



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ATIVISMO JUDICIAL: A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL EM
SEDE DE AÇÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO
COMO MEDIDA DE JUSTIÇA SOCIAL

Larissa Alves Monteiro

Rio de Janeiro
2024

LARISSA ALVES MONTEIRO

ATIVISMO JUDICIAL: A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL EM
SEDE DE AÇÃO DE CONTROLE DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO
COMO MEDIDA DE JUSTIÇA SOCIAL

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Orientador:

Prof^ª. Carina Barbosa Gouvêa

Coorientadora:

Prof^ª Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2024

LARISSA ALVES MONTEIRO

ATIVISMO JUDICIAL: A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL EM
SEDE DE AÇÃO DE CONTROLE DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO
COMO MEDIDA DE JUSTIÇA SOCIAL

Monografia apresentada como exigência de conclusão de
Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2024. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Claudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro-EMERJ.

Convidada: Desembargadora Cristina Tereza Gaulia – Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro-EMERJ.

Orientadora: Prof.^a Carina Barbosa Gouvêa - Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

AGRADECIMENTOS

A Deus, por toda a força e perseverança para chegar até aqui.

À professora e orientadora Carina Barbosa Gouvêa, por acreditar em mim e na minha pesquisa desde o primeiro dia e por sempre me oferecer o suporte necessário para que ela fosse possível.

À professora Monica Cavalieri, por ser sempre muito compreensiva diante das adversidades, prestativa e paciente.

À Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por ser um ambiente tão rico de trocas intelectuais, professores dedicados ao propósito da instituição e por me moldar para alcançar os meus sonhos.

À minha família, sobretudo minha mãe, Ana Claudia, minha madrinha Luciana e minha prima Giulia, por serem exemplos de mulheres na minha vida e por todo o acolhimento nessa trajetória.

Aos meus amigos de turma que tornaram esses três anos mais leves e divertidos. Em especial, a Manuella Dutra, Nathália Sousa, Paula Salles e Yasmin Soares.

Ao Oliver, o amor canino da minha vida.

A todos que não me deixaram desistir e foram luz no meu caminho.

SÍNTESE

O ativismo judicial, como uma forma de manifestação do Poder Judiciário frente a omissões legislativas e, conseqüentemente, as alterações fático-jurídicas provocadas é um tema que merece um estudo minucioso. Inicialmente, é preciso compreender como o princípio da separação dos Poderes se decanta analisando a concepção clássica e a interpretação contemporânea. Destaca-se como objetivo verificar os problemas decorrentes dessa hipótese no sistema democrático, como a efetivação dos direitos das minorias e a crise de representatividade do Poder Legislativo. Nesse cenário, surgem embates relacionados à concretização dos princípios constitucionais sensíveis e sua aparente incompatibilidade com o princípio da estrita legalidade. A partir desse contexto, buscar-se-á compreender os conflitos entre a discricionariedade do magistrado e a concretização de direitos fundamentais como forma de judicialização progressista e a violação do princípio da legalidade, com enfoque em como estes se manifestam no julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

PALAVRAS-CHAVE: Omissão legislativa; Ativismo Judicial; Supremo Tribunal Federal; Direitos fundamentais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. ATIVISMO JUDICIAL: UM CONCEITO DINÂMICO E A MATERIALIZAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO PROGRESSISTA	10
1.1. As origens do ativismo judicial no mundo globalizado	10
1.2. O hibridismo conceitual do ativismo judicial	15
1.3. O desenvolvimento do ativismo judicial no Brasil	20
1.4. Limites à interpretação das normas pela corte constitucional	22
2. AS ATRIBUIÇÕES HISTÓRICAS DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS	26
2.1. A função jurídica dos tribunais constitucionais	26
2.2. A função política da corte constitucional brasileira	29
2.3. Garantias dos magistrados no exercício da jurisdição constitucional	33
2.4. A crise de representatividade como fomento à politização do sistema jurídico	35
2.5. Os pactos republicanos como forma de diálogo institucional entre os poderes	37
3. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO): HISTÓRICO E PROCEDIMENTO	40
3.1. A manipulação pelos partidos políticos das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão	44
3.2. A manifestação do ativismo judicial na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....	47
4. MÉTODO ANALÍTICO ESTRUTURANTE DOS CONCEITOS: FUNÇÃO JURÍDICA E POLÍTICA DOS TRIBUNAIS, DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E O MANEJO DE AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	56
4.1. O Supremo Tribunal Federal, a agenda 2030 da organização das nações unidas (ONU) e o necessário diálogo institucional	56
4.2. Decisões do tribunal pleno do STF em ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (ADO)	59
4.3. O ativismo judicial e o princípio da legalidade estrita: o caso da ADO n. 26	64
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

A Carta Magna de 1988 estabelece, entre outros aspectos da organização dos poderes, a jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Destaca-se aqui a atuação exclusiva dessa Corte no julgamento de ações de Controle de Constitucionalidade em abstrato, nas quais se busca a interpretação de leis e normas conforme a lei maior, de modo a sanar eventuais inconstitucionalidades e dar mais eficiência ao texto constitucional.

Dentre as formas de incompatibilidade com o texto constitucional, o presente trabalho enfoca a inconstitucionalidade por omissão, que é compreendida como uma forma de inércia normativa, imputável ao Legislativo e ao Executivo, responsáveis pela edição de normas e resoluções, respectivamente. Essa forma de violação da ordem constitucional impossibilita a efetivação de direitos fundamentais e humanos.

A inconstitucionalidade por omissão pode dar-se como decorrente de uma omissão legislativa discricionária frente a uma norma que explicitamente demanda uma complementação ou diante de questões ligadas ao contexto sociopolítico. Nestes casos, não havendo qualquer mecanismo cogente para que o Legislativo regule as questões, cresce a judicialização com o objetivo de efetivar a aplicação dos direitos constitucionalmente previstos.

Diante disso, o denominado ativismo judicial ganha força. Entendido como um movimento de atuação do Poder Judiciário de forma mais expansiva e proativa, o ativismo judicial busca promover a adequação do texto constitucional e de outras normas legais a situações ainda não reguladas pelos Poderes ou simplesmente decorrentes de questões jurídicas não enfrentadas pelo sistema judiciário brasileiro. A atuação jurisdicional, neste contexto, pretende mitigar as consequências da omissão legislativa e proporcionar justiça social.

Logo, o objetivo da pesquisa é compreender a atuação do Poder Judiciário por meio do ativismo judicial, bem como analisar de forma dialética-crítica quais são os limites dessa atuação quando provocada por ações de inconstitucionalidade por omissão. A controvérsia cinge-se por ser uma questão de competência precipuamente legislativa e balizada pelos princípios constitucionais sensíveis, destacando-se o princípio da legalidade.

Tal pesquisa mostra-se relevante diante da ampliação da jurisdição em matéria constitucional, desde o início da vigência da Constituição Federal de 1988, bem como da crescente judicialização de questões sociais, decorrente do acréscimo de direitos previstos na Carta Maior.

No primeiro capítulo, procura-se compreender a limitação da atuação da corte constitucional, de forma a garantir o acesso à justiça, a prestação de direitos fundamentais e a suprir omissões legislativas. Ainda, analisa-se a influência de questões políticas e sociais na atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário.

No segundo capítulo, objetiva-se entender a atuação do Poder Judiciário na mitigação de efeitos decorrentes da omissão legislativa e a ponderação de princípios decorrente dessa atuação. Busca-se, também, assimilar a dinâmica de equilíbrio entre a atuação do Poder Judiciário e os demais poderes neste exercício de prerrogativas constitucionais.

O terceiro capítulo expõe a defesa da atuação da Corte Constitucional como ferramenta de promoção da justiça social e como manutenção da isonomia, considerando seu caráter de garantia constitucionalmente prevista, diante de situações que emergem no contexto sociopolítico.

No quarto capítulo, a pesquisa explora até que ponto é facultada ao magistrado a ponderação de princípios constitucionais sensíveis. Esse capítulo estuda a sistemática das técnicas de interpretação do texto constitucional, dentre as quais se destaca a mutação constitucional.

No quinto capítulo, discute-se como equilibrar a atuação jurisdicional cada vez mais impositiva frente às omissões do legislador, diante da crescente judicialização do cotidiano, com a operabilidade dos princípios constitucionais sensíveis – sobretudo, diante da aplicação do princípio da reserva legal.

A pesquisa se desenvolveu por métodos distintos, o método hipotético-dedutivo, presente na revisão da literatura e na definição dos conceitos operacionais, e o método analítico, estruturante dos conceitos abordados no trabalho, com a finalidade de explorá-los no exame de casos concretos. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. ATIVISMO JUDICIAL: UM CONCEITO DINÂMICO E A MATERIALIZAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO PROGRESSISTA

O ativismo judicial, embora em relevo em discussões recentes no Brasil, não é um fenômeno novo. A denominação desse conceito semântico remonta ao período posterior à Segunda Guerra Mundial, emergente num contexto de globalização e de ampliação da atividade jurisdicional em todo o mundo.

Apesar disso, até os dias de hoje, os teóricos que se debruçam sobre a questão encontram dificuldades em delimitar um conceito de ativismo judicial. Por isso, é comum que o debate também se concentre na diferenciação dos seus núcleos semânticos em relação a outros que, embora surgidos em contextos similares, não devam ser confundidos.

A discussão paira, essencialmente, na questão da separação de poderes, que confere – ou o deixa de fazer – legitimidade para os atores jurídicos e políticos existentes no Estado. Busca-se compreender, sobretudo, quais os limites para a atuação do Judiciário em relação às competências constitucionais destinadas aos demais entes, bem como a sua legitimidade para discutir as mais diversas questões políticas, como a implementação de políticas públicas pelos governos.

Além disso, também se critica a atuação dos magistrados e se ela pode ser permeada por questões de natureza política, bem como os limites à interpretação das leis e normas no tempo e no espaço, como condições propícias ou não ao desenvolvimento de um atuar ativista.

1.1. AS ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL NO MUNDO GLOBALIZADO

Uma das características mais proeminentes dos Estados modernos é a separação das funções estatais, tal como estabelecida na sua concepção clássica, consolidada por Montesquieu em *O Espírito das Leis*. Essa divisão visa a manter a harmonia entre as ações do Estado e os seus jurisdicionados, efetivando a representação popular na gestão da atividade estatal e visando a coibir abusos decorrentes da concentração de todo o poder político nas mãos de um único governante.

Na sua concepção clássica, no entanto, a separação dos poderes era muito distinta da que se conhece atualmente. Montesquieu pensava a realidade de sua época e local específicos, além de ser, declaradamente, um apoiador da monarquia como forma de governo. Apesar disso,

condenava a concentração do poder por um único governante, bem como defendia a manutenção das liberdades e a participação popular nos governos.

Sobre a organização dos poderes concebida por Montesquieu, destaca-se:

Há em cada Estado três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado faz leis para certo tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que são feitas. Pelo segundo, declara a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga os litígios dos particulares. Chamaremos esse último de poder de julgar; e o outro, simplesmente de poder executivo do Estado.¹

Na atualidade, no entanto, é necessário repensar a divisão dos poderes. Decerto, a forma idealizada por Montesquieu foi essencial para a organização do poder do Estado como hoje percebida, desaguando no controle recíproco dentre as suas estruturas. A leitura da teoria clássica rendeu diversas interpretações, dentre as quais se destaca a gênese da teoria dos freios e contrapesos, concebida pelos federalistas norte-americanos².

Mas a sistemática da separação dos poderes vai muito além da mera organização estatal e dos mecanismos de contenção entre as estruturas do governo. A atuação do Poder Legislativo, por exemplo, é respaldada na ideia de que representantes da população e por esta eleitos tenham maior ingerência sobre questões políticas, e esse arranjo proporcionaria ao povo ter a sua vontade efetivada pelos governantes. É uma das maiores expressões do princípio majoritário – a maioria eleger seus representantes e ter a sua vontade exprimida em leis.

Ao menos em teoria, a atuação do Poder Legislativo funcionaria como uma expressão da vontade da maioria. Sendo a população responsável por eleger os seus representantes, estes atuariam a favor da vontade de seus eleitores, de modo a garantir a efetivação de direitos e a implementação de políticas públicas em prol daqueles que os nomearam. O mesmo entendimento se aplica ao Poder Executivo.

Idealisticamente, o Poder Legislativo teria uma atuação isenta, livre de quaisquer influências senão daquelas que levaram seus membros ao poder: a votação e a participação

¹ SECONDAT, Charles-Louis de; DE MONTESQUIEU, Barão. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 168.

² Os Papéis Federalistas (*Federalist Papers*) são uma série de 85 artigos que argumentam para ratificar a Constituição dos Estados Unidos. É o resultado de reuniões que ocorreram na Filadélfia em 1787, para elaborar a Constituição Americana, e renderam vários artigos publicados em Nova York com o intuito de ratificar a Constituição Americana. Os artigos foram reunidos no livro *O Federalista. Os papéis federalistas*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/O_Federalista. Acesso em: 23 fev. 2023.

popular. Entretanto, não se deve tomar nem essa atuação, nem o princípio majoritário como uma expressão da vontade real dos governados.

Para Epstein³, a atuação do Poder Legislativo, embora legítima, não pode ser considerada como a expressão da maioria absoluta dos representados. É preciso analisá-la de modo a enxergar as suas pretensões, emergentes de contextos políticos, coalisões e alianças que a afastam do que seria considerado um ideal social⁴. E, neste contexto, o princípio majoritário se mostra insuficiente para garantir a proteção demandada do Estado, sobretudo no que diz respeito a minorias e outros grupos sociais com menor expressão política.

Um dos maiores exemplos dessa insuficiência foi a onda de totalitarismo que tomou conta dos governos ao redor do mundo no contexto anterior à Segunda Guerra Mundial. É importante reconhecer que tais governos, em sua grande maioria, foram legitimados por organismos estatais e políticos, respaldados por decisões pautadas no regime majoritário.

