos modelos canadense e israelense, o diálogo institucional efetivado na Nova Zelândia teria o formato de uma conversação e não de deliberação, pois para que haja deliberação efetiva os interlocutores têm de estar em posição de igualdade no desenho institucional.

Todavia, é importante reconhecer que a *praxis* das instituições estatais nem sempre se opera tal qual desenhado no plano abstrato, tendo em mira que, conforme constatado por Ran Hirshl (2004, *apud* SILVA, 2012), nos últimos anos tem se verificado que, inobstante a falta de supremacia formal do NZBORA, a referida declaração de direitos tem gozado de uma supremacia de *facto*, o que gera um fortalecimento do diálogo institucional na Nova Zelândia, já que a interpretação do Judiciário acerca dos direitos civis e políticos passa a ter um peso maior aos olhos do Parlamento.

À vista do exposto, percebe-se que o modelo neozelandês de diálogo institucional possui uma teoria de base diversa daquela utilizada pelo Canadá e Israel, o que não significa a ausência de interação entre os poderes, mas sim que tal interação ocorre de forma menos vinculativa. Enquanto que os modelos canadense e israelense filiam-se a uma teoria estrutural de diálogo, onde os atores políticos respondem às decisões judiciais quando há desacordo, estabelecendo um processo idas e vindas entre juízes e legisladores, o sistema da Nova Zelândia é orientado por uma teoria do aconselhamento judicial, na qual a técnica dialógica está consubstanciada em permitir que os ramos políticos, sem caráter vinculativo, aprendam a vislumbrar o sentido constitucional a partir das decisões judiciais, inclusive para lhes ajudarem na elaboração da legislação futura ou na modificação da legislação em vigor.

A exploração da técnica dialógica neozelandesa demonstra que a sua teoria de base (teoria do aconselhamento judicial) também pode servir de substrato para o modelo brasileiro, tendo em vista a adoção nos últimos anos pelo Supremo Tribunal Federal de técnicas de decisões judiciais interpretativas que visam auxiliar o legislador na sua atuação futura, como, por exemplo, o apelo ao legislador e a pronúncia do trânsito para a inconstitucionalidade.

2.5 Reflexões acerca dos diálogos institucionais no contexto brasileiro

Analizadas as teorias que estruturam os diálogos institucionais e observada a ocorrência da prática dialógica em sistemas constitucionais estrangeiros, percebe-se que, a depender de cada teoria e modelo de controle de constitucionalidade adotado, o diálogo poderá ocorrer de forma mais tímida ou explícita. Todavia, todas as teorias e sistemas constitucionais abertos ao diálogo têm como questão central a necessidade de aproximar o direito e a política, de sorte a minimizar a tensão existente entre democracia e o papel contramajoritário exercido pelo Judiciário no controle de constitucionalidade, o que durante muitos anos legitimou a ideia de supremacia judicial na interpretação e conformação do texto constitucional.

Conforme destaca Oliveira (2016), a aplicação das teorias dialógicas serve como ferramenta para atenuar o déficit de legitimidade de determinadas instituições na interpretação constitucional, tendo em conta que a circularidade de ideias e pensamentos de diferentes atores na exegese constitucional torna a decisão interpretativa mais aceitável pelos integrantes da sociedade, sobretudo por melhor espelhar a pluralidade de segmentos que a compõem.

Ao lado disso, vale ressaltar que a ótica dos diálogos institucionais, que incorpora a presença e a atuação política de outros atores na interpretação constitucional, representa uma inovação no modelo de controle de constitucionalidade, dado que a revisão judicial tradicionalmente esteve ligada a ideia dicotômica de supremacia de um dos agentes constitucionais, cuja hegemonia era alcançada pela aceitação da existência de uma manifestação final capaz de pôr fim ao processo dialético de descortinamento do verdadeiro sentido constitucional. (SILVA, 2012)

É necessário reconhecer, no entanto, que a ocorrência dos diálogos institucionais ocorre com maior facilidade em modelos de controle de

constitucionalidade brando, os quais, a exemplo do sistema canadense, tem uma tendência impregnada no seu desenho institucional de viabilizar a superação da decisão judicial. Essa facilitação ao diálogo não significa necessariamente que modelos de revisão judicial forte, como é o caso do Brasil, não poderão contemplar um diálogo institucional acerca da interpretação da Constituição, porém nesses casos a interação entre os atores constitucionais ocorrerá de maneira “informal”, fruto da participação, consciente ou inconsciente, de atores políticos no processo de revelação do sentido constitucional.

A partir da doutrina canadense, é possível encontrar uma classificação que divide o diálogo da Corte em diálogo como conversação e diálogo como deliberação. Tem-se diálogo como conversação quando há uma interação entre duas pessoas ou mais, que realizam um intercâmbio de conhecimento, opiniões e ideias com um viés informal, pois este intercâmbio de experiências não é guiado por uma pauta rígida de finalidades a serem atingidas, não existe um propósito prático específico que não seja explorar o tema, tampouco existe obrigatoriedade para que uma única decisão emane dessa interação. Diversamente ocorre com o diálogo como deliberação, já que nela a troca de experiências se realiza com maior formalidade, porquanto o seu desiderato é chegar a um acordo entre os interlocutores, isto é, que resolvam um conflito determinando conjuntamente qual opinião ou tese é verdadeira ou mais justificada para aquele caso concreto (TREMBLAY, 2005).

Segundo Luc Tremblay (2005), não há condições de que ocorra um diálogo como deliberação a não ser que certos requisitos estejam presentes. Primeiro, cada participante deve reconhecer o outro como um parceiro igual. Isso significa que cada participante deve ter o mesmo direito de apresentar teses, fazer propostas, defender opções particulares e participar ativamente do conteúdo final da decisão, ou seja, não deve existir uma hierarquia para que um ou outro participante possa resolver o desacordo com base na sua autoridade. Segundo, o processo de diálogo como deliberação deve ser um rito de persuasão racional, não uma forma de coerção. Assim, o participante deve ter condições de convencer os outros da força da tese que sustenta, porém não deve estar imbuído de uma intenção de que a sua tese deva prevalecer absolutamente. É essencial que o participante, observando os objetivos comuns da deliberação, esteja disposto a expor os seus pontos de vista acerca do assunto, mas que, ao mesmo tempo, também reconheça que as suas

convicções poderão ser alteradas na medida em que os outros interlocutores apresentem argumentos melhores. Se não for assim, a deliberação toma a forma de conversa, onde todos permanecem com as suas ideias originais e um consenso não precisa necessariamente ser formado. Terceiro, o diálogo não pode se afastar do seu fim principal que é produzir um julgamento para um caso prático a partir de acordos fundamentados entre seus participantes, sendo que o julgamento será o produto de um processo no qual se tentou incorporar à decisão final a perspectiva de cada um dos interlocutores.

Em que pese as linhas mestras das teorias dialógicas possam ser extraídas da doutrina canadense, no caso do Brasil a análise do tema reveste-se de contornos específicos, haja vista que o Canadá, apesar de admitir o controle de constitucionalidade pelo Judiciário, é uma país marcado pela cultura de supremacia parlamentar, onde existem instrumentos específicos para que a decisão judicial possa ser superada pelo parlamento (*notwithstanding clause* ou *override clause*)⁵. O Brasil, por sua vez, adota um sistema forte de controle de constitucionalidade, com nítido favorecimento das decisões judiciais sobre as legislativas, de sorte que, em muitos casos, a decisão do STF acerca da interpretação do texto constitucional somente é passível de superação com a aprovação de uma emenda constitucional por parte do Congresso Nacional, dada a ausência de instrumentos formais próprios para que os outros poderes possam reagir à opinião da Corte⁶.

Aliás, se considerado o desenho institucional dos países identificados com o diálogo, como, por exemplo, o Canadá, pode-se afirmar que haveria até mesmo uma incompatibilidade do modelo brasileiro com as teorias dialógicas, seja pela enunciação literal da regra da supremacia do Judiciário (art. 102 da CF), seja pela

⁵ Em síntese, a *override clause* é um instrumento previsto na Carta Canadense de 1982 (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) que permite, por meio da Seção 33, a superação legislativa (pelo Parlamento Central ou da Província) de uma decisão da Suprema Corte do Canadá por meio da reedição da lei declarada inconstitucional, que compreenda matéria concernente a direitos fundamentais (liberdades fundamentais, garantias processuais penais e direitos relacionados à igualdade – seções 2 e de 7 a 15) (MATTOS, 2014).

⁶ Apesar de inexistir mecanismos formais de superação da decisão judicial pelo Legislativo, merece ser registrado que, no ano de 2011, o deputado Nazareno Fonteles apresentou a Proposta de Emenda Constitucional n.º 33 que almejava enfraquecer o controle de constitucionalidade exercido pelo STF em favor de uma maior interferência do Congresso Nacional na conformação do texto constitucional. A proposta buscava reformular o *quórum* mínimo para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, bem como condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo STF à aprovação pelo Poder Legislativo. Além disso, previa a necessidade de submissão ao Congresso Nacional as decisões de mérito proferidas em ADI sobre a inconstitucionalidade de emendas à Constituição Federal (GIANNETTI, 2016).

sua estrutura política ou prática que muito diverge dos países que possuem instrumentos formais de diálogos institucionais e são alinhados à supremacia parlamentar (SILVA, 2012).

Portanto, no constitucionalismo brasileiro os diálogos institucionais, ao contrário do sistema canadense, não se dão por meio de mecanismos formais previstos na própria constituição para que ocorra a interação entre os poderes, pois se efetivam de maneira informal e *ad hoc*, produto, em regra, de pressões impostas por outras instituições que não se conformaram com a solução dada pela Corte à determinada questão política (MATTOS, 2014).

Em suma, adotando a classificação de Tremblay, os diálogos desenvolvidos no Brasil, a princípio, são considerados uma conversação, tendo em vista a ausência de mecanismos formais de deliberação entre os poderes e a obrigatoriedade de que os interlocutores cheguem a um acordo, sem contar que nem sempre as instituições participantes do diálogo estão em pé de igualdade, já que o controle de constitucionalidade forte conduz a uma supremacia do Judiciário na interpretação do texto constitucional. O diálogo, portanto, se efetiva como um fato social e político, pois as instituições, quando discordam e sustentam posições divergentes sobre temas de interesse nacional, acabam colaborando para a formação de uma opinião pela própria sociedade que tem condições de acolher os melhores argumentos suscitados no processo de interação externa da Corte e até mesmo questionar a sua legitimação no controle de constitucionalidade.

Com efeito, não se pode negar que o diálogo da Corte com a sociedade ocorre com maior facilidade quando estão na pauta do Tribunal temas sensíveis politicamente, já que nessas ocasiões os olhares se voltam para a legitimação da Corte para decidir tais questões, trazendo como consequência o fortalecimento de argumentos a favor da vontade da maioria e do princípio democrático, os quais passam a ser vistos como incompatíveis com o controle de constitucionalidade exercido de forma isolada pelo órgão judicial.

Nesse sentido, Christiane Bateup (2006) alerta que os estudiosos do direito norte-americano têm constatado que os diálogos institucionais estão ocorrendo cada vez com mais frequência nos Estados Unidos, pois está sendo verificado um engajamento da sociedade nas questões decididas pela Suprema Corte, o que, por

vezes, gera provocações e manifestações para que as demais esferas do poder ingressem no processo deliberativo em busca de uma melhor decisão. Isso demonstra que o modelo forte de controle de constitucionalidade não é incompatível com os diálogos institucionais, pois o diálogo realmente ocorre quando a sociedade passa a compreender a revisão judicial apenas como uma parte, uma resposta provisória, do processo de descortinamento do significado da Constituição:

In the United States, political science and legal scholars are challenging the dominant view that judicial supremacy accurately describes the dynamics of judicial decision-making in this country. To the contrary, these scholars claim that decisions of the United States Supreme Court are not necessarily final because of numerous political constraints on the judiciary. Drawing on these positive observations regarding the nature of judicial action, the conclusion that some scholars have reached is that American judicial review is best conceptualized as part of a broader dialogue between the judiciary and other constitutional actors about the meaning of the Constitution (BATEUP, 2006, p. 3-4).

A premissa fundamental, portanto, das teorias dos diálogos institucionais é a possibilidade de os outros poderes realizarem a reversão da decisão da Suprema Corte, o que significa compreender o controle de constitucionalidade não como uma barreira intransponível às instituições democráticas, mas sim como um instrumento de incentivo ao diálogo entre as instituições políticas na busca pela melhor forma de equilibrar os direitos fundamentais e a vontade popular (BRANDÃO, 2017).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem utilizado instrumentos processuais para incentivar o diálogo com a sociedade durante a resolução de questões sensíveis politicamente, sendo a adoção dos institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas a alternativa encontrada pela Suprema Corte brasileira para alinhar a sua argumentação aos valores defendidos pela sociedade (MATTOS, 2014). Registre-se que tais instrumentos estão muito distantes daqueles utilizados no controle de constitucionalidade canadense para catalisar o diálogo institucional (*override clause* e *limitation clause*), porém têm auxiliado na tarefa de aproximação da sociedade em relação ao processo deliberativo da decisão judicial.

Nesse sentido, reconhece-se que a Lei n.º 9.868/1999 é de extrema importância para viabilizar a abertura ao diálogo no processo de elaboração da decisão judicial pela Corte, vez que, nos artigos 6º e 9º, assegura a participação de outros atores que não sejam os próprios proponentes da demanda judicial, os quais

contribuem através de suas opiniões e conhecimento para a elevação da qualidade argumentativa da decisão judicial que será proferida⁷.

Além da utilização de mecanismos de audiências públicas e *amicus curiae*, o diálogo institucional brasileiro também pode se manifestar através do fenômeno da reversão das decisões judiciais da Suprema Corte por instituições políticas, o que é conhecido como o fenômeno da reatividade política às decisões judiciais.

A referida reatividade política se materializa através de uma atuação do Poder Legislativo, normalmente fortalecido pela opinião pública, em que a edita leis e emendas à Constituição com o objetivo de modificar o sentido atribuído ao texto constitucional pela Suprema Corte, sendo tal fenômeno denominado de “superação legislativa da decisão judicial”.

Nesse ponto deve-se destacar que a ideia de reatividade política pressupõe, em uma democracia orientada pelos princípios deliberativos, que a interação entre os poderes não pode ser vista como um mero “jogo de forças”, pois tal interação deverá ter como pano de fundo uma “cultura da justificação”. Assim, a reação do Executivo e do Legislativo contra a decisão judicial deve corresponder a uma deliberação que levou em conta os argumentos do Poder Judiciário e que está sendo manifestada tão somente devido a uma instituição acreditar ter encontrado uma melhor alternativa para o caso em deliberação (MENDES, 2008).

A incorporação da reatividade política como técnica dialógica colabora para a elevação da capacidade epistêmica da própria democracia. Aceitar que uma determinada decisão não possa ser revertida, como pretendem os defensores da tese da última palavra, significa retirar do sistema democrático a sua capacidade de autocorreção, obrigando a sociedade a conviver com decisões equivocadas ou que, ainda que certas no momento de sua prolação, tornaram-se obsoletas com o

⁷ Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido. [...]

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

decurso do tempo ou geraram consequências não antecipadas pelo seu prolator (BRANDÃO, 2017).

Consoante estudo realizado por Rodrigo Brandão (2017), a tese de que o Supremo Tribunal Federal teria a última palavra sobre o significado da Constituição em razão de ser o seu Guardião é incompatível com o dever de justificação da compatibilidade de suas decisões com o próprio teor da Constituição de 1988, já que se estaria promovendo uma absoluta legitimação *ex ante* das escolhas da Corte, o que, ao fim e ao cabo, conduziria a ideia de que toda e qualquer decisão do STF está sempre certa.

Assim, toda decisão proferida pela Suprema Corte, ainda que em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que possui efeito *erga omnes* e vinculante aos órgãos da Administração Pública e judiciais, pode ser objeto de reatividade política. Isso porque as autoridades administrativas e judiciais têm a faculdade de pressionar o Legislativo a aprovar norma superadora do precedente do STF. Sem contar, é claro, com o potencial de o Presidente da República de alinhar a sua base parlamentar para reagir à decisão da Corte.

Nessa linha, a jurisprudência do STF tem reconhecido a importância da abertura do Tribunal para a reatividade política, admitindo, com fundamento nas teorias dos diálogos institucionais, a validade de leis que revertam interpretações constitucionais fixadas anteriormente pela Suprema Corte.

O Plenário da Suprema Corte, ao julgar a ADI n.º 5.105/DF, apresentou entendimento que se afasta da concepção juriscêntrica da hermenêutica constitucional, alinhando a jurisprudência a uma concepção dialógica da interpretação constitucional. O Ministro Luiz Fux, relator da ADI n.º 5.105/DF, destacou no seu voto a necessidade de que a conformação do texto constitucional decorra de um processo de construção coordenada entre os poderes estatais:

Destarte, a interpretação do sentido e do alcance das disposições constitucionais não pode ser vista como apanágio exclusivo do Supremo Tribunal Federal, em uma leitura anacrônica e arrogante do princípio da separação de poderes. Ao revés, a interpretação constitucional passa por um processo de construção coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribui com suas capacidades específicas no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional,

sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Carta da República e no aperfeiçoamento das instituições democráticas (BRASIL, 2015, p. 15).

Ademais, o voto do Ministro Relator também analisou com precisão as formas de se operar a superação legislativa das interpretações constitucionais do Supremo Tribunal Federal, bem como a postura que o Tribunal deve adotar nesses casos. Sobre essa questão, asseverou o Ministro Luiz Fux: i) a superação por emenda gera alteração formal do texto constitucional, alterando o próprio parâmetro da decisão do STF e o fundamento das normas infraconstitucionais, de modo que o STF somente poderá invalidar a “emenda constitucional superadora” nas hipóteses em que violar os limites ao poder de reforma constitucional (art. 60 da CF); ii) por outro lado, a superação por legislação ordinária tem tratamento diverso, pois a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da Corte nasce com “presunção de inconstitucionalidade”, devendo recair sobre os ombros do legislador o ônus de demonstrar a existência de melhores argumentos para a correção do precedente da Corte. O Congresso Nacional tem o ônus de expor novos fundamentos e comprovar que as bases fáticas e jurídicas sobre as quais se apoiou o precedente anterior do STF não mais subsistem, ou seja, deverá ocorrer uma verdadeira mutação constitucional por iniciativa do legislador.⁸

Percebe-se, com isso, que a reatividade política frente às decisões da Suprema Corte é um importante instrumento para a realização dos pressupostos do

⁸ Neste sentido, transcreve-se trecho do voto do Ministro Luiz Fux: “À luz dessas premissas, forçoso reconhecer que, *prima facie*, o legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência, reclamando, a depender do instrumento normativo que veicular a reversão, posturas distintas do Supremo Tribunal Federal. Se veiculada por emenda, há a alteração formal do texto constitucional, modificando, bem por isso, o próprio parâmetro que amparava a jurisprudência do Tribunal. Não bastasse, o fundamento de validade último das normas infraconstitucionais também passa a ser outro. Nessas situações, como dito, a invalidade da emenda somente poderá ocorrer, assim, nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da Constituição (i.e., limites formais, circunstanciais e materiais), endossando, em particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais. Se, porém, introduzida por legislação ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da Corte nasce, a meu sentir, com presunção de inconstitucionalidade, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima. Ademais, deve o Congresso Nacional lançar novos fundamentos a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem. Não se trata em si de um problema, visto que, ao assim agir, o Congresso Nacional promoverá verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa, que se caracteriza, de acordo com o escólio do Professor e hoje Ministro Luís Roberto Barroso, “quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 167). Em outras palavras, a novel legislação que frontalmente colida com a jurisprudência (leis *in your face*) se submete, a meu juízo, a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, pelo simples fato de já existir um pronunciamento da Suprema Corte.” (BRASIL, 2015, p. 17-18).

Estado Democrático de Direito, pois é a manifestação de mais uma etapa de um processo deliberativo no qual cada um dos poderes contribui com os seus conhecimentos específicos para a conformação da Constituição, auxiliando na formação de consensos políticos e no alcance de maior segurança jurídica para a sociedade, evitando que o Supremo Tribunal Federal seja o detentor da última palavra com base em uma legitimidade *ex ante*.

Contudo, a dúvida que existe na doutrina brasileira é se a teoria dos diálogos institucionais, que se manifesta por meio das técnicas acima indicadas, é efetivamente considerada nas decisões da Suprema Corte que versam sobre a concretização dos direitos sociais estampados na Constituição ou se não passa de uma retórica vazia que não encontra aplicação na *praxis* da Corte Constitucional brasileira.

A investigação acerca das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão é um bom caminho para apurar os contornos da prática dialógica no contexto brasileiro, já que nessas ações constitucionais a Corte é instada a decidir sobre questões de ampla repercussão na sociedade, o que, em tese, despertaria o interesse dos atores políticos em participar do processo decisório para apresentarem suas contribuições.

3 O Supremo Tribunal Federal e o combate às omissões inconstitucionais

3.1 Delineamentos conceituais da omissão inconstitucional

Consoante adverte Karl Loewenstein, a inobservância pelos detentores do poder e a indiferença dos destinatários do poder em relação à Constituição acaba por gerar uma atrofia da consciência constitucional, de modo que a revitalização da consciência constitucional é medida sempre necessária para a manutenção de uma sociedade democrática. (LOEWENSTEIN, 1979)

O controle de constitucionalidade se estabelece exatamente como mecanismo de impedimento da desídia para com as normas constitucionais, de modo que, amparado na premissa de supremacia e rigidez constitucional, faz com que a Constituição seja levada à sério pelos poderes constituídos e pela própria sociedade.

Nessa linha, deve-se ter em mira que a rigidez constitucional concentra-se na maior dificuldade para modificação das normas constitucionais se comparado com o processo de alteração das demais normas do ordenamento jurídico. A partir desta rigidez decorre a supremacia da Constituição, uma vez que, por ter um processo mais complexo de alteração, é colocada no vértice do sistema jurídico adotado pelo país, sendo reconhecida a validade das demais normas do ordenamento na medida em que se conformam com as normas constitucionais (SILVA, 2013).

Assegurando a supremacia e rigidez constitucional, o controle de constitucionalidade se coloca como o meio adequado para eliminar as violações à Constituição, as denominadas inconstitucionalidades, evitando, assim, a atrofia da consciência constitucional a partir da eliminação do sistema de toda e qualquer norma que não se coaduna com o texto constitucional. Em suma, a supremacia constitucional é assegurada em razão de o controle de constitucionalidade não permitir o sentimento de indiferença em relação à Constituição.

Contudo, a depender do conteúdo existente na Constituição, o próprio conceito de inconstitucionalidade pode sofrer alterações, tendo em vista que em constituições com uma abertura para o futuro, ou seja, em que haverá uma necessidade de

mediação do Legislativo e Executivo para concretizar as normas constitucionais, o vício de inconstitucionalidade pode ser identificado não apenas quando se faz algo contrário ao texto constitucional, mas também quando se deixa de fazer algo determinado nele.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello elucida que “há violação à Constituição quando se fez o que ela inadmite como quando se omite o que ela impõe” (MELLO, 1982, p. 66). Ainda que tal afirmação pareça um tanto quanto óbvia, reveste-se de importância ímpar, porquanto nem sempre a omissão foi tida como inconstitucionalidade, sendo, em verdade, fruto do conteúdo dirigista de algumas constituições, as quais exigem a vinculação dos Poderes Públicos à sua realização (PIOVESAN, 1995). Verifica-se, desse modo, que o controle de constitucionalidade pode atuar tanto para extirpar inconstitucionalidade por ação como para evitar omissões inconstitucionais.

Tem-se inconstitucionalidade por ação quando há um comportamento ativo, uma ação, um *facere* violador e contrário às normas constitucionais, isto é, uma conduta positiva incompatível com as próprias disposições do texto constitucional. Tal inconstitucionalidade pode se dar pela afronta ao conteúdo consagrado na Constituição ou pela afronta ao processo de produção normativa estabelecido nela, sendo que na primeira hipótese estaremos diante de uma inconstitucionalidade material, dado ofender diretamente a matéria protegida pela Constituição. No segundo caso, será uma inconstitucionalidade formal, já que a mácula não se refere ao conteúdo, mas sim ao modo de produção da norma.

A inconstitucionalidade por ação tem como fundamento, como ensina José Afonso da Silva, a necessidade de compatibilidade vertical advinda da supremacia da Constituição, pois tal supremacia exige que as normas de grau inferior tenham a sua validade condicionada à compatibilidade com as normas superiores, sendo que as normas constitucionais estão no ápice da hierarquia normativa. Consequentemente, as normas que não estejam em concordância com a Constituição serão inválidas, visto que em casos de incompatibilidade vertical deve prevalecer a norma superior, a qual serve de fundamento de validade das inferiores (SILVA, 2013).

O controle de constitucionalidade por ação, portanto, tem por finalidade obter a declaração judicial de inconstitucionalidade da norma produzida em incompatibilidade com a Constituição, seja pelo seu conteúdo ou pela sua forma de produção, trazendo como consequência de tal declaração a necessidade de eliminá-la do sistema jurídico.

De destacar que a sistemática de controle de constitucionalidade por ação está muito ligada ao paradigma liberal das constituições, cujo traço marcante está nas sanções de cunho negativo, pois a proteção dos direitos civis e políticos, como o direito de liberdade, igualdade e o de votar e ser votado, ocorre a partir de um não-fazer do Estado, não exigindo um agir positivo do poder público para que sejam tutelados (PIOVESAN, 1995).

Diversamente da inconstitucionalidade por ação, que é positiva, a inconstitucionalidade por omissão é considerada uma inconstitucionalidade negativa, pois resulta da abstenção, silêncio ou inércia do poder público que não cumpre com determinado ato exigido pela Constituição (PIOVESAN, 1995).

Em decorrência da sua natureza, a inconstitucionalidade por omissão somente poderá ser constatada quando existir um dever constitucional expresso de ação, ou seja, quando estivermos diante de uma exigência constitucional de ação, sendo que a efetivação desta ação poderá ocorrer de variadas formas a depender do mandamento constitucional.

Jorge Miranda esclarece que a violação ao dever de ação ensejadora da omissão inconstitucional poderá ocorrer pela i) falta ou insuficiência de medidas legislativas; ii) falta de adoção de medidas políticas ou de governo e; iii) falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública. (MIRANDA, 1991)

Haverá omissão constitucionalmente relevante quando o Poder competente não atende ao dever constitucional de editar normas infraconstitucionais necessárias para que determinados dispositivos constitucionais possam emanar efeitos concretos. Ao agir dessa forma, o órgão responsável, a partir de ato omissivo, acaba por violar o dever constitucional que sobre ele recai de editar ato normativo integrativo para que a norma constitucional possa emanar efeitos concretos. Portanto, a omissão inconstitucional ocorre quando o órgão competente não cumpre

o dever específico de regulamentar a que está constitucionalmente obrigado, tolhendo a aplicabilidade imediata da norma constitucional.

São indicados como pressupostos da omissão inconstitucional: i) o não cumprimento da Constituição derive da violação de certa e determinada norma; ii) se trate de norma constitucional não exequível por si mesma e iii) nas circunstâncias concretas da prática legislativa, faltem as medidas legislativas necessárias para tornar exequível aquela norma (MIRANDA, 1991).

Canotilho define a inconstitucionalidade por omissão da seguinte forma:

No seu estrito e rigoroso sentido, deve conexionar-se com uma exigência concreta constitucional de ação [...]. O simples dever geral de emanção de leis não fundamenta uma omissão inconstitucional [...]. No caso das imposições constitucionais em sentido estrito, o não cumprimento é um verdadeiro caso de inconstitucionalidade: o legislador viola, por acto omissivo, o dever de actuar concretamente imposto pelas normas constitucionais. (CANOTILHO, 2001, p. 332)

Percebe-se que o estudo das omissões inconstitucionais está intimamente ligado ao tema das normas constitucionais de eficácia limitada, as quais não são exequíveis por si mesmas e dependem de uma lei integradora. Na lição de José Afonso da Silva, normas de eficácia limitada são aquelas que têm uma “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia” (SILVA, 2007, p. 83). São normas que necessitam da edição de uma lei para que possam produzir os efeitos concretos previstos na Constituição.

A inconstitucionalidade por omissão não decorre do dever geral de legislar, mas sim da obrigação específica e expressa prevista em certas normas constitucionais de eficácia limitada, as quais imputam ao legislador o dever de editar leis aptas a viabilizar os efeitos concretos dos dispositivos constitucionais que são dependentes da regulamentação infraconstitucional. A omissão legislativa é produto da inobservância por parte do legislador do dever que lhe é imposto pela Constituição de legislar para concretizar um direito nela previsto.

É importante ressaltar que neste estudo emprega-se o termo “legislador” para fazer referência àquelas instituições que ostentam competência para editar leis ou atos normativos. Evidente que o Poder Legislativo e o Poder Executivo são os maiores responsáveis pela confecção desses atos, já que possuem uma

participação mais efetiva no processo de elaboração das normas infraconstitucionais. Todavia, não se pode olvidar que o Poder Judiciário também pode ser autor de omissões inconstitucionais, visto que também ostenta competência para editar atos normativos tendentes a regulamentarem administrativamente órgãos judiciais.

Ressalta-se, ainda, que a omissão inconstitucional pode ser total (absoluta) ou parcial (relativa). A omissão total diz respeito à ausência de ação em face do dever jurídico de legislar, estabelecendo-se um silêncio absoluto frente à ordem de regulamentar a norma constitucional. Quando se trata de omissão parcial, não se verifica uma total ausência de ação, mas sim uma ação que não corresponde aos termos exigidos pela Constituição, ou seja, há uma atividade deficiente que não atende ao dever previsto no comando constitucional (PIOVESAN, 1995).

Por fim, a título de delineamento do instituto da omissão inconstitucional, não se pode deixar de abordar o momento em que determinado silêncio legislativo passa a ser considerado inconstitucional. Para isso, temos que observar duas situações: (a) quando há fixação pela própria Constituição de prazo para que o legislador regule a norma constitucional e (b) quando não há prazo fixado pela Constituição.

Na primeira hipótese, havendo prazo fixado pelo próprio texto constitucional para a prática do ato (exemplo: art. 12, 20 e 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF de 1988), somente será permitido considerar a existência de uma omissão inconstitucional quando fluído integralmente o prazo previsto na norma constitucional e o legislador não tenha praticado o ato ou tenha realizado de forma deficiente. A mora do legislador capaz de configurar uma omissão inconstitucional será configurada somente quando do término do prazo previsto no texto constitucional.

No segundo caso, quando a Constituição não delimita o prazo para suprir a omissão, a tarefa de identificar a mora do legislador se torna mais complexa, visto que haverá a necessidade de ponderar o dever jurídico-constitucional com as condições fáticas. Necessariamente deverá refletir-se acerca de qual seria o prazo “razoável” para a adoção da medida. Ao adentrar numa investigação sobre a razoabilidade da exigência da medida, tem-se a necessidade de analisar se o ato

exigido pela norma constitucional é compatível com a realidade concreta do mundo naquele momento, ou seja, impõe-se observar as condições sociais, econômicas e históricas para definir sobre a existência ou não de inconstitucionalidade no comportamento omissivo do órgão competente pela regulamentação da norma constitucional (PIOVESAN, 1995).

À vista disso, é possível falar em omissão inconstitucional quando presentes os seguintes elementos: (a) existência de dever de legislar previsto especificamente em norma constitucional pendente de regulamentação; (b) inexistência da medida regulamentadora da norma constitucional ou a medida adotada demonstrou-se insuficiente e (c) término do prazo previsto na Constituição para a prática do ato pelo legislador ou, quando inexistente prazo expresso para a regulamentação, a inércia do legislador seja considerada desarrazoada diante das condições sociais, econômicas e históricas que autorizam exigência da medida.

Todavia, como alertado por Loewenstein, as omissões inconstitucionais devem ser combatidas pela sociedade para evitar a “atrofia da consciência constitucional”, motivo pelo qual o presente estudo dedica as próximas páginas à análise dos instrumentos de repressão às omissões inconstitucionais, dando especial enfoque à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

3.2 O sistema de controle de constitucionalidade por omissão no direito brasileiro

Fruto de um processo de evolução do sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade⁹, a Constituição de 1988 acabou por adotar um modelo híbrido/misto de controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos, uma vez que contempla tanto o controle concentrado como o controle difuso.

⁹ O sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade foi implantado no Brasil com a Constituição de 1891, que adotava apenas o controle difuso, dada a forte influência exercida pelo constitucionalismo norte-americano nesse texto constitucional. Entretanto, as constituições posteriores a de 1891 passaram a incorporar outros elementos ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. A Constituição de 1934, apesar de manter o controle difuso, incorporou ao sistema a ação direta de inconstitucionalidade interventiva. Sob a égide da Constituição de 1946, criou-se a ação direta de inconstitucionalidade, de caráter genérico, atribuindo competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo apresentada pelo Procurador-Geral da República. Já com a Constituição de 1988 houve a incorporação ao sistema de mecanismos de proteção contra as omissões inconstitucionais e a importante ampliação do rol de legitimados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por ação (art. 103 da CF), antes reservada apenas ao Procurador-Geral da República.

O controle concentrado é aquele cuja aferição de eventual violação à Constituição é atribuída exclusivamente a determinado tribunal. Trata-se de um modelo que teve larga aceitação na Europa, também sendo conhecido como sistema austríaco ou europeu. No Brasil, o controle concentrado referente à Constituição Federal é realizado pelo Supremo Tribunal Federal (NOVELINO, 2016).

Ainda, no modelo de controle concentrado a aferição de eventual inconstitucionalidade não ocorre a partir de um caso concreto e de maneira incidental ao objeto principal da lide, mas sim por meio da impugnação de um ato normativo em tese, devendo o Supremo Tribunal Federal se manifestar especificamente se a lei (*lato sensu*) é inconstitucional ou não, ou seja, a própria questão da constitucionalidade do ato normativo é que representa o objeto da lide.

Por outro lado, o controle difuso pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, tendo sua origem remetida ao emblemático caso *Marbury v. Madison*, responsável por traçar as linhas precursoras do sistema de controle de constitucionalidade norte-americano. No controle difuso a questão da inconstitucionalidade de determinado ato normativo é aferida no bojo de um caso concreto, de sorte que a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*) (NOVELINO, 2016).

A Constituição de 1988 dedicou particular atenção ao tema das omissões inconstitucionais, introduzindo no sistema de controle de constitucionalidade dois mecanismos inéditos de proteção judicial contra as omissões: a) o mandado de injunção (art. 5º LXXI c/c art. 102, I, q), instrumento apto a realizar, em sede de controle difuso, a defesa dos direitos subjetivos afetados por omissões legislativas e administrativas e b) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º), cuja aplicação ocorre por meio do controle concentrado de constitucionalidade.

A atenção depositada pelo constituinte de 1988 ao tema das omissões inconstitucionais se deve ao caráter dirigente do texto constitucional, o qual estabelece uma série de normas definidoras de tarefas e programas a serem regulamentados pelos poderes públicos. Assim, a introdução de instrumentos jurídicos de combate às omissões inconstitucionais foi uma alternativa encontrada pelo próprio constituinte para que as promessas constitucionais, representadas nas normas programáticas, não se tornassem “letra morta da lei”, como ocorrera nos textos constitucionais anteriores (CITTADINO, 2002).

Portanto, com o escopo de assegurar à sociedade a busca pela efetividade das normas constitucionais de conteúdo programático, a Constituição de 1988 consagra o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, os quais, apesar de terem procedimentos e eficácia jurídica distintas, almejam o objetivo comum de atribuir aplicabilidade plena às normas constitucionais.

O mandado de injunção encontra previsão no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal¹⁰, autorizando que o referido instrumento seja utilizado sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Trata-se de uma ação constitucional destinada à defesa de interesses subjetivos contra a omissão do legislador, tendo como pressuposto para a sua aplicação a demonstração de que o gozo de um direito subjetivo está sendo concretamente obstado pela ausência de regulamentação de determinada norma constitucional (RAMOS, 2010).

Por se tratar de um instrumento afeto ao controle difuso de constitucionalidade, o processamento e julgamento do mandado de injunção não é de competência exclusiva de um único órgão judicial. A referida ação constitucional pode ser apreciada por diversos tribunais, contanto que sejam respeitadas as regras de competência processual. O Supremo Tribunal Federal, no caso, é competente para julgar apenas os mandados de injunção impetrados contra o Presidente da República, o Congresso Nacional, o Tribunal de Contas da União e os tribunais superiores (art. 102, I, q, da CF). Contudo, outros órgãos judiciais também possuem competência para o julgamento desta ação constitucional, como é o caso do Superior Tribunal de Justiça, a quem compete o julgamento de mandados de injunção contra autoridades federais, com exceção daquelas de competência originária do STF.

Todavia, como ressaltado acima, o mandado de injunção não é o único instrumento de proteção contra as omissões inconstitucionais do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. A Constituição também contempla o controle concentrado da omissão pela via da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, §2º, da CF.

¹⁰Art. 5º (...)

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Nota-se, assim, que o sistema brasileiro adota uma proteção mista contra as omissões inconstitucionais, uma vez que conjuga instrumentos do controle difuso e do controle abstrato/concentrado, o que inegavelmente representa um facilitador na tarefa de concretização das normas constitucionais de conteúdo programático.

Entretanto, por deferência às escolhas metodológicas prévias traçadas para esta pesquisa, o estudo dos instrumentos de proteção contra as omissões inconstitucionais restringir-se-á aos aportes teóricos e práticos relacionados à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A concentração da investigação nesse instrumento justifica-se por dois motivos: a) almeja atribuir maior grau de especificidade à pesquisa e b) objetiva suprir uma lacuna na produção científica, já que a maioria dos estudos publicados até o momento sobre as omissões inconstitucionais dedica-se ao estudo do mandado de injunção.

3.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) encontra previsão no art. 103, §2º, da Constituição Federal, o qual dispõe:

Art. 103, § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Analisando os contornos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão com base no dispositivo acima citado, extrai-se a conclusão de ser ela uma ação constitucional que objetiva a declaração judicial da existência de inconstitucionalidade pela ausência de medida apta a tornar efetiva a norma constitucional. A declaração de inconstitucionalidade, segundo o texto constitucional, deve vir acompanhada da ciência do Poder competente para a adoção das providências necessárias e, quando o responsável for órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Por se tratar de uma ação típica do controle concentrado, a declaração judicial da inconstitucionalidade por omissão caberá ao Supremo Tribunal Federal, vez que é o órgão jurisdicional competente para o processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Ademais, Michel Temer pondera que a finalidade precípua da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é alcançar a efetivação de direitos constitucionais estabelecidos em normas que exigem regulamentação pelo legislador ordinário:

A primeira afirmação que se deve fazer é aquela referente à finalidade desse controle: é a de realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte. Ou seja, nenhuma norma constitucional deixará de alcançar a eficácia plena. Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles simplesmente programáticos não deixarão de ser invocáveis 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. (TEMER, 1996, p. 51)

Em outras palavras, o objetivo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é atribuir a toda norma constitucional eficácia plena, evitando que o exercício de direitos constitucionais seja tolhido pela inação dos poderes competentes pela regulamentação de determinadas normas constitucionais de eficácia limitada.

Não obstante a ação direta de inconstitucionalidade por omissão reflexamente garanta o exercício de direitos constitucionais, deve-se pontuar que o escopo da ADO é tornar efetiva a norma constitucional, e não propriamente um direito constitucional. Essa ressalva é de extrema importância, pois, ao contrário do mandado de injunção, a ADO não se dedica à defesa de direitos subjetivos, mas sim à proteção da ordem constitucional. É um instrumento moldado para preencher, de forma geral e abstrata, as lacunas que configuram omissão no ordenamento jurídico, isto é, não busca diretamente a efetivação de determinado direito constitucional, senão a regulamentação da norma constitucional para que alcance eficácia plena e possa irradiar efeitos normativos (PIOVESAN, 1995).

Assim, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão surge na Constituição de 1988 como instrumento de concretização da própria ordem constitucional então instaurada, sendo um dos mecanismos escolhidos pelo constituinte para viabilizar a estratégia de deixar para o futuro a concretização de valores e princípios positivados na Constituição, os quais seriam efetivados através do novo arranjo de forças que a própria Constituição estabeleceria (VIANNA, 1999).

3.2.1.1 Legitimidade

A legitimidade ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão confunde-se com a legitimidade ativa da ação direta de inconstitucionalidade, de modo que tal faculdade é dada aos entes elencados no art. 103, incisos I a IX, da Constituição Federal. Assim, são legitimados ativos o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional¹¹.

Ainda a respeito do rol de legitimados do art. 103 da CF, deve-se refletir qual seria o grau de utilização da ação direta de inconstitucionalidade por omissão pelos entes políticos elencados como legitimados ativos na Constituição. Tal reflexão se impõe em razão de o objetivo precípua da ação constitucional em análise ser o combate às omissões inconstitucionais dos órgãos políticos, de sorte que, a princípio, parece ser pouco provável que tais órgãos utilizarão a via judicial para corrigir uma falha própria. Todavia, conforme veremos por ocasião da exposição dos dados da pesquisa empírica, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão também pode servir de instrumento de efetivação do texto constitucional por partidos políticos que não possuem maioria nas Casas Legislativas, o que os impede de aprovarem eventual regulamentação das normas constitucionais. Assim, não se pode desconsiderar a possibilidade de as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão serem utilizadas por agremiações políticas como instrumento apto a proteger a dimensão contramajoritária da democracia.

Ademais, a extensão do rol de legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão favorece que grupos que não formam maioria

¹¹ Importante registrar que, com o advento da Constituição de 1988, ocorreu um significativo alargamento do rol de legitimados à propositura de ações constitucionais típicas do controle concentrado de constitucionalidade, visto que na sistemática da Constituição anterior apenas o Procurador-Geral da República ostentava legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade. Tal ampliação no rol de legitimados ativos colaborou fortemente para o crescente número de demandas ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, colaborando para o protagonismo do referido órgão judicial na deliberação de questões de relevante interesse da sociedade brasileira (ALMEIDA, 2019).

para a aprovação de leis regulamentadoras da Constituição Federal possam ter o seu interesse atendido pela Suprema Corte, uma vez que suas pautas podem ser levadas ao Poder Judiciário por entes da sociedade civil que estão habilitados à propositura da ADO, a saber: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Nessa linha, importa registrar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n.º 1.449-8/AL, firmou o entendimento de que a exigência de representação no Congresso Nacional para que o partido político possa propor ação direta de inconstitucionalidade é atendida com a existência de apenas um parlamentar, em qualquer das Casas Legislativas, tornando o acesso ao controle concentrado ainda mais amplo. Entendeu, ainda, que a representação do partido político na ação será pelo Diretório Nacional ou pela Executiva do Partido, conforme os seus atos constitutivos, sendo vedado representar-se pelo Diretório Regional ou Executiva Regional, pois não podem agir em âmbito nacional.

No que se refere às confederações sindicais, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADI n.º 1.121/RS, decidiu que elas devem atender aos requisitos da legislação pertinente, entre os quais o de serem constituídas por, no mínimo, 3 federações sindicais, conforme determina o art. 535 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A entidade de classe de âmbito nacional, de acordo com a jurisprudência do STF (ADI n.º 386, aplicando analogicamente a Lei Orgânica dos Partidos Políticos - art. 7º da Lei n.º 9.096/95), é considerada aquela que possui atuação transregional e está organizada em ao menos 9 Estados da Federação, isto é, em 1/3 (um terço) dos 27 (vinte sete) entes federados. Todavia, tal critério objetivo poderá ser mitigado nos casos em que restar comprovado que a categoria dos associados só existe em menos de 9 Estados da Federação (ADI 2.866-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 25.09.2003).

De destacar, igualmente, que a Corte entende que entidade de classe deve ser entendida como categoria profissional, devendo a entidade comprovar a sua homogeneidade, sob pena de não ser reconhecida a sua legitimidade ativa para o controle concentrado (ADI 3.381, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 06.06.2007).

Nota-se, portanto, que o reconhecimento da legitimidade ativa de determinados entes elencados no art. 103 da Constituição Federal está muito atrelado a construções jurisprudenciais, algo preocupante devido à insegurança jurídica inerente às oscilações jurisprudenciais, que, no caso, poderá ensejar uma redução ou ampliação do acesso à justiça pela via do controle concentrado de constitucionalidade.

Outra questão de extrema relevância no que concerne ao tema da legitimidade ativa para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão diz respeito à amplitude da legitimidade de determinados entes. Com base em construção jurisprudencial, o STF definiu que determinados entes devem demonstrar que possuem interesse específico na propositura da ADO em razão de sua finalidade institucional. Todos os membros elencados no art. 103 da CF são considerados neutros ou universais, ostentando legitimação ativa universal, com exceção da Mesa de Assembleia Legislativa de Estado, Governador de Estado e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, os quais são classificados como autores interessados ou especiais, tendo o ônus de comprovar a pertinência temática, ou seja, que o interesse na propositura da ação se relaciona com a sua finalidade institucional (LENZA, 2014).

Merece destaque a crítica que recai sobre a exigência de comprovação de pertinência temática para determinados entes constantes do rol do art. 103 da CF. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é um instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, o que significa que serve para tutelar um direito objetivo. Conforme exposto alhures, a finalidade desta ação constitucional é efetivar a Constituição mediante o preenchimento das lacunas inconstitucionais que impedem que determinadas normas constitucionais alcancem a plenitude de sua normatividade. Trata-se, portanto, de instrumento de proteção da própria ordem jurídica, de sorte que os entes legitimados pelo art. 103 da CF atuam como verdadeiros “fiscais da Constituição”, denunciando eventuais ações e omissões que afetam a efetividade da Carta Magna.

Exatamente por se tratar de instrumento de tutela de direito objetivo, é que Flávia Piovesan não concorda com a exigência de comprovação de interesse jurídico específico de determinados entes constantes do rol do art. 103 da CF. Na visão da autora, a exigência de pertinência temática para alguns legitimados é

incompatível com a natureza da ADO, vez que significa aplicar a lógica de um instrumento de defesa de direito subjetivo para uma ação constitucional que tem como principal característica a tutela de um direito objetivo:

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é instrumento de tutela de direito objetivo e, por isso, não há que se exigir dos entes do artigo 103 a comprovação de interesse jurídico específico, no âmbito estritamente processual. Caso contrário, estar-se-ia a converter um instrumento de defesa de direito objetivo em verdadeiro instrumento de defesa de direito subjetivo, o que seria uma distorção jurídica. (PIOVESAN, 1995, p. 101).

É preocupante a adoção de entendimentos pelo STF que restrinjam o acesso à justiça de determinados entes elencados no art. 103 da Constituição, visto que tais construções jurisprudenciais, ao fim e ao cabo, têm o potencial de esvaziar a inovação constitucional traduzida na ampliação do rol de legitimados ao controle concentrado de constitucionalidade, bem como enfraquecer o papel desempenhado pela ADO na tarefa de concretização do texto constitucional.

Não se ignora o número elevado de ações que abarrotam a Suprema Corte brasileira e, conseqüentemente, impedem a entrega da tutela jurisdicional em tempo razoável. Tal disfuncionalidade, porém, não autoriza que o STF altere a lógica da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mediante a criação de óbices não previstos originariamente pelo constituinte de 1988. Aliás, isso representa, além de inobservância ao procedimento específico de modificação do texto constitucional, a redução do potencial de um instrumento que foi concebido justamente para assegurar que direitos previstos na Constituição Federal fossem efetivamente gozados pela sociedade brasileira, não sendo meras promessas constitucionais carecedoras de cumprimento.

3.2.1.2 Efeitos da decisão

Questão que levanta grande discussão diz respeito às consequências de eventual sentença de procedência em uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Suponhamos, com o fim específico de elucidação do tema, que o art. 40, §4º-A, da CF, responsável por assegurar o direito social à aposentadoria com requisitos específicos para servidores públicos com deficiência, não tenha sido regulamentado pelo legislador ordinário. Assim, existente a omissão do legislador, é proposta ação

direta de inconstitucionalidade por omissão. Julgada procedente a demanda, qual seria a consequência no plano fático e normativo?

De acordo com o art. 103, §2º, da CF, reconhecida a procedência da ação, caberia ao Supremo Tribunal Federal declarar a omissão inconstitucional e, ato contínuo, cientificar o órgão omissor para adotar as medidas necessárias. Ressalte-se que, por se tratar de declaração de inconstitucionalidade em tese, a eficácia da decisão é *erga omnes*, de modo que a todos aproveitará a declaração de inconstitucionalidade e a ciência emanada ao órgão responsável por força da ADO julgada procedente.

Entretanto, no exemplo citado acima o órgão omissor é o Poder Legislativo, de sorte que, nos termos do art. 103, §2º, da CF, cabe ao Supremo Tribunal Federal apenas cientificá-lo da omissão declarada inconstitucional, não havendo previsão constitucional para que seja fixado um prazo na decisão judicial para que a omissão seja suprida pelo legislador. Diverso seria o tratamento em caso de a omissão ser de um órgão administrativo, visto que, nesta última hipótese, o art. 103, §2º, da CF determina a fixação do prazo de 30 (trinta) dias para que o responsável adote as medidas necessárias à regulamentação da norma constitucional¹².

Michel Temer destaca a diferença de tratamento conferida ao Legislativo e ao Executivo em caso de declaração de omissão inconstitucional em sede de ADO. Segundo o constitucionalista paulista, tratando-se de órgão administrativo, o agente público encarregado da prática do ato poderá ser responsabilizado se não o praticar no prazo fixado de 30 (trinta) dias, porém, sendo o caso da prática de medidas legislativas, não há sanção para o não cumprimento da ordem judicial que declarou a inconstitucionalidade por omissão, visto que nesse ponto a Constituição de 1988 reproduziu o sistema da Constituição portuguesa que igualmente não prevê sanção para a mora reiterada do legislador¹³ (TEMER, 1996).

¹² Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
(...)

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

¹³ Art. 283 da Constituição da República Portuguesa de 1976:

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das

Percebe-se, com isso, que, a partir do tratamento conferido pela Constituição à decisão de procedência exarada em ADO, a referida ação constitucional não tem o condão de alcançar a efetivação da norma constitucional, uma vez que o constituinte, em homenagem à separação entre os poderes, não dispôs de mecanismos coercitivos que obriguem o Poder Legislativo a legislar com o desiderato de suprir a omissão declarada inconstitucional. A princípio, verificada a recalcitrância do legislador em omitir-se na regulamentação do preceito constitucional, nenhuma medida poderá ser promovida pela Suprema Corte.

É evidente que o constituinte, ao dispor sobre os efeitos da decisão da ADO, adotou uma posição de grande deferência ao princípio da separação de poderes, vez que não autorizou o Supremo Tribunal Federal “legislar” por via da decisão judicial supridora da omissão constitucional, tampouco permitiu expressamente a fixação de prazo para purgação da mora legislativa.

No entanto, o tema dos efeitos da decisão proferida em sede de ADO tem sido amplamente revisto pelo Supremo Tribunal Federal, tendo sido adotado pela Corte nos últimos anos uma postura mais incisiva no que tange ao combate da *inertia deliberandi* das Casas Legislativas.

Essa postura pode ser constatada na decisão monocrática proferida pelo Ministro Dias Toffoli no pedido de medida cautelar na ADO n.º 24. (BRASIL, 2013). O caso versava sobre a mora legislativa em regulamentar o art. 27 da EC n.º 19/98, o qual estabelece o prazo de 120 (cento e vinte) dias para que o Congresso Nacional edite a lei de defesa do usuário de serviços públicos, legislação de importante interesse social, dado os seus reflexos nos serviços de saúde, educação, assistência social, etc.