Na Alemanha sob o regime nazista, por exemplo, diversas leis segregacionistas e antissemitas foram aprovadas pelo processo legislativo constitucionalmente previsto, pautado no sistema majoritário – ou seja, uma maioria com ideias supremacistas aprovou a dizimação de minorias étnicas, raciais e sociais. Neste sentido, destaca Novaes:

Historicamente, o aval oficial de uma lei nacional de referência funcionou como etapa estratégica pedagógica ao projeto progressivo de dominação global, conduzido pelo poder totalitário. Todos os atos opressivos, realizados pelo Estado nazista no início da perseguição aos judeus, por exemplo, foram praticados dentro da mais rigorosa aferição legal, proveniente de um conjunto de leis, concebidas de maneira perfeitamente válida em sua aparência, mas de conteúdo deontológico completamente deplorável.⁵

No pós-guerra, pressionados pela influência de organizações internacionais paraestatais, como a Organização das Nações Unidas, os Estados passaram a abrigar, sob o texto constitucional, medidas que visassem à proteção do exercício de direitos fundamentais. Buscou-se que não houvesse qualquer forma, sobretudo legitimada por lei, de segregação e violação de direitos fundamentais tal qual ocorreu no mencionado conflito.

³SCALIA, Antonin; EPSTEIN, Richard A. *Scalia v. Epstein: two views on judicial activism*. Washington, D.C., EUA: Cato Institute, 1985, p.12.

⁴No original, em inglês: “*When the power of coalition, the power of factions, the power of artifice and strategy come into play, it often turns out that legislatures reach results that (in the long as well as the short run) are far from the social optimum.*” *Ibidem*.

⁵NOVAES, Túlio Chaves. As leis de Nuremberg: análise jurídica e histórica sobre o processo de construção dos direitos humanos. *Revista do Ministério Público do Estado do Pará*. v. 11, n. 1, 2019, p. 168.

Nesse sentido, Barroso⁶ destaca que:

[...] de fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos.

Consequentemente, as constituições promulgadas ou reformadas no pós-guerra passaram a ter um caráter mais abrangente, de modo que houve a constitucionalização de matérias antes vistas como de caráter político ou simplesmente infraconstitucional. Esse contexto favoreceu a popularização pelos Estados ocidentais do modelo de controle de constitucionalidade originalmente concebido por Kelsen na Constituição Austríaca de 1920.

Originalmente, Kelsen desenvolveu uma instância à parte do Poder Judiciário que seria responsável por ser a “guardiã” do texto constitucional, garantindo a atuação dos Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – dentro dos ditames da Carta Magna e respeitando os seus princípios. Esse modelo de controle, no entanto, não foi o maior responsável pela expansão da atuação do Poder Judiciário, mas certamente foi um dos fatores para tanto.

A atuação da Corte Constitucional concebida por Kelsen se limitaria ao que se conhece hoje como controle abstrato de constitucionalidade. Esse modelo de intervenção consiste na submissão de leis e normas, em abstrato, ao crivo do Tribunal de competência constitucional, que analisa a compatibilidade dos diplomas legais com o texto da Carta Magna.

As críticas ao modelo de Kelsen se pautavam na ideia de inadequação em submeter questões políticas ao crivo do Judiciário, como se tratasse de uma forma de deturpação da vontade dos representantes eleitos. No entanto, conforme destaca Barroso⁷, o modelo mostrou-se eficiente para sanar omissões legislativas e como forma de manter o ordenamento jurídico livre de normas incompatíveis com o texto da Constituição.

Outro fator que colaborou para a expansão da atuação do Judiciário no pós-guerra foi a ascensão dos Estados Unidos da América como uma grande potência econômica, social e política no cenário internacional. Nesse sentido, destacam Trindade e Tomaz de Oliveira:

Após o final da segunda guerra mundial, é possível dizer que a Europa e alguns países asiáticos, como é o caso do Japão, operaram uma espécie de “redescoberta cultural dos Estados Unidos”. Não se trata, em verdade, de um movimento sociocultural novo. Com efeito, no início do século XX, alguns teóricos e articulistas falavam em um processo de “americanização do mundo”: ao longo de quase todo século passado,

⁶BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (*Syn*) *thesis*, v. 5, n. 1, 2012, p. 23.

⁷*Ibidem*, p. 29.

podemos observar uma gradativa mudança nos padrões culturais – mesmo na Europa – para incorporar elementos americanizados que vão das artes, passando pela arquitetura e chegando aos costumes. Sem embargo, o processo de migração cultural que se observa nesse momento pós-bélico, assume contornos diferentes.⁸

E essa migração de padrões culturais estadunidenses também atingiu a atuação do Judiciário, havendo a expansão do controle de constitucionalidade difuso pelo mundo. Diferentemente do modelo concebido por Kelsen, o controle difuso de constitucionalidade não é aquele exercido por uma Corte Constitucional de forma exclusiva, mas por magistrados em todas as instâncias do Poder Judiciário. A constitucionalidade é declarada, ou não, caso a caso, com efeito inter partes e sem efeito vinculante para terceiros não integrantes das relações jurídicas originárias.

Outrossim, os EUA adotam o modelo de Corte Constitucional, muito similar ao kelseniano, embora historicamente anterior a este. A instalação da Suprema Corte americana remonta à promulgação da Constituição daquele estado, em 1787, e sua atuação é delimitada como a mais alta instância do Poder Judiciário, em sede de recurso e de análise de constitucionalidade em abstrato.

Cabe destacar também que, nos EUA, como adotantes da *common law*, as decisões são pautadas em precedentes, ou seja, é a jurisprudência a fonte normativa principal para fundamentação das decisões dos magistrados. Por via de consequência, trata-se de um sistema em que a discricionariedade na decisão do juiz é mais latente, uma vez que não há extensiva lei positivada que direcione esse poder decisório.

Com a adoção do modelo estadunidense de controle de constitucionalidade, houve uma miscelânea, em diversos países adotantes do *civil law* como sistema jurídico, que passaram a incorporar institutos do modelo distinto adotado pelos EUA. Assim, vários países, em que se inclui o Brasil, passaram a adotar, além dos modelos tradicionais de controle de constitucionalidade, o sistema de precedentes, com alterações que visassem a compatibilizar os institutos com os modelos pré-existentes.

Outro fator que leva à ampliação da atuação do Judiciário, sobretudo de competência constitucional, é o aumento da tensão entre os Poderes Executivo e Legislativo. A divisão de Poderes, sobretudo na Federação, pressupõe, ainda que de forma separada, uma atuação coordenada entre eles.

⁸TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 11, n. 2, 2016, p. 751-772.

Entretanto, quando há falhas nessa sincronia – quando, por exemplo, o Executivo não está alinhado aos interesses do Parlamento, ou quando há sobressalência da oposição em relação à base de apoio do Presidente –, o Judiciário se torna uma instância responsável por dirimir tais conflitos.

Como consequência desse movimento de ampliação da abrangência constitucional, intensifica-se a submissão de conflitos decorrentes do descumprimento de disposições constitucionais ao crivo do Judiciário. Significa dizer que, havendo respaldo no texto constitucional, há também o aumento de ações judiciais que versem sobre a efetivação desses direitos, diante da omissão de órgãos do Poder Executivo ou da falta de regulamentação pelo Poder Legislativo.

Ou seja, se a Lei Maior do Estado prevê a adoção de mecanismos por parte dos entes políticos para o exercício de direitos e a manutenção de garantias fundamentais aos seus cidadãos, significa dizer que, sendo estes obstaculizados, é lícito à parte prejudicada formular sua pretensão ante ao Poder Judiciário. E, em se tratando de judicialização de políticas públicas, a expansão da jurisdição constitucional é uma consequência lógica.

Desta feita, o ativismo judicial se mostra um instrumento benéfico para a dinâmica dos Poderes. Isto porque viabiliza o exercício de direitos, bem como a prática de atos pelo Governo, ao determinar soluções para impasses que deveriam ter sido dirimidos pelo Legislativo, mas que não o foram, por diversos motivos que serão retratados adiante.

Embora sejam conceitos similares, é preciso estabelecer uma diferenciação entre a judicialização dos conflitos e o ativismo judicial. Mais precisamente, faz-se necessário compreender que a intensificação da atuação da Corte constitucional pela judicialização de questões levadas ao crivo do Judiciário é um dos fatores de formação do ativismo judicial.

Já o conceito de ativismo judicial é complexo e mutável, híbrido, uma vez que este se desenvolve de maneira peculiar a depender de fatores políticos, históricos e de organização do Estado.

1.2 O HIBRIDISMO CONCEITUAL DO ATIVISMO JUDICIAL

São inúmeros os autores⁹ e os artigos, desde o início do século passado, que se debruçam sobre a tentativa de conceituar o ativismo judicial. Trata-se de questão complexa,

⁹ O termo “ativismo judicial” foi empregado pela primeira vez pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr., em 1947, na matéria veiculada pela revista norte-americana *Fortune*, intitulada “The Supreme Court: 1947. No referido artigo,

uma vez que o que se vê como uma decisão ativista varia de acordo com contextos políticos, históricos e jurisdicionais peculiares a cada Estado.

Sobre as origens da adoção do termo “ativismo judicial”, Trindade e Oliveira destacam:

Como se sabe, a expressão ativismo judicial surge em 1947, num artigo de Arthur Schlesinger Jr. (...) no qual se discutia o perfil dos juizes que à época integravam a Suprema Corte, classificando-os como “ativistas”, “campeões da autocontenção” e “moderados”. O primeiro grupo era composto dos juizes Black, Douglas, Murphy e Rutledge; no segundo grupo estavam os juizes Frankfurter, Jackson e Burton; o terceiro grupo era formado pelos juizes Reed e Vinson. No entanto, o artigo não indicava os elementos a partir dos quais seu autor fizera a identificação e o enquadramento dos juizes, de maneira que dele não se pode inferir qualquer sentido para a expressão judicial activism, exceto sua oposição à judicial self restraint.¹⁰

Conceituar se mostrou uma tarefa complexa e, por isso, o termo foi tratado por exclusão, em oposição ao *self restraint*, à autocontenção do Judiciário. Em casos em que o judiciário não se atém à norma constitucional ou à letra de lei, a decisão pode, em tese, ser denominada ativista. Entretanto, trata-se de uma solução simplista ao extremo. Restringir o conceito de ativismo como mera oposição à contenção é um raciocínio raso.

O termo “ativismo judicial” popularizou-se quando foi empregado por Scalia¹¹ na discussão acerca das limitações da atuação da Suprema Corte norte-americana em questões políticas. O autor, magistrado integrante da Suprema Corte dos EUA, criticava a atuação dita ativista e defendia uma atividade moderada do Poder Judiciário em debates dessa natureza, principalmente no que diz respeito a liberdades econômicas garantidas pela Constituição do país.

Para ele, as liberdades civis devem ser vistas como interdependentes, de modo que não haveria qualquer estrutura de gradação ou hierarquia entre elas. Assim, a atuação da Suprema Corte não poderia ultrapassar as designações que lhe foram atribuídas constitucionalmente, ou seja, deveria ser limitada a reconhecer ou não a atuação dos demais poderes dentro da sua atribuição pela Carta Magna.

o autor denominou ativistas os juizes conhecidos pela sua atuação na defesa dos direitos das minorias e da população menos favorecida. Desde então, podemos destacar outros estudiosos do tema, como David A. Strauss, Antonin Scalia, entre outros.

¹⁰ *Ibidem*, p.8.

¹¹ SCALIA; EPSTEIN, *op. cit.*, p. 2.

Ainda de acordo com o autor, a atuação da Corte Constitucional deveria se limitar a impedir que o Executivo atue de forma que não tenha sido previamente autorizada pelo Legislativo, bem como que ambos esses Poderes ajam dentro da competência que a Constituição lhes assevera.

O entendimento de Scalia é permeado por questões ligadas à denominada “teoria de freios e contrapesos”. Difundida em especial nos Estados Unidos (*checks and balances*), cabe aqui mencionar, em linhas gerais, como se comporta o referido organismo constitucional, nas palavras de Luís Roberto Barroso:

Em um Estado constitucional existem três ordens de limitação do poder. Em primeiro lugar, as limitações materiais: há valores básicos e direitos fundamentais que hão de ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação. Em segundo lugar, há uma específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente (*checks and balances*). (...) Na maior parte dos Estados ocidentais instituíram-se, ainda, mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.¹²

Ou seja, significa dizer que a própria atuação do Judiciário está limitada por mecanismos de controle administrados pelas demais funções do Estado. Em contrapartida, as atuações dos demais entes também poderiam ser submetidas ao Judiciário. No caso brasileiro, há de destacar a competência do Supremo Tribunal Federal, que atua como um vigilante atento a potenciais violações de ditames constitucionais e dos princípios sensíveis que a permeiam, sobretudo aos valores democráticos e aos direitos fundamentais.

Portanto, para os críticos do ativismo judicial, ele consistiria numa atuação dissonante, desequilibrada dos juízes em relação àquela prevista no texto da Constituição. Em outras palavras, uma atuação ativista seria aquela que ultrapassaria a competência constitucional da Corte – e os motivos para tanto podem ser os mais diversos, desde excesso na discricionariedade do magistrado à influência de questões políticas, morais, religiosas e de toda sorte de interferência de questões de foro íntimo do magistrado.

Outras críticas às decisões políticas das cortes constitucionais residem nos argumentos que defendem a participação popular. Para Hirschl¹³, por exemplo, a deliberação pública e a participação popular seriam o cerne da democracia. Assim, a atuação do Poder Judiciário como

¹²BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 25.

¹³HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p.186.

tomador de decisões de caráter político usurparia do povo a sua legitimidade para tanto. As discussões de pautas públicas e de interesse geral ficariam limitadas aos setores com conhecimento jurídico específico, o que prejudicaria a expressão da vontade popular.

Além disso, para o autor, apesar do fato de uma atuação imparcial ser esperada dos magistrados, não se pode garantir que a sua manifestação – sobretudo em questões políticas sensíveis – seja livre de julgamentos de valor. Na realidade, embora o atuar dos magistrados seja, na maior parte das vezes, guiado por princípios objetivos, sempre haveria a interferência de preferências pessoais dos juízes e de suas convicções políticas.