Na decisão proferida, o Ministro Dias Toffoli entendeu que inércia na apreciação dos projetos de lei atinentes à defesa dos usuários de serviços públicos era inaceitável, já que o transcurso de mais de 15 (quinze) anos desde a edição da EC n.º 19/98 sem a regulamentação por parte do legislador configurara manifesta omissão na efetivação da norma constitucional. Dessa forma, o Ministro Dias Toffoli,

regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.
2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

indo além da literalidade do art. 103, §2º, da CF, reconheceu o estado de mora do Congresso Nacional e determinou que fossem adotadas, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 27 da EC n.º 19/98.

Nota-se, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem avançado no tema dos efeitos da decisão proferida em ADO, o que, inegavelmente, demonstra o interesse da Corte em prestar uma tutela jurisdicional mais efetiva na tarefa de suprir as omissões inconstitucionais.

A doutrina também tem colaborado nessa empreitada, sendo ventiladas propostas pela admissão do travamento da pauta das Casas Legislativas em caso de persistência da mora legislativa declarada em sede de ADO (aplicação por analogia do art. 64 da CF) e, até mesmo, que seja assegurado ao Supremo Tribunal Federal o suprimimento da omissão inconstitucional (LENZA, 2014).

A propósito, em estudo seminal acerca das omissões inconstitucionais, Flávia Piovesan propõe uma expansão nos efeitos da decisão judicial em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a fim de que a ação seja mais efetiva na concretização do preceito constitucional:

A título de proposição, sustenta-se que mais conveniente e eficaz seria se o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional a omissão e fixasse prazo para que o legislador omisso suprisse a omissão inconstitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. O prazo poderia corresponder ao prazo da apreciação em “regime de urgência” que, nos termos do artigo 64, parágrafo 2º do texto, é de quarenta e cinco dias. Pois bem, finalizado o prazo, sem qualquer providência adotada, poderia o próprio Supremo, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante. Esta decisão normativa do Supremo Tribunal Federal, de caráter temporário, viabilizaria, desde logo, a concretização de preceito constitucional. Estariam então conciliados o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais. (PIOVESAN, 1995, p. 108).

No mesmo sentido é a crítica de José Afonso da Silva, já que reconhece a necessidade de a decisão que declara a omissão inconstitucional ter uma carga mandamental maior para combater a inércia do legislador:

Daí provém que a sentença que reconhece a inconstitucionalidade por omissão é declaratória quanto a esse reconhecimento, mas não é meramente declaratória, porque dela decorre um efeito ulterior de natureza mandamental no sentido de exigir do Poder competente a adoção das providências necessárias ao suprimimento da omissão. Esse sentido mandamental é mais acentuado em relação a órgão administrativo. Mas ele

existe também no tocante à ciência ao Poder Legislativo. Não há de se limitar à mera ciência sem consequência. Se o Poder Legislativo não responder ao mandamento judicial, incidirá em omissão ainda mais grave. Pelo menos terá que dar alguma satisfação ao Judiciário. É certo que, se não o fizer, praticamente nada se poderá fazer, pois não há como obrigar o legislador a legislar. Por isso é que, no caso de inconstitucionalidade por omissão, propugnávamos por uma decisão judicial normativa, para valer como lei se após certo prazo o legislador não suprisse a omissão. A sentença normativa teria esse efeito. Mas o legislador constituinte não quis dar esse passo à frente. (SILVA, 2013, p. 58)

Analisando a evolução das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é possível perceber que a Corte está avançando na adoção de uma “posição concretista” no que tange aos efeitos da decisão judicial que reconhece a omissão inconstitucional, conforme proposto por parte da doutrina. Exemplo desse avanço é a decisão proferida na ADO n.º 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, na qual o Partido Popular Socialista (PPS) alegava a existência de inércia legislativa do Congresso Nacional na apreciação de propostas legislativas com o objetivo de incriminar todas as formas de homofobia e de transfobia, de modo a prejudicar a efetiva proteção jurídico-social dos integrantes da comunidade LGBTTT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros).

Em 13 de junho de 2019, ao julgar o pedido formulado na ADO n.º 26 parcialmente procedente, o Tribunal, além de declarar a omissão inconstitucional do Congresso Nacional na regulamentação da criminalização da homofobia e da transfobia, fixou tese de perfil concretista para suprir a omissão declarada inconstitucional. A Corte autorizou, enquanto não editada lei específica pelo Congresso Nacional, a aplicação da Lei n.º 7.716/89, que define crimes resultantes de preconceito de raça e cor, como forma suprir a omissão inconstitucional no que se refere à criminalização das condutas motivadas por aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém. Ademais, o STF também fixou o entendimento de que essa motivação enseja o enquadramento como homicídio doloso qualificado, dado se tratar de circunstância que o qualifica como motivo torpe (art. 121, §2º, I, *in fine*, do Código Penal).¹⁴

¹⁴ A tese fixada quando do julgamento da ADO n.º 26 foi no seguinte sentido: “1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de

Com efeito, em que pese a ausência de alteração no texto do art. 103, §2º, da CF, o Supremo Tribunal Federal tem atribuído efeitos normativos à decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que muito se afasta da literalidade do referido dispositivo constitucional, que, *a priori*, reconhecia na decisão da ADO uma dimensão meramente declaratória da omissão inconstitucional.

Em síntese, a jurisprudência do STF tem admitido, em casos de relevância e urgência constitucional, a adoção de decisão normativa provisória em ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, devendo os efeitos normativos da decisão persistirem enquanto a omissão não for suprida definitivamente pelo órgão competente¹⁵. Trata-se de postura do Tribunal a fim de compatibilizar o princípio da separação dos poderes com o princípio da prevalência da Constituição na medida em que concretiza de imediato o preceito constitucional sem retirar a prerrogativa do Poder Legislativo de deliberar sobre a matéria da forma que entender mais adequada.

3.3 A *práxis* das ações direta de inconstitucionalidade por omissão

Conforme explicitado na parte introdutória deste trabalho, a pesquisa ora desenvolvida pretende investigar a aplicação das técnicas dialógicas nas ações

incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole históricocultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta.” (BRASIL, 2019)

¹⁵ A proposta de adoção de decisões normativas para suprir omissões inconstitucionais tem origem na jurisprudência constitucional alemã, vez que naquele sistema constitucional o Tribunal tem a faculdade de atribuir eficácia plena a determinado dispositivo constitucional quando verificada que a eficácia está prejudicada em razão da existência de omissão inconstitucional.

diretas de inconstitucionalidade por omissão que versam sobre a violação de direitos sociais em razão da inação dos órgãos competentes pela regulamentação da matéria no direito ordinário. A fim de alcançar o objetivo geral da investigação, que corresponde a identificar a aplicação dos diálogos institucionais nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão atinentes a direitos sociais, realizou-se pesquisa empírica que foi dividida em duas etapas para viabilizar a coleta de dados seguros e a seleção de uma amostra apta a fornecer os elementos necessários para a conclusão do trabalho.

Na primeira etapa da investigação empírica, analisaram-se todas as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal no recorte temporal de 2008 a 2020, de modo a permitir a formação de uma amostragem razoável das decisões judiciais do controle concentrado de constitucionalidade por omissão, tornando possível a extração dos dados e sua catalogação para identificar o funcionamento da jurisdição constitucional brasileira em sede de ADO.

Do ponto de vista metodológico, a adoção do recorte temporal indicado (2008 a 2020) encontra justificativa no fato de o Supremo Tribunal Federal, até outubro de 2008, não reconhecer a autonomia processual das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (ADO), fazendo com que eventuais omissões inconstitucionais fossem enfrentadas pela Corte no bojo das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI)¹⁶. Diante desse comportamento do STF, tornou-se necessário limitar o universo da pesquisa às ações ajuizadas a partir de outubro de 2008, sendo uma escolha metodológica tendente a atribuir segurança às conclusões da pesquisa, já que, considerando o elevado número de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) julgadas pela Corte, seria incompatível com os limites temporais deste estudo a averiguação das omissões inconstitucionais tanto em sede de ADI como por meio de ADO. Além disso, não se pode desconsiderar que, ao optar pela análise de apenas um tipo de instrumento de controle concentrado de

¹⁶ Esse obstáculo ao estudo das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão foi destacado por Gilmar Mendes e Paulo Branco (2015), pois, em razão de o Supremo Tribunal Federal não reconhecer, até outubro de 2008, a autonomia processual das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, as ações destinadas a combater as omissões inconstitucionais eram autuadas na mesma lista numérica das ações diretas em geral, gerando dificuldade inclusive para o pesquisador identificar o número de ações diretas por omissão propostas perante a Suprema Corte.

constitucionalidade, a pesquisa aumentou o seu grau de especificidade acerca da aplicação dos diálogos institucionais no âmbito da Suprema Corte brasileira.

Os resultados da primeira etapa da pesquisa empírica estão reunidos no subcapítulo 2.3.2 do presente trabalho, sendo que, a partir dos resultados alcançados nessa etapa da investigação, selecionou-se a amostra para a segunda fase do estudo. A segunda etapa da pesquisa, cujos resultados serão apresentados no capítulo 3, dedica-se à análise da ocorrência ou não de aplicação de técnicas dialógicas nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão em que o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura concretizadora dos direitos que padeciam de regulamentação pelos Poderes políticos.

3.3.1 A metodologia da pesquisa empírica

Preliminarmente à apresentação dos resultados encontrados na primeira etapa da pesquisa empírica, tem-se por necessário apontar os elementos metodológicos utilizados para a seleção dos casos analisados e extração dos respectivos dados.

A relação das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão apreciadas pela Suprema Corte no interregno de 2008 a 2020 foi encontrada por meio de busca no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal¹⁷, mais precisamente na seção “jurisprudência”, item “pesquisa de jurisprudência”. Com o objetivo de delimitar a pesquisa somente em ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, foi utilizada a palavra-chave “ADO” e, após, utilizou-se o filtro de pesquisa referente à classe “ADO”. Ainda, relativo à base de pesquisa, selecionou-se as opções “acórdão” e “decisões monocráticas”.

Após ter acesso à relação de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, foi realizado o acesso individual em cada ação para identificar se o ajuizamento ocorreu dentro do recorte temporal de 01 de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2020 e, assim, classificá-la como integrante ou não da amostragem da primeira etapa da pesquisa empírica. A análise da data de ajuizamento se deu por meio de consulta às informações processuais de cada ADO e, na sequência, acessando a aba “acompanhamento

¹⁷ Cf. <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>

processual” e posteriormente o item “informações”, local em que é possível visualizar a data de protocolo da ADO examinada. Além disso, também foi acessado os autos eletrônicos do processo judicial no item “peças” para confirmar se a data de protocolo indicada nas informações processuais do *site* do STF estava de acordo com a distribuição da petição inicial da ação analisada¹⁸.

Ademais, como indicado acima, a pesquisa não se restringiu àquelas ações julgadas por acórdãos. Para formar uma amostragem efetivamente correspondente ao comportamento do STF no controle concentrado por omissão, não se pode limitar a investigação apenas às decisões colegiadas (acórdãos), sendo imperiosa a análise das demandas julgadas por um único ministro (decisões monocráticas). Isso porque a maior parte das ações que chegam à Corte Suprema é julgada por um único ministro, de modo que o julgamento colegiado por Turmas ou pelo Plenário do STF se tornou exceção. Aliás, dados fornecidos pelo Supremo Tribunal Federal indicam que, no ano de 2020, das 99.517 decisões proferidas no âmbito da Corte, 81.308 foram decisões monocráticas, o que representa que 81,70% das ações julgadas naquele ano foram decididas de forma monocrática¹⁹. Portanto, verificado que o maior número de ações são julgadas monocraticamente pelo STF, excluí-las dessa pesquisa comprometeria eventuais conclusões acerca da adoção dos diálogos institucionais nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

Observados os critérios de pesquisa acima aduzidos, encontrou-se 53 ações diretas de inconstitucionalidade por omissão ajuizadas perante o STF no recorte temporal de 2008 a 2020, representando esse universo de demandas judiciais a amostra para a primeira etapa da pesquisa empírica deste trabalho. A partir do estudo de cada uma das ações selecionadas, criou-se um banco de dados composto pelas informações: (i) número do processo; (ii) data de ajuizamento; (iii) data de julgamento; (iv) tipo de decisão (colegiada ou monocrática); (v) demandantes das ações; (vi) demandados (entidades competentes para edição da norma supostamente faltante); (vii) dispositivo constitucional pendente de regulamentação; (viii) existência ou não de direito social em discussão; (ix) resultado

¹⁸ Com o emprego dessa técnica de confirmação das informações fornecidas pelo sítio eletrônico do STF, constatou-se que as ADOs de n.º 01, 02, 03, 04 e 05 estão cadastradas de forma errônea no que tange à data de ajuizamento, visto que no site consta a informação de foram distribuídas em outubro de 2008, quando, em verdade, foram distribuídas entre os anos 2000 e 2005.

¹⁹ Dados extraídos do Relatório de Atividades 2020 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/2779>> Acesso em: 15 de abril de 2022.

do julgamento (procedente, improcedente, prejudicado por questões processuais) (x) existência ou não de omissão; (xi) natureza da decisão quando procedente a demanda (meramente declaratória, declaratória com estipulação de prazo; concretista).

A organização das informações extraídas viabilizou a descoberta de importantes informações sobre as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, como, por exemplo, os principais demandantes, o tipo de decisão que predomina nessas demandas e a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir omissões inconstitucionais (deferência ao Poder Legislativo ou atitude concretista).

Os dados coletados estão sintetizados nas próximas páginas e representam o resultado da primeira etapa da pesquisa empírica deste trabalho.

3.3.2 Resultados da pesquisa empírica

3.3.2.1 Demandantes

De início, apresentam-se os dados referentes aos demandantes que figuraram nas 53 ações diretas de inconstitucionalidade por omissão que formam o universo de processos judiciais pesquisados.

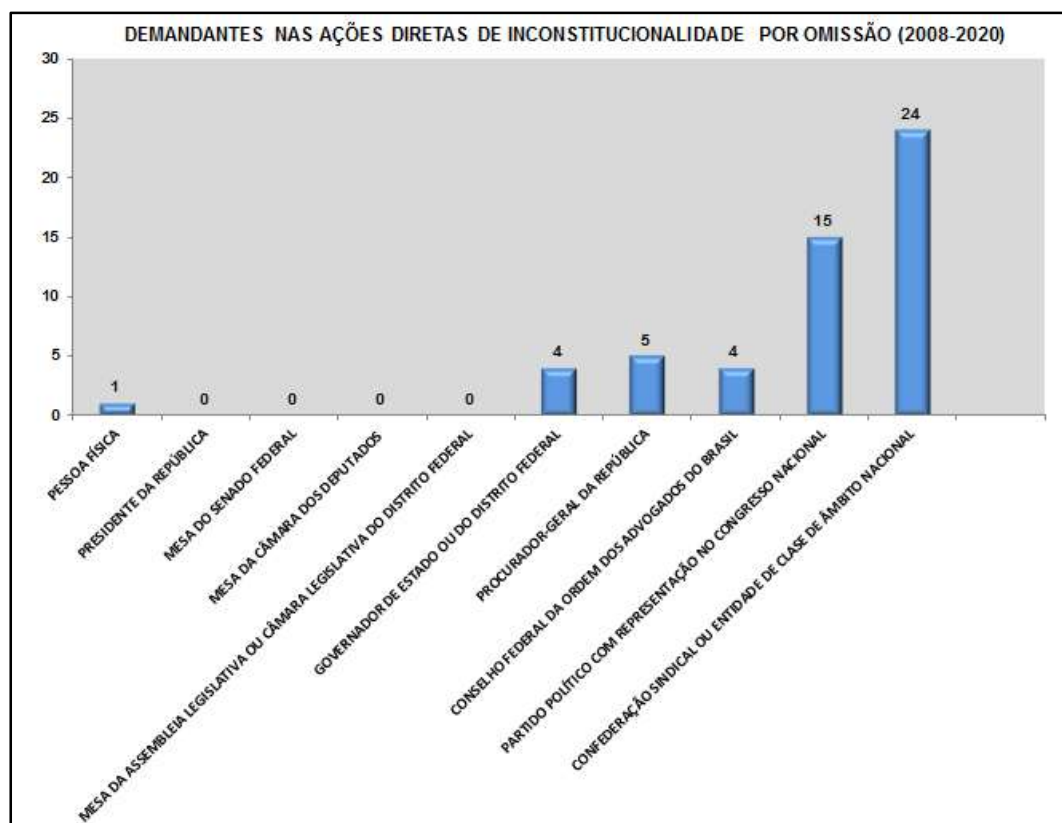
O levantamento foi balizado pela criação de dez categorias para relacionar os atores responsáveis pelo ajuizamento de ADO perante o STF, a saber: (i) pessoa física; (ii) Presidente da República; (iii) Mesa do Senado Federal; (iv) Mesa da Câmara dos Deputados; (v) Mesa da Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal; (vi) Governador de Estado ou do Distrito Federal; (vii) Procurador-Geral da República; (viii) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (ix) partido político com representação no Congresso Nacional; (x) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Merece registrar que, com exceção da categoria “pessoa física”, todas as outras foram criadas observando o rol de legitimados ao controle concentrado de constitucionalidade previsto no art. 103 da CF, dado que a correta propositura de ADO está limitada aos atores do referido rol. A criação da categoria “pessoa física” se deu em razão de ter sido encontrada ADO ajuizada por cidadão sem qualquer vinculação institucional com algum dos atores do rol do art. 103 da CF, o que

consequentemente impediu o prosseguimento da demanda²⁰. Inobstante o desacerto no ajuizamento da demanda, a propositura por “pessoa física” pode ser interpretada como um indício de que a sociedade civil, em determinados assuntos, não está encontrando um agente representante de seus interesses dentre aqueles indicados no art. 103 da CF, o que levou a tentativa de um cidadão acessar o STF pela via da ADO em nome próprio para suprir a suposta omissão inconstitucional.

Feitas essas considerações, apresenta-se o gráfico abaixo com a totalidade dos demandantes nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão ajuizadas no recorte temporal de 2008 a 2020.

Gráfico 1



Fonte: Elaboração própria a partir do banco de jurisprudência do STF.

Como se infere do gráfico acima, as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional aparecem como as principais demandantes nas ações

²⁰ A referida ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi autuada sob o n.º 61, tendo sido proposta por pessoa física em decorrência de suposta omissão inconstitucional do Chefe do Executivo do Estado de Roraima e do Tribunal de Justiça de Roraima. A ação foi extinta liminarmente em decisão monocrática do Ministro Relator Nunes Marques, uma vez que o proponente não se enquadrava no rol de legitimados do art. 103 da CF.

objeto de estudo, já que propuseram 24 ações, o que equivale a 45,3% do total. Em segundo lugar estão os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, responsáveis pelo ajuizamento de 15 ações, representando 28,3% do total. O Procurador-Geral da República, por sua vez, ocupa a terceira posição com o ajuizamento de 5 ações, correspondendo a 9,4% do total. Na quarta posição encontram-se as categorias de Governador de Estado ou do Distrito Federal e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, visto que cada uma dessas categorias ajuizou 4 ações, equivalente a 7,5% do total. Além disso, o estudo identificou o ajuizamento isolado de uma ação por pessoa física, o que, como já mencionado, ocorreu em desacordo com o art. 103 da CF, porém representa 1,9% das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão ajuizadas no recorte temporal de 2008 a 2020 perante do STF.

Percebe-se, ademais, que o Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados e a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal não propuseram nenhuma ação direta de inconstitucionalidade por omissão no período pesquisado. A ausência do uso da ADO por esses legitimados deve-se muito ao fato deles ostentarem vinculação com os responsáveis originários pela concretização dos preceitos constitucionais que necessitam de norma integradora, de sorte que o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão se tornam desnecessárias, já que possuem capacidade institucional para suprir as lacunas sem a necessidade de interferência do Poder Judiciário. Ademais, tal posição ocupada por esses entes faz com que normalmente as omissões inconstitucionais sejam imputadas às instituições das quais fazem parte (Senado Federal, Câmara dos Deputados e Presidência da República), razão pela qual figuram, via de regra, como demandados nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, e não propriamente como demandantes.

No que se refere às confederações sindicais e às entidades de classe de âmbito nacional, que lideram o levantamento com o ajuizamento de 24 ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, identificou-se que a maior parte das demandas foi ajuizada por confederações sindicais ou entidades de classe representantes de interesses de servidores públicos. Do total de 24 ações, 15 foram propostas por entidades ou confederações sindicais vinculadas a servidores

públicos, o que equivale a 62,5% dos casos propostos por essa categoria de demandantes, enquanto que as 9 ações restantes foram ajuizadas por entidades e confederações sindicais representantes de interesses de grupos atuantes na iniciativa privada, correspondendo 37,5% dos casos. A análise acerca dos representados no ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão por confederações sindicais e entidades de classe está demonstrada no gráfico abaixo.

Gráfico 2



Fonte: elaboração própria a partir do banco de jurisprudência do STF

Interpretando conjuntamente os dados dos gráficos 1 e 2, percebe-se que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão representa um importante instrumento de combate às omissões inconstitucionais pelos servidores públicos, já que esse grupo é isoladamente o que mais demandou pela via do controle concentrado de constitucionalidade por omissão.

Nessa linha, também é possível concluir que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão serve como instrumento de defesa dos direitos sociais dos servidores públicos, sobretudo no que tange à política salarial dessa categoria de trabalhadores. Tal conclusão é alcançada por terem sido identificadas, dentro do universo de 15 ações ajuizadas por entidades representantes de servidores públicos, 8 demandas cujo objeto versava diretamente sobre melhorias salariais para a categoria, sendo o pleito embasado na necessidade de

regulamentação do dispositivo constitucional que assegura a revisão geral anual da remuneração e subsídio dos servidores públicos²¹.

Não obstante os servidores públicos serem o grupo mais combativo no ajuizamento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, tem-se que esse combate às omissões inconstitucionais está limitado aos interesses de determinadas categorias de agentes públicos, os quais, dentro da estrutura do funcionalismo público brasileiro, ocupam os cargos públicos com as melhores condições de trabalho, mormente por se tratarem de categorias que percebem salários acima da média do serviço público brasileiro e detém privilégios não alcançados à maioria dos servidores públicos. Dentre as entidades representantes dos interesses dos servidores públicos, foram identificadas a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, Associação Nacional dos Procuradores da República, Associação Nacional dos Magistrados Estaduais e a Federação Brasileira de Associações de Fiscais de Tributos Estaduais (FEBRAFITE).

Ademais, conforme demonstrado no gráfico 1, os partidos políticos são o segundo maior demandante nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Dentre os partidos políticos responsáveis pelo ajuizamento das 15 ações indicadas, estão o Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido dos Trabalhadores (PT), Rede Sustentabilidade (REDE), Democratas (DEM), Solidariedade, Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), Partido da República (PR), Partido Popular Socialista (PPS) e Partido Progressistas (PP).

A atuação marcante dos partidos políticos nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão evidencia que essa ação constitucional serve como instrumento para a proteção da dimensão contramajoritária da democracia, já que autoriza que agremiações políticas que não ostentam maioria nas Casas Legislativas e que representam grupos minoritários possam estimular a

²¹ O direito à revisão geral anual da remuneração e subsídios está previstos no art. 37, X, da Constituição Federal. Em pese o ajuizamento de muitas ações questionando a omissão dos entes públicos na regulamentação da revisão geral anual, verificou-se que o STF tem adotado uma postura de não intervenção na política salarial dos servidores públicos, dado que até a conclusão deste trabalho nenhuma das ações analisadas com esse tipo de pedido foi julgada procedente.

concretização de preceitos constitucionais, cujos efeitos nem sempre são compatíveis com os interesses dos grupos majoritários. Isso pode ser verificado na atuação do partido Rede Sustentabilidade (REDE) no controle concentrado de constitucionalidade por omissão junto ao STF, visto que a referida agremiação, no ano de 2020, contava com apenas três cadeiras no Congresso Nacional, o que não impediu de ser o partido político que mais propôs ações diretas de inconstitucionalidade por omissão no período pesquisado, contando com o ajuizamento de quatro ações somente nos anos de 2019 e 2020²².

Destarte, no que concerne aos demandantes das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, pode-se concluir que as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional representam a categoria de legitimados pelo art. 103 da CF que mais ingressou no STF para regulamentar normas constitucionais de eficácia limitada, sendo que a esmagadora maioria das ações propostas por essas entidades visavam tutelar direitos de servidores públicos, em especial de agentes públicos que ocupam cargos privilegiados no serviço público brasileiro. Além disso, também constatou-se que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão se reveste de importante função na democracia brasileira ao permitir uma atuação mais efetiva de partidos políticos com baixa representação no Congresso Nacional, dado que é assegurado a essas agremiações se insurgirem contra a *inertia deliberandi* proposital dos grupos que possuem maioria nas Casas Legislativas.

3.3.2.2 Demandados

Identificados os agentes que provocam o Supremo Tribunal Federal mediante o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, cabe investigar a quem é imputado o comportamento omissivo gerador do vício de inconstitucionalidade, de modo que nessa etapa serão explorados os dados referentes aos demandados nas ações selecionadas.

Importante destacar que nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão somente podem figurar no polo passivo as instituições que possuem capacidade de editar atos normativos, visto que o desiderato em demandá-las nesse

²² O partido político Rede Sustentabilidade (REDE) propôs nos últimos anos as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão autuadas sob os n.º 54, 56, 59 e 60.