O entendimento de Hirschl é compatível com o defendido por Abboud e Mendes, citando Walpin:

De acordo com Gerald Walpin, uma das vozes mais críticas ao ativismo judicial, os juízes da Suprema Corte deveriam se limitar aos ditames da Constituição, extirpando leis que sejam incompatíveis com o seu texto e declarar a constitucionalidade das leis que não incorram nesses vícios, sem levar em consideração as suas opiniões pessoais. Caso contrário, esses julgadores atuarão de maneira ativista quando sobrepujarem suas vontades ou entendimentos particulares de como deveriam ser as leis, cassando legislação que não seja contrária ao texto da Constituição ou criando novas determinações, novos direitos e obrigações, sem qualquer previsão ou compatibilidade constitucional.¹⁴

Já para Epstein¹⁵, o movimento seria benéfico, no sentido de manter as garantias constitucionalmente previstas, bem como de coibir abusos e atuações interessadas dos Poderes Executivo e Legislativo. Epstein sustentava que, como “instituições humanas permeadas por pessoas”¹⁶, as esferas dos três Poderes eram suscetíveis a cometer erros, e a atuação de um poder perante o outro visaria a manter o equilíbrio nessas atribuições.

Além disso, haveria uma disputa entre os Poderes Legislativo e Judiciário, acerca de quem daria a decisão final sobre determinadas questões. Entretanto, a análise da constitucionalidade deveria se dar de forma a considerar as falhas do Judiciário e as ramificações políticas do governo. Isto porque não há como se considerar que a atuação dessas forças é totalmente despretensiosa e livre de opiniões e pretensões próprias, políticas e sociais, por serem tomadores de decisões como quaisquer outros.

¹⁴WALPIN, Gerald. *The Supreme Court vs. the Constitution*. New York: Significance Press, 2013, p. 39 *apud* ABOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. *Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea*. Cidade: Revista dos tribunais, v. 1008, 2019, p. 2-3.

¹⁵ *Ibidem*, p.11.

¹⁶ No original, em inglês: “*Once we realize that all human institutions (being peopled by people) are prey to error, the only thing we can hope to do is to minimize those errors so that the productive activities of society can go forward as little hampered as possible.*”

O ativismo judicial é, adicionalmente, um instrumento de exercício do princípio contramajoritário que permeia o sistema de justiça como um todo. Representa a contenção da atuação dos órgãos do Estado que contenham representantes eleitos pelo povo, ao preservar não só a estrutura primária da Constituição, mas os princípios, garantias e direitos que a norteiam.

Não há de se fazer, no entanto, um juízo de valor acerca do ativismo, ao menos neste momento. Conforme menciona Abboud¹⁷, “fato é que o juiz ativista pode ser o progressista ou o conservador. Para tanto, basta que ele deixe de procurar a resposta no direito e a fabrique na ideologia. Por essa razão, está inadmitida qualquer divisão entre o bom e o mau ativismo.”

Dadas as construções teóricas, tem-se que ativismo judicial representa a atuação da Corte Constitucional que ultrapassa o estrito cumprimento das disposições constitucionais previstas para tanto. As motivações para isso são as mais diversas, o que inclui fatores políticos, sociais, a defesa de direitos constitucionais ou, até mesmo, uma mera extrapolação da discricionariedade do julgador.

Trata-se, ainda, de um efeito decorrente do próprio controle de constitucionalidade de leis e normas, bem como de uma decorrência do sistema de freios e contrapesos, que vê o Poder Judiciário como contido pelas demais estruturas do poder e, simultaneamente, como contendor dessas mesmas funções estatais.

Feita esta análise, tem-se a definição de ativismo judicial: trata-se de um conceito semântico híbrido, que se reveste de ferramentas de salvaguarda constitucional, porque possui elementos substanciais (defesa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais) e procedimentais, porque é um instrumento do exercício contramajoritário.

Uma decisão ativista é alinhada a parâmetros não estáticos com relação aos fundamentos e determinações constitucionais, mas sempre deve agir dentro dos parâmetros previstos na Carta Magna. O ativismo judicial não é absoluto, irrestrito ou supremo, mas limitado pelos mecanismos de controle constitucional designados às funções exercidas pelos demais Poderes.

Apesar de se apresentar de forma distinta a depender do contexto fático, o ativismo sempre se manifesta diante de violações de direitos constitucionais e princípios fundamentais sensíveis. Não se conecta com uma visão parcial do julgador do tribunal ou da corte e não pretende ser influenciado por questões políticas, sociais, religiosas ou ideológicas deste,

¹⁷ ABBOUD, *op. cit.*, p. 5.

tampouco por matéria de foro íntimo. Por isso, distingue-se dos tomadores de decisões ou representantes populares.

Os principais efeitos das decisões ativistas são o reconhecimento de novos direitos, como na decisão emblemática do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de abortamento do feto anencefálico, e de novas obrigações, como a do reconhecimento pelo Estado da união estável homoafetiva, desde que esses não violem a ordem constitucional vigente.

1.3 O DESENVOLVIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

No Brasil, o desenvolvimento dessas questões se deu de forma peculiar. Apesar de ter sido influenciado pelas mesmas forças que atingiram o restante do mundo no contexto do pós-guerra e havendo a previsão de uma Corte Constitucional desde períodos que remontam à Proclamação da República, o modelo somente se aproximou do que se conhece hoje com o início da redemocratização.

Sobre o controle difuso da constitucionalidade de leis e normas, destaca-se que não foi uma inovação do constituinte de 1988, havendo previsão deste desde a primeira Magna Carta Republicana, em 1891. Entretanto, deve-se destacar que o exercício pleno desse mecanismo se encontrava obstaculizado, sobretudo durante as ditaduras do Estado Novo (1937-1945) e Militar (1964-1985).

Sobre a ditadura do Estado Novo, Nagib Slaib Filho¹⁸ menciona:

O caráter autoritário e centralizador da Carta de 10 de novembro de 1937, outorgada por Getúlio Vargas em momento extremo da política nacional, foi avesso ao controle da constitucionalidade das leis, mesmo porque durante a sua vigência não se elegeram os integrantes do Parlamento, ficando autorizado o Chefe do Executivo a dispor sobre todas as matérias, inclusive emendas constitucionais, através de decretos-leis.

Há de se contemplar os fatores que são responsáveis pela atuação da Corte Constitucional Brasileira tal qual ela se deu após a redemocratização. Em primeiro lugar, destacam-se a consolidação dos mecanismos de controle de constitucionalidade em abstrato e a promulgação de uma constituição analítica.

¹⁸ SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. *Revista da EMERJ*. v. 5, n. 20, 2002. p. 284-319.

Moraes¹⁹ define constituições analíticas como aquelas que “examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado”. Esse tipo de Carta Magna é essencial para a ampliação da jurisdição constitucional.

Significa dizer que matérias que tendem à regulação da atuação do governo passam a ser de cunho constitucional, ou seja, questões relacionadas às políticas públicas. Mais do que diretrizes, tais normas são verdadeiras obrigações do Estado em relação aos governados – e, conseqüentemente, proporcionam a judicialização por estes quando o Poder Público falha em possibilitar o exercício dos direitos delas decorrentes. A implicação direta disso é a ampliação da atuação jurisdicional em relação a matérias de cunho constitucional.

No que diz respeito ao caráter analítico da Carta Magna de 1988, este se torna evidenciado diante da extensão do texto constitucional. A Constituição Federal vigente é conhecida como a “Constituição Cidadã”, por contemplar, além de diversas possibilidades de participação popular, diversos direitos fundamentais e garantias do seu exercício que transcendem a atuação de entes políticos.

De tudo isso também é possível extrair outra característica da Carta Magna de 1988 que proporcionou a ampliação da jurisdição constitucional: o seu caráter dirigente. A primeira Constituição brasileira do período democrático traz diretrizes que buscam estabelecer parâmetros para o Estado brasileiro em sua democracia recém-consolidada. Assim, a lei máxima do país trata, além das questões de organização do Estado, de matéria política, o que leva à judicialização da política.

Além disso, a atuação do Supremo Tribunal Federal foi ampliada em matéria e complexidade²⁰ após 1985, com a entrada em vigor da lei que criou a Ação Civil Pública (Lei 7.347/85). Houve, então, um fortalecimento da tutela de direitos coletivos, o que levou à intensificação da atuação do STF, como Corte Constitucional com competência para julgamentos de demandas dessa natureza, conforme disposto no próprio texto constitucional.

É importante perceber que a judicialização da política, assim como o ativismo judicial, não se confunde com a ampliação da jurisdição constitucional. Em verdade, trata-se de conceitos que têm a mesma origem, mas não são iguais: ambos derivam da promulgação de uma Carta Magna abrangente e dirigente. Conjugados aos mecanismos de controle de

¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 45.

²⁰ FARIA, José Eduardo. Judicialization of politics, judicial activism, and institutional tensions. *Journal of Democracy em Português*. Disponível em: <<https://medium.com/funda%C3%A7%C3%A3o-fhc/judicialization-of-politics-judicial-activism-and-institutional-tensions-1158ae29f0b3>> Acesso em: 20 nov. 2022.

constitucionalidade, que levam as pautas políticas ao Supremo Tribunal Federal, a discussão passa a pairar sobre os limites de atuação da Corte Suprema.

1.4 LIMITES À INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS PELA CORTE CONSTITUCIONAL

A atuação do Supremo Tribunal Federal está respaldada pelo texto constitucional, bem como a própria criação e o funcionamento da Corte. Dentre outras regras, o *caput* do art. 102 se destaca por estabelecer que o STF tem a função precípua de “guarda da Constituição”²¹. O referido dispositivo, então, passa a tratar das competências da Corte Constitucional de forma pormenorizada, o que inclui a atuação em sede de controle de constitucionalidade em concreto e em abstrato.

Entender os limites da atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal pressupõe, em primeiro lugar, o entendimento acerca do poder decisório do magistrado, independentemente do seu grau de jurisdição. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB²²) estabelece, entre outras normas, uma importante diretriz à atuação do magistrado. Em seu art. 5º, indica: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Ou seja, ainda que o magistrado deva se ater ao texto legal em suas decisões, é importante que este faça uma análise acerca dos fins sociais a que ela se destina, bem como às possíveis consequências da sua aplicação. Resta ultrapassada a ideia do juiz “boca-da-lei” de Montesquieu, que apenas reproduz a norma jurídica sem qualquer juízo de valor ou análise do caso concreto de maneira mais superficial.

Ao juiz cabe, ainda, a interpretação da norma legal concebida pelo legislador. Há de se destacar, sem embargo, que a análise da norma não se restringe (e não se deve limitar) ao seu sentido literal, gramatical. A lei deve ser interpretada como um processo histórico, um arranjo institucional vivo e dinâmico²³. Ou seja, não se deve priorizar uma interpretação da lei friamente restrita à palavra, deve-se entendê-la como decorrente de uma conjunta política, jurídica e histórica específica.

²¹BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

²²BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em <planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> Acesso em: 17 nov. 2022.

²³ FARIA, *op. cit.*

Nesse contexto, o ativismo judicial surge como uma ferramenta de ampliação da interpretação de leis e normas infraconstitucionais, de modo a proporcionar uma maior aplicabilidade aos princípios constitucionais sensíveis e garantir-lhes efetividade. Ademais, há de se considerar que a atuação ativista busca, em primeiro lugar, a ampliação da aplicabilidade de leis e normas de modo que estas estejam o mais próximo possível da concretização dos valores constitucionais.

Nas palavras de Isaac Kofi Medeiros²⁴, destaca-se a interpretação da atuação ativista como uma forma de oposição ao positivismo:

Essa descrição se reporta a uma dimensão hermenêutica do conceito de ativismo judicial, voltada ao comportamento dos juízes em face da interpretação da norma nos casos concretos ou abstratos submetidos ao poder judiciário. Esta ideia de ativismo judicial parte em geral de pretensão de superação do positivismo jurídico, a atribuir aos magistrados a prerrogativa de proferir decisões com um maior grau de criatividade interpretativa, fugindo das amarras da legalidade formal. O juiz, longe de apenas aplicar a lei tal qual ela é, passa a usar de um léxico jurídico difuso para justificar a tomada de decisão judicial, sobretudo princípios constitucionais, legais, implícitos e explícitos, entre outras técnicas decisórias.

Ademais, vigora no ordenamento jurídico brasileiro o chamado “livre convencimento motivado”. Significa dizer que, embora necessitem de fundamentação, as decisões dos magistrados estão sujeitas a critérios de convencimento que lhes são particulares. O magistrado é “independente para receber e analisar os fatos que foram narrados ou que restaram registrados nos autos, para verificar a juridicidade e proceder à subsunção”²⁵.

Apesar desse entendimento, não se chegou a um consenso sobre quais seriam os limites desse livre convencimento. É evidente que este não pode ser completamente destoadado da lei; ao mesmo tempo, não pode fugir da realidade social e das consequências práticas de uma decisão jurisdicional, para as partes e para os demais integrantes da sociedade.

Há, de certo, uma questão que não pode ser ignorada: o magistrado não se pode omitir de dar respostas aos questionamentos levados a ele pelos jurisdicionados, sob pena de se perpetuar a omissão do Estado e impossibilitar o devido acesso à Justiça. E em uma sociedade altamente globalizada, as matérias submetidas ao Judiciário se ampliam, não somente em quantidade, mas em qualidade e forma.

²⁴ MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública*. Disponível em: < <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/216251> > Acesso em: 25 nov. 2022.

²⁵ ALMEIDA, Vitor Luís de. *A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado*. 2012. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/05/2012_05_2497_2536.pdf. Acesso em: 23 fev. 2023.

Diante de novas situações jurídicas submetidas ao juiz, não pode este eximir-se de dar uma resposta à demanda social sob o único fundamento de que o Legislativo ainda não regulamentou a questão. Desta forma, a interpretação de leis e normas tendo como respaldo uma ampliação da aplicabilidade dos princípios constitucionais se mostra essencial para promover equidade, proporcionando a efetivação de direitos e garantias a todos os cidadãos de maneira equilibrada.

Também há de se considerar que a atuação contramajoritária do Judiciário é essencial em casos em que o Legislativo é omissivo. Essa omissão pode ocorrer tanto por se tratar de uma situação jurídica “nova” no ordenamento jurídico quanto por uma opção dos legisladores de não regulamentar a questão.