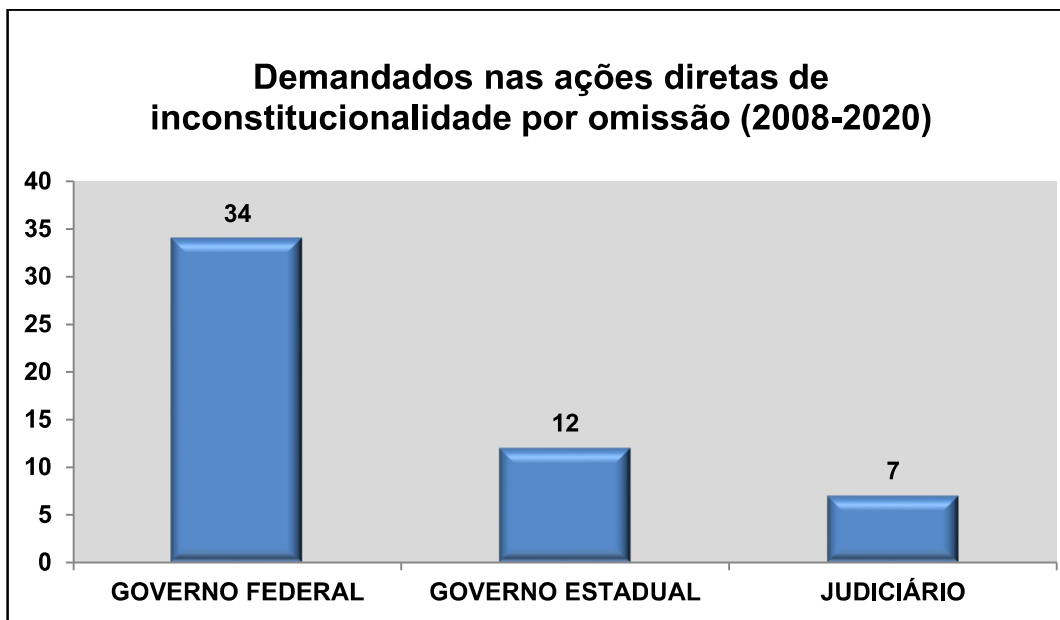
tipo de ação constitucional reside na possibilidade de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade do comportamento adotado por elas ao não cumprir com o dever constitucional de regulamentar determinados dispositivos da Constituição Federal.

De igual modo, cumpre sublinhar que é comum figurar no polo passivo das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão mais de uma entidade (litisconsórcio passivo), já que, em determinados casos, recai a acusação de omissão inconstitucional tanto sobre a entidade que detém a iniciativa privativa da lei faltante como sobre o órgão legislativo responsável pelo processo de aprovação de eventual projeto de lei.

Desse modo, a fim de organizar os dados e facilitar a compreensão, os legitimados passivos foram classificados em três grandes categorias, sendo elas: (i) Governo Federal; (ii) Governo Estadual e (iii) Judiciário. A categoria Governo Federal abarca instituições vinculadas ao Legislativo e Executivo federal, tais como o Presidente da República, Congresso Nacional, Câmara dos Deputados e Senado Federal, além de órgãos administrativos com competência para a edição de atos normativos secundários, como, por exemplo, o Ministério do Meio Ambiente. A segunda categoria corresponde aos órgãos legislativos e ao Executivo dos estados-membros da federação e do Distrito Federal, ou seja, às Assembleias Legislativas, Câmara Legislativa do Distrito Federal e ao Chefe do Poder Executivo estadual e do Distrito Federal. Por fim, a categoria Judiciário engloba todos os Tribunais vinculados ao Poder Judiciário que possuem iniciativa privativa de determinadas leis e que também são competentes para editar atos normativos secundários.

A participação dessas categorias no polo passivo das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão está representada no gráfico a seguir.

Gráfico 3



Fonte: Elaboração própria a partir do banco de jurisprudência do STF.

O gráfico demonstra que maioria das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão no intervalo temporal dos anos de 2008 a 2020 foram propostas em face do Governo Federal, já que figurou no polo passivo de 34 ações, ou seja, os órgãos legislativos e administrativos da esfera federal foram demandados em 64,2% dos casos.

Segundo pesquisa realizada por Cláudio Couto e Rogério Arantes (2006), a Constituição de 1988, justificando o seu caráter dirigente, apresenta 392 dispositivos que remetem à necessidade de regulamentação por meio de legislação vindoura, sendo tais dispositivos constitucionais conhecidos por estabelecerem uma agenda legislativa futura. Ocorre que, dos 392 dispositivos carecedores de legislação futura, 379 exigem a confecção exclusiva de lei federal para regulamentá-los, enquanto que os 13 restantes autorizam que o regramento se dê por legislação estadual e municipal.

Diante desses dados, tem-se que o fato de o Governo Federal aparecer como a categoria mais demandada nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão é um corolário natural da própria agenda legislativa estabelecida na Constituição, ainda que não se desconsidere a existência de inércia legislativa dos órgãos federais competentes para que tal resultado tenha sido atingido. Assim, ao analisar

os resultados da pesquisa, não se pode ignorar que o trabalho de concretização da Constituição é significativamente mais dependente da produção legislativa federal do que em relação à edição de leis estaduais e municipais, de sorte que não surpreende o Governo Federal ostentar a primeira posição entre os demandados nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Além disso, não se pode interpretar tal dado como um indício de que os Governos estaduais e municipais estão sendo mais eficientes na tarefa de regulamentação da Lei Maior, dado que o dever constitucional de legislar imposto pela Constituição Federal a eles é notadamente menor do que o exigido do Governo Federal.

O Governo Estadual aparece em segundo lugar, tendo sido demandado em 12 (doze) ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, o que significa que ocupou o polo passivo de 22,6% das ações investigadas. No levantamento constatou-se que o Governo Estadual de Minas Gerais foi o mais acionado dentre os órgãos estaduais, tendo em vista que respondeu a quatro ações. O Governo do Estado de São Paulo figurou como demandado e duas ações, ocupando a segunda posição. Na terceira posição estão os Governos dos Estados de Roraima, Espírito Santo, Goiás, Santa Catarina, Paraná e Distrito Federal, visto que cada um respondeu a uma ação no período de 2008 a 2020.

Como demonstra o gráfico 3, o Judiciário foi a categoria menos demandada, uma vez que figurou em apenas sete casos, o que corresponde a 13,2% do universo de ações pesquisadas. Analisando as ações em que o Judiciário restou demandado, percebe-se que todas elas versam sobre questões relacionadas à organização judiciária e de interesse de determinadas categorias do funcionalismo público, já que os pedidos podem ser divididos em dois grandes temas: regulamentação de reajuste salarial e regulamentação da reestruturação de cargos públicos da estrutura do Poder Judiciário.

Portanto, à luz dos dados expostos nesta seção, conclui-se que o Governo Federal, até mesmo pela agenda legislativa futura estabelecida na Constituição Federal e pelo perfil do pacto federativo brasileiro, é o principal demandado nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, tendo figurado em mais de 60% dos casos.

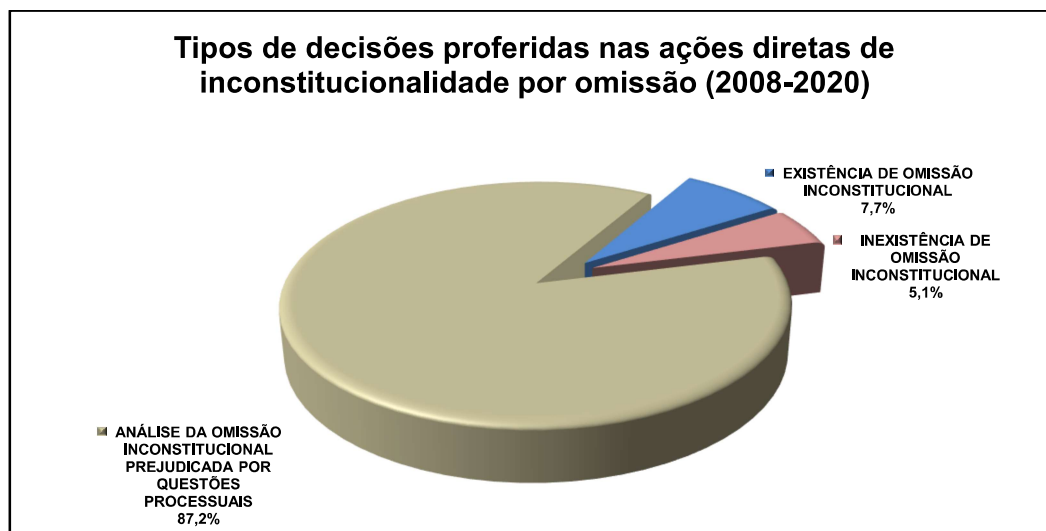
3.3.2.3 Análise das decisões

A partir da pesquisa empírica realizada também se tornou possível identificar os tipos de decisões proferidas pelo STF no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, bem como o grau de recorrência de cada tipo de decisão nos julgamentos realizados no período de 2008 a 2020.

Em que pese cada decisão proferida pelo STF no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão apresente fundamentação específica, os dados extraídos após a investigação das ações permitiu identificar com clareza três tipos de decisões no que tange ao julgamento final das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão: (i) existência de omissão inconstitucional, o que corresponde ao julgamento de procedência do pedido formulado na ADO; (ii) inexistência de omissão inconstitucional, sendo declarada por meio do julgamento de improcedência do pedido veiculado na ADO e (iii) a extinção da ação sem julgamento do mérito, verificado nos casos em que a análise da existência de omissão inconstitucional restou prejudicada por questões processuais.

O gráfico abaixo demonstra a recorrência de cada tipo de decisão nos julgamentos realizados no recorte temporal de 2008 a 2020.

Gráfico 4



Fonte: Elaboração própria a partir do banco de jurisprudência do STF.

Frise-se que, apesar de a pesquisa empírica contemplar 53 ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, o levantamento de dados para identificar os tipos de decisões prolatadas foi desenvolvido em um universo de 39 ações, tendo em vista que até a conclusão deste trabalho ainda restavam 14 ações ajuizadas no período de 2008 a 2020 pendentes de julgamento pela Suprema Corte.

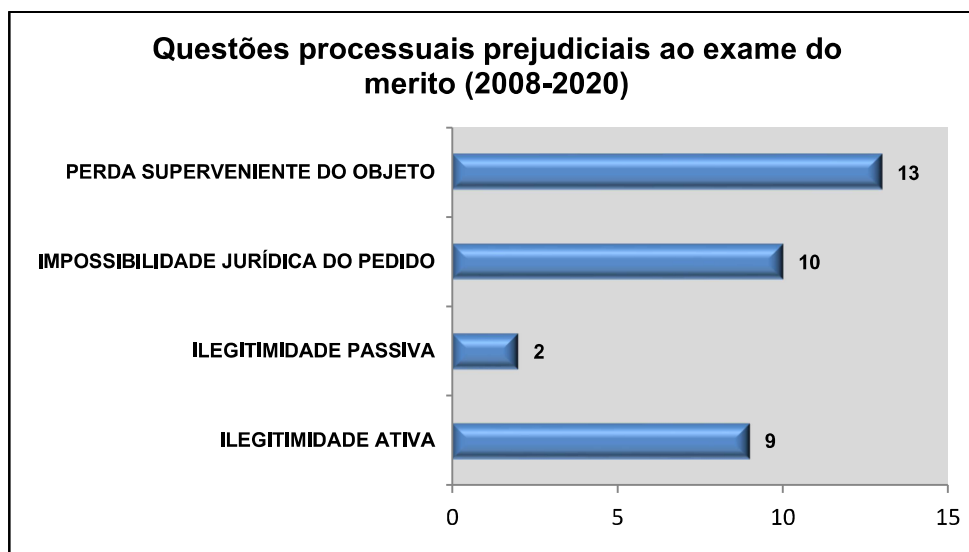
O gráfico 4 revela a dificuldade enfrentada pelos demandantes para que o mérito das ações propostas seja analisado pelo STF, tendo em vista que 87,2% do total de decisões analisadas, o que representa 34 decisões, foram no sentido de extinguir a ação direta de inconstitucionalidade por omissão sem analisar o mérito, ou seja, sem apreciar a existência ou não de omissão inconstitucional. O número de ações julgadas sem exame do mérito é significativo, sendo que esse tipo de decisão decorre de irregularidades processuais no ajuizamento da ADO ou de alterações fáticas que impediram o prosseguimento da demanda, de modo que no estudo esses óbices restaram classificados como questões processuais prejudiciais ao exame do mérito.

As questões processuais que impedem a análise acerca da existência ou não de omissão inconstitucional são de variadas ordens. Todavia, após análise dos dados extraídos, constatou-se que as questões processuais que impediram o julgamento do mérito das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão pesquisadas podem ser classificadas em 4 espécies. A primeira reside na falta de legitimidade daquele que propôs a ação, seja por não estar indicado no rol do art. 103 da CF ou por não ter demonstrado que a propositura da ação guarda relação direta com a sua finalidade institucional, requisito este denominado pela Corte de “pertinência temática”. A segunda questão que impede o prosseguimento da demanda é a ausência de legitimidade daquele que restou indicado no polo passivo (ilegitimidade passiva), visto que somente podem ser demandados nesse tipo de ação atores que possuem poder para editar as normas necessárias para regulamentação da Constituição. Em terceiro lugar, identificou-se a impossibilidade jurídica do pedido como causa prejudicial ao exame do mérito da ação, sendo essa questão processual indicada pelo STF quando a ação não aponta um dispositivo constitucional carente de regulamentação. Por fim, a quarta questão processual presente nas decisões da Suprema Corte que extinguem a ação sem julgamento do mérito é a perda superveniente do objeto, o que ocorre quando a omissão apontada

na demanda é suprida pelos órgãos competentes com a edição do ato normativo antes do julgamento da própria ADO ou quando, mediante emenda à Constituição, a própria norma constitucional carente de regulamentação é revogada ou alterada.

A incidência de cada tipo de questão processual no julgamento sem exame do mérito das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão está representada no gráfico 5.

Gráfico 5



Fonte: Elaboração própria a partir do banco de jurisprudência do STF.

Como se percebe da análise do gráfico supra, a principal causa de extinção das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão é a perda superveniente do objeto, visto que, em um universo de 34 decisões extintivas sem apreciação da existência de omissão, 13 ocorreram devido à necessidade de regulamentação do dispositivo constitucional ter desaparecido do ordenamento jurídico. Merece destaque o fato de 12 das 13 decisões que extinguiram as ações por perda superveniente do objeto terem ocorrido em virtude dos órgãos originariamente competentes pela regulamentação dos preceitos constitucionais terem cumprido com o dever de legislar após o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e antes do julgamento do seu mérito, de modo

que o suprimimento da omissão denunciada na ADO impediu o seu prosseguimento no STF²³.

Nessa linha, vale anotar que o elevado número de ações extintas por perda superveniente do objeto, devido aos órgãos competentes atenderem ao dever constitucional de legislar previamente ao julgamento da ADO, indica que a mera propositura da ação denunciando a inércia legislativa serve como um estímulo para que as instituições competentes pela regulamentação tomem as providências cabíveis. Assim, não se pode desconsiderar a importância daquelas ações que foram extintas sem a apreciação da existência de omissão inconstitucional, mormente quando a extinção ocorreu pelo legislador ter suprido a omissão após ser acusado formalmente no bojo da ADO de ser negligente no cumprimento do dever constitucional de legislar.

Retornando aos resultados expostos no gráfico 4, percebe-se que, ao lado das decisões que extinguem as ações sem exame do mérito, o STF também proferiu decisões apreciando o mérito das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. A existência de casos em que houve o enfrentamento do mérito é consideravelmente menor do que aqueles em que a ação foi extinta por questões processuais, dado que a Corte apreciou a existência de omissão inconstitucional em apenas cinco casos. O juízo de procedência acerca do pedido de declaração da existência de omissão inconstitucional foi verificado em três demandas, o que representa 7,7% do total de casos. Por outro lado, o julgamento pela improcedência do pedido de declaração da omissão inconstitucional ocorreu em apenas duas ações, correspondendo a 5,1% do universo de processos analisados.

A Corte reconheceu a inércia legislativa nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão autuadas sob os números 25, 26 e 30, as quais foram julgadas procedentes em decisões proferidas pelo Plenário da Corte. A pesquisa buscou identificar o perfil das decisões que acolheram o pedido de

²³ Merece registrar que a ADO n.º 32 foi julgada extinta por perda superveniente do objeto, sendo que a referida perda se deu por alteração da própria norma constitucional que dependia de regulamentação pelo legislador ordinário. No referido caso, imputava-se ao Presidente da República e ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional por não editarem a lei complementar prevista no art. 40, §4º, I, da Constituição Federal (na redação dada pela EC n.º 47/2005), sendo tal regulamentação necessária para concretizar o direito à aposentadoria especial de servidores públicos com deficiência. Todavia, em decisão monocrática, a Ministra Relatora Rosa Weber entendeu pela perda superveniente do interesse de agir, uma vez que a EC n.º 103/2019 revogou o preceito constitucional que carecia de regulamentação.

procedência formulado nas ações declarando a existência de omissão inconstitucional, de sorte que foi realizada uma investigação minuciosa nos autos dos processos judiciais para identificar o grau de deferência da Corte aos demais Poderes quando reconhece a existência de omissão inconstitucional. Assim, o estudo traçou três possíveis posturas a serem adotadas pelo STF no julgamento de procedência da ADO, representadas pelos seguintes tipos de decisão: (i) meramente declaratória, hipótese que o Tribunal reconhece a existência de omissão inconstitucional e apenas dá ciência à autoridade competente para a edição do ato normativo faltante; (ii) declaratória com estipulação de prazo, quando o STF, além de reconhecer a omissão, fixa prazo para a instituição competente cumprir com o seu dever de legislar; e (iii) declaratória com a concretização do direito, situação em que a Corte declara a omissão e, ao lado disso, supre a omissão regulamentando por meio da decisão judicial a norma constitucional que estava com a sua efetividade prejudicada pela inércia legislativa.

Na ADO n.º 25, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgada em 30 de novembro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciou o pedido formulado pelo Governador do Estado do Pará para que fosse declarada a existência de omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar o disposto no art. 91, *caput* e parágrafos, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com base na redação conferida ao dispositivo pela Emenda Constitucional n.º 42, de 19 de dezembro de 2003²⁴. O Governador do Estado do Pará alegava que a ausência de regulamentação do dispositivo constitucional

²⁴ 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. § 1º Do montante de recursos que cabe a cada Estado, setenta e cinco por cento pertencem ao próprio Estado, e vinte e cinco por cento, aos seus Municípios, distribuídos segundo os critérios a que se refere o art. 158, parágrafo único, da Constituição.

§ 2º A entrega de recursos prevista neste artigo perdurará, conforme definido em lei complementar, até que o imposto a que se refere o art. 155, II, tenha o produto de sua arrecadação destinado predominantemente, em proporção não inferior a oitenta por cento, ao Estado onde ocorrer o consumo das mercadorias, bens ou serviços.

§ 3º Enquanto não for editada a lei complementar de que trata o *caput*, em substituição ao sistema de entrega de recursos nele previsto, permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e Anexo da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002.

§ 4º Os Estados e o Distrito Federal deverão apresentar à União, nos termos das instruções baixadas pelo Ministério da Fazenda, as informações relativas ao imposto de que trata o art. 155, II, declaradas pelos contribuintes que realizarem operações ou prestações com destino ao exterior.

impedia a ocorrência do sistema de compensação financeira criado pela EC n.º 42, de 19 de dezembro de 2003, para compensar os Estados-membros pela desoneração ampla das importações (não-incidência de ICMS). No referido caso, o Tribunal, acompanhando, por maioria, o voto do Ministro Relator, julgou procedente a ADO, com a finalidade de declarar o estado de mora legislativo, consubstanciado na inércia do Congresso Nacional regulamentar o então art. 91 do ADCT. Todavia, a Corte foi além da mera declaração, uma vez que fixou o prazo máximo de doze meses contados da publicação da decisão para que o dever de legislar fosse adimplido, sendo determinado que, após o transcurso do referido prazo sem a colmatação da omissão, a declaração da mora seria convertida em decisão aditiva, sendo autorizado pela Corte que o Tribunal de Contas da União efetuasse o cálculo dos repasses da compensação financeira devida aos Estados-membros por força do art. 91 do ADCT.

Percebe-se que no julgamento da ADO n.º 25 a postura adotada pelo STF extrapolou a literalidade do art. 103, §2º, da CF, visto que, além de dar ciência ao Congresso Nacional para tomar providências tendentes a suprir a omissão declarada, a Corte fixou prazo para que o Legislativo atendesse ao dever constitucional de legislar. Contudo, a postura concretista por parte do STF está evidenciada na autorização deferida ao Tribunal de Contas da União para efetuar os cálculos dos repasses a serem realizados aos Estados para efetivar o direito à compensação financeira, caso verificada a recalcitrância do Congresso Nacional em regulamentar o tema.

Inexorável, assim, que a Suprema Corte adotou uma postura concretista no julgamento da ADO n.º 25, tendo em mira que, ultrapassando as próprias balizas do art. 103, §2º, da CF, entendeu por resolver o caso de forma que o direito veiculado no art. 91 do ADCT fosse efetivamente concretizado a partir da decisão judicial proferida naquela ação, ainda que para tanto o Tribunal atuasse como um legislador positivo.

A ADO n.º 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, foi outro caso em que a Corte reconheceu a existência de omissão inconstitucional. A ação proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) em face do Congresso Nacional apresentava pedido de declaração da mora inconstitucional na regulamentação da criminalização específica da homofobia e transfobia, determinando que o Congresso Nacional

aprovasse legislação criminal tendente a punir, de forma específica, a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa. Em 13 de junho de 2019, o STF, conhecendo em parte a ação, julgou procedente a demanda na parte conhecida para declarar a omissão normativa inconstitucional do Congresso Nacional traduzida na ausência de implementação de prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação previsto nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF²⁵, especialmente para o efeito de conferir proteção penal aos integrantes do grupo LGBT.

Ocorre que, além de cientificar o Congresso Nacional da omissão normativa inconstitucional declarada, a Corte, orientando-se no sentido de concretizar o direito previsto no preceito constitucional pendente de regulamentação, conferiu interpretação conforme à Constituição aos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei n.º 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional.

Portanto, assim como ocorreu na ADO n.º 25, na ADO n.º 26 o STF não se limitou a declarar a existência de omissão inconstitucional e cientificar o Poder competente, visto que exarou decisão de perfil concretista, efetivando o direito que estava pendente de regulamentação a partir de elementos indicados pela Corte na própria decisão judicial proferida no bojo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Por fim, o último caso de julgamento de procedência verificado na pesquisa diz respeito à ADO n.º 30, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgada em 24 de agosto de 2020. Na referida ação o Procurador-Geral da República postulava a declaração de omissão inconstitucional parcial do inciso IV do artigo 1º da Lei Federal n.º 8.989, de 24 de fevereiro de 1995. O demandante acusava o Congresso Nacional de ser omisso na edição da lei, vez que o ato normativo havia concedido

²⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição de automóveis de passageiros de fabricação nacional apenas a pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, sendo omissa quanto à extensão do benefício fiscal aos deficientes auditivos, o que caracterizaria uma discriminação desarrazoada.

Ao julgar a ADO n.º 30, o Tribunal, por maioria, vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio²⁶, julgou procedentes os pedidos formulados na ação, de modo a declarar a inconstitucionalidade por omissão parcial da Lei n.º 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, cientificando o Poder competente para tomar as providências cabíveis. Ademais, acompanhando a postura concretista adotada pela Corte em casos pretéritos, restou determinada a aplicação do art. 1º, inciso IV, da Lei n.º 8.989/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.690/03, também às pessoas portadoras de deficiência auditivas, enquanto a omissão legislativa não fosse suprida pelo Poder competente. Ainda, como forma de estimular as Casas Legislativas a romperem com a *inertia deliberandi*, a Suprema Corte fixou o prazo de 18 meses, a contar da publicação do acórdão, para que as medidas legislativas necessárias fossem tomadas pelo Congresso Nacional.

Analisados os três casos de juízo de procedência proferidos nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão propostas no período de 2008 a 2020, constata-se que o STF adota uma postura deveras distante do preceituado no art. 103, §2º, da CF, visto que em todos os casos decidiu além da mera declaração de omissão inconstitucional com a ciência do Poder competente para cumprir com o dever de legislar. É possível afirmar que a Corte adota uma postura concretista no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, pois, à mingua de previsão no texto constitucional, o Tribunal fixa prazo para que a instituição competente edite o ato normativo faltante e, mais do que isso, utiliza da técnica das decisões aditivas para suprir a omissão no próprio provimento jurisdicional, de modo

²⁶ Registre-se que a pesquisa empírica permitiu verificar que o Ministro Marco Aurélio em todos os casos de procedência das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão adotou uma postura de deferência ao texto constitucional. Isso porque o Ministro não reconhece a legitimidade institucional da Corte para fixar prazo para que o Poder Legislativo supra a omissão inconstitucional. Nesse sentido, cita-se trecho do voto do Ministro Marco Aurélio na ADO n.º 30: “Ausente regulamentação quanto a deficiente auditivo, constitui passo demasiado largo fixar prazo, ao legislador, visando a adoção de providências. Mantenho-me fiel ao que venho sustentando, em se tratando da mora de outro Poder. Não cabe ao Supremo, sob pena de desgaste maior, determinar prazo voltado à atuação do Legislativo. É perigoso, em termos de legitimidade institucional, uma vez que, não legislando o Congresso Nacional, a decisão torna-se inócua” (BRASIL, 2020, p. 32).

que, no vácuo legislativo, o STF faz as vezes do Poder Legislativo quando julga procedente uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Destarte, considerando que a pesquisa desenvolvida até aqui evidenciou que o STF se vale de uma postura concretista quando exerce o controle concentrado das omissões inconstitucionais, no próximo capítulo investigar-se-á a aplicação por parte da Corte de técnicas de diálogos institucionais nas decisões supridoras das omissões legislativas. Perquirir a existência de diálogos institucionais nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão compreende identificar se o STF utiliza de instrumentos para reduzir o *déficit* democrático das decisões judiciais que, em última análise, invadem a esfera de competência do Legislativo e Executivo, tendo em vista que esse estudo se apoia na hipótese de que a utilização das teorias dos diálogos institucionais é uma alternativa para legitimar a concretização dos direitos sociais na via judicial.