Há de se ressaltar, no entanto, que a omissão nem sempre será oriunda do Poder Legislativo: isso também pode ocorrer quando a lei ou a Constituição estabelecem diretrizes para efetivação de direitos pelo Poder Executivo e estas não são implementadas, total ou parcialmente.

A omissão legislativa parcial é caracterizada quando a lei ou ato normativo previsto na constituição é elaborado pelo Poder Legislativo, mas, assim mesmo, impede ou dificulta o exercício do direito previsto. A omissão total, por sua vez, ocorre quando o legislador não toma qualquer providência para editar lei reguladora de direito constitucional oriundo de norma constitucional de eficácia limitada.

Especificamente na atuação do Supremo Tribunal Federal, a Constituição tratou de assegurar que a Corte tivesse mecanismos específicos para lidar com a omissão do Poder Público. Para isto, foram criadas as figuras da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIO) e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Em relação à função dessas ações constitucionais, destaca-se trecho do julgamento da ADIO n. 3682, que versava sobre a omissão legislativa acerca da regulamentação da criação de novos municípios sob a égide da nova Constituição Federal, julgada em 2007 pelo STF:

As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. Sendo assim, consignou-se que a inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade e que a não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. O Tribunal se deparou com o fato de que, diante da ausência da lei complementar em questão, desde a promulgação da EC 15/96, diversos municípios foram efetivamente criados e assumiram a existência de fato como entes federativos. Conseqüentemente, o Plenário do Tribunal, por unanimidade de votos, julgou procedente a ação direta para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele

todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão.²⁶

Desta forma, é possível compreender que a atuação dos magistrados, em geral, vai muito além da subsunção do fato à norma jurídica de forma literal. O atuar do juiz deve se dar de forma a garantir não só a efetividade da norma, mas também possibilitar o exercício de direitos e garantias fundamentais.

Mais especificamente em relação à atuação do STF, esta não é limitada a declarar a constitucionalidade de leis e normas elaboradas pelo Legislativo ou das políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo.

À Corte Suprema cabe, também, proporcionar a maior efetividade possível ao texto da Lei Maior, por meio de a) interpretação de leis e normas por um viés constitucional; b) garantia do exercício de direitos limitadamente previstos na Carta Magna; c) atuação contramajoritária, de forma a garantir os direitos das minorias e d) manutenção da atuação dos órgãos eleitos em consonância com o texto constitucional, inclusive evitando omissões que impeçam o exercício de direitos.

Decerto, não há como impedir que a efetivação dessas funções do STF não seja permeada por questões políticas e sociais. É preciso compreender o juiz como um indivíduo com características que lhe são peculiares, ligadas ao seu próprio contexto de vida social e profissional. Além disso, é necessário assinalar que omissões do Poder Público também são, na imensa maioria das vezes, influenciadas por questões políticas e sociais.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão n. 3.682* - Diário da Justiça - 06/09/2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-mai-12/leia_voto_prazo_regulamentacao_municipios?pagina=11>. Acesso em: 25 nov. 2022.

2. AS ATRIBUIÇÕES HISTÓRICAS DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

O ideal de separação dos Poderes na estrutura do Estado, conforme já mencionado, remonta a Montesquieu. Desde a concepção do Estado moderno, pensa-se que a divisão dos Poderes de forma harmônica constitui uma garantia contra a arbitrariedade daqueles que detém o poder frente aos cidadãos.

Muito embora tal conceito seja demasiado anterior à criação das cortes constitucionais tal como são conhecidas atualmente, vale destacar a concepção originária das atribuições do Poder Judiciário, nas palavras do autor francês:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é unido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais ou de nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares.²⁷

Desta forma, a criação do Poder Judiciário, bem como a atribuição de prerrogativas e obrigações a este devem ocorrer de forma a priorizar a manutenção da existência harmônica dos Poderes, bem como a coibir abusos por parte de qualquer um deles.

2.1 A FUNÇÃO JURÍDICA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

A criação das Cortes Constitucionais está intrinsecamente ligada às origens da revisão constitucional das leis. Isto porque, em linhas gerais, a principal atribuição jurídica da Corte Constitucional é funcionar como instância controladora da constitucionalidade de normas elaboradas pelo Poder Legislativo e de atos realizados pelo Poder Executivo.

Neste sentido, cabe retomar os dois principais modelos de revisão constitucional, já mencionados no primeiro capítulo, que são adotados até a contemporaneidade: o controle difuso, de origem norte-americana, e o controle concentrado, atribuído ao modelo austríaco. Sobre a diferença entre os dois modelos, foram tratados no item 1.2 do capítulo anterior.

²⁷ MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 169.

A origem das Cortes Constitucionais alude à obra do jurista austríaco Hans Kelsen. Entretanto, faz-se necessário reconhecer que, embora a Corte Constitucional idealizada pelo autor tenha sido o modelo a se difundir pelo mundo com predominância, a concepção do Judiciário como órgão de revisão constitucional de leis e normas remonta ao *judicial review* estabelecido pelos federalistas norte-americanos à época da promulgação da Constituição dos EUA.

Alexander Hamilton, um dos federalistas responsáveis pela elaboração da Lei Maior dos EUA, bem como idealizador do modelo federativo adotado por aquele Estado, pensou a atuação do Judiciário como revisor da legislação ordinária antes mesmo da promulgação da Constituição norte-americana. Em 1788, n' *O Federalista*, n° 78²⁸, o autor tratou da formação do Poder Judiciário na Federação em gênese. Importante destacar que, nesse modelo de controle de constitucionalidade, a análise de compatibilidade entre a legislação ordinária e a Carta Magna pode ser realizada por magistrados em todas as instâncias do Poder Judiciário.

Hamilton²⁹ ratificou a ideia da separação absoluta dos Poderes como forma de garantir a liberdade e a democracia. Citando Montesquieu, declarou que “não haveria liberdade, se o judiciário não se mantivesse realmente apartado de ambos os Poderes Executivo e Legislativo”³⁰. Na mesma publicação, o autor listou diversas garantias que deveriam ser oferecidas aos magistrados para garantir a sua integridade e assegurar a liberdade do Poder Judiciário frente aos demais Poderes. Estas serão abordadas neste texto em momento oportuno.

Quanto a Kelsen, o autor defendia a figura da Corte Constitucional como um órgão de análise da constitucionalidade das leis, aqui, entende-se como aquelas elaboradas pelo Poder Legislativo, de acordo com o processo legislativo determinado na Carta Magna, de normas (conceito que inclui decretos, portarias e outras determinações não elaboradas com base no princípio majoritário) e de atos do Poder Executivo e do Legislativo. Essa verificação da constitucionalidade, formal e material, dar-se-ia sempre tendo como parâmetro o próprio texto constitucional³¹.

²⁸ Os Papéis Federalistas (Federalist Papers) é uma série de 85 artigos que argumentam para ratificar a Constituição dos Estados Unidos. É o resultado de reuniões que ocorreram na Filadélfia em 1787, para elaborar a Constituição Americana, e renderam vários artigos publicados em Nova York com o intuito de ratificar a Constituição Americana. Os artigos foram reunidos no livro *O Federalista*. WIKIPÉDIA. *O federalista*. Disponível em: < https://pt.wikipedia.org/wiki/O_Federalista.> Acesso em: 15 maio. 2023.

²⁹ HAMILTON, Alexander. *The Federalist No. 78*. Disponível em: < https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp#2T>. Acesso em: 09 jan. 2023.

³⁰ *Ibidem*. Tradução livre. No original, em inglês: “*For I agree, that "there is no liberty, if the power of judging be not separated from the legislative and executive powers.*”

³¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 139-141.

Cabe destacar, no entanto, que o autor não tratava essa Corte Suprema como integrante do Poder Judiciário, mas como um órgão à parte dos três Poderes, como forma de manutenção da sua imparcialidade. O jurista defendia, ainda, que a análise da constitucionalidade de leis e normas não se poderia dar pelo próprio Legislativo, uma vez que “[...] seria ingenuidade política contar que ele anularia uma lei votada por ele próprio pelo fato de outra instância a ter declarado inconstitucional.³²”:

Portanto, não é com o próprio parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.³³

Entretanto, mesmo o autor criticava a limitação da atuação das Cortes Constitucionais ao exame da constitucionalidade das leis e normas, uma vez que, na sua concepção, essa contenção se daria por motivos meramente políticos:

O fato de que a aspiração a garantias da Constituição se manifeste vivamente e de que a questão seja discutida cientificamente ainda hoje - ou, mais exatamente, só hoje - se deve ao mesmo tempo a razões teóricas e políticas. Por um lado, não faz muito que surgiu na doutrina a ideia da estrutura hierárquica do direito, ou - o que é a mesma coisa - da natureza jurídica da totalidade das funções estatais e de suas relações recíprocas. Por outro lado, se o direito dos Estados modernos, que apresenta uma grande quantidade de instituições destinadas a garantir a legalidade da execução, só toma, ao contrário, medidas muito restritas para assegurar a constitucionalidade das leis e a legalidade dos decretos, isso se deve a motivos políticos; e esses motivos, por sua vez, não deixam de influenciar a formação da doutrina, que deveria ser a primeira a fornecer esclarecimentos sobre a possibilidade e a necessidade de tais garantias.³⁴

A limitação política da atuação da corte constitucional teria origem, segundo Kelsen, nas monarquias constitucionais. Isto porque, nessa forma de governo, o Poder Executivo, exercido pelo monarca, continuaria a ter uma preponderância frente aos demais Poderes. Desta feita, seria uma herança do modelo monárquico que evoluiu para as chamadas Monarquias Constitucionais.

Desta maneira, é possível estabelecer que, desde a sua concepção, a Corte Constitucional não tem sua atribuição limitada à análise da constitucionalidade dos atos promovidos pelos Poderes Executivo e Legislativo. Trata-se de um papel mais complexo, de caráter jurídico (este aqui já explicitado) e político, que será tratado adiante.

³² *Ibidem*, p. 150.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*, p. 127.

2.2 A FUNÇÃO POLÍTICA DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Conforme já discutido anteriormente, é tênue a linha que separa o Direito da política. À medida que ocorre uma intensificação da judicialização de matérias de natureza constitucional, maior também é a submissão de questões políticas ao crivo do Judiciário. No entanto, muito embora a judicialização de questões políticas tenha sofrido uma intensificação nas últimas décadas, não se trata de uma discussão recente.

Ao exercer a sua competência jurídica, de analisar a constitucionalidade de leis elaboradas pelo Poder Legislativo e de atos emanados pelo Poder Executivo, a Suprema Corte acaba por interferir na esfera política do Poder Público. Trata-se do exercício do papel contramajoritário da instância constitucional. Nas palavras de Barroso:

O que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de contramajoritário: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (i.e., de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário.³⁵

E, a partir disso, surge a principal crítica contra a forma de escolha dos magistrados que compõem a Suprema Corte. Tais representantes não são eleitos diretamente pelo povo, sendo escolhidos pelos representantes eleitos – mais comumente, pelo presidente da República. No Brasil, os membros do Supremo Tribunal Federal são escolhidos pelo presidente da República e esta escolha é referendada pelo Senado Federal³⁶.

É comum, por exemplo, que o magistrado selecionado pelo presidente da República tenha seus ideais alinhados ao do governante. A título de exemplificar esse alinhamento, podemos citar a nomeação do Ministro André Mendonça pelo ex-presidente da República Jair

³⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 475.

³⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 20. Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 122, de 2022)
Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Bolsonaro, sob alegação de que este seria “terrivelmente evangélico”³⁷, ou seja, alinhada aos ideais religiosos do governante. Embora, num primeiro momento, isso signifique meramente um posicionamento de reforço das escolhas do chefe do Executivo, pode haver outras consequências, como o adiamento de julgamento de processos, motivado por pedidos de vista que se estendem por períodos injustificadamente longos.³⁸

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dispõe, acerca dos pedidos de vista e do prazo para sua realização:

Art. 134. O ministro que pedir vista dos autos deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, no prazo de trinta dias, contado da data da publicação da ata de julgamento. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020)

No entanto, o que se observa na prática é que os prazos de vista tendem a ser bem mais longos do que aquele determinado pelo Regimento. No ano de 2022, foi sugerida pelos próprios ministros uma Emenda à norma de regulação interna do Tribunal, passando o novo prazo a ser de 90 (noventa) dias.³⁹

Para Hamilton⁴⁰, por exemplo, o que se buscava na escolha de um magistrado era o seu “bom comportamento⁴¹”, que consiste numa atuação segura, reta e imparcial na administração da lei. Em relação à capacidade técnica dos magistrados, o autor destaca que os potenciais juízes seriam aqueles que se mantivessem atualizados em relação ao conhecimento dos precedentes – que, devido à complexidade das relações humanas, são extensos –, assim como deveriam ser profundos conhecedores da lei e da Constituição.

³⁷ CNN. *Bolsonaro cita “terrivelmente evangélico” e parabeniza Mendonça no STF*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-cita-terrivelmente-evangelico-e-parabeniza-mendonca-no-stf/>. Acesso em: 10 fev. 2024.

³⁸ A título de exemplo, podemos citar os pedidos de vista realizados pelo Ministro André Mendonça, indicado ao STF pelo ex-presidente Jair Bolsonaro. Mendonça foi o recordista de pedidos de vista no ano de 2022, o que pode ser visto como uma estratégia para alterar o curso de processos. FOLHA DE SÃO PAULO. *Ano 1 de Mendonça no STF é marcado por paralisação de casos importantes*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/12/ano-1-de-mendonca-no-stf-e-marcado-por-paralisacao-de-casos-importantes.shtml> > Acesso em: 15 jan. 2023.

³⁹ CNN. *STF altera prazo para devolução de pedidos de vista em ações para 90 dias*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/stf-altera-prazo-para-devolucao-de-pedidos-de-vista-em-acoes-para-90-dias/> > Acesso em: 14 jan. 2023.

⁴⁰ HAMILTON, *op. cit.*

⁴¹ *Ibidem*. Tradução livre. No original, em inglês: “[...] all judges who may be appointed in the United States are to hold their offices DURING GOOD BEHAVIOUR; [...]”.

Da análise do texto constitucional vigente no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, verifica-se que, até a atualidade, os critérios são bens similares àqueles apontados pelo autor norte-americano:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 122, de 2022)

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Apesar de não se tratar de uma eleição direta pelos cidadãos, a Constituição Federal buscou garantir que a escolha dos magistrados a compor o sistema de justiça e, em especial a Corte Constitucional, não fosse eivada de questões políticas. O que se busca é a eleição de membros independentes dos demais Poderes, com conhecimento técnico específico da legislação e de reputação ilibada.

Entretanto, há de se reconhecer que a escolha dos componentes da Suprema Corte jamais será totalmente isenta de influências políticas. Considerando que o apontamento se dá pelo chefe do Poder Executivo e que tal escolha ainda depende do referendo de membros eleitos, não há como tal processo ser completamente isento politicamente – embora seja isso que se espere de um juiz.

Outra importante função política da Corte Constitucional para Barroso⁴², é o papel representativo do STF, que está intrinsecamente conectado à função contramajoritária. Trata-se, consoante o autor, de uma atuação direta do Tribunal Constitucional de forma a atender “demandas sociais e anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional”⁴³. É o que ocorre, por exemplo, no caso das omissões inconstitucionais, levadas à análise da Corte por meio das Ações de Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIO).

Nessa acepção, alinha-se o pensamento de Robert Alexy. Para o autor, a atuação representativa da Corte esbarra na ideia de legitimidade democrática, uma vez que, em tese, apenas aqueles eleitos como representantes do povo teriam legitimidade para propor “inovações” legislativas. Entretanto, ele também sustenta que a função representativa se

⁴² BARROSO, *op. cit.*, p. 474.

⁴³ *Ibidem*, p. 475.

legítima com a existência de argumentos válidos e corretos, unidos ao referendo público, ou seja, aceitação popular das razões suscitadas pela jurisdição constitucional.⁴⁴

Na realidade brasileira, é possível verificar a função dialógica do Supremo Tribunal Federal posta em prática. No que diz respeito ao emprego de argumentos válidos e corretos, a própria Constituição Federal, ao estabelecer a eleição de indivíduos com “notório saber jurídico”, contribui para que as discussões sejam as mais técnicas possíveis. Ainda, destaca-se a atividade de *amicus curiae*, que busca enriquecer os debates com a inserção de conhecimentos específicos em áreas que fogem à expertise dos magistrados que integram o Tribunal.

Além disso, são realizadas diversas audiências públicas, que visam a possibilitar a participação ativa de membros da sociedade civil nas discussões que se formam na Corte. Como exemplo recente, pode-se mencionar a realização pelo STF de audiência pública sobre a suspensão pela União do Fundo da Amazônia, objeto da ADO n. 59, que foi colocada em julgamento pelo Tribunal no ano de 2020⁴⁵.

É evidente que, ao determinar a interpretação de leis e normas de forma distinta daquela atribuída originalmente pelo legislador, ou ao fixar decisões judiciais nas quais o Poder Legislativo ainda não impôs uma norma, a Corte pratica o ativismo judicial. Ocorre que, mesmo que tenham respaldo popular – e mais ainda quando não o possuem –, tais decisões podem ser vistas como invasoras da atribuição dos demais Poderes.

No entanto, cabe ressaltar que mesmo as decisões que não são populares devem ser respaldadas na interpretação à luz da Constituição, na defesa de direitos fundamentais e de forma a garantir-lhes efetividade. Destaca Barroso:

Este ponto é de extrema relevância: todo poder político, em um ambiente democrático, é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Mas há sutilezas aqui. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. E o populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro. É assim, alternando momentos de ativismo e de autocontenção, que a jurisdição constitucional tem se consolidado em todas as democracias maduras como instrumento de mediação das forças políticas e de proteção dos direitos fundamentais.⁴⁶

⁴⁴ ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International journal of constitutional law*. v. 3, n. 4, 2005, p. 572-581.

⁴⁵ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *STF inicia nesta sexta-feira (23) audiência pública sobre Fundo da Amazônia*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-out-23/supremo-inicio-audiencia-publica-fundo-amazonia>>. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁴⁶ BARROSO, *op. cit.*, p. 477.

2.3 GARANTIAS DOS MAGISTRADOS NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Assim como ocorre com as decisões ativistas, a seleção dos membros da Suprema Corte brasileira também representa um momento em que Direito e Política se misturam. Apesar de os juízes eleitos precisarem respeitar os critérios técnicos e a sabatina do Senado para serem empossados, a sua escolha é uma decisão tomada por um membro do Poder Político – o presidente da República.

É evidente que o chefe do Poder Executivo escolherá juízes que estejam alinhados às suas convicções e que possam defender os seus ideais políticos em discussões jurídicas, buscando manter a hegemonia dos atos do Executivo. Porém, ainda que isso ocorra, é necessário garantir que os magistrados tenham liberdade e independência para julgar.

Por outro lado, é preciso destacar as garantias que são dadas aos membros do Judiciário e, mais especificamente, aos magistrados membros da Corte Constitucional, como forma de garantir-lhes uma atuação isenta de influências dos demais Poderes. Tais garantias não são uma inovação do ordenamento jurídico brasileiro e têm o condão de evitar efeitos *backlashing* negativos do Poder Legislativo que poderiam afetar o exercício da jurisdição.

Para Hamilton, por exemplo, aos juízes – em todos os graus de jurisdição, considerando o modelo norte-americano de análise da constitucionalidade – caberia “todo o cuidado possível para permitir-lhes defender-se contra os ataques dos demais poderes”. A principal garantia, para o autor, seria a vitaliciedade⁴⁷. A permanência do cargo possibilita ao magistrado não ceder a quaisquer pressões dos demais Poderes ou a circunstâncias ligadas às instâncias transitórias de poder – como mandatos eleitorais, por exemplo.

A Constituição Federal de 1988 prevê também como garantias ao exercício da atividade jurisdicional, além da vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio⁴⁸. Significa dizer que os juízes – inclusive os da Suprema Corte – não estarão sujeitos a cortes de subsídios de qualquer natureza, bem como a sua remoção do cargo depende de procedimentos específicos previstos no texto da Constituição e subordinados à comprovação do efetivo interesse público para que ocorram.

É importante destacar, no entanto, que tais mecanismos são inerentes a um contexto ideal de democracia competitiva, em que há pluralidade de partidos, com ideais políticos

⁴⁷ HAMILTON, *op. cit.*

⁴⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota 20.

distintos e alternância de poder entre eles. É dever das Cortes, conforme já destacado, buscar a adequação dos atos do Executivo e das leis ao texto constitucional, mas há cenários em que as conjunturas políticas autoritárias podem dificultar esse processo e até mesmo colocar em risco não só as garantias de independência dos magistrados, mas também a sua integridade.⁴⁹

Sérgio Verdugo⁵⁰ destaca que, nesses contextos políticos, a atuação dos magistrados pode ser forçada a tomar outros rumos. Fazer avançar uma agenda de democratização, em contextos autoritários ou híbridos,⁵¹ é altamente desafiador para a Suprema Corte e, por isso, muito pouco provável de ocorrer nesses cenários.

O autor defende que a postura mais correta dos magistrados da Suprema Corte seria sempre a de enfrentar o autoritarismo em nome da defesa dos ideais democráticos e direitos constitucionais sensíveis. Porém, tal atitude não poderia ser tomada sem considerar eventuais revanchismos.

O autor ainda define que há dois fatores a serem considerados quanto à prolação de uma decisão oposta ao regime no poder, a fim de determinar a probabilidade de atitudes em desagravo: primeiramente, os magistrados devem definir se a questão a ser decidida representa um risco alto para o governo no poder. Em segundo lugar, devem examinar, ainda, que risco representa para a autoridade governamental opor-se a uma decisão judicial. Quanto mais alto o risco para o governo, maior a probabilidade de real efetividade da decisão.

Nesse panorama, surge o denominado “paradoxo constitucional”: o governo deverá decidir entre cumprir uma decisão judicial desfavorável, pautada na Constituição, em que ele próprio pauta o seu regime, enfraquecendo sua própria autoridade, ou descumprir a decisão prejudicial, arriscando um rompimento das coalizões que lhe dão suporte⁵².

Considerando essas possibilidades, os juízes devem analisar, caso a caso, se o custo para o Poder Executivo em descumprir as suas decisões é alto o suficiente, de forma que o cumprimento seria a melhor saída possível – o que, por sua vez, levaria a uma maior credibilidade e autoridade da própria Corte. Ainda, nessa situação, seria menos provável (e mais reprovável) qualquer revanche do Executivo em face dos magistrados prolores da decisão.

⁴⁹ VERDUGO, Sergio. How Judges Can Challenge Dictators and Get Away with It: Advancing Democracy while Preserving Judicial Independence. *Colum. J. Transnat'l L.*, v. 59, 2020 p. 554.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ O autor define os “sistemas híbridos” como aqueles em que há uma combinação entre elementos democráticos e autoritários, bem como sistemas eleitorais competitivos ou autoritários, ou ainda democracias defeituosas ou imperfeitas. (Tradução livre).

⁵² *Ibidem*.

2.4 A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE COMO FOMENTO À POLITIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO

O papel representativo do STF, conjugado ao papel contramajoritário, na defesa dos interesses das minorias ganha destaque diante da crise de representatividade que aflige o Parlamento brasileiro, assim como em diversos outros Estados. Os atores políticos eleitos não representam minorias, e diversos projetos de lei voltados à defesa destas passam longos períodos aguardando análise e votação pelos membros do Congresso Nacional.

Nesse sentido, destaca-se a fala de Gilmar Mendes em entrevista dada à Revista Estudos Avançados:

ESTUDOS AVANÇADOS - Alguns analistas afirmam que há uma crise no Congresso porque ele não vem correspondendo à missão de elaborar as leis reclamadas pela nação, enquanto diariamente há denúncias de clientelismo, nepotismo e de privilégios abusivos dos parlamentares. Na opinião de Vossa Excelência há uma crise no Congresso? Em caso afirmativo, quais as causas dessa crise?

Gilmar Mendes - A dificuldade em se elaborar e votar projetos de lei atualmente no Congresso não decorre apenas de uma crise momentânea, mas de um modelo institucional que dificulta que o Congresso seja capaz de elaborar sua própria pauta. Projetos importantíssimos passam anos em discussão sem nunca serem aprovados, enquanto a pauta é travada pela necessidade de se apreciar medidas provisórias. [...] ⁵³

A questão da crise de representatividade é recorrente entre os que pensam o Direito Constitucional. Oscar Vilhena Vieira ⁵⁴ atribui à conjugação entre o sistema presidencialista e o regime multipartidário o que chama de “paralisia decisória”: por mais expressiva que seja a eleição do chefe do Executivo, seu poder de decisão sempre estará atrelado a um Parlamento multipartidário. Assim, torna-se mais custoso ao presidente aprovar projetos de lei, o que leva à demora – ou até mesmo à impossibilidade de aprovar tais estatutos.

Ademais, o autor destaca que é preciso considerar os fatores sociais que provocam tal crise institucional. A desigualdade social e o corporativismo impedem o acesso de determinados grupos na defesa de seus interesses, visto que os parlamentares buscam privilegiar as predileções daqueles que são responsáveis pelo financiamento de suas eleições – que, no regime multipartidário, tornam-se muito custosas. Neste sentido, destaca-se:

A estratégia eleitoral mais efetiva é comprometer-se com os interesses de determinados grupos, de forma a obter recursos e espaço na coalizão governamental.

⁵³REVISTA ESTUDOS AVANÇADOS. *Reforma Política e crise de representatividade*. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ea/a/NpxQB7kwPHtF5x6rTrNXNKH/?lang=pt>> Acesso em: 13 jan. 2023.

⁵⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 26.

[...] Esta representação fragmentária, concentrada em interesses específicos, de natureza predominantemente corporativista e patrimonialista, colide com o mandato presidencial, oriundo da vontade majoritária da população, que em tese impõe ao presidente a defesa de interesses mais gerais, de amplos setores mais vulneráveis e destituídos de capacidade de defesa de seus interesses básicos.⁵⁵

Uma decorrência direta da falta de homogeneidade do Poder Legislativo é a edição cada vez mais frequente de Emendas Constitucionais pelo Poder Executivo. Sobre isso, Barroso destaca:

Duas competências frequentemente malversadas pelo Executivo devem ser assinaladas em um balanço da experiência dos últimos 30 anos. A primeira delas é o emprego abusivo das medidas provisórias (MPs). Concebidas como um mecanismo excepcional de exercício de competência normativa primária pelo Presidente da República, reservada aos casos de “relevância e urgência” (CF, art. 62), tornaram-se um instrumento rotineiro de o Executivo legislar, inclusive sobre questões de menor relevância e de nenhuma urgência, minimizando o papel do Congresso Nacional e comprometendo, em muitos casos, a transparência e o debate público que devem preceder a inovação da ordem jurídica. [...]⁵⁶

Diante deste cenário, a atuação contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal ganha destaque e força, uma vez que se torna um importante instrumento na defesa dos direitos das minorias políticas, representando uma forma de contornar o problema da representatividade no Parlamento.

Nesse sentido, cumpre destacar a teoria do papel iluminista do Supremo Tribunal Federal, definida por Barroso em sua obra. Para o autor, decisões iluministas são aquelas que, no exercício do papel contramajoritário esperado pelo órgão jurisdicional, traduzem valores sociais progressistas.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal proferiu diversas decisões que podem ser consideradas iluministas no sentido exposto acima. A Corte, por exemplo, reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estendeu-lhes o regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas, com base no direito à não discriminação em razão do sexo e na proteção constitucional conferida à família. Em 2016, julgou inconstitucional norma que regulava a vaquejada, antiga manifestação cultural do nordeste do país em que uma dupla de vaqueiros, montada a cavalos, busca derrubar o touro em uma área demarcada. Apesar da popularidade da prática, o Tribunal entendeu que ela ensejava tratamento cruel de animais vedado pela Constituição Federal. Mais recentemente, a Corte declarou a inconstitucionalidade do crime de aborto até o terceiro mês de gestação, com base nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, em seu direito à autonomia, à integridade física e psíquica e à igualdade. No que tange a

⁵⁵ *Ibidem*, p. 28.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2585>. Acesso em 29 mai. 2024.

tais casos, evidências indicam que o Tribunal decidiu em desacordo com a visão dominante na população e no Legislativo, marcadamente conservador.⁵⁷

Mais uma vez, a crítica que se faz a esse tipo de atuação é quanto à natureza dos cargos dos magistrados, por serem estes não eletivos. No entanto, deve-se considerar que não há violação à ordem democrática nesse tipo de decisão: o que se busca, na realidade, é um equilíbrio entre majorias e minorias políticas na defesa dos seus direitos. Se não há minorias de forma representativa no poder, estas devem ser representadas pelo Estado, que deve buscar garantir a efetivação dos seus direitos como forma de promover a igualdade.