4 A aplicação das teorias dialógicas nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão

4.1 Considerações preliminares sobre a investigação

O presente capítulo objetiva analisar qualitativamente os dados empíricos extraídos da primeira etapa da pesquisa, os quais evidenciaram que o STF adota uma postura concretista quando acolhe os pedidos formulados em ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Considerando que o presente estudo almeja investigar a utilização dos diálogos institucionais na concretização dos direitos sociais pelo STF em sede de ADO, entendeu-se por necessário que a análise do procedimento de concretização realizado pela Corte tivesse um espaço próprio, sobretudo para permitir a identificação e detalhamento das teorias dialógicas presentes nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão julgadas procedentes pelo Tribunal.

Assim, o capítulo tem como ponto de partida os dados extraídos após a análise das 53 ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, os quais apontam que o STF, apesar de proferir juízo de procedência em pouquíssimas ações (*vide* gráfico 4), quando acolhe os pedidos de declaração da omissão inconstitucional, acaba por adotar uma postura concretista no sentido de suprir a omissão declarada e efetivar o direito que estava pendente de regulamentação. Desse modo, esta etapa da pesquisa se presta à análise qualitativa dos procedimentos desenvolvidos por ocasião do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão de número 25, 26 e 30.

A referida análise se faz imperiosa à solução do problema que orienta esse estudo, o qual se traduz no questionamento acerca da capacidade de as teorias dos diálogos institucionais serem uma alternativa para reduzir o *deficit* democrático das decisões judiciais proferidas no controle concentrado de constitucionalidade por omissão.

A testagem da hipótese, no sentido de que a adoção das teorias dos diálogos institucionais representa um caminho para legitimar a concretização dos direitos

sociais na via judicial, pois incentiva uma maior deliberação entre as instituições afetadas pela decisão judicial em construção, será realizada a partir da investigação das possíveis teorias dialógicas aplicadas nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão n.º 25, 26 e 30.

A suposta elevação da capacidade deliberativa do processo judicial com a inserção dos diálogos institucionais será testada de duas formas.

Num primeiro momento, buscar-se-á constatar se os argumentos expostos pela sociedade civil mediante a atuação em audiências públicas ou por meio de atuação como *amicus curiae* foram considerados pelo Supremo Tribunal Federal como razão de decidir, o que será efetivado com a confrontação dos argumentos apresentados em audiências públicas e nas peças protocoladas pelos *amicus curiae* com a decisão judicial proferida pela Corte no sentido de efetivar o direito constitucional em debate.

A segunda etapa da testagem, a qual versará sobre a investigação de diálogos interinstitucionais, dedicar-se-á a verificar se o tema objeto do julgamento pelo STF, após a publicação da decisão judicial concretizadora do direito, restou inserido na pauta dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), o que configuraria, segundo a doutrina especializada, a reatividade política tendente a aprimorar o processo de concretização do direito iniciado pelo Poder Judiciário.

Feitas essas considerações preliminares, passa-se à análise qualitativa das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão selecionadas.

4.2 Análise qualitativa da ADO n.º 25

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 25 foi proposta pelo Governador do Estado do Pará, imputando ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional consistente na ausência de elaboração da lei complementar à época prevista no artigo 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias²⁷.

O Governador do Estado do Pará sustentava que a Emenda Constitucional n.º 42/03, ao instituir a norma do artigo 91 do Ato das Disposições Constitucionais

²⁷ 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.

Transitórias, criou um sistema de compensação financeira, o qual visava beneficiar os Estados exportadores, especialmente para amenizar os prejuízos suportados por esses entes federados em decorrência da ampla desoneração de ICMS sobre operações de exportações de mercadorias e serviços realizada pela referida Emenda Constitucional responsável também por alterar a redação do artigo 155, §2º, inciso X, alínea “a”, da Constituição²⁸.

Ocorre que, quando da propositura da ADO n.º 25, já haviam se passados mais de 10 (dez) anos da promulgação da Emenda Constitucional n.º 42/03 e, ainda assim, o sistema de compensação financeira não houvera sido efetivado, dada a negligência e desídia do Congresso Nacional em editar a Lei Complementar exigida.

Assim, o Estado proponente postulava, ao final da ação, a declaração por parte do Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade por omissão da medida necessária para tornar efetiva a norma constitucional insculpida no artigo 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com a consequente intimação do Presidente do Congresso Nacional para a adoção das providências cabíveis.

Registre-se que, ao despachar a ADO n.º 25, o Ministro Relator Gilmar Mendes solicitou informações ao requerido, de modo que o Senado Federal sustentou a ausência de inércia por parte do Congresso Nacional na regulamentação da matéria, uma vez que tramitavam nas Casas Legislativas projetos de lei tendentes a concretizar a norma constitucional do artigo 91 do ADCT.

Nessa linha, o Senado Federal demonstrou que, desde o ano subsequente à edição da Emenda Constitucional n.º 42/03, havia discussão no âmbito do Congresso Nacional sobre o tema relacionado ao sistema de compensação de ICMS para os Estados exportadores, porém, devido à complexidade e amplitude da matéria, a deliberação parlamentar exigia mais tempo para ser finalizada, o que, na

²⁸ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

X - não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;

visão do requerido, afastava a alegação de omissão inconstitucional imputada ao Congresso Nacional.

Após a prestação de informações pelo Congresso Nacional nos autos do processo, verificou-se uma ampliação dos agentes envolvidos na ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 25, uma vez que foram apresentados inúmeros pedidos de admissão de instituições e entes públicos como *amicus curiae*.

O primeiro pedido de admissão como *amicus curiae* restou formulado pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Pará. Ao formular o pleito, a instituição ressaltou que tem por finalidade, com base na Lei n.º 8.906/1994, velar pela defesa da Constituição, dos direitos humanos e da justiça social, justificando, assim, a sua legitimação para integrar o feito como amigo da Corte e colaborar na discussão sobre o sistema de compensação financeira em favor dos Estados prejudicados pela perda de arrecadação do ICMS.

Ademais, pela mora legislativa objeto da ADO n.º 25 afetar diretamente a própria Federação Brasileira, também foram apresentados pedidos de admissão como *amicus curiae* pelos Estados de São Paulo (SP), Pará (PA), Rio Grande do Sul (RS), Rio de Janeiro (RJ), Maranhão (MA), Bahia (BA), Paraná (PR), Sergipe (SE), Rondônia (RO), Santa Catarina (SC), Distrito Federal (DF), Mato Grosso (MT), Rio Grande do Norte (RN), Espírito Santo (ES), Goiás (GO) e Minas Gerais (MG).

Evidenciando uma postura inclinada à democratização do processo judicial com a ampliação do número de agentes participantes, em 23 de setembro de 2014, o Ministro Relator Gilmar Mendes deferiu, com fundamento no artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/1999, todos os pedidos de intervenção no feito como *amicus curiae*, autorizando os admitidos a apresentar memorias e proferir sustentações orais.

Ainda, com a intenção de trazer aos autos elementos técnicos para embasar o julgamento da ADO n.º 25, o Ministro Relator Gilmar Mendes, em 16 de dezembro de 2015, de ofício, determinou o envio de ofício ao Ministério da Fazenda e à Secretaria do Tesouro Nacional para que informassem os valores repassados a Estados, Municípios e ao Distrito Federal, de 1995 até 2015, com base nas Leis Complementares n.º 87/1996, 102/200 e 115/2002. Após o fornecimento das informações pelo órgão fazendário, a ADO n.º 25 foi encaminhada para julgamento.

Em sessão plenária realizada no dia 23 de novembro de 2016, foram proferidas sustentações orais pelo Procurador-Geral do Estado do Pará e pela Advogada Geral da União, sendo que, na qualidade de *amicus curiae*, apenas o Estado do Rio Grande do Sul, por meio de seu procurador, se valeu do direito de expor oralmente suas razões.

Nota-se que, em que pese terem sido admitidos dezessete agentes como *amicus curiae*, apenas um participou efetivamente do processo judicial até ser proferida decisão acerca do mérito da demanda, visto que somente o Estado do Rio Grande do Sul exerceu a faculdade de proferir sustentação oral na qualidade de *amicus curiae*. Os demais agentes admitidos como *amicus curiae* não colaboraram efetivamente com a resolução da questão junto à Corte, uma vez que, apesar de lhes ser oportunizada a apresentação de memoriais e sustentação oral, não manifestaram interesse em expor suas razões nos autos do processo, de forma que se limitaram a acompanhar o avanço da marcha processual.

Ao proferir o seu voto, o Ministro Relator Gilmar Mendes destacou que a questão constitucional examinada na ADO n.º 25 se relacionava com temas centrais do federalismo brasileiro, mais precisamente sobre a autonomia financeira e a partilha dos recursos. Ao expor essa relação existente na ação, o Ministro reconheceu que o tema também guardava pertinência com a ampliação e efetivação dos direitos sociais, afinal o rearranjo político estabelecido pela Constituição de 1988 tinha como um dos objetivos a universalização desses direitos:

O rearranjo político promovido pela Constituição Federal de 1988 foi impulsionado por duas grandes forças. De um lado, a luta por descentralização política e garantia de autonomia aos entes subnacionais, especialmente os municípios. De outro, o desejo de ampliação do elenco de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, especialmente os direitos sociais, e de torná-los universais para todos os brasileiros. Esses dois elementos foram componentes preponderantes para o desenho do quadro fiscal ainda hoje vigente na Constituição (BRASIL, 2016, p. 15).

Assim, tratando-se de decisão diretamente relacionada com o tema da efetivação dos direitos sociais, percebe-se a importância da sua análise para alcançar a resposta ao nosso problema de pesquisa.

Todavia, ao analisar a aplicação dos diálogos institucionais nos autos da ADO n.º 25, constatou-se que as técnicas de diálogos institucionais utilizadas até a decisão proferida pelo Plenário da Corte foram praticamente insignificantes para a

resolução da demanda. Isso porque, apesar de terem sido admitidos dezessete *amicus curiae*, apenas o Estado do Rio Grande do Sul participou, de fato, do processo judicial, tendo utilizado a faculdade de proferir sustentação oral na sessão de julgamento.

Com efeito, a baixa contribuição das técnicas dos diálogos institucionais para a formação da decisão, no caso materializada pela tímida atuação dos *amicus curiae*, pode ser verificada pelo fato de o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes não fazer qualquer referência aos argumentos sustentados pelo *amicus curiae* como razão de decidir, o que, a princípio, evidenciaria uma ausência de colaboração efetiva desta técnica dialógica para a solução do caso.

Não obstante, os desdobramentos advindos após a prolação da decisão que reconheceu a inconstitucionalidade por omissão demonstraram um cenário diverso no que tange à relevância dos diálogos institucionais para a solução do caso, tendo em conta que a própria decisão serviu como um incentivo para que as instituições afetadas pelo *decisum* deliberassem com o propósito de encontrar a melhor solução na tarefa de suprir a omissão na regulamentação do art. 91 do ADCT.

A propósito, ao acompanhar o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, que declarava a mora do Congresso Nacional na edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 (doze) meses para que fosse sanada a omissão e, ainda, caso tal prazo transcorresse *in albis*, autorizava o Tribunal de Contas da União fixar o valor do montante a ser transferido aos estados membros e ao Distrito Federal, o Ministro Luís Roberto Barroso registrou em seu voto que este tipo de decisão produzia a melhor forma de diálogo institucional entre a Suprema Corte e as Casas Legislativas, sendo a forma adequada de prestar a jurisdição constitucional no mundo contemporâneo:

Portanto, Presidente, feitas essas considerações, eu quero dizer que eu estou acompanhando as três ideias centrais do voto do Ministro Gilmar Mendes. Estou de acordo com a constituição em mora, por evidente, passados treze anos da edição da Emenda Constitucional e do § 3º, do art. 91 do ADCT, que exigia a regulamentação e estabelecia os critérios. Até hoje, a lei não foi editada, com manifesto prejuízo para os Estados, como bem demonstrado da tribuna pelos diversos Advogados e, sobretudo, pelo Advogado, Procurador do Estado do Pará, Doutor Ophir Cavalcante Júnior. Portanto, eu concordo com a constituição em mora. Concordo com a fixação do prazo de doze meses. E concordo também com a fórmula que aí corresponde ao que penso que deva ser a jurisdição constitucional em caso de omissão - eu mesmo havia proposto em casos anteriores - que é abrir-se

um prazo para atuação do Congresso, mas já fixar a solução alternativa, se o Congresso não atuar, porque eu acho que é a melhor forma de diálogo institucional: você esclarecer que existe a mora, definir parâmetros - neste caso, a gente não precisa definir, porque já estão na Constituição - e prever a solução que se vai praticar se o Congresso persistir na inércia inconstitucional.

De modo que, por essa faceta de diálogo institucional, de diálogo constitucional, que tenho defendido como a melhor forma de se prestar jurisdição constitucional no mundo contemporâneo, eu também estou de acordo e louvo o voto do Ministro Gilmar Mendes. (BRASIL, 2016, p. 77).

Nota-se que o STF, ao apresentar uma solução alternativa para o caso de permanência do estado de inércia do Congresso Nacional em regulamentar o art. 91 do ADCT, não almeja dar a “última palavra” acerca da forma de suprir a omissão, mas sim contribuir para com a solução do impasse que se estendia por treze anos. A contribuição da Corte é dada com a apresentação de uma solução provisória (delegação ao TCU), a qual, obviamente, não visava encerrar o debate sobre a melhor forma de regulamentar o dispositivo constitucional, porém serviria como um fomento para que o Congresso Nacional apresentasse uma resposta mais aperfeiçoada do aquela fornecida pela Suprema Corte.

Essa constatação da decisão servir como um incentivo à deliberação do tema pelo Congresso Nacional decorre da própria declaração do Ministro Relator Gilmar Mendes durante a sessão de julgamento, dado que reconhece expressamente que a solução apresentada em seu voto almeja, em última análise, estimular o Congresso Nacional a deliberar sobre a questão constitucional em pauta:

Parece-me que o que nós estamos fazendo é um estímulo para que o Congresso delibere sobre isso, especialmente num momento, acho, azado. Por quê? Porque o pacto federativo está de novo a ser rediscutido. Nós estamos vendo os governadores se encontrarem e aqui fariam uma vindicação, uma reivindicação, encimados num título, não se trataria de nenhum favor ou de nenhuma concessão, mas se trataria, na verdade, de reconhecer - no caso desses Estados que são produtores de produtos primários e são exportadores - isso com base nesse título. É essa a situação. A mim me parece que é extremamente importante. (BRASIL, 2016, p. 81)

Importante ressaltar que, ainda na sessão de julgamento, ao ser questionado pelo Ministro Teori Zavascki se a jurisprudência do STF já estava madura o suficiente para que se adotasse uma solução concretista no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, o Ministro Luís Roberto Barroso aditou o seu voto para registrar que, no seu entender, o papel da Suprema Corte, em casos de omissão prolongada, é estabelecer um diálogo institucional, sendo que a edição

de uma solução provisória para o caso de *inertia deliberandi* do Congresso Nacional é a melhor forma de diálogo.

Segundo o Ministro Barroso, o fato de a Corte apresentar uma solução alternativa para o caso de permanência da mora legislativa não significa que o Judiciário está se arvorando na competência do Poder Legislativo, visto que a Corte devolve a matéria ao Congresso Nacional para os legisladores deliberarem, de sorte que a solução alternativa da Corte somente surtirá efeitos se os órgãos legislativos optarem por não utilizarem da sua competência de editar a legislação necessária:

Portanto, o que se está aqui propondo é - a propósito do debate do Ministro Teori e da construção da dogmática da omissão inconstitucional -solucionar omissões inconstitucionais por via do diálogo. E, portanto, dizer: devolvo a matéria ao Congresso com a afirmação da mora e aguardo por um ano; se não vier a solução do Congresso, eu já estou propondo a solução alternativa. Eu, para ser sincero, acho que essa solução é boa. E acho que é melhor do que nós retomarmos esse assunto daqui a um ano, até porque a experiência de fixação de prazo e não atuação do Congresso tem sido repetida em precedentes anteriores, o que justifica nós já termos uma solução alternativa. (BRASIL, 2016, p. 81)

Não se pode olvidar, contudo, que essa forma de diálogo é recebida com resistência por determinados Ministros do Supremo Tribunal Federal, uma vez que entendem que o sistema democrático resta fragilizado pela atuação concretista da Suprema Corte no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, mormente por ser acusada de não observar as razões que conduziram o Parlamento a não legislar sobre a matéria. Destacam-se, nessa linha, as considerações apresentadas pelo Ministro Edson Fachin no julgamento da ADO n.º 25:

Não há dúvida de que há uma situação que tem de ser, de alguma forma, corrigida para que nosso federalismo seja mais real. E também acho que o Judiciário não deve ser insensível a isso, todavia, não podemos esquecer que, afinal de contas, o Parlamento também é sensível a isso. Nós temos de levar em consideração também as razões pelas quais o Parlamento não legislou a respeito. Afinal de contas, lá estão os representantes dos Estados; lá estão os representantes daqueles que estão sofrendo essa falta de distribuição de recursos adequados. Acho que temos que respeitar também a incapacidade de o Parlamento formar as maiorias necessárias, o consenso necessário. [...]

Mas, desde logo, estabelecermos uma regra alternativa, substituindo a decisão do Parlamento por uma decisão do Supremo Tribunal Federal, substituindo a execução disso - que seria do Executivo - pelo Tribunal de Contas, parece-me, com todo respeito, que nós estamos dando um golpe severo no sistema representativo, no sistema democrático e no próprio Parlamento. (BRASIL, 2016, p. 81)

Inobstante a discordância de alguns Ministros no que concerne à adoção de uma postura concretista nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, verificou-se que na ADO n.º 25, por maioria, a Suprema Corte decidiu por criar uma solução alternativa consubstanciada em delegar ao TCU o cálculo do montante a ser transferido aos estados membros e ao Distrito Federal, devendo tal solução ser aplicada somente no caso de ser constatada a inércia do Congresso Nacional em suprir a omissão no prazo de 12 (doze) meses a contar da publicação da decisão.

A posição da Corte foi no sentido de fixar uma solução alternativa na colmatação do vazio legislativo, tendo em vista que prevaleceu o entendimento de que essa postura estimularia a deliberação no Poder Legislativo, materializando o fenômeno do diálogo institucional tão recomendado no constitucionalismo contemporâneo.

No julgamento da ADO n.º 25, portanto, a Corte se filiou à tese do constitucionalismo dialógico defendida por Conrado Hübner Mendes, o qual vê a decisão judicial apenas como mais uma etapa no processo de perquirição da resposta correta das questões constitucionais (MENDES, 2008). O entendimento adotado pelo STF se distanciou daquele pregado pelas teorias convencionais que sustentam existir uma instituição dotada de autoridade para dar a “última palavra” acerca da interpretação e concretização do texto constitucional, seja uma instituição pertencente ao Judiciário ou ao Legislativo.

Ao apresentar uma solução alternativa para o preenchimento da lacuna legislativa, a Corte considerou estar apresentando um incentivo para que o Congresso Nacional deliberasse aperfeiçoando a solução dada como provisória no julgamento da ADO n.º 25, de sorte que não considerou que aquela decisão seria o ponto final do circuito decisório acerca da concretização da norma constitucional do art. 91 do ADCT, mas sim uma das etapas necessárias nesse processo dialético de conformação do texto constitucional.

O constitucionalismo dialógico verificado na ADO n.º 25 inclina-se no sentido de que a formação da decisão sobre o sentido da Constituição decorre de um interminável diálogo entre o Judiciário e os demais Poderes, o que pressupõe a ausência de uma instituição previamente legitimada a dar a “última palavra” sobre a interpretação constitucional. A decisão sempre será produto de um procedimento em

que os interlocutores têm o papel de influenciarem-se mutuamente e mudarem suas preferências. Assim, o papel da Corte, sob o viés dialógico, é manifestar a sua posição sobre o tema, porém sem ter a pretensão de cessar de forma absoluta a deliberação sobre a questão decidida, vez que isso significaria tolher os demais Poderes de contribuírem na tarefa de encontrar a melhor resposta na interpretação da Constituição (ALMEIDA; APOLINÁRIO, 2020).

Nessa perspectiva de constitucionalismo, a decisão judicial é final apenas dentro de um estágio, mas novos estágios políticos se abrem continuamente, de modo que a decisão merece respeito, não adoração. O pensamento que norteia essa forma de interpretação é de que a exegese do texto constitucional é um processo circular que só termina ou se estabiliza quando alcança um mínimo de acordo, ainda que tal estabilidade tenha um prazo de validade correspondente ao início de um novo ciclo decisório quando o mínimo de acordo desaparece na sociedade civil (MENDES, 2008).

É possível afirmar, portanto, que a decisão prolatada pelo STF na ADO n.º 25 insere-se no contexto dos diálogos institucionais por reconhecer a possibilidade de uma construção coordenada acerca da concretização da norma do art. 91 do ADCT, pois, como registrado pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, a decisão da Corte serviria como um incentivo, estímulo, para que o Congresso Nacional prosseguisse na tarefa de efetivação do mandamento constitucional.

Isso demonstra que a decisão judicial espelha o que Pickerill sustenta acerca da construção coordenada do sentido da constituição, já que o autor reconhece que a política pública final é produto da interação e da negociação entre os poderes, processo em que há concessões mútuas. É exatamente a permeabilidade dessa interação que faz com que as decisões sejam diferentes do que seriam caso tomadas isoladamente por qualquer uma dessas instituições. Conforme Pickerill, não se trata de um jogo de soma zero, mas sim uma relação “ganha-ganha”, onde ambos os lados têm parte de seu objetivo atendido. A Corte, em vez de obstaculizar as decisões parlamentares, acaba por influenciá-las a fim de que ao Parlamento cumpra a sua tarefa a partir do aperfeiçoamento da decisão judicial que deu início ao processo (PICKERILL, 2004).

A teoria da construção coordenada, portanto, tem como premissa a existência de um sistema de separação de poderes em que as normas jurídicas são produto do balanceamento de diferentes instituições. Essa interação construtiva se coaduna com a ideia de “república das razões”, o que, a princípio, tem a capacidade de gerar decisões melhor justificadas e moderadas (PICKERILL, 2004).

Constata-se que na ADO n.º 25 o STF, além de atender ao interesse do proponente da demanda ao suprir a omissão da norma constitucional com uma solução alternativa, acabou por contribuir com o a futura deliberação parlamentar acerca da efetivação do art. 91 do ADCT, uma vez que permitiu que o Parlamento enfrentasse tal tarefa munido de uma interpretação prévia da Corte, a qual, por suas peculiaridades, contemplava a dimensão valorativa da Constituição, sendo que essa interpretação dificilmente seria extraída do debate das Casas Legislativas, onde a deliberação é guiada por regra de maioria.

A verdade é que o STF buscou valorizar a ideia de que a separação de poderes deve ser interpretada como “cooperação de poderes”. Obviamente que a Corte não é ingênua em acreditar que nessa relação interinstitucional não existe conflito e desacordo, porém busca resgatar as virtudes decorrentes do processo de interação na construção da decisão. A forte tendência em pensar a separação de poderes como luta adversarial faz com que seja ofuscada a verdadeira forma com que as políticas públicas devam ser concebidas, isto é, com uma participação democrática e plural.

Barry Friedman expõe bem essa necessidade de participação de várias instituições na formação de uma política pública quando afirma, metaforicamente, que conceber uma política é como abrir uma porta com várias trancas, onde cada Poder tem uma chave, de modo que à Corte cumpre uma função, mas jamais abrirá a porta sozinha sem a necessidade de negociar com os demais Poderes (FRIEDMAN, 1992).

Por fim, entende-se que na ADO n.º 25 de fato ocorreu a adoção dos diálogos institucionais para resolver a questão atinente ao repasse de recursos aos estados membros em decorrência da desoneração do ICMS sobre produtos exportados, porquanto, após a decisão judicial, o Congresso Nacional, em resposta ao estímulo dado pela Corte, deliberou sobre o tema.

Em um primeiro momento, o Congresso Nacional não conseguiu atender ao comando do STF para suprir a omissão inconstitucional existente no art. 91 do ADCT no prazo de 12 (meses), visto que os dois projetos de lei complementar que tramitavam no Parlamento (PLP n.º 221/1998 e PLP n.º 511/2018) não foram apreciados pelo Plenário do Congresso Nacional antes de findado o prazo estabelecido originariamente pela Corte. Assim, em 21 de fevereiro de 2019, atendendo ao pedido da União, o Ministro Relator Gilmar Mendes proferiu decisão prorrogando o prazo fixado na ADO n.º 25 por mais 12 (doze) meses a contar da nova decisão.

Ao lado disso, incentivando uma deliberação efetiva entre todas as partes envolvidas na regulamentação do artigo 91 do ADCT, o Ministro Gilmar Mendes, em 05 de agosto de 2019, estabeleceu o prazo de seis meses para que uma comissão especial, formada por representantes da União e de todos os estados, debatessem propostas de conciliação quanto à desoneração do ICMS sobre exportações.

A partir de tal incentivo e com o esforço da comissão designada, firmou-se um termo de acordo nos autos da ADO n.º 25 entre os estados, o Distrito Federal e a União para regulamentar a compensação das perdas de arrecadação advindas da desoneração das exportações. O termo previu que a União ficava obrigada a repassar aos entes federados a quantia de R\$ 58 bilhões entre o período de 2020 a 2037.

O item 4.3 do acordo previa que, com o intuito de suprir a omissão inconstitucional reconhecida na ADO n.º 25, a União encaminharia, em até sessenta dias contados da homologação do acordo, projeto de lei complementar que, simultaneamente, reconheceria a implementação da regra de cessação referida no §2º do art. 91 do ADCT e criaria nova transferência temporária, com os seguintes critérios: (i) de 2020 a 2030, serão distribuídos R\$ 4 bilhões anuais e (ii) a partir de 2031 até 2037, o montante previsto no subitem anterior será reduzido progressivamente em R\$ 500 milhões a cada ano, até o pagamento da última parcela, de R\$ 500 milhões, em 2037.

Reconhecendo a complexidade do trabalho realizado na mediação da conciliação, o Plenário do STF, em 20 de maio de 2020, homologou o acordo e

concedeu nova prorrogação de 90 (noventa) dias para que o Congresso editasse a lei sobre a matéria.