Sobre isso, destaca-se o texto de Heliana Hess:

Daí ser a intervenção eficaz do Judiciário, como ator político, um novo paradigma para a modernização da gestão judicial, impelida a acompanhar o tempo e a realidade da evolução social. A importância que o Poder Judiciário passou a ter nas democracias é grande, porque se tornou o centro de ampla discussão de diversos atores políticos e operadores do direito, que representam os diversos grupos sociais organizados para reivindicações de direitos.⁵⁸

Neste cenário, torna-se primordial a promoção de diálogos entre os Poderes, buscando formas de manter o equilíbrio, preservar o pacto federativo e tornar o Judiciário mais eficaz na atuação defensiva de direitos sociais e preservação da ordem Constitucional. Desta forma, o Estado brasileiro promoveu, sob a égide da Constituição Federal de 1988, três Pactos Republicanos – em 2004, 2009 e 2011.

2.5 OS PACTOS REPUBLICANOS COMO FORMA DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE OS PODERES

O I Pacto Republicano de Estado, firmado em 2004, teve como objetivo principal tornar o Judiciário mais célere e mais alinhado aos ideais republicanos⁵⁹. Além disso, buscou a promoção da modernização do Poder Judiciário e, através desta, a ampliação do acesso à justiça. Uma das inovações mais importantes deste Pacto foi a criação do mecanismo de Repercussão

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, 2018, p. 2171-2228.

⁵⁸ HESS, Heliana. Reformas, políticas públicas e a gestão do Conselho Nacional de Justiça. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, v. 16, n. 2, 2011, p. 589-625.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pacto Republicano: parceria entre os Três Poderes contribui para a democracia*. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/2467012/pacto-republicano-parceria-entre-os-tres-poderes-contribui-para-a-democracia>> Acesso em: 15 jan. 2023.

Geral no âmbito do STF, o que permitiu uma maior filtragem dos processos aptos a chegarem ao debate em plenário do Tribunal:

Entre os projetos mais relevantes aprovados, está a Lei 11.418/06 que criou a Repercussão Geral. Trata-se de um filtro para os processos que chegam ao Supremo Tribunal Federal (STF). Com a Repercussão Geral, o STF passou a analisar os recursos extraordinários antes de levá-los a julgamento. Assim, o tribunal pôde dispensar o julgamento de recursos que não ofereçam repercussão geral, ou seja, que não incluam questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.⁶⁰

Esse primeiro arranjo foi realizado após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004⁶¹, que ficou conhecida como a Reforma do Poder Judiciário. Além das medidas que proporcionaram maior celeridade à Justiça, também se pode destacar o tratamento constitucional dado aos tratados de direitos humanos, que passaram a ter status equiparado às normas da Carta Magna.

Outra inovação relevante decorrente do I Pacto Federativo foi a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2005. Destacam-se as suas funções:

Com as suas competências elencadas no art. 103-B da Constituição Federal e complementadas pelo Regimento Interno do órgão (Resolução nº 67, de 3 de março de 2009), o CNJ tem entre as suas principais atribuições os controles administrativo, financeiro e disciplinar do Poder Judiciário, com a exceção do STF, conforme decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.367/DF. Além do mais, tem as funções de planejar, auxiliar e acompanhar políticas públicas voltadas à melhoria dos serviços disponibilizados pelo Judiciário.⁶²

A instalação do Conselho Nacional de Justiça trouxe, ainda, uma maior comunicação interna no Poder Judiciário, auxiliando a organização para implementação de políticas públicas, bem como a efetivação destas de forma integrada, informatizada e padronizada a nível nacional. O CNJ tem “entre as suas principais atribuições os controles administrativo, financeiro e disciplinar do Poder Judiciário, com a exceção do STF”.⁶³

No ano de 2009, os Três Poderes firmaram o II Pacto Republicano de Estado, que teve como objetivos principais “estabelecer acesso universal à Justiça, especialmente dos mais

⁶⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *História do CNJ: antecedentes e instalação*. Disponível em < <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/gestao-da-informacao-documental-e-memoria-do-cnj/memoria-institucional/historia-do-cnj-antecedentes-e-instalacao/> > Acesso em: 15 jan. 2023.

⁶¹ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 45*. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm >. Acesso em 15 jan. 2023.

⁶² BRASIL, *op. cit.*, nota 59.

⁶³ *Ibidem*.

necessitados; aprimoramento da prestação jurisdicional com base no princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos”⁶⁴, além de ações para melhorar o sistema penal e promover ações sociais para proteção da dignidade da pessoa humana.

Em 2011, foi firmado o III Pacto Republicano de Estado, que tinha como principais objetivos a “simplificação e acesso à Justiça, e redução da impunidade para o combate à violência e ao crime organizado”⁶⁵. Um dos destaques do conjunto de medidas visava à redução da quantidade de recursos a serem julgados nos Tribunais Superiores, sobretudo no STF, pois estes seriam responsáveis pela maior parte da demanda de trabalho da Corte. Acerca da questão, foi apresentada uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC 209/12):

A Proposta de Emenda Constitucional, intitulada PEC dos Recursos, propõe a imediata execução das decisões judiciais, logo após o pronunciamento dos tribunais de segunda instância (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais). Isso diminuiria o número de ações que hoje chegam ao Supremo. De acordo com o estudo apresentado pelo diretor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV, Joaquim Falcão, atualmente, os recursos consomem 91% do tempo de trabalho do STF. A PEC dos Recursos vai integrar o III Pacto Republicano, a ser firmado em breve pelos chefes dos três Poderes.⁶⁶

A referida PEC, que alteraria a redação original do art. 105, CRFB/88, incluiria um novo parágrafo ao dispositivo, com a finalidade de atribuir novo requisito de admissibilidade ao recurso especial no âmbito do STJ⁶⁷. Entretanto, apesar de ter sido aprovado na Câmara dos Deputados, o projeto não foi confirmado pelo Senado Federal, restando arquivado no ano de 2017.

Durante a realização dos Pactos Federativos, houve a atuação conjunta de membros do Legislativo, do Executivo e do Judiciário para aprovar leis e editar outras normas necessárias à modernização da Justiça e efetivação de políticas públicas de acesso ao Judiciário. O STF, na qualidade de representante de todo o Poder Judiciário, foi o protagonista das decisões tomadas em ambos os pactos federativos, principalmente diante dos efeitos da promulgação da lei que versa sobre a Repercussão Geral.

⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pacto Republicano*: parceria entre os Três Poderes contribui para a democracia. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165751> Acesso em: 12 fev. 2024.

⁶⁵ CONJUR. *3º pacto republicano terá projetos mais concretos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-abr-01/pacto-republicano-projetos-concretos-serem-cumpridos>. Acesso em: 24 fev. 2023.

⁶⁶ JUSTIÇA FEDERAL. *Ministro Peluso propõe medida para combater morosidade*. Disponível em: <http://www.justicafederal.jus.br/cjf/outras-noticias/2011/marco/ministro-peluso-propoe-medida-para-combater-morosidade> Acesso em: 23 fev. 2023.

⁶⁷ SENADO FEDERAL. *Projeto de Emenda à Constituição n. 209/2012*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553947> Acesso em: 23 fev. 2023.

Entretanto, conforme destaca Hess, tais medidas são insuficientes se não forem interligadas à atuação de outros órgãos e Poderes do Estado:

É importante analisar que o discurso sobre a atual crise do Poder Judiciário e o seu poder de intervenção social abrange também o descompasso com outras ciências sociais que muito poderiam contribuir para trazer subsídios para o sistema judicial, que, na concepção sistêmica de Luhmann (apud QUEIROZ, 2003, p 78), é complexo, reproduz-se por autoapoieses e precisa se abrir e manter a comunicação social com outros sistemas sociais para a compreensão da complexidade social.⁶⁸

É necessário que o diálogo entre os Poderes vá além das reformas que promovam a otimização do Judiciário. As políticas públicas sem efetividade, que são levadas ao crivo do Tribunal Constitucional, precisam ser trabalhadas também pelos Poderes Legislativo e Executivo, para que possuam real implementação, além das decisões judiciais.

Uma das medidas que têm se mostrado eficazes é a instituição de ações afirmativas nas eleições de membros do Poder Legislativo, para a inclusão de mulheres em cargos eletivos para o Congresso Nacional⁶⁹. Além disso, as eleições para o Congresso Nacional em 2022 foram as primeiras a contar com ações afirmativas também para o ingresso de candidatos negros nos cargos eletivos⁷⁰.

Outra medida a ser considerada é a ampliação das audiências públicas, que já são realizadas pelo Judiciário, aos demais Poderes. O fomento da participação popular no Poder Legislativo, por exemplo, poderia contribuir para a diminuição da crise de representatividade, uma vez que os eleitores se sentiriam parte do processo da elaboração de leis e normas, bem como poderiam contribuir para a fiscalização da atuação dos parlamentares por eles eleitos.

Um novo pacto federativo também poderia contribuir para a otimização da dinâmica entre os Poderes. É preciso que os órgãos atuem em conjunto para verificar os problemas que atingem, a título de exemplo, a tramitação de projetos de lei no Congresso Nacional. É evidente que muito se dá devido à falta de representatividade, mas este não é o único problema. A priorização da votação dos projetos de lei deve se dar de forma a atender os anseios da sociedade

⁶⁸ HESS, Heliana. Ativismo Judicial e controle de políticas públicas. *Revista SJRJ*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, 2011, p. 257-274.

⁶⁹BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Eleições 2022: resolução reafirma cotas de gênero para registro de candidaturas*. Disponível em < <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Janeiro/eleicoes-2022-resolucao-reafirma-cotas-de-genero-para-registro-de-candidaturas> > Acesso em: 15 jan. 2023.

⁷⁰O GLOBO. *Na primeira eleição com cotas raciais, Justiça Eleitoral não tem ferramentas para coibir fraudes*. Disponível em <https://oglobo.globo.com/politica/eleicoes-2022/noticia/2022/09/na-primeira-eleicao-com-cotas-raciais-justica-eleitoral-nao-tem-ferramentas-para-coibir-fraudes.ghtml> > Acesso em: 15 jan. 2023.

e a efetivação dos seus direitos, mesmo que isso signifique uma realidade de menos privilégios aos membros do poder eletivo.

3. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO): HISTÓRICO E PROCEDIMENTO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIO), a par do Mandado de Injunção como instrumento de controle difuso da omissão inconstitucional, é instrumento de controle concentrado⁷¹, ou seja, ação constitucional de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, ainda, de inovação trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pelo advento da Constituição Federal de 1988.

A ADO, conforme bem define Marinoni⁷², busca trazer efetividade ao texto constitucional, declarando inconstitucional a mora do Poder Público (Legislativo e Executivo) em editar norma para efetivação da tutela de direitos fundamentais previstos na Constituição, mas sem regulação infraconstitucional:

[...] ação voltada à efetividade da norma constitucional ou à tutela do direito objetivo, mediante a qual o STF faz fiscalização abstrata. Nesta ação não se examina litígio entre partes ou caso conflitivo concreto, não se falando, por conta disso, em sentença com efeitos para as partes – a sentença opera exclusivamente no plano normativo, possuindo efeitos erga omnes ou para todos. Deixe-se claro que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação direta de inconstitucionalidade por ação almejam dar plena força normativa à Constituição, corrigindo manifestações de vontade – omissivas ou comissivas – com ela incompatíveis. Embora tais ações obviamente almejem resultados distintos (...), entende-se que ambas têm base no art. 102, I, a, da CF.

Quanto à definição da Ação, destaca-se ainda o disposto no voto do min. Celso de Mello no julgamento da ADO 25:

[...] a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – considerada a sua específica destinação constitucional – busca neutralizar as consequências lesivas decorrentes da ausência de regulamentação normativa de preceitos inscritos na

⁷¹SLAIBI FILHO, *op. cit.*, nota 17.

⁷²SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 580.

Carta Política e que dependem da intervenção concretizadora do legislador, traduzindo significativa reação jurídico-institucional do vigente ordenamento político, que a estruturou como instrumento destinado a impedir o desprestígio da própria Carta da República (...) Isso significa, portanto, que a ação direta por omissão deve ser vista e qualificada como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do poder público, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum. A ação direta por omissão, por isso mesmo, deve traduzir significativa reação jurisdicional autorizada pela Carta Política, que a forjou como instrumento destinado a impedir o desprestígio da própria Constituição, consideradas as graves consequências que decorrem do desrespeito ao texto da Lei Fundamental, seja por ação do Estado, seja, como no caso, por omissão – e prolongada inércia – do poder público.⁷³

A possibilidade de propositura da ADO, conforme já assinalado, está prevista no art. 102, I, a da CRFB/88. Ainda, o texto constitucional prevê como efeito direto da ADO, a determinação de, após a ciência do órgão competente para elaboração da norma, designação de prazo de 30 dias para que tal medida seja efetivada, em seu 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”.

O objeto da ADO é uma omissão do Poder Público, mais comumente do Poder Legislativo, em elaborar uma norma decorrente de um mandamento constitucional. Ou seja, ocorre quando uma norma deveria ser elaborada pelo Poder Legislativo para efetivar o exercício de um direito, mas isso não ocorre.

A omissão também pode decorrer de inação do Poder Executivo, quando este não possibilita os meios adequados à efetivação de uma determinação decorrente de lei ou da própria Constituição, como, por exemplo, não edita os decretos que lhes eram cabíveis para permitir o exercício de comandos constitucionais ou de leis deles decorrentes.

Ao contrário do que se possa pensar, leis efetivamente elaboradas também podem ser objeto de ADO. Isto porque pode ser apontada pelo proponente dessa demanda a omissão parcial de inconstitucionalidade. Sobre isso, Marinoni destaca:

A norma pode ser insuficiente para responder ao desejo constitucional, tendo baixa intensidade de proteção ou de satisfação da norma constitucional – quando há omissão parcial no plano vertical –, ou, ainda, conferir a vantagem albergada na norma constitucional apenas a grupo ou parcela de pessoas, esquecendo-se, mediante violação à igualdade, da universalidade dos seus beneficiários – hipótese de omissão parcial no plano horizontal.⁷⁴

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 25*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385039> Acesso em: 06 abr. 2023.

⁷⁴SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 585.

Os legitimados para a propositura da ADO são os mesmos previstos para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, quais sejam: 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 procurador-geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, conforme dispõem os incisos do art. 103 da Constituição Federal⁷⁵.

Já os legitimados passivos são aqueles com competência legislativa para elaboração da norma em questão, bem como os órgãos da administração pública, quando se tratar da necessidade de implementação de lei já existente ou da elaboração de normas infralegais, como regulamentos e portarias, por exemplo⁷⁶.

No que tange ao procedimento, este é regulado pela Lei n. 9.868/1999, lei que regulamenta as ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade, que foi alterada em 2009 pela Lei n. 12.063/09, a fim de tratar da inconstitucionalidade por omissão. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal⁷⁷ não se aprofunda ao tratar da demanda: limita-se a trazer, em seu art. 77-B, regra de distribuição por prevenção quando a demanda tratar de objeto coincidente com o de outras ações de controle abstrato.

Ocorre que, apesar de haver previsão legal para que a Corte Constitucional institua um prazo máximo para efetivação do direito em discussão na ADO, é pouco comum que na prática esse prazo tenha efeito coercitivo, principalmente sobre o Poder Legislativo. Quando se trata de ordem ao órgão administrativo, no entanto, pode haver sanção processual decorrente do descumprimento.

Cumpre destacar que, até março de 2018⁷⁸ (data da última atualização no *site* do STF acerca da questão), havia mais de 30 ações em que o Supremo havia declarado a omissão inconstitucional do Poder Legislativo, entre os anos de 1992 e 2009. Apesar da declaração da omissão e da designação de prazo para saná-la, tais demandas continuavam, até aquela data, sem regulamentação pelo poder competente.

⁷⁵BRASIL, *op. cit.*, nota 20.

⁷⁶*Ibidem*.

⁷⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: < <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>.> Acesso em: 26 fev. 2023.

⁷⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Omissão Inconstitucional*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional> Acesso em: 06 abr. 2023.

Outra questão relevante acerca do resultado da ADO é quanto aos efeitos práticos quando se trata de omissão parcial do legislador. A declaração de inconstitucionalidade não se mostra adequada nesses casos, uma vez que a norma seria totalmente retirada do ordenamento jurídico, o que poderia prejudicar aqueles aos quais os efeitos da lei, ainda que parciais, venham a prestigiar⁷⁹.

Entretanto, isso não significa uma total inação por parte do STF, como forma de prevenir eventuais riscos àqueles abrigados pela legislação. É evidente que, como guardião do texto constitucional e dos direitos fundamentais nela abarcados, a Corte Constitucional precisa agir de forma a mitigar os perigos da omissão legislativa.

E é nesses casos em que se observa uma atuação ativista do STF: diante de omissão legislativa injustificada, bem como de omissão parcial, em que a declaração de inconstitucionalidade da norma traria mais prejuízo, é necessário que o pronunciamento jurisdicional venha a mitigar tais efeitos negativos, priorizando a prevalência de direitos e garantias fundamentais.

3.1 A MANIPULAÇÃO PELOS PARTIDOS POLÍTICOS DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

É importante destacar que, apesar do nobre papel de guardião da ordem constitucional e da manutenção da efetividade da Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal, como órgão jurisdicional, depende de efetiva provocação para exercer suas funções. Ou seja, é necessário que as demandas cheguem ao STF por meio das ações constitucionais propostas pelos legitimados para tanto.

Da análise do rol de legitimados⁸⁰ para a propositura de ações constitucionais, verifica-se a grande carga política imbuída nas referidas ações. Na prática, apesar de haver outros legitimados para tanto, a maior parte das demandas constitucionais é proposta por partidos políticos, que utilizam da ferramenta para ver efetivados os seus interesses frente aos demais poderes.

Sobre o assunto, Bogéa destaca:

Parto da premissa teórica de que a relação entre STF e partidos configura uma simbiose institucional. Nessa interação, há ganhos potenciais que partidos

⁷⁹SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 585.

⁸⁰BRASIL, *op. cit.*, nota 20.

poderiam extrair, em particular no tocante à ativação da Corte, para decidir sobre temas de seu interesse. A existência de canais institucionais de acesso direto ao mais alto espaço decisório do Poder Judiciário confere ferramenta de peso a agremiações partidárias.⁸¹

Ramos⁸² destaca, em artigo que analisa a propositura de ADO no período compreendido entre a promulgação da Constituição de 1988 a 2009, que das sessenta e uma ações diretas de inconstitucionalidade por omissão propostas, quarenta e cinco foram por partidos políticos, o que equivale a 74% do total. A autora destaca, ainda, que a maior parte das demandas tratava da omissão relacionada às remunerações dos servidores públicos, decorrente da não regulamentação do art. 37, X da Constituição Federal.

As motivações para tal atuação dos partidos políticos são as mais diversas dentro do jogo de interesses que permeia os Poderes. Para Bogéa⁸³, não se trata de puro interesse político, mas de uma estratégia para retirar determinadas pautas das decisões tomadas na esfera majoritária, levando-as à Corte.

O autor também defende não se tratar de um mero preenchimento do “vácuo” deixado pelo Legislativo sobre determinados assuntos, mas de uma estratégia para estender a atuação do Supremo Tribunal Federal – o que explica o emprego do termo “simbiose” para tratar a relação entre a Corte e o Poder Legislativo. Trata-se de uma relação que, além do benefício à oposição, também traz destaque à Corte Constitucional, como contrapartida.

Nesse sentido, cumpre destacar a análise feita por Taylor e Da Ros da atuação do Partido dos Trabalhadores na judicialização de questões políticas como estratégia de oposição. Embora o trabalho limite-se a analisar a atuação de um partido e, especificamente, do ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade, é importante para destacar o significado político implícito do manejo de tais instrumentos processuais pelos partidos políticos:

Todavia, devemos frisar que a importância política do tribunal não se restringe aos casos em que ele efetivamente declara inconstitucionais trechos de leis ou mesmo estatutos legais inteiros. O simples acionamento da corte por partidos opositoristas e por diferentes grupos de interesse possui um significado que extrapola o posicionamento finalmente firmado pela corte nesses contextos. O uso das ADINs para desmerecer e declarar oposição a certas políticas públicas, por

⁸¹ BOGÉA, Daniel. A gestação de Ações Constitucionais: os partidos políticos (e suas motivações) no Supremo Tribunal Federal. *Democracia e justiça na América Latina: para onde vamos?* Rio de Janeiro: EDUERJ, p. 193, 2022.

⁸² 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*. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-25112010142441/publico/2010_LucianadeOliveiraRamos.pdf. Acesso em: 06 abr. 2023.

⁸³ *Ibidem*.

exemplo, não necessita de decisões que impliquem alteração legislativa para que se atinjam esses resultados.⁸⁴

Assim, as ações constitucionais, no jogo político, mostram-se como instrumentos aptos a proporcionar o exercício pleno da oposição pelos partidos políticos que a compõem. Mais ainda, os autores destacam que a instrumentalização da oposição não é a única finalidade da judicialização das políticas públicas.

O segundo tipo, que designamos judicialização como arbitragem de interesses em conflito, é talvez ainda mais frequente. Nesse caso, não se trata tanto de fazer uso dos tribunais como instrumentos de oposição ao governo, mas sim de propor ações nos casos em que determinados estatutos legais modifiquem procedimentos e atinjam diretamente interesses de grupos e setores específicos, prejudicando alguns e beneficiando outros. Busca-se o STF com o propósito, ainda que não necessariamente declarado e imediato, de definir ou aperfeiçoar determinadas “regras do jogo”. A judicialização, nesse caso, não pretende desmerecer a política pública adotada, mas sim alcançar regras procedimentais que beneficiem um determinado ator ou um conjunto deles.⁸⁵

Cumprido destacar, ainda, que as ações de controle de constitucionalidade não são instrumentos de manipulação exclusivos da oposição. Conforme destacam os autores, os partidos governistas também se utilizam de tais mecanismos com a finalidade de afirmar a constitucionalidade de políticas públicas de escolha governamental e fortificá-las, bem como diante de situações em que há impasse legislativo.

Nesse caso, o órgão de cúpula da magistratura pode ser buscado tanto para superar situações de paralisia decisória ou de impasse legislativo (gridlock) que os juízes resolvem favoravelmente ao governo quanto, de forma direta, para que se anulem estatutos legais que os integrantes da administração governista busquem retirar do ordenamento jurídico.⁸⁶

Logo, diante dos motivos que levam à judicialização de políticas públicas, sobretudo por partidos políticos, uma das consequências diretas dessa dinâmica é o proferimento de decisões com caráter ativista pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque, ao manifestar-se sobre a compatibilidade de políticas públicas com o texto constitucional, afirmando-lhes a constitucionalidade ou negando-lhes essa característica, a Corte assume um papel político.

Ademais, deve-se ressaltar que a finalidade dos partidos políticos ao ajuizar demandas constitucionais, sejam eles de oposição, sejam governistas, nem sempre é a de obter uma vitória.

⁸⁴ TAYLOR, Matthew M., ROS, Luciano da. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. Rio de Janeiro: *Dados*, v. 51, 2008, p. 825-864.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

O movimento, por si só, de questionar uma política pública ou afirmá-la perante o Judiciário, pode ter consequências políticas, diretas ou indiretas (como derrubar políticas públicas ou levar a alterações de pauta legislativa).

As táticas judiciais, em outras palavras, não estão necessariamente assentadas na expectativa de uma vitória judicial. Por essa mesma razão, encarar a influência política dos tribunais apenas sob a ótica dos casos em que aqueles efetivamente alteram a legislação significa restringir sobremaneira a análise e deixar sem apreciação táticas políticas importantes que envolvem os tribunais mesmo em contextos em que a vitória judicial não é esperada.

Ramos⁸⁷ destaca, ainda, que a atuação dos partidos na judicialização de políticas públicas também pode se relacionar a uma estratégia da sua liderança, com a finalidade de consolidar a atuação do próprio partido nas arenas majoritárias. Ou seja, os partidos políticos, sobretudo nos primeiros anos da sua atuação, podem manejar ações constitucionais na defesa de grupos específicos, com a finalidade de ampliar o seu eleitorado em eleições posteriores.

A atuação da Suprema Corte é diretamente afetada pelas estratégias políticas adotadas no ajuizamento de demandas constitucionais. Isso porque qualquer declaração pronunciada nos julgamentos destes processos, diante da sua natureza, terá conotação e repercussões políticas. Conforme se verifica, na maioria das vezes, as questões de direito propriamente ditas são colocadas em segundo plano e, em nome de sanar uma decisão legislativa, são proferidas decisões de cunho político.

Ainda que a finalidade principal da Corte seja garantir a compatibilidade dos atos editados pelos demais Poderes com o texto da Constituição, a atuação política se verifica a partir do momento em que decisões judiciais se sobrepõem àquelas tomadas na arena política, pautadas no princípio majoritário. Tal roupagem se torna mais evidente quando consideradas as razões para que, em primeiro lugar, tais matérias tenham sido levadas ao crivo da Corte.

3.2 A MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Dentre as ações constitucionais, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão podem ser consideradas as mais sujeitas às influências políticas. Isso porque, como medida para possibilitar o exercício de direitos constitucionais, pode haver a modulação de efeitos da decisão e, ainda, de forma que desperta maiores controvérsias, a aplicação analógica de leis e normas

⁸⁷ RAMOS, *op. cit.*, p. 78.

que não foram criadas com esta finalidade, mas que proporcionam o exercício do direito em discussão.

Como exemplo, pode-se citar a ADO n. 25, que tratou sobre a omissão legislativa decorrente da não edição de lei para regulamentar a partilha de recursos dos entes federativos prevista no art. 91 do ADCT. Havia controvérsia, há mais de uma década, relacionada à aplicação da Lei Kandir e à repartição dos valores oriundos da cobrança do ICMS (Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços).

No julgamento da demanda, o STF estabeleceu, entre outras condições, a atuação do TCU (Tribunal de Contas da União) enquanto se prolongasse a omissão legislativa na edição de lei específica para regulamentar a questão:

[...] 4. Omissão inconstitucional. Violação do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Edição de lei complementar. 5. Ação julgada procedente para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão. Após esse prazo, caberá ao Tribunal de Contas da União, enquanto não for editada a lei complementar: a) fixar o valor do montante total a ser transferido anualmente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.⁸⁸

O julgamento da ADO n. 25 proporcionou, ainda, uma espécie de pacto federativo. Embora não nos moldes daqueles anteriormente realizados, foi realizado um acordo a nível nacional, entre a União e os estados, com a finalidade de elaborar medidas legislativas para regular os repasses devidos pela União aos demais entes, com a participação do Tribunal de Contas da União:

Diante da interposição da ADO 25, o STF criou uma comissão especial de conciliação formada por representantes da União, de todos os estados e participação do Tribunal de Contas da União (TCU), para negociação envolvendo as alegadas perdas dos entes subnacionais. As discussões começaram em setembro de 2019. A comissão especial de conciliação conseguiu firmar consenso, que resultou em acordo, cujo teor foi submetido ao plenário do STF na tarde desta quarta (20/5), para homologação. Com a decisão do Supremo há o reconhecimento, pelos estados e pelo Distrito Federal, da quitação de alegados valores eventualmente devidos, vencidos e vincendos, incluída a parcela de seus municípios, decorrentes do disposto art. 91 do Ato das Disposições

⁸⁸ BRASIL, *op. cit.*, nota. 68.