Assim, em continuação à tarefa de efetivação do direito previsto no artigo 91 do ADCT, iniciada pela decisão concretista proferida pela Corte na ADO n.º 25, o Congresso Nacional editou a Lei Complementar n.º 176, responsável por assegurar o repasse de R\$ 58 bilhões aos entes federados, condicionando essa transferência à renúncia pelos entes a eventuais direitos contra a União decorrentes do artigo 91 do ADCT, de modo que o objetivo estampado na decisão da ADO n.º 25 de construir de forma coordenada a regulamentação do artigo 91 do ADCT foi alcançado.²⁹

4.3 Análise qualitativa da ADO n.º 26

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 26 restou proposta, em 19 de dezembro de 2013, pelo Partido Popular Socialista (PPS) com o desiderato de proteger os interesses da comunidade LGBT mediante o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão do Congresso Nacional na criminalização da homofobia e transfobia. A agremiação partidária postulava a declaração de inconstitucionalidade por omissão a fim de que fosse “criminalizado todas as formas de homofobia, transfobia, especialmente das ofensas, dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e identidade de gênero”.

Em suas razões o partido político proponente alegava que existia uma violação ao dever constitucional de legislar insculpido no art. 5º, XLI e XLII, da Constituição Federal³⁰, sendo tal violação fruto da “má vontade institucional do Parlamento Brasileiro em efetivar a criminalização específica da homofobia e transfobia”. Sustentava, ademais, que, como consequência da inércia do Congresso

²⁹ Cabe ressaltar que, em março de 2021, foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 109, de 2021, a qual revogou expressamente, em seu art. 6º, o art. 91 do ADCT, de modo a impedir qualquer questionamento sobre créditos decorrentes da entrega de recursos prevista no referido artigo, o que representou o cumprimento do acordo por parte dos entes federados de renunciar a eventuais direitos contra a União devido à ausência de regulamentação da matéria.

³⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

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

Nacional em deliberar sobre o tema, ter-se-ia a vulneração dos direitos fundamentais à segurança, à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero.

O Partido Popular Socialista fundamentava a então suposta existência de omissão inconstitucional também no princípio da proporcionalidade, na acepção de tal princípio vedar a proibição deficiente dos direitos fundamentais pelo Estado. Defendia que a ausência de legislação no sentido de que ninguém pode ser agredido, ofendido, ameaçado e discriminado por sua orientação sexual configurava uma proteção deficiente dos direitos fundamentais da comunidade LGBT, especialmente do direito à integridade física e da não discriminação.

Assim, o autor da ADO n.º 26, afastando-se da literalidade do art. 103, §2º, da CF, além de postular a declaração de inconstitucionalidade por omissão com a consequente notificação do Poder competente para tomar as medidas necessárias, requereu igualmente a fixação, em caso de procedência da demanda, do prazo razoável de um ano para que o Parlamento deliberasse sobre a matéria, uma vez que o tema já era discutido desde 2011 no Congresso Nacional, bem como pelo crescente quadro de violência e discriminação contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.

Ainda, cumulativamente ao pedido de fixação de prazo para o Parlamento legislar, foi postulado que, havendo o transcurso do prazo determinado pela Suprema Corte ou caso o Tribunal entendesse desnecessária a fixação de prazo, fosse aplicada a Lei Antirracismo (Lei n.º 7.716/89) como forma de punir todas as formas de homofobia e transfobia.

Recebida a ação pelo STF, o Ministro Relator Celso de Mello requisitou informações aos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal acerca da suposta omissão legislativa no enfrentamento do tema. Nessa oportunidade, a Câmara dos Deputados, representada pelo seu então presidente, Deputado Henrique Eduardo Alves, informou que a posição institucional daquela Casa estava demonstrada pela aprovação do Projeto de Lei n.º 5.003, de 2011, o qual “determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas”, sendo que o referido projeto, à época, apenas aguardava a análise e aprovação do Senado Federal.

O Senado Federal, por sua vez, se insurgiu nos autos em relação à pretensão veiculada na ADO n.º 26, tendo em vista defender a inexistência de omissão inconstitucional no caso. Dentre os principais argumentos suscitados pela Câmara Alta estão: (i) ausência de mandado de criminalização específica; (ii) inaplicabilidade de sentenças aditivas em matéria penal; (iii) *self-restraint* das Cortes Constitucionais.

O Senado defendia a improcedência da ADO n.º 26 alegando que a Constituição Federal de 1988 não traz um mandado de criminalização específica. Não obstante reconhecer os atos de homofobia e a transfobia como violação direta à segurança e às liberdades individuais, a Casa legislativa sustentava que já existia tipificação penal destinada à tutela dos bens jurídicos em discussão, haja vista a existência no ordenamento jurídico de crimes contra a honra, lesão corporal, ameaça, homicídio, entre outros. Na visão do Senado, portanto, não existia omissão inconstitucional em relação ao mandamento insculpido no art. 5º, XLI, da CF, pois o dispositivo exige apenas punição prevista em lei para atos atentatórios aos direitos e às liberdades fundamentais, algo já existente, não sendo exigência da norma constitucional a criminalização específica de atos perpetrados contra uma determinada comunidade.

De igual modo, o Senado Federal sustentava que no caso em julgamento o juízo de improcedência se fazia imperioso pela inaplicabilidade da técnica das sentenças aditivas em matéria penal. Em que pese seja comum a utilização das sentenças aditivas³¹ no controle das omissões inconstitucionais, sobretudo no mandado de injunção, a Casa legislativa defendia que tal técnica é incompatível com os princípios que regem o direito penal no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente por conflitar diretamente com o princípio da reserva legal em matéria penal (art. 5º, XXXIX, CF)³².

Além disso, as razões expostas pelo Senado indicavam que no caso em julgamento a Corte deveria adotar uma postura de autocontenção, pois, apesar da

³¹ As sentenças aditivas têm origem no direito italiano. Esse perfil de sentença autoriza que o órgão julgador, no combate às omissões inconstitucionais, não se limite à declaração da omissão, mas, além disso, determine o conteúdo normativo faltante em virtude da inércia do legislador. É uma técnica que subverte o sistema de separação de poderes, já que ao Tribunal é dado, ainda que em caráter provisório, substituir o legislador e o Poder Executivo na colmatação das lacunas oriundas da ausência de regulamentação de determinadas normas constitucionais.

³² Segundo Gilmar Mendes, o princípio da reserva legal veda a aplicação de analogia *in malam partem*, uma vez que em matéria penal não cabe a adoção de analogia para tipificar uma conduta como crime ou agravar o seu tratamento penal (MENDES, 2015).

ampliação da jurisdição constitucional no período pós-segunda guerra, o STF não poderia desconsiderar a necessidade de que a resolução da questão debatida na ADO n.º 26 fosse realizada à luz da legitimidade democrática ínsita ao corpo legislativo. Sustentou, assim, que o Parlamento seria o espaço mais amplo e pluralizado para a prática discursiva acerca da criminalização da homofobia e transfobia, de sorte que juízes não deveriam substituir representantes democraticamente eleitos.

Ante a complexidade do conteúdo debatido nos autos da ADO n.º 26, o Ministro Relator Celso de Mello, em 09 de fevereiro de 2015, admitiu o ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*, de três associações, sendo elas: Grupo Gay da Bahia, Grupo de Advogados pela Diversidade e Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, os quais se manifestaram favoráveis aos pleitos formulados pelo autor da ação constitucional. Vale destacar que, ao deferir a admissão das associações, o Ministro Relator destacou que a intervenção do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade é de suma importância segundo a jurisprudência da Corte, tendo em vista que gera uma desejável ampliação do debate e, por consequência, aumenta a legitimidade democrática das decisões do STF.

Merece registro, nessa linha, que a pluralidade no debate da questão apreciada na ADO n.º 26 foi de fato incentivada pelo Ministro Relator Celso de Mello, tendo em conta que, assim como admitiu associações apoiadoras dos interesses da comunidade LGTB, igualmente autorizou o ingresso de entidades que se manifestaram pela improcedência dos pedidos formulados pelo partido político autor da ação. A propósito, ao ser encaminhado para julgamento, o feito contava no total com onze entidades admitidas como *amicus curiae*³³.

³³ Em que pese as teorias dos diálogos institucionais considerem a figura do *amicus curiae* como uma forma de aumentar a legitimidade democrática das decisões judiciais, deve-se ressaltar que existe corrente doutrinária que não enxerga no *amicus curiae*, mormente por concentrar a representação dos interesses da sociedade em determinados entes públicos e associações, uma forma de efetivamente levar ao processo judicial os interesses da sociedade. Nesse sentido, Sérgio Cruz Arenhart: “Sabe-se que as leis brasileiras que ultimamente trataram de processos coletivos optaram por conferir a legitimidade processual (ao menos para a representação do grupo ou da coletividade) a pessoas e órgãos públicos, que tivessem capacidade de bem defender os interesses da sociedade, e a associações que preenchessem certos requisitos. [...] Porém, mesmo essa opção mais recente não é garantia de ‘representatividade adequada’ dos interesses postos em jogo. Afinal, a legitimidade *ex lege* concebida pelo direito brasileiro, dada a essas entidades, não realiza qualquer controle de

A tão desejável pluralidade nos agentes participantes do controle concentrado de constitucionalidade pode ser verificada na divergência de teses sustentadas pelos *amicus curiae*, já que, manifestando-se contrário ao pleito inicial, ingressaram no processo: Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida, Convenção Brasileira de Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM e Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE. Por outro lado, pronunciando-se favoravelmente à pretensão de reconhecimento de inconstitucionalidade por omissão, participaram as seguintes entidades: Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados – PSTU, Conselho Federal de Psicologia, Associação Nacional de Travestis e Transsexuais – ANTRA, Defensoria Pública do Distrito Federal, Grupo Gay da Bahia – GGB, Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT e Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS.

Consoante a jurisprudência do STF, ao *amicus curiae* é dado participar no feito mediante a apresentação de memoriais e realização de sustentação oral na sessão de julgamento. Dentre as onze entidades admitidas nessa qualidade no feito, apenas a Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE se valeu da faculdade de apresentar memoriais nos autos da ADO n.º 26. Todavia, no que tange à realização de sustentação oral, identificou-se uma maior participação dos *amicus curiae*, uma vez que seis entidades exerceram a prerrogativa de sustentar oralmente suas razões, sendo elas: Grupo Gay da Bahia – GGB, Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS, Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE), Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida, Grupo Dignidade – pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros e a Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA.

A importância da figura do *amicus curiae* em um processo que versa sobre tema que afeta o direito de uma coletividade é inegável, tendo em conta que tal instrumento é capaz de trazer ao processo judicial o viés de um especialista na matéria em julgamento, bem como permite a representação pessoalizada de certos interesses e posições de grupos da sociedade civil que possivelmente serão atingidos pela decisão judicial em construção (ARENHART, 2019).

ligação próxima entre a conduta processual da parte e os interesses cuja tutela se afirma representar, caindo nas críticas acima feitas.” (ARENHART, 2019, p. 806-807)

Ademais, a própria Suprema Corte, quando do julgamento da ADI n.º 2.321/DF, firmou entendimento no sentido de que o *amicus curiae* tem por objetivo essencial “pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte.” (BRASIL, 2005, p. 81).

Constata-se, assim, que, ao revés da atuação tímida dos amigos da corte que ingressaram na ADO n.º 25, os *amicus curiae* admitidos na ADO n.º 26 tiveram uma importância efetiva para o fortalecimento da legitimidade democrática da Corte no julgamento da referida ação constitucional, sendo tal afirmação oriunda da verificação de que ocorreu a análise e, posteriormente, o acolhimento pelos julgadores dos argumentos declinados pelas entidades representantes de grupos da sociedade civil.

Ao proferir o seu voto na sessão de julgamento, o Ministro Relator Celso de Mello se valeu das informações trazidas aos autos do processo pelo *amicus curiae* Grupo Gay da Bahia – GGB, no sentido de reconhecer que no Brasil existe uma proteção deficiente dos direitos fundamentais da comunidade LGBT, sendo os dados estatísticos apresentados pela associação adotados como razões de decidir no voto Ministro:

Os atos lesivos praticados contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros e demais integrantes do grupo LGBT têm atingido um nível preocupante, além de inaceitável, na escala de violência e de ódio dirigidos aos membros de referido grupo, a ponto de o eminente Advogado Dr. PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, em suas diversas manifestações sobre a questão (inclusive na petição inicial desta ação), parafraseando HANNAH ARENDT (“Eichmann em Jerusalém – A Banalidade do Mal”), qualificar essa gravíssima realidade contemporânea como expressão da “banalidade do mal homofóbico e transfóbico”.

Os dados estatísticos revelados pelos “amici curiae” demonstram que a comunidade LGBT no Brasil é, reiteradamente, vítima das mais diversas formas de agressão motivadas, única e exclusivamente, pela orientação sexual e/ou identidade de gênero dos indivíduos, sendo as agressões físicas – lesões corporais e homicídios – a concretização efetiva do comportamento racista dirigido contra essa minoria, dissonante do padrão hétero-normativo prevalecente na sociedade brasileira.

Nesse sentido, cabe referir que o “Grupo Gay da Bahia – GGB”, admitido nestes autos como “amicus curiae” e em funcionamento desde 18/03/1983, monitora os dados relacionados à violência contra a população LGBT, tendo apresentado, anualmente, relatórios que demonstram que o Brasil é “o campeão mundial desse tipo de crime”. Eis algumas das conclusões reveladas pelos estudos elaborados por referida entidade com base em

informações obtidas na rede mundial de computadores, nos meios de comunicação social e, ainda, por intermédio de voluntários que atuam em atividade de cooperação com o grupo LGBT:

- a) aumento de 30%, em 2017 em relação ao ano anterior, dos homicídios contra o grupo LGBT, atingindo o número de 445 mortes no período;
- b) 56% dos assassinatos ocorrem em via pública;
- c) das 445 vítimas referidas, 194 (43,6%) eram gays, 191 (42,9%) trans, 43 (9,7%) lésbicas, 5 (1,1%) bissexuais e 12 (2,7%) heterossexuais, estes incluídos porque foram mortos em circunstâncias que revelam condutas homofóbicas dos agressores, v.g. em defesa de gays amigos/parentes;
- d) o número de transgêneros mortos entre 2016 e 2017 demonstra que o Brasil é o primeiro colocado no “ranking” mundial, tal como referido pelo Relatório Mundial da Transgender Europe, organização que registra dados relacionados ao tema;
- e) jovens que são rejeitados por sua família têm alto índice de tentativa de suicídio (8,4 vezes mais);
- f) foram registrados, até outubro, no ano de 2018, 347 homicídios de pessoas LGBT no país. (BRASIL, 2019, p. 38)

Identificou-se, igualmente, uma forte influência da atuação dos *amicus curiae* no voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, visto que o reconhecimento por parte do Magistrado de uma necessidade de maior proteção aos direitos fundamentais de membros da comunidade LGBT partiu da análise dos dados trazidos pelos amigos da Corte acerca das agressões físicas e psíquicas sofridas por homossexuais, travestis e transexuais:

Segundo os dados trazidos pela Defensoria Pública do Distrito Federal, na condição de *amicus curiae*, em 2017, mais de uma pessoa por dia foi morta em razão do fato de ser pertencente à comunidade LGBT. Para além disso, nesse mesmo ano, mais de 40% das pessoas trans já tentaram suicídio em razão de perseguições por sua orientação de gênero.

Consoante aos dados expostos pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais, o Disque Direitos Humanos registrou 2.353 violações homofóbicas, em 2011; 6.136 casos, em 2012; e 3.398, em 2013. Assim, como bem sintetizado pelo Grupo Gay da Bahia, na condição de *amicus curiae*, casos pormenorizados de crueldade contra esse segmento populacional são recorrentes e podem ser vistos em torno de todo o território brasileiro.

As agressões físicas e psíquicas contra homossexuais e, mais flagrantemente, contra travestis e transgêneros correspondem, sem dúvida, a uma das faces mais trágicas da discriminação por orientação sexual ou homofobia no Brasil. Tal violência tem sido denunciada com bastante veemência pelo Movimento LGBT, por pesquisadores de diferentes Universidades brasileiras e pelas organizações da sociedade civil, que têm procurado produzir dados de qualidade sobre essa situação.

O simples diagnóstico da gravidade da discriminação é suficiente para impor ao poder público o dever de adotar medidas mais eficazes de combate à homofobia e outras formas de discriminação de gênero e orientação sexual que as atualmente existentes. É o que caracteriza, no presente caso, a proteção estatal insuficiente dos direitos fundamentais desse grupo. (BRASIL, 2019, p. 20-21)

Na mesma toada foi o entendimento sustentado pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADO n.º 26, dado que o Magistrado declarou em seu voto que a participação de entidades na forma de *amicus curiae* teve o condão de ampliar a compreensão da Corte acerca da situação de vulnerabilidade da comunidade LGBT no Brasil. Com essa compreensão, o Ministro admite que a atuação dos *amicus curiae* estimula a democratização da jurisdição constitucional, uma vez que autoriza que argumentos da sociedade civil sejam levados à Corte por intermédio de entidades qualificadas como *amicus curiae*, efetivando uma diálogo entre a Corte e a própria sociedade civil:

Durante a tramitação dos presentes feitos (ADO e MI), a participação de entidades representantes da sociedade civil – sobretudo aquelas habilitadas na forma de *amici curiae* – expandiu a compreensão deste Tribunal sobre o quadro atual de extrema vulnerabilidade a que estão expostos os grupos LGBT no Brasil.

As informações trazidas ao conhecimento da Corte dão conta de um estado reiterado de exposição de minorias a atos odiosos rotineiramente praticados, sem que haja uma resposta efetiva do Estado no sentido de resguardar as esferas jurídicas individuais violadas. [...]

Sem dúvida, é alarmante o estado de perigo vivido pelos membros das comunidades LGBT no Brasil. A entidade “Grupo Gay da Bahia – GGB”, admitida como *amicus curiae* no presente feito, trouxe aos presentes autos relatórios que demonstram de forma clara a gravidade do número de incidentes de transfobia e homofobia que resultaram em assassinatos. De acordo com a entidade GGB, no ano de 2017, a quantidade de homicídios cometidos em razão de orientação sexual chegou a 445 mortes, número 30% maior do que o diagnosticado no ano anterior. Do total, 56% desses crimes acontecem em espaço público, o que ressalta ainda mais a crueldade social desse tipo de delito. (BRASIL, 2019, p. 12-13)

Por outro lado, não há que se falar em ausência de pluralidade no diálogo estabelecido entre o Tribunal e a sociedade civil mediante a atuação dos amigos da Corte no julgamento da ADO n.º 26, pois, como mencionado acima, o STF admitiu o ingresso no feito de entidades favoráveis e contrárias à tese de criminalização da homofobia e transfobia, o que inegavelmente revestiu o processo judicial de pluralidade e, conseqüentemente, acentuou a legitimidade democrática da decisão proferida pelo Órgão de Cúpula do Judiciário. Não deve prosperar, portanto, argumentos no sentido de que a Corte somente admite *amicus curiae* na intenção de corroborar um entendimento predefinido pelo Tribunal acerca da matéria em julgamento, visto que, se assim fosse, as entidades que sustentaram tese contrária ao pedido veiculado pelo Partido Popular Socialista na ADO n.º 26 teriam os pleitos de admissão no feito indeferidos.

Aliás, a pluralidade da deliberação realizada pela Corte com o ingresso de variadas entidades como *amicus curiae* pôde ser verificada no voto do Ministro Alexandre de Moraes, uma vez que, apesar de o Ministro votar favorável à declaração de omissão inconstitucional na criminalização da homofobia e transfobia, apreciou em seu voto tanto os argumentos suscitados pelas entidades favoráveis à declaração de omissão inconstitucional como aqueles sustentados por entidades que advogavam a tese de inexistência de mandamento constitucional que veiculasse o dever de criminalizar condutas homofóbicas ou transfóbicas.

Em um primeiro momento, o Ministro Alexandre de Moraes elenca em seu voto os principais argumentos levados à Corte pelos *amicus curiae* que comungavam do mesmo entendimento sustentado pela agremiação partidária autora da ADO n.º 26:

O posicionamento do autor é reforçado pela manifestação de diversos *amici curiae*, que apontam a omissão legislativa e a imediata necessidade de edição de lei penal que tipifique as condutas homofóbicas e transfóbicas.

O Grupo Dignidade pela cidadania de gays, lésbicas e transgêneros, em sua manifestação, entende que:

“Tal questão se mostra ainda mais evidente visto que a postura do Estado em relação às violências causadas por opressões culturais, como o racismo e o machismo, de forma geral, é a criminalização, como se vê na criminalização do racismo e do feminicídio. Um tratamento diferenciado apenas para LGBTI seria evidente afronta à isonomia. Enquadra-se, portanto, o dever de combate à homofobia e transfobia na ordem constitucional de legislar criminalmente, disposta no artigo 5º, inc. LVII da CF/88, bem como na ordem constitucional de punir criminalmente do artigo 5º, inc. LVI da CF/88, caracterizando-se assim a mora do Congresso Nacional na criminalização específica dessas formas de violência”.

Por sua vez, a ANTRA – Associação Nacional dos Travestis e Transexuais, argumenta que:

“A violência contra a população LGBT é gravíssima. Nós somos um país ainda muito pouco inclusivo e plural. Os dados de monitoramento das políticas públicas nos ajudam a entender essa realidade, que precisa ser combatida para a construção de um Brasil mais democrático e humano. Segundo o Relatório Final da 3ª Conferência Nacional de Políticas Públicas de Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT (BRASIL, 2016, p. 16), 2.964 violações aos direitos LGBT ocorreram só no ano de 2015. Esse número é muito maior na realidade, pois o Estado não toma conhecimento de muitas violências homofóbicas — é o fenômeno da subnotificação. Infelizmente, a violência LGBT ainda é banalizada no país”.

O GADVS – Grupo de Advogados pela diversidade sexual, afirma que:

“a não previsão legal da punição da homofobia no Brasil constitui uma violação direta dos ordenamentos constitucional e convencional, não podendo o País alegar em sua defesa questões como reserva legal ou silêncio eloquente, uma vez que há um comando não apenas objetivo/direto, mas também urgente quanto ao tratamento da questão da homofobia nos Estados Americanos”.

O Grupo Gay da Bahia, por fim, acrescenta que:

“Constituição Cidadã é clara quando preceitua que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a “cidadania”, a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, incs. II e III) e tem como objetivo “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, bem como “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, incs. I e IV). O Estado Democrático de Direito só se concretiza e mostra sua força quanto mais se respeitam e se possibilita o exercício dos direitos básicos, a convivência pacífica em sociedade”. (BRASIL, 2019, p. 16-17)

Todavia, assim como apreciou os argumentos inclinados à necessidade de declaração de mora legislativa na criminalização da homofobia e transfobia, o Ministro Alexandre de Moraes fez questão de consignar em seu voto os fundamentos aventados por entidades que rechaçavam a tese defendida pelo autor da ADO n.º 26 e, por conseguinte, apoiavam o entendimento do Senado Federal no sentido de inexistir omissão inconstitucional no caso examinado:

Por sua vez, o Senado Federal defende a constitucionalidade de sua conduta, uma vez que não existiria mandamento constitucional expreso e obrigatório no sentido de específica criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas; e, conseqüentemente, as medidas legislativas, atualmente, existentes – dentro da legítima opção do legislador – afastariam eventuais lacunas legislativas, e, portanto, a própria omissão inconstitucional. [...]

Entende a COBIM – Convenção das Igrejas Evangélicas Meonitas, que: “não cabe ao Poder Judiciário, nem ao próprio Supremo Tribunal Federal, invadir a competência legislativa exclusiva do Congresso Nacional, como é no caso das legislações penais (...) Sendo assim, temos como juridicamente impossíveis os pedidos deduzidos na inicial, ante a impossibilidade do Supremo Tribunal Federal funcionar como legislador positivo, situação que, caso ocorra, ferirá de morte o princípio da separação dos poderes e seria salutar o reconhecimento da preliminar ora invocada ante a inviabilidade jurídica dos pedidos deduzidos na inicial”.

A Frente Parlamentar da Família e Apoio à Vida, em sua manifestação, afirma que:

“Nesse conjunto de ideias, é de se concluir que, havendo, na matéria, reserva de parlamento, nem mesmo é dado ao Órgão de Cúpula do Poder Judiciário se imiscuir, conquanto por sentença meramente exortativa, no juízo de oportunidade e conveniência do legislador penal, qualificado por ampla discricionariedade política. A criação de tipo penal, com efeito, não pode ser, num regime democrático, sugerida pelo Poder Judiciário, ou influenciada ainda que por decisão de cunho declaratório, sobretudo se nela fixada prazo para o desempenho da atividade monogenética”.

A Associação Nacional de Juristas evangélicos, em suas alegações, aponta que:

“não há comando constitucional de criminalização específica da homofobia e transfobia. Assim, não há que se falar em inconstitucionalidade por omissão, muito menos da possibilidade de criminalização por provimento jurisdicional, pois, reitere-se, essa decisão cabe exclusivamente ao legislador infraconstitucional”. (BRASIL, 2019, p. 18-19)

O voto do Ministro Alexandre de Moraes corrobora o entendimento de que os *amicus curiae* têm a capacidade de ampliar o debate e, dessa forma, democratizar a

jurisdição constitucional, uma vez que, como registrado alhures, a ADO n.º 26 contou com a participação de entidades plurais, sendo que os argumentos de tais entidades, em que pese diametralmente opostos, foram considerados quando do julgamento da ação. Isso demonstra que a decisão judicial, quando forjada no bojo de um processo aberto e inclusivo, que admite uma participação diversificada e efetiva de amigos da Corte, torna-se um produto do diálogo desenvolvido por essas entidades dentro dos autos do processo judicial.

Como assevera Roberto Gargarella (2022), as inovações institucionais realizadas pelas Cortes Constitucionais, como a admissão de *amicus curiae*, têm tornado possível algo que antes parecia improvável: alcançar processos de tomada de decisão mais abertos, mais imparciais e mais inclusivos.

Assim, não há como negar que a participação de forma substancial dos *amicus curiae* nos autos da ADO n.º 26 revela que o Supremo Tribunal Federal está se valendo de práticas inseridas no contexto do constitucionalismo dialógico para aumentar a legitimidade democrática de suas decisões, o que é alcançado através de um processo de construção da decisão judicial em que vozes de grupos normalmente marginalizados são ouvidas e acolhidas. Percebe-se que, ao agir dessa forma, a Corte reduz o *deficit* democrático de suas decisões que declaram a omissão inconstitucional do Parlamento e concretizam direitos sociais, já que tenta conciliar no próprio processo decisório as dimensões do constitucionalismo, como defesa dos direitos fundamentais, e da democracia, na acepção de assegurar a participação popular.

Com efeito, a atuação dos *amicus curiae* na ação ora analisada faz com que a decisão judicial se torne um instrumento de consagração daquela vontade manifestada pela sociedade civil e que se apresenta como compatível, sob a avaliação do STF, com os limites materiais estampados na própria Constituição. Assim, a participação dos amigos da Corte acaba por viabilizar a inserção da opinião pública no processo decisório, sendo que a própria decisão judicial que identificou e contemplou os argumentos da sociedade civil poderá servir como um balizador para a futura regulamentação da matéria pelo Poder Legislativo.

A propósito, evidenciando que o comportamento da Corte ao julgar a ADO n.º 26 é norteado por uma visão que estimula o diálogo entre os Poderes na

conformação do texto constitucional, o Ministro Barroso registrou em seu voto que a ideia da Corte ao criminalizar a homofobia e a transfobia não é resolver a questão de forma definitiva e imutável, mas sim estabelecer um “respeitoso diálogo com o Congresso Nacional e a sociedade, à luz da teoria constitucional e da teoria democrática”. (BRASIL, 2019, p. 14)

O Ministro Luiz Fux, de igual forma, reconheceu em seu voto que o juízo de procedência proferido pelo STF na ADO n.º 26 não deveria ser interpretado como o encerramento da deliberação acerca da criminalização da homofobia e transfobia, como se a Corte fosse a única instituição legitimada a resolver a questão objeto do julgamento. Na visão do Ministro, a procedência da ação movida pelo Partido Popular Socialista é a sinalização dada pela Corte Constitucional ao Legislativo no sentido de que o tema da criminalização da homofobia e transfobia merece mais atenção por parte dos órgãos legislativos:

No diagnóstico de Balkin, uma das variáveis centrais para o sucesso de uma demanda por direitos é a articulação com o sistema políticopartidário. Por essa razão, o presente julgamento precisa ser vislumbrado, para além da fundada procedência da ação, como uma forte sinalização ao Legislativo de que o quadro fático é alarmante e merece maior atenção. É inegável que haverá resistência de parcela expressiva da população. Fossem as medidas contempladas de bom grado ou socialmente espontâneas, não haveria que se tratar de reconhecimento ou de tolerância: “a tolerância é necessária em virtude de algo que preferiria não existisse”. É justamente por haver homofobia e transfobia, que o poder público deve adotar posturas combativas, que independam de pretensões eleitoreiras. A democracia não se confunde com o princípio majoritário, mas antes abrange a defesa de minorias. Nas palavras de John Hart Ely, “o dever de representatividade que reside na essência de nosso sistema requer mais do que uma voz e um voto” (Democracy and Distrust: a theory of Judicial Review. Harvard University Press, 1980. p. 135). (BRASIL, 2019, p. 13-14)

Ainda, o Ministro Ricardo Lewandowski também admitiu em seu voto que o julgamento da ADO n.º 26 pelo Supremo Tribunal Federal serviria como uma forma de facilitar a inserção do tema da criminalização da homofobia e transfobia na agenda do legislativo, visto que, após a decisão judicial no sentido de reconhecer o dever constitucional de legislar sobre o tema, o custo eleitoral suportado pelos parlamentares no enfrentamento de uma questão impopular, como a debatida na ação constitucional analisada, seria significativamente menor:

A omissão parlamentar em cumprir o mandado de criminalização, nos casos de que ora se trata, pode ser compreendida como um fenômeno que, mais do que jurídico, é político: como explica Ran Hirschl, com a ascensão do

conceito de supremacia constitucional em todo o mundo, os tribunais tornaram-se instituições sensíveis aos reclamos de grupos sistematicamente excluídos da esfera política, contando com o apoio – explícito ou implícito – dos atores políticos, os quais, ao transferir sua responsabilidade para as instituições judiciais, evitam sua responsabilização política por decisões impopulares.

Efetivamente, os atores políticos têm ciência de que são mais facilmente responsabilizados, perante seus eleitores, por suas ações do que pelas respectivas omissões. Nesse sentido, a judicialização pode contribuir para a inserção de determinados temas na agenda política. Os grupos sistematicamente excluídos de direitos têm, outrossim, mais facilidade para alcançar seus objetivos estratégicos por meio do Poder Judiciário, cujo acesso é mais simples e menos custoso do que o acesso ao Legislativo e ao Executivo. (BRASIL, 2019, p. 8)

Infere-se, dessa forma, que a decisão judicial proferida na ADO n.º 26, no sentido de declarar a mora inconstitucional na criminalização da homofobia e transfobia e autorizar, até que sobrevenha lei específica emanada do Congresso Nacional, a aplicação dos preceitos primários de incriminação definidos na Lei n.º 7.716/89 (Lei Antirracismo) para punir condutas homofóbicas e transfóbicas, representa apenas uma etapa do processo dialógico de construção da decisão “correta” acerca de um tema deveras delicado.

É possível enquadrar a decisão proferida como a materialização da teoria dialógica do aconselhamento judicial, uma vez que a Corte, sem a intenção de vincular o Legislativo à solução provisória indicada (aplicação da Lei n.º 7.716/89), estabeleceu a necessidade de o Congresso Nacional criminalizar a homofobia e transfobia com base nos mandamentos de criminalização estampados nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal, indicando que tais condutas devem ser interpretadas de forma semelhante àquelas reprimidas pela Lei n.º 7.716/89, porquanto a Corte considerou a homofobia e a transfobia como manifestação do racismo na sua dimensão social.

Portanto, ao indicar que a homofobia e a transfobia devem receber um tratamento repressivo por parte do Estado de forma semelhante às condutas racistas punidas pela Lei n.º 7.716/89, o Tribunal adota a teoria do aconselhamento judicial e vale-se da técnica dos roteiros constitucionais (*constitutional roadmaps*), pois, além de pronunciar a inconstitucionalidade por omissão do Congresso, aponta um possível caminho de tratamento da referida matéria, isto é, criminalizá-la na forma de racismo, de modo que, a partir da decisão judicial, o Legislativo possui um norte para a regulamentação do tema que pende de proteção legislativa específica.

Por fim, cumpre registrar que até a conclusão desta pesquisa o Congresso Nacional não apresentou uma resposta concreta ao diálogo iniciado pelo Supremo Tribunal Federal ao criminalizar a homofobia e transfobia, tendo em vista que, passados três anos do julgamento da ADO n.º 26, ainda existe lacuna legislativa no que se refere à edição de legislação específica para criminalizar as práticas homofóbicas e transfóbias³⁴.

4.4 Análise qualitativa da ADO n.º 30

A terceira e última ação analisada neste estudo trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão que restou autuada sob o n.º 30 pelo Supremo Tribunal Federal. A referida demanda judicial foi proposta pelo então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, em 18 de fevereiro de 2015, com o desiderato de que a Suprema Corte julgasse procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da Lei Federal n.º 8.989/95, determinando, ainda, a aplicação do inciso IV do artigo 1º da Lei Federal n.º 8.989/95 aos deficientes auditivos enquanto perdurasse a omissão legislativa. Além disso, o Procurador-Geral da República postulava, em caso de procedência do pedido de declaração da omissão inconstitucional, a fixação de prazo razoável para que o Congresso Nacional editasse norma supridora da exclusão dos deficientes auditivos do rol do inciso IV do artigo 1º da Lei Federal n.º 8.989/95.

Em suas razões, o autor da ADO n.º 30 sustentava que o artigo 1º, inciso IV, da Lei Federal n.º 8.989/95³⁵, ao especificar as deficiências ensejadoras do

³⁴ Importante registrar que o fato de o Congresso Nacional ainda não ter editado lei criminalizando a homofobia e a transfobia não significa que a ADO n.º 26 não serviu como uma etapa do diálogo institucional sobre o tema. Isso porque o processo de construção da resposta legislativa à Corte, sobretudo em questões que envolvem desacordos morais da sociedade civil, é extremamente complexo e moroso, exigindo uma ampla deliberação entre os parlamentares, de sorte que o lapso temporal de três anos pode ter sido insuficiente para a conclusão dessa tarefa. Todavia, ainda quando do julgamento da ADO n.º 26 pelo Plenário do STF, foi possível perceber que o enfrentamento da questão pela Suprema Corte estimulou o Legislativo a avançar na apreciação do tema, dando indícios de uma reação legislativa à atuação do Judiciário, pois restou aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal o Projeto de Lei 672/2019, que alterava a Lei n.º 7.716/89 para criminalizar a discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero, e o Projeto de Lei 191/2017, responsável por alterar a Lei Maria da Penha para que as disposições da referida lei fossem aplicadas a mulheres transgêneros e transexuais..

³⁵ Art. 1º Ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável ou sistema reversível de combustão, quando adquiridos por: (Redação dada pela Lei nº 10.690, de 16.6.2003) [...] IV – pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante

benefício fiscal de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados na aquisição de certos automóveis de fabricação nacional, “deixou de incluir os deficientes auditivos, implicando discriminação desarrazoada, a configurar omissão parcial inconstitucional” (BRASIL, 2020, p. 2). Entendia, igualmente, que a referida omissão implicava em violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, motivo pelo qual postulava pela interferência do Poder Judiciário no caso.

Não obstante o proponente da ação não indicar de forma objetiva a norma constitucional que padecia de regulamentação legislativa, defendia o cabimento da ação de inconstitucionalidade por omissão com base na alegação de que o artigo 1º, inciso IV, da Lei Federal n.º 8.989/95 era insuficiente para concretizar os direitos assegurados pela Constituição Federal, mormente por não atender a preceitos de ordem principiológica, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

Nessa linha, arguiu que a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional que não impõe apenas um *non facere*, um dever de abstenção por parte do Estado, mas também exige a promoção de “ações afirmativas com o objetivo de proporcionar condições de autonomia para assegurar à pessoa humana uma existência digna” (BRASIL, 2020, p. 2). Dessa sorte, considerou que a Lei Federal n.º 8.989/95, mais precisamente no seu artigo 1º, IV, buscou assegurar o preceito da dignidade da pessoa humana em relação às pessoas com deficiência, especialmente para atenuar as dificuldades que essas pessoas enfrentam para a vida em sociedade, dada as limitações de mobilidade e acesso aos espaços públicos.

A Lei n.º 8.989/95, nessa linha de argumentação, é um instrumento de efetivação da política fiscal de inclusão social de uma parcela vulnerável da sociedade, porém, ao sentir do Procurador-Geral da República, a referida política pública estava sendo executada de maneira errônea, já que abarcava os portadores

legal; (Redação dada pela Lei nº 10.690, de 16.6.2003) [...] § 1º Para a concessão do benefício previsto no art. 1º é considerada também pessoa portadora de deficiência física aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplicia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções. (Incluído pela Lei nº 10.690, de 16.6.2003)

de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, excluindo, injustificadamente, as pessoas com deficiência auditiva.

Assim, na esteira do entendimento defendido pelo autor da ação, impunha-se a declaração da omissão inconstitucional parcial em relação ao artigo 1º, inciso IV, da Lei Federal n.º 8.989/95 para corrigir a discriminação desarrazoada cometida pelo legislador ordinário ao distinguir dentro do grupo de pessoas com deficiência aquelas que sofrem de problemas auditivos.

O Ministro Relator Dias Toffoli, ao receber a ação constitucional proposta, solicitou informações ao Congresso Nacional e autorizou a manifestação do Advogado-Geral da União acerca do pleito formulado naquela demanda.

O Advogado-Geral da União, em caráter preliminar, alegou a impossibilidade jurídica do pedido formulado na ADO n.º 30, visto que, de acordo com o artigo 103, §2º, da Constituição Federal, não cabe ao Supremo Tribunal Federal “impor prazo de cumprimento obrigatório aos Poderes competentes para a edição do ato normativo reclamado, bem como suprir, por ato próprio, a suposta omissão do legislador inadimplente” (BRASIL, 2020, p. 4), vez que essas providências são incompatíveis com a independência dos Poderes da República e não encontram previsão no dispositivo constitucional que regulamenta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da CF). Com base em tal alegação preliminar, postulou o não conhecimento da ação no tocante aos pedidos de “aplicação do inciso IV do artigo 1º da Lei Federal n.º 8.989/95 aos deficientes auditivos enquanto perdurar a omissão legislativa” e em relação ao pleito de que “seja estipulado prazo razoável para o Congresso Nacional editar norma a suprir a exclusão dos deficientes auditivos do rol do inciso IV do artigo 1º da Lei 8.989/1995”.

Dentre as considerações acerca do mérito da ADO n.º 30, o Advogado-Geral da União pontuou que o pedido de declaração de omissão inconstitucional parcial não merecia prosperar, porquanto não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, norma constitucional que exija o deferimento da isenção tributária debatida naquele feito às pessoas portadoras de deficiência, independentemente do tipo de deficiência. Reconhecia, assim, que o benefício fiscal previsto na Lei n.º 8.989/95 estava dentro do campo de conveniência e oportunidade dos Poderes responsáveis pela criação da política pública de inclusão social, não cabendo ao Supremo

Tribunal Federal remodelar a referida política, até mesmo por ela não decorrer de “dever de legislar” previsto em mandamento constitucional.

A Presidência do Congresso Nacional, por seu turno, informou nos autos que não concordava com a afirmação do proponente da ação no sentido de existir inércia do Poder Legislativo configuradora de omissão inconstitucional, tendo em vista que tramitava nas Casas Legislativas projetos de lei destinados a estender o benefício fiscal aos deficientes auditivos. Considerando que o processo legislativo houvera iniciado, a Presidência do Congresso Nacional sustentou que não caberia a intervenção da Suprema Corte na regulamentação da matéria, pois, em homenagem ao regime democrático, ao pacto federativo e, sobretudo, ao princípio da colegialidade, a matéria deveria ser debatida e aprovada pelo Plenário das Casas do Congresso Nacional.

Ainda, refutando o pedido formulado na ação constitucional, o Congresso Nacional registrou que o artigo 12-H da Lei n.º 9.868/99³⁶, responsável por regulamentar o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão no plano infraconstitucional, não autoriza o Supremo Tribunal Federal “*sponte propria*, a suprir eventual omissão inconstitucional, mas prescreve tão somente que a Corte determine a adoção de providências” (BRASIL, 2020, p. 4), ou seja, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a Corte, ao declarar a omissão inconstitucional, pode tão somente notificar o Poder Público responsável pela omissão. Demonstrou, em síntese, que o regramento vigente é uma proteção a separação dos Poderes, impedindo a atuação legiferante excepcional do Supremo Tribunal Federal no caso de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Após a prestação de informações pelos requeridos, pautado o processo para julgamento pelo Plenário da Suprema Corte, sobreveio pedido de admissão no feito na qualidade de *amicus curiae* pela Defensoria Pública da União (DPU). A instituição fundamentava o seu pleito no fato de a Lei Complementar n.º 80/94 atribuir, em seu

³⁶ Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). § 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). § 2º Aplica-se à decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, o disposto no Capítulo IV desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009).

artigo 4º, XI³⁷, à Defensoria Pública a função institucional de exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da pessoa portadora de necessidades especiais, o que, em tese, justificaria a representação desse grupo de pessoas pela Defensoria Pública da União.

Com nítida intenção de fomentar o diálogo entre entidade representante de parcela da sociedade civil e os demais atores que integravam o processo judicial, o Ministro Relator Dias Toffoli proferiu decisão no sentido de excepcionar a jurisprudência da Corte, a qual se apoia no entendimento de que o pedido de ingresso do *amicus curiae* pode ser formulado até a data em que o Relator liberar o processo para pauta, de modo que, em caráter excepcional, o Ministro Relator acolheu o pleito de admissão da DPU na ADO n.º 30.

Ocorre, todavia, que, a exemplo do verificado na ADO n.º 25, a admissão do *amicus curiae* na ADO n.º 30 não teve o condão de estabelecer um diálogo entre a Corte e a sociedade civil, uma vez que a participação da DPU foi praticamente imperceptível, haja vista que não apresentou memoriais nos autos, tampouco proferiu sustentação oral, as quais correspondem as duas formas de participação do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade. É possível afirmar que a participação do *amicus curiae* não foi decisiva para a formação da convicção da Suprema Corte no julgamento da ADO n.º 30 pelo fato de não ser constatado no voto do Ministro Relator Dias Toffoli qualquer argumento com relação à participação da DPU no feito. Aliás, a admissão do *amicus curiae* sequer constou do relatório do voto proferido pelo Ministro Relator, o que evidencia a pouca influência da atuação da entidade na solução final adotada pela Corte naquele julgamento.

Ao indicar que a participação do *amicus curiae* na ADO n.º 30 foi desprovida de relevância, não se está concluindo que essa forma de inserção de entidades representativas da sociedade civil no controle concentrado de constitucionalidade é incompatível com a efetivação do diálogo institucional e com o aprimoramento da legitimidade democrática da Corte. Está, em verdade, constatando que o diálogo para ser instaurado necessita de que o *amicus curiae* realize a representação adequada dos interesses coletivos em deliberação, pois a mera admissão nos autos

³⁷ Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [... XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;

não é suficiente para democratizar a jurisdição constitucional, como almejam as teorias dialógicas.

Conforme leciona Sérgio Cruz Arenhart (2019, p. 810), “a mera previsão em abstrato, na lei, da autorização para que certos entes possam tutelar direitos individuais de massa ou metaindividuais é muito pouco para assegurar uma proteção adequada desses interesses”. Isso porque a singela previsão abstrata não garante que o legitimado possua qualquer compromisso com o direito a ser protegido ou até mesmo conhecimento técnico suficiente para incorporar ao debate judicial os elementos que justificam as pretensões daquela parcela da sociedade representada pelo *amicus curiae*.

Nota-se, desse modo, que a efetivação do diálogo institucional a partir da atuação do *amicus curiae* exige não só a admissão dessa figura no processo, mas também que a entidade admitida exerça uma representação adequada e efetiva dos interesses do grupo que alega representar, sob pena de a atuação do *amicus curiae* ser apenas *pro forma* e irrelevante para o fortalecimento da legitimidade democrática da Corte Constitucional³⁸.

Com efeito, ao julgar procedentes os pedidos veiculados na ADO n.º 30, a Corte, alicerçada no voto do Ministro Relator Dias Toffoli, entendeu que a mera existência de projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional não elide a omissão inconstitucional, visto que a própria *inertia deliberandi* das Casas Legislativas em debater a matéria e aprovar o ato normativo dentro de um prazo razoável pode configurar uma omissão passível de ser reputada inconstitucional (BRASIL, 2020, p. 3).

Ademais, o voto do Ministro Relator também foi no sentido de afastar a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido aventada pelo Advogado-Geral da União, sendo adotado pela Corte o entendimento de que, a partir da introdução do

³⁸ Exemplo de representação adequada dos interesses por *amicus curiae* ocorreu na ADO n.º 26, pois, como visto no subcapítulo anterior, as entidades apresentaram dados e argumentos que foram decisivos para a formação da convicção dos Ministros que participaram daquele julgamento. Essa constatação corrobora o afirmado: a figura do *amicus curiae* é relevante para fomentar a legitimidade democrática da Corte, contanto que exerça uma representação adequada dos interesses em discussão, fazendo com que elementos externos sejam introduzidos no debate judicial, pluralizando e enriquecendo a prestação da tutela jurisdicional.

artigo 12-F, §1º, na Lei n.º 9.868/99³⁹, que autoriza o deferimento de cautelar em ADO inclusive para que o Tribunal adote qualquer providência, ocorreu uma ampliação dos limites da tutela jurisdicional na ADO. Diante da alteração legislativa, a jurisprudência do STF passou a sustentar que, à mingua de previsão no texto constitucional (art. 103, §2º, da CF), é possível sentenças de conteúdo aditivo nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, podendo a Corte suprir a omissão inconstitucional quando a declarar, não ficando mais limitada à mera notificação do Poder competente para adotar providências (BARROSO, 2011).

No tocante à matéria de mérito do caso em julgamento, o Tribunal sustentou que ampliar o benefício fiscal aos deficientes auditivos com base em decisão judicial não importaria em atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, pois se estaria diante de um caso em que a omissão do Poder Público implicava em grave comprometimento da dignidade da pessoa humana, de sorte que caberia ao Tribunal adotar medidas para efetivar o preceito violado (BRASIL, 2020, 15).

Segundo o voto do Ministro Relator, é possível o controle jurisdicional das políticas públicas quando presentes três requisitos: i) natureza constitucional da política reclamada; ii) existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais; iii) prova de que há omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para tal comportamento. Na ADO n.º 30 a Corte considerou presentes os três requisitos, de modo que interpretou a intervenção judicial na política pública como legítima. Ao correlacionar o benefício fiscal ao princípio da dignidade da pessoa humana, à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e ao seu Protocolo Facultativo⁴⁰, o STF reconheceu a natureza constitucional da política pública e a sua ligação com os direitos

³⁹ Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). § 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009)

⁴⁰ Importante ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo possuem status de emenda constitucional, integrando o que a doutrina denomina de bloco de constitucionalidade, visto que são convenções internacionais que versam sobre direitos humanos e que foram aprovadas, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (art. 5º, §2º, CF).

fundamentais. Por outro lado, considerando que a última modificação legal efetivada à época na Lei n.º 8.989/95 datava do ano de 2003, oportunidade em que o benefício foi estendido aos deficientes visuais, mentais ou autistas, o Tribunal entendeu que, quando do julgamento da ADO n.º 30, já havia quinze anos de omissão em relação à regulamentação do direito dos deficientes auditivos, o que, na visão da Corte, configurava algo desarrazoado.

Portanto, ao reconhecer os três requisitos autorizadores da intervenção judicial na política pública, o Supremo Tribunal Federal julgou procedentes os pedidos formulados na ADO n.º 30, declarando a inconstitucionalidade por omissão parcial da Lei n.º 8.989/95 e determinando a aplicação do seu art. 1º, inciso IV às pessoas com deficiência auditiva, enquanto perdurar a omissão por parte do Legislativo. Além disso, a Corte estabeleceu o prazo de 18 (dezoito) meses, a contar da publicação do acórdão, para que o Congresso Nacional adotasse medidas legislativas para suprir a omissão declarada.

Todavia, analisada a solução apresentada pelo Supremo Tribunal Federal ao caso veiculado na ADO n.º 30, cumpre investigar a forma como essa decisão judicial foi recebida pelos demais Poderes. Cabe perquirir se a decisão foi tomada como um ponto final no debate democrático sobre concretização do direito ao benefício fiscal de isenção do IPI aos deficientes auditivos ou se foi apenas mais uma etapa desse processo de efetivação, fomentando a inserção do tema na pauta do Poder Legislativo e Executivo, os quais, cientes da interpretação dada pela Corte Constitucional, continuaram o processo de concretização do direito.

Em 06 de outubro de 2020, quando restou julgada em caráter definitivo a ADO n.º 30 pelo Supremo Tribunal Federal, tramitava no Senado Federal o Projeto de Lei n.º 5.149, de 2020, projeto de iniciativa da senadora Mara Gabrilli. O projeto originário versava sobre alteração na Lei n.º 8.989/95 referente à isenção do IPI na aquisição de automóveis, porém não tratava da ampliação do benefício fiscal aos deficientes auditivos, já que o seu objetivo original era apenas prorrogar a vigência da Lei n.º 8.989/95 até 31 de dezembro de 2026, evitando que o incentivo fiscal deixasse de existir no final de 2021 (BRASIL, 2020).

Em 26 de maio de 2021, após o julgamento da ADO n.º 30 reconhecer a omissão inconstitucional parcial da Lei n.º 8.989/95, foram propostas duas emendas

ao Projeto de Lei n.º 5.149/00 com o objetivo de alterar o rol de deficiências autorizadoras da isenção do tributo e, assim, incluir as pessoas com deficiência auditiva na política pública.

A emenda n.º 1 ao Projeto de Lei n.º 5.149/00 foi proposta pelo senador Fabiano Contarato e tinha como único objetivo incluir no projeto o benefício aos deficientes auditivos. Merece destaque que, ao justificar o motivo da emenda, o senador proponente evidenciou a influência que os fundamentos da decisão do STF na ADO n.º 30 realizara na inclusão do tema na pauta do Legislativo:

Nesse sentido, esta é uma oportunidade para suprir a omissão legislativa referente ao direito à isenção de IPI na compra de automóveis pelas pessoas com deficiência auditiva.

O STF, no âmbito da ADO 30, recentemente, declarou a inconstitucionalidade por omissão da lei 8.989/95, determinando-se a aplicação de seu art. 1º, inciso IV, com a redação dada pela lei 10.690/03, às pessoas com deficiência auditiva, enquanto perdurar a omissão legislativa.

O relator, Dias Toffoli, afirmou que diversos estudos demonstram que a deficiência auditiva geralmente traz diversas consequências, como comprometimento da coordenação, do ritmo e do equilíbrio. [...]

Na decisão, o STF estabeleceu o prazo de 18 meses, a contar da data da publicação do acórdão (publicado em 08/09/2020), para que o Congresso Nacional adotasse as medidas legislativas necessárias a suprir essa omissão legislativa.

Portanto, a presente emenda, além de preservar o princípio da isonomia, ao incluir as pessoas com deficiência auditiva no rol de beneficiadas, objetiva dar cumprimento à decisão do STF. (BRASIL, 2021, p. 1-2)

Na mesma linha foi o conteúdo da emenda n.º 8, proposta pelo senador Flávio Arns, visto que o congressista consignou em sua proposta que o objetivo era incluir os deficientes auditivos na Lei n.º 8.989/95, adequando-a à Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2021).

A partir das justificativas apresentadas com as emendas ao Projeto de Lei n.º 5.149/00, constata-se que os fundamentos adotados no julgamento da ADO n.º 30 foram recebidos e acolhidos pelos parlamentares, uma vez que passaram a reconhecer que, ao excluir os deficientes auditivos do benefício de isenção do IPI, o Legislativo estava praticando uma omissão inconstitucional, dada a afronta ao princípio da isonomia e às disposições da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que no ordenamento jurídico brasileiro ostenta status de emenda constitucional.

Ademais, o relator do Projeto de Lei n.º 5.149/00, senador Romário Faria, ao exarar o seu parecer acerca da proposta legislativa, registrou a necessidade de estender o benefício fiscal aos deficientes auditivos, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, recentemente, havia reconhecido a lacuna legislativa no tocante ao direito dessa parcela da população, de forma que a alteração legislativa em deliberação se colocava como uma oportunidade para atender à recomendação do Legislativo:

No entanto, sugerimos aproveitar esta oportunidade, em obediência à isonomia tributária, para incluir as pessoas com deficiência auditiva no rol daquelas com direito à isenção do IPI, na forma da emenda substitutiva anexa. Relativamente a este ponto, cabe esclarecer que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o direito à isenção em comentário às pessoas com deficiência auditiva, em recente decisão, publicada em 6 de outubro de 2020, proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 30/DF. Ao reconhecer a omissão legislativa e estender a isenção a essa parcela da população, o STF determinou que o Congresso Nacional preenchesse tal lacuna normativa em dezoito meses, a partir da publicação do acórdão. Nesse sentido, o substitutivo supre a mora legislativa.. (BRASIL, 2021, p. 3)

Destarte, considerando que o Projeto de Lei n.º 5.149/00 restou aprovado no Senado Federal com a emenda que incluía os deficientes auditivos no rol de isentos de IPI na compra de automóveis e que tal emenda somente foi apresentada após a decisão final da ADO n.º 30, torna possível reconhecer que a decisão do STF no controle concentrado de constitucionalidade por omissão influenciou diretamente essa Casa Legislativa, vez que endossou os argumentos da Corte Constitucional com a aprovação do projeto de lei que tutelou o direito dos deficientes auditivos.

A influência da decisão judicial não se limitou à atividade legislativa do Senado Federal, tendo em vista que, após a aprovação na Câmara Alta, o projeto de lei foi remetido à Câmara dos Deputados. Ao ser distribuído à Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência, o Projeto de Lei n.º 5.149, de 2020, recebeu parecer do Deputado Federal Marcelo Aro, designado relator do projeto de lei na referida Comissão. Na ocasião, o deputado relator concordou com a posição adotada pelo Senado Federal no tocante à inclusão dos deficientes auditivos como beneficiários do incentivo fiscal, ressaltando que tal posição convergia com a decisão proferida pelo STF na ADO n.º 30.

Ainda, o deputado federal Marcelo Aro fez questão de ressaltar que anteriormente a Câmara dos Deputados havia buscado assegurar tal direito aos deficientes auditivos, pois o Projeto de Lei de Conversão (PLV) n.º 12, de 2021, relativo à Medida Provisória n.º 1.034/21, igualmente modificava o inciso IV do artigo 1º da Lei n.º 8.989/95 para estender o benefício às pessoas com deficiência auditiva. No entanto, destacou que a modificação legislativa não restou efetivada em razão do Senhor Presidente da República ter vetado a alteração que beneficiaria essa parcela vulnerável da sociedade, como demonstra o trecho da Mensagem n.º 339, de 14 de julho de 2021:

Ouvido, o Ministério da Economia manifestou-se pelo veto aos seguintes dispositivos do Projeto de Lei de Conversão:

Art. 2º do Projeto de Lei de Conversão, na parte em que altera o inciso IV do caput do art. 1º da Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995

‘IV - pessoas com deficiência física, auditiva, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal;’

Razões do veto

‘A propositura legislativa amplia o rol de pessoas beneficiadas pela isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI incidente sobre veículos e majora o limite do preço de venda do bem ao consumidor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) para R\$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais).

Entretanto, embora se reconheça a boa intenção do legislador, a proposição legislativa acarretaria renúncia de receita sem o cancelamento equivalente de outra despesa obrigatória e sem a apresentação de estimativa de seu impacto orçamentário e financeiro, o que viola o disposto no art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT e no art. 125 da Lei nº 14.116, de 31 de dezembro de 2020 - Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO 2021.

É possível perceber, contudo, a relevância que a decisão do STF exerceu na condução da matéria pelo Poder Executivo, uma vez que, aprovado o Projeto de Lei n.º 5.149/2020 no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, o Presidente da República sancionou o projeto de lei sem apresentar veto em relação à ampliação do benefício fiscal aos deficientes auditivos, ou seja, não mais adotou as razões de veto constantes da mensagem n.º 339, de 14 de julho de 2021.

Vale ressaltar que, no caso em análise, se operou clara alteração no entendimento do Poder Executivo com a decisão proferida pelo STF na ADO n.º 30, visto que o Projeto de Lei n.º 5.149/2020 igualmente culminaria em renúncia de receita sem a previsão do equivalente cancelamento de despesa obrigatória, fundamento que motivou o veto ao Projeto de Lei de Conversão (PLV) n.º 12, de 2021.

Em síntese, o Executivo não assumiu o ônus político e argumentativo de vetar um projeto de lei que acolhia a recomendação dada pela Suprema Corte na ADO n.º 30, o que torna nítida a capacidade da decisão judicial servir como um fator de reflexão e convencimento dos membros do Poder Legislativo e Executivo no enfrentamento de matéria que enseja opiniões divergentes.

Além disso, a influência da decisão proferida na ADO n.º 30 sobre o Poder Executivo pode ser aferida não só pela sanção do Projeto de Lei n.º 5.149/2020, que assegurou a isenção do IPI aos deficientes auditivos na aquisição de automóveis, mas também pela edição, por parte do Executivo, do Decreto n.º 11.063, de 04 de maio de 2022, o qual, no artigo 2º, inciso II⁴¹, estabeleceu os critérios para enquadramento da pessoa como deficiente auditiva para fins de concessão da isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI na aquisição de automóveis.

Dessa forma, com base na postura adotada pelo Legislativo e Executivo, tem-se que a decisão proferida na ADO n.º 30 serviu como uma orientação a esses Poderes no enfrentamento da questão envolvendo a inclusão dos deficientes auditivos na política pública. A decisão judicial, em que pese não vincular os setores políticos, influenciou esses atores na tomada de suas decisões, vez que, ao indicar que os deficientes auditivos mereciam idêntico tratamento aos demais portadores de deficiências constantes da Lei n.º 8.989/95, mostrou o caminho constitucional para eventual enfrentamento da matéria na arena política.

Inegável, assim, que, ao declarar a inconstitucionalidade por omissão e suprir a lacuna legislativa provisoriamente com a indicação de tratamento igualitário entre os deficientes auditivos e aqueles já protegidos pela Lei n.º 8.989/95, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu um diálogo com o Legislativo e o Executivo. Ademais, no caso em análise, o diálogo foi realmente profícuo, vez que, conforme demonstrado acima, os parlamentares consideraram as razões expostas pela Corte quando da aprovação do Projeto de Lei n.º 5.149/2020. Igualmente em relação ao Executivo, pois, em vez de vetar a solução aprovada pelo Legislativo que

⁴¹ Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se pessoa com deficiência a que se enquadrar em, no mínimo, uma das seguintes categorias: [...]II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de 41 dB (quarenta e um decibéis) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500 Hz (quinhentos hertz), 1.000 Hz (mil hertz), 2.000 Hz (dois mil hertz) e 3.000 Hz (três mil hertz);

consagrava o decidido na ADO n.º 30, apresentou comportamento diverso, sancionando o referido projeto de lei e, mais do que isso, aprimorando a efetivação do direito com a edição do Decreto n.º 11.063/2022.

Diante da influência da decisão da Corte sobre o Executivo e o Legislativo, é possível afirmar que no caso da ADO n.º 30 o diálogo institucional se estabeleceu por meio da técnica do aconselhamento judicial, visto ter sido constatada a aderência dos Poderes políticos aos argumentos indicados pelo Supremo Tribunal Federal na decisão da ação constitucional. De ressaltar, em arremate, que essa relação interinstitucional ocorreu de forma voluntária, sem a imposição de argumentos pela autoridade da Corte na interpretação constitucional, pois, por força do princípio da separação dos poderes, os Poderes políticos poderiam ter decidido a questão de forma diversa da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

5 Considerações finais

A Constituição Federal de 1988, influenciada por modelos constitucionais inaugurados no período pós-guerras, adotou um perfil substancialista, tendo em vista que vetores axiológicos foram incorporados ao texto constitucional na forma de direitos fundamentais sociais, cabendo ao poder público efetivar esses direitos que representam o “programa para o futuro” instituído pelo constituinte. Agrega-se a esse modelo substancialista de texto constitucional a noção de que todas as normas constitucionais são dotas de eficácia jurídica, de forma que não é mais autorizado interpretar as normas programáticas como meras intenções para o futuro, dado que a tarefa de efetivá-las é decorrência direta da própria normatividade da Constituição. Nesse cenário, marcado por uma leitura míope da teoria da “força normativa da Constituição”, cria-se a ideia de que o Poder Judiciário, diante da inércia dos poderes políticos, tem o dever de concretizar os direitos sociais estampados na Constituição de 1988.

Contudo, vozes contrárias a essa concepção de democracia, na qual juízes e tribunais são colocados como os responsáveis pelo progresso da sociedade, ganham força, vez que acusam esse modelo de causar o distanciamento da sociedade em relação aos poderes políticos, o que representa a redução da própria democracia constitucional. Esse modelo de confiança exacerbada na jurisdição constitucional tem como efeito colateral a atribuição de um papel secundário à participação popular, motivo pelo qual é considerado um equívoco elitista a crença de que o progresso da sociedade é tributário das decisões de magistrados sem responsabilidade perante os eleitores.

É nesse contexto de restrições ao protagonismo do Poder Judiciário na resolução de questões que exijam uma ampla deliberação, como é caso da concretização dos direitos sociais por meio de políticas públicas, que as teorias dos diálogos institucionais se apresentam como uma alternativa na busca pelo equilíbrio entre a participação popular e a defesa dos direitos fundamentais sociais. As teorias

dos diálogos institucionais são produto de uma leitura crítica da separação dos poderes, pois se concentram na elevação da capacidade epistêmica da própria democracia capaz de ser alcançada com um modelo que valorize a interação e deliberação entre os poderes, de sorte que não focam no insulamento das instituições estatais, como ocorre nas teorias tradicionais de divisão dos poderes.

Os diálogos institucionais são norteados pela premissa de que a interpretação da Constituição resta aprimorada quando considera elementos do processo político, razão pela qual não aceita a ideia de que haveria uma supremacia do Judiciário na conformação do texto constitucional. De igual forma, nega o caminho reverso, aquele no qual a concretização das normas programáticas da Constituição é confiada unicamente ao Legislativo e ao Executivo. Assim, é possível definir as teorias dos diálogos institucionais como o modelo de interpretação constitucional que rompe com a lógica binária de supremacia judicial ou parlamentar, já que são apoiadas na tese de que nenhuma instituição tem legitimidade *ex ante* para ser a detentora da última palavra sobre o sentido da Constituição, devendo a resposta correta acerca da exegese da Constituição ser alcançada no desenvolver de um processo de ampla deliberação e interação entre a sociedade civil e as instituições estatais.

Como demonstramos ao longo da pesquisa, os diálogos institucionais têm encontrado um terreno fértil para desenvolvimento em países que adotam um modelo de controle de constitucionalidade fraco (*weak-form judicial review*), como é o caso do Canadá, Israel e Nova Zelândia. Esses países apresentam um menor grau de dificuldade para que os poderes políticos superem as decisões judiciais, estimulando que instituições não integrantes do Poder Judiciário apresentem interpretações diversas daquelas formuladas por juízes e tribunais. Todavia, a adoção de um modelo de controle de constitucionalidade forte, como é o adotado no Brasil, não significa a impossibilidade de aplicação dos diálogos institucionais na conformação do texto constitucional. Obviamente que o diálogo não ocorrerá guiado por um procedimento específico e formal, como se dá no Canadá com o uso da *notwithstanding clause*, porém será realizado de maneira informal, fruto da inserção, consciente ou inconsciente, de atores políticos no processo de efetivação do texto constitucional.

A consequência da ausência de instrumentos formais que consagrem um constitucionalismo dialógico é que o diálogo na interpretação constitucional entre as instituições e a sociedade ocorrerá de forma extremamente morosa, haja vista a complexidade para que o Legislativo e o Executivo superem a decisão do Supremo Tribunal Federal. Não obstante, como verificado no terceiro capítulo deste trabalho, ainda que de maneira informal, o desenho institucional brasileiro viabiliza que a sociedade civil e os poderes políticos dialoguem com o Tribunal na tarefa de conformação do texto constitucional.

Destarte, adotando a classificação de Luc Tremblay (2005), pode-se afirmar que os diálogos institucionais no Brasil ocorrem na forma de conversação, e não de deliberação, tendo em vista a ausência de mecanismos formais de deliberação entre os poderes e da obrigatoriedade de que os interlocutores cheguem a um acordo. Ademais, não se pode desconsiderar que no modelo brasileiro nem sempre as instituições estão em pé de igualdade, já que o controle de constitucionalidade forte privilegia a interpretação judicial do texto constitucional. No Brasil, portanto, o diálogo se efetiva como fato social e político, pois as instituições, quando discordam e sustentam posições divergentes sobre temas de interesse nacional, colaboram para que a própria sociedade se insira no processo elegendo os melhores argumentos, podendo até mesmo questionar a legitimidade democrática da Corte para o exercício do controle de constitucionalidade.

Nessa linha, constatou-se que a doutrina aponta como instrumentos aptos a incentivar o diálogo no modelo brasileiro os institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas, porquanto seriam meios de alinhar a argumentação do Tribunal aos valores defendidos pela sociedade. Ademais, também se atribui ao fenômeno de reação do Legislativo e Executivo à decisão judicial uma forma de se estabelecer o diálogo interinstitucional, visto que, em regra, a reação desses poderes por meio da edição de atos normativos representa uma resposta aos argumentos apresentados pelo Tribunal. Importante destacar que a reação legislativa pode se manifestar mediante a edição de ato normativo que ratifica a posição adotada pelo órgão judicial ou que apresenta interpretação diversa (superação legislativa).

Apurou-se, por outro lado, que o próprio controle de constitucionalidade por omissão criado pela Constituição Federal de 1988 retrata um constitucionalismo de caráter judicialista, tendo em conta a previsão de instrumentos, como a ação direta

de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, que servem para viabilizar a concretização de direitos sociais consagrados em normas programáticas pelo Poder Judiciário. Além disso, a ampliação do rol de legitimados ao controle concentrado de constitucionalidade evidencia a tendência de que a execução do “plano para o futuro” estabelecido na Constituição ocorra com a aproximação da sociedade em relação aos órgãos judiciais.

Todavia, com base na pesquisa empírica realizada nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão apreciadas pelo STF no período de 2008 a 2020, concluiu-se que a Corte está ampliando ainda mais as suas atribuições no julgamento em sede de controle concentrado de constitucionalidade por omissão. Em que pese o artigo 103, §2º, da Constituição Federal assegure ao Tribunal, quando declarada a omissão inconstitucional, a notificação do Poder competente para tomar as providências cabíveis e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-las e 30 dias, notou-se que o STF tem ultrapassando os limites do referido dispositivo constitucional, porquanto se tornou praxe no Tribunal a adoção de uma postura concretista, com a fixação de prazo para o Congresso Nacional suprir a omissão inconstitucional declarada, bem como com a utilização de sentenças normativas/aditivas para que o próprio STF, atuando como legislador positivo, supra provisoriamente a lacuna identificada.

Não obstante a ampliação dos efeitos da decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade por omissão seja fruto da intenção legítima da Corte em colaborar com o processo de concretização das normas programáticas da Constituição de 1988, deve-se reconhecer que, ao assim agir, o STF acaba por redesenhar a separação dos poderes da democracia brasileira, já que passa a exercer uma interferência mais efetiva na atuação do Legislativo. Acreditamos, contudo, que a postura concretista adotada pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão não é prejudicial à democracia brasileira, tendo em vista que está sendo utilizada pela Corte com nítido propósito de estimular a participação do Legislativo e Executivo no processo de concretização da norma constitucional objeto do julgamento.

Consoante demonstrado pela avaliação qualitativa dos julgamentos realizados pela Corte nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão de n.º 25, 26 e 30, O Tribunal, quando declara a omissão inconstitucional e supre a lacuna

legislativa, não atua imbuído da intenção de apresentar uma regulamentação final do dispositivo constitucional, ou seja, não objetiva dar a “última palavra” na conformação do texto constitucional. Pelo contrário, as decisões do STF de perfil concretista no controle concentrado de constitucionalidade por omissão têm objetivado apenas estimular os demais Poderes a se inserirem nesse processo estrutural de concretização do direito, de sorte que as sentenças aditivas proferidas nas ações examinadas serviram como meio de coordenação e aconselhamento para que o Legislativo e o Executivo enfrentassem o tema em julgamento.

Em outras palavras, sob o ponto de vista estrutural, as decisões proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão apreciadas no recorte temporal de 2008 a 2020 não são antidemocráticas, tampouco violam o princípio da separação dos poderes. A Corte em nenhum dos julgamentos examinados decidiu de forma a colocar um ponto final na deliberação sobre a melhor forma de regulamentação da norma constitucional. Em verdade, o Tribunal, com o uso de sentenças aditivas, apresentou apenas soluções provisórias, as quais não retiram do Poder Legislativo e Executivo a atribuição institucional de editarem atos normativos tendentes a regulamentar o mandamento constitucional objeto da ADO julgada. Mais do que isso, com base em trechos extraídos dos votos dos próprios Ministros do STF, verificou-se que o suprimento da omissão provisoriamente pela decisão judicial não passava de um mecanismo incentivador para que uma nova deliberação fosse realizada pelos poderes originariamente competentes pela regulamentação, o que de fato ocorreu com as matérias objeto das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão n.º 25 e 30.

Conclui-se, destarte, que as decisões concretistas proferidas pelo STF no controle concentrado de inconstitucionalidade por omissão são, em última análise, apenas uma etapa do diálogo institucional necessário para a concretização das normas constitucionais. Ademais, ao incentivar a participação de outras instituições na construção da decisão, a Corte atua para reduzir o seu déficit democrático na regulamentação da Constituição, visto que não almeja excluir os poderes políticos desta atividade, mas sim inseri-los para que possam colaborar com o aperfeiçoamento da decisão.

Para finalizar, com a adoção da teoria dos diálogos institucionais nas decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, o STF

logrou alcançar a difícil missão de compatibilizar o princípio da separação dos poderes com o princípio da prevalência da Constituição, o que também pode ser interpretado como alcançar o ponto de equilíbrio entre os valores do constitucionalismo e da democracia. Assim, tem-se por confirmada a hipótese que norteou o desenvolvimento desta pesquisa.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados, Sur – **Revista Internacional de Direitos Humanos**. Ano 2, Número 2, 2005, p. 188 a 223.

ALMEIDA, Ândreo da Silva. Neoconstitucionalismo e judicialização da política no Brasil. **Revista Atlante: Cuadernos de Educación y Desarrollo**, julio de 2019.

ALMEIDA, Ândreo da Silva; APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. **O diálogo como alternativa às teorias da última palavra em conflitos de direitos fundamentais**. II Encontro Virtual do Conpedi, 2020.

ARENHART, Sergio Cruz. Processo Multipolar, Participação e Representação de Interesses Concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**, Salvador: Juspodivm, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, nº15, janeiro/fevereiro/março de 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promisse: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**. V. 71, 2006. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 15 de junho de 2021.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2 ed., New Heaven: Yale University Press, 1986.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL, Senado Federal. **Emenda n.º 1 ao Projeto de Lei n.º 5.149, de 2020**. Brasília: Senado Federal, 2021. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8974320&ts=1650483517729&disposition=inline>>. Acesso em: 12 de agosto de 2022.

BRASIL, Senado Federal. **Emenda n.º 8 ao Projeto de Lei n.º 5.149, de 2020**. Brasília: Senado Federal, 2021. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8974465&ts=1650483516226&disposition=inline>>. Acesso em: 12 de agosto de 2022.

BRASIL, Senado Federal. **Parecer n.º 113, de 2021**. Brasília: Senado Federal, 2021. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8975170&ts=1650483516888&disposition=inline>>. Acesso em: 12 de agosto de 2022.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei n.º 5.149, de 2020**. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8906227&ts=1650483517966&disposition=inline>>. Acesso em: 12 de agosto de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.105/DF**, Relator Ministro Luiz Fux, Plenário, Brasília, 01 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>>. Acesso em: 15 de maio de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.321/DF-MC**, Relator Ministro Celso de Mello, Plenário, Brasília, 10 de junho de 2005. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=34754>>. Acesso em: 18 de junho de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 25/DF**, Relator Ministro Gilmar Mendes, Plenário, Brasília, 24 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385039>>. Acesso em: 15 de abril de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 30/DF**, Relator Ministro Dias Toffoli, Plenário, Brasília, 24 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4732377>>. Acesso em: 20 de março de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n.º 26/DF**, Relator Ministro Celso de Mello, Plenário, Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 24**, Relator Ministro Dias Toffoli, Brasília, 01 de julho de 2013. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=153753655&ext=.pdf>>. Acesso em: 06 de março de 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**, Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 2001.

CITTADINO, Gisele. Judicilização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**, Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos, **Revista Filosofia Política**, n.º 2, 1985.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. A notwithstanding clause e a Constituição do Canadá. Observatório da Jurisdição Constitucional, Brasília, IDP, Ano 04, 2011.

COUTO, Cláudio; Arantes, Rogério. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, São Paulo, v. 21, n. 61, 2006, p. 41-62.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos**: da idade Média aos Século XXI, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, tradução Jeferson Luiz Camargo, 3ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review, **Michigan Law Review**, v. 91, 1993.

FRIEDMAN, Barry. **When Rights Encounter Reality: Enforcing Federal Remedies**, 65 S. Cal. L. Rec. 735, 1992.

GARDBAUM, Stephen. The new Commonwealth modelo f constitucionalismo. **American Journal of Comparative Law**, v. 49, n. 4, Fall, 2001. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302401>. Acesso em: 24 de maio de 2021.

GARGARELLA, Roberto. El derecho como una conversación entre iguales: Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran – por fim – al diálogo ciudadano, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2022.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (ed.). **Por uma justiça dialógica**: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2014, p. 119-158.

GIANNETTI, Leonardo Varella. Judicial Review: podemos tirar algum proveito da PEC 33/2011?, **Revista Direito GV**, v. 12, n. 1, jan.-abr. 2016, p. 125-154.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais, Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A.. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**, 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**, Madrid: Editorial Ariel, 1979.

MATTOS, Karina Denari Gomes. **Democracia e diálogo institucional: a relação entre os poderes no controle das omissões legislativas**. Dissertação – Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social, **Revista do Serviço Público**, v. 39, n. 4, p. 63-78, 1982.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**, 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo II**, 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991.

NAVOT, Suzie. Procedural Principles of Judicial Review: Ana Analysis of Israel's New Model. **The Seventh Join Annual Exchange and Conference: Judicial Review in comparative German-Israeli perspective**, Baden Baden, 2004. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1367595>. Acesso em 24 de maio de 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**, 11ª edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**, 11ª edição, Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição constitucional: diálogos institucionais como terceira via entre o ativismo judicial e a autocontenção**. Curitiba: Juruá, 2016.

PICKERILL, J. MITCHELL. **Constitutional Deliberation in Congress: the Impact of Judicial Review in a Separated System**. Duke University Press, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

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

RAMOS, Luciana de Oliveira. **O controle de constitucionalidade por omissão no Supremo Tribunal Federal**: análise dos casos de omissão legislativa nos vinte e um anos da Constituição. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SILVA, Cecília de Almeida. **Diálogos institucionais e ativismo**, 1ª edição, 2ª reimpressão, Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 7ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 36ª edição, São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

STRECK, Lenio L.; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Comentário ao artigo 3º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). **Comentários à Consituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**, 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SUNSTEIN, Cass R.. **A constituição parcial**, tradutores Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli, Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

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

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**, 12ª edição, São Paulo: Malheiros, 1996.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. Oxford University Press and New York University School of Law, 2005. **I-COM**, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (ed.). **Por una justicia dialógica**: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2014, p. 105-116.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judiciliação da política e das relações sociais no Brasil**, Rio de Janeiro: Renavam, 1999.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**, tradução Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Anexos

Anexo A – Relação de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão
examinadas

ADO n.º 06	ADO n.º 07	ADO n.º 08	ADO n.º 09	ADO n.º 10
ADO n.º 11	ADO n.º 12	ADO n.º 13	ADO n.º 16	ADO n.º 17
ADO n.º 18	ADO n.º 19	ADO n.º 20	ADO n.º 21	ADO n.º 22
ADO n.º 23	ADO n.º 24	ADO n.º 25	ADO n.º 26	ADO n.º 27
ADO n.º 28	ADO n.º 29	ADO n.º 30	ADO n.º 31	ADO n.º 32
ADO n.º 33	ADO n.º 34	ADO n.º 35	ADO n.º 36	ADO n.º 37
ADO n.º 38	ADO n.º 39	ADO n.º 40	ADO n.º 41	ADO n.º 42
ADO n.º 43	ADO n.º 44	ADO n.º 45	ADO n.º 46	ADO n.º 47
ADO n.º 48	ADO n.º 49	ADO n.º 50	ADO n.º 51	ADO n.º 52
ADO n.º 53	ADO n.º 54	ADO n.º 55	ADO n.º 56	ADO n.º 57
ADO n.º 58	ADO n.º 59	ADO n.º 61		