Constitucionais Transitórias (ADCT) aprovado no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte de 1988.⁸⁹

Ao se analisar a referida decisão, verifica-se o enquadramento desta nos parâmetros que definem o que é uma decisão ativista. Trata-se de uma decisão com forte cunho político, uma vez que afeta diretamente as receitas dos estados e, conseqüentemente, os planos de governo. Proposta pelo governador do estado do Pará, contou com a participação de diversos estados da Federação, que atuaram como *amicii curiae*.

É uma decisão alinhada a parâmetros constitucionais não estáticos, uma vez que se alinha pelos princípios ligados à cooperação entre os entes federados, bem como ao próprio funcionamento da Federação. Não se trata de uma decisão absoluta ou suprema, devendo ser respeitados os requisitos mínimos, pautados na interpretação sistêmica da Constituição para que seja aplicada. Além disso, é regulado pelos próprios ditames da Constituição e pelos demais Poderes – no caso concreto, pelo próprio Executivo, sobretudo nos âmbitos estadual e federal.

A mesma determinação ainda pode ser vista como uma medida protetiva da Corte Constitucional em relação ao cumprimento da Carta Magna. Isso porque, ao sanar conflitos de competência (sobretudo aqueles ligados à receita dos entes federados), prioriza-se o funcionamento harmônico dos Poderes em diferentes esferas de organização da Federação. Votar tais medidas em campo majoritário pode não dirimir completamente os embates, uma vez que os membros do Legislativo também buscam defender os interesses dos entes que representam.

Outra possibilidade de comportamento ativista da Corte Constitucional se traduz na aplicação analógica de normas para suprir omissões inconstitucionais. Um dos principais exemplos na atualidade foi o julgamento da ADO n. 26⁹⁰, que passou a reconhecer a homofobia e a transfobia como “formas contemporâneas de racismo social”⁹¹, o que possibilitou a aplicação da Lei n. 7.716/89⁹² às condutas relacionadas ao preconceito contra homossexuais e transexuais.

⁸⁹ BRASIL. Ministério da Economia. *Acordo entre União e estados, homologado pelo STF nesta quarta (20/5), fortalece o federalismo fiscal*. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/maio/acordo-entre-uniao-e-estados-homologado-pelo-stf-nesta-quarta-20-5-fortalece-o-federalismo-fiscal>. Acesso em: 06 abr. 2023.

⁹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> Acesso em: 28 mar. 2023.

⁹¹DIZER O DIREITO. *Atos homofóbicos e transfóbicos são formas contemporâneas de racismo social*. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/07/atos-homofobicos-e-transfobicos-sao.html> Acesso em: 28 mar. 2023.

⁹² BRASIL. *Lei n. 7.716*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 28 mar. 2023.

A Lei n. 7.716/89, amplamente conhecida como Lei do Racismo, traz em seu art. 1º as condutas que podem ser consideradas racistas, sendo assim reconhecidas aquelas “resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.” Evidentemente, não há qualquer menção a questões de gênero ou sexualidade.

Além do reconhecimento das condutas homotransfóbicas como inseridas no espectro do racismo, o Supremo entendeu, ainda, que nos casos em que a conduta violenta resultar em homicídio doloso, a motivação homofóbica constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe⁹³.

Entretanto, a fundamentação para a equiparação de tais condutas ao racismo não é uma decorrência lógica da espécie legislativa em comento. Trata-se de uma interpretação extensiva da norma, de forma a abrigar situações jurídicas que não tinham tratamento especial conferido pelo legislador, mas, devido à sua importância social e ao cenário político e social então existente – e que perdura até a atualidade – o deveriam.

Como fundamentação para sustentar o argumento em questão, a Corte Constitucional esmiuçou, no julgamento da ação, o conceito de racismo e o entendimento mais recente acerca da sua definição para as ciências sociais, fixando a tese abaixo transcrita:

[...] 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 histórico-cultural 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.⁹⁴

Não há como dissociar a decisão da ADO n. 26 do viés político que ela traz consigo. Quando se analisa o histórico da interpretação das hipóteses de racismo trazidas pelo diploma legal supracitado, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal tinha, até a fatídica decisão, uma opinião de que o rol das condutas racistas trazido pela Lei era taxativo. Ou seja, ainda que

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em: 15 maio. 2023.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Teses Fixadas no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26*. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>. Acesso em: 15 maio. 2023.

reprovável moralmente, a conduta homofóbica ou transfóbica não era considerada penalmente relevante:

[...] A Turma destacou que o artigo 20 da Lei 7.716/1989 — assim como toda norma penal incriminadora — possui rol exaustivo de condutas tipificadas, cuja lista não contempla a discriminação decorrente de opção sexual (“Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa”). Nesse sentido, ressaltou que a clareza do ditame contido no art. 5º, XXXIX da CF impediria que se enquadrasse a conduta do deputado como crime, em que pesasse à sua reprovabilidade (“Art. 5º, XXXIX. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”). O Ministro Roberto Barroso consignou que o comentário do parlamentar teria sido preconceituoso, de mau gosto e extremamente infeliz. Aduziu, entretanto, que a liberdade de expressão não existiria para proteger apenas aquilo que fosse humanista, de bom gosto ou inspirado. Ressaltou que seria razoável entender que o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvessem manifestações de ódio (“hate speech”). Ponderou que haveria um projeto de lei nesse sentido em discussão no Congresso Nacional. [...] ⁹⁵

O posicionamento do STF, inicialmente contrário àquele estabelecido na ADO n. 26, baseou-se no argumento de que, embora questionáveis e preconceituosos, os discursos e atitudes homotransfóbicos, quando não consistentes, *per si*, em tipos penais já existentes, eram apenas discurso de mau gosto, mas ainda protegidos pela liberdade de expressão. De acordo com o voto vencedor, a liberdade de expressão não contemplaria apenas discursos humanistas.

À época do julgamento supracitado, tramitavam em ambas as casas legislativas federais diversos projetos de lei que buscavam a criminalização de condutas discriminatórias motivadas pela orientação sexual da vítima. No entanto, a maioria deles sequer foi votada, tampouco teve tramitação no Congresso Nacional.⁹⁶ Um dos exemplos mais emblemáticos é o Projeto de Lei do Senado n. 309, de 2004, que tramita na casa legislativa revisora, a Câmara dos Deputados, há mais de 15 anos sem aprovação.

A própria ADO n. 26, ajuizada em 2013 pelo Partido Popular Socialista (PPS), somente teve julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2019, o que demonstra, mais uma vez, que até mesmo a escolha das pautas a serem julgadas pelo Judiciário é uma questão com viés político. Sobre a não colocação em pauta de processos de competência do Supremo, Marinoni destaca:

⁹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 754*. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo754.htm>> Acesso em: 28 mar. 2023.

⁹⁶ BRITO, Débora. Projetos sobre direitos LGBT caducam sem análise no Congresso. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/legislativo/projetos-sobre-direitos-lgbt-caducam-sem-analise-no-congresso-28062021> Acesso em: 06 abr. 2023.

[...] Embora atos de gestão de pauta, na prática, costumem não ser justificados, isso é incompatível com a confiança que a sociedade é obrigada a depositar na Corte e com a justa expectativa de que todas as reivindicações sejam julgadas com imparcialidade, sem com que qualquer pessoa ou grupo possa ser privilegiado ou atendido de modo prioritário sem um devido motivo concreto, capaz de ser racionalmente justificado.⁹⁷

Apesar da demora injustificada, a ação foi finalmente julgada em 2019. É importante destacar o contexto político, essencial para a caracterização de decisões ativistas da Corte Constitucional: o julgamento em comento ocorreu no primeiro ano do governo do presidente Jair Bolsonaro, político abertamente conservador e com posturas que podem ser enquadradas como homofóbicas e transfóbicas nos moldes da decisão⁹⁸. Logo, é evidente, pelo menos em relação à sua característica de decisão política, que o julgado em questão foi ativista.

Cumprido destacar, ainda, que o governo Bolsonaro assumiu o poder diante de um Congresso Nacional fragmentado⁹⁹, mas com tendências conservadoras. Em linhas gerais, significa dizer que o Congresso Nacional tinha, ainda que informalmente, maioria governista e, portanto, conservadora, o que por si só já prejudicaria a tramitação de projetos de lei de cunho progressista e de apoio à causa LGBTQIA+.

Logo, diante dessa conjuntura, verifica-se, ainda, o caráter contramajoritário do julgamento da ADO n. 26: trata-se de decisão de cunho claramente progressista, proferida em meio à eleição majoritária de um líder abertamente conservador; um pronunciamento judicial, em contraposição a eventuais manifestações conservadoras em âmbito legislativo – que, conforme se demonstrou ao longo de todo o mandato presidencial, de fato vieram a ocorrer. Um dos exemplos é o denominado “Estatuto da Família”¹⁰⁰, que restringiria o reconhecimento de unidades familiares formadas por casais homoafetivos, em contraposição à decisão do Supremo que reconheceu tais entidades como famílias.

O julgado também pode ser considerado iluminista, de acordo com a definição de Barroso, considerando tratar de matéria progressista e do reconhecimento do direito de

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 215.

⁹⁸ PORTILHO, Ananda. *Folha de São Paulo*. Bolsonaro adota fala homofóbica e defende que 'Joãozinho seja Joãozinho a vida toda'. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/07/bolsonaro-adota-fala-homofobica-e-defende-que-joaozinho-seja-joaozinho-a-vida-toda.shtml>. Acesso em: 10 abr. 2023.

⁹⁹ SARDINHA, Edson; COSTA, Sylvio. *Congresso em foco*. Direita cresce e engole o centro no congresso mais fragmentado da história. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/pais/direita-cresce-e-engole-o-centro-no-congresso-mais-fragmentado-da-historia/>. Acesso em: 10 abr. 2023.

¹⁰⁰ CARTA CAPITAL. *O que é o estatuto da família?* Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-que-e-o-estatuto-da-familia-6160/>. Acesso em: 10 abr. 2023.

minorias. Sobre o papel iluminista do STF, que vai ao encontro dessa caracterização da decisão, é possível destacar:

Com a limitação do poder e a democratização do Estado e da sociedade, procurou-se abrigar a vontade majoritária e a razão iluminista dentro de um mesmo documento, que é a Constituição. O poder dominante, como regra geral, emana da vontade majoritária e das instituições através das quais ela se manifesta, que são o Legislativo e o Executivo. Vez por outra, no entanto, é preciso acender luzes na escuridão, submeter a vontade à razão. Nesses momentos raros, mas decisivos, as cortes constitucionais podem precisar ser os agentes da história. Não é uma missão fácil nem de sucesso garantido, como demonstram alguns exemplos da própria experiência americana.¹⁰¹

Outra classificação importante na qual a referida decisão se enquadra é a de mutação constitucional. Considerando que a Constituição Federal prevê a antijuridicidade de condutas racistas, em seu art. 5º, XLII, é evidente que a alteração na própria definição de racismo configura, também, uma mutação constitucional.

Cumprir destacar que a mutação não somente se caracteriza pela alteração da interpretação direta do texto constitucional. Para Marinoni, por exemplo, ela também pode se apresentar quando da atualização de pressupostos de fato ligados à norma:

Há normas constitucionais que delineiam fatos que podem passar a ter outros significados com o passar do tempo, ou melhor, que acabam por assumir outra configuração, frequentemente mais abrangente ou extensa, diante da evolução da ciência ou da vida em sociedade. Quando os fatos que são conteúdo a uma norma constitucional passam a ter outro significado na vida em sociedade, não há como negar que há uma alteração em relação aos fatos que a própria norma considera juridicamente relevantes. Há, em outras palavras, uma modificação dos fatos ou da realidade que a norma disciplina.¹⁰²

Para o mesmo autor, decisões ativistas consistentes em mutações constitucionais são necessárias para promover a tutela estatal, especialmente diante de omissões legislativas, e não representam uma infração à norma constitucional, mas uma maneira de dar-lhe efetividade. Para o autor, o Poder Judiciário tem o dever de agir diante da omissão constitucional. Mais ainda, destaca que a atuação da Suprema Corte no sentido de notificar o Legislativo a suprir a sua mora não afasta uma possível atuação sua na edição de norma a garantir a prestação da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, cumpre destacar o trecho abaixo transcrito:

¹⁰¹ BARROSO, *op. cit.*

¹⁰² MARINONI, *op. cit.*, 2021, p. 852.

É exatamente por isso que o Juiz, ao suprir a falta ou a insuficiência de tutela normativa a um direito fundamental, não cria direito ou modifica a Constituição, mesmo que não estabelecidos limites expressos de tutela na norma constitucional. Nessa situação, o Juiz tem claro dever de corrigir a falta de tutela normativa do Parlamento. (...) ora, quando se garante o “mínimo necessário” não se ingressa no espaço de opção do Legislador, muito menos se nega a norma constitucional que abre este espaço ao Parlamento, cobrando do Juiz a correção de insuficiência de tutela normativa. Ao contrário, ao suprir a insuficiência de tutela legislativa, delineando o mínimo necessário, o Juiz realiza em toda a sua plenitude a norma constitucional. Negará a Constituição se assim não o fizer. [...] ¹⁰³

A Corte constitucional não deve ser, portanto, impedida de atuar de forma incisiva diante de omissões constitucionais, ainda que o texto constitucional, a princípio, limite a sua atuação à declaração da inconstitucionalidade e à notificação às Casas Legislativas. Ao dar efetividade à norma constitucional de maneira concreta, a instância máxima do Poder Judiciário nacional cumpre o seu papel precípua de guardião da ordem constitucional. Uma norma constitucional sem eficácia constitui evidente fragilidade da ordem constitucional – o que poderia, inclusive, levar a questionamentos quanto à legitimação da Carta Magna por completo.

Logo, tem-se que uma decisão ativista no âmbito da ADIO é uma decisão com forte teor político, uma vez que confronta a atuação majoritária do Poder Legislativo e se sobrepõe à sua atuação, ao menos até a edição de norma com teor compatível com o direito em questão. É uma decisão alinhada aos parâmetros constitucionais não estáticos, uma vez que representa uma adequação da Carta Magna às demandas sociais decorrentes das relações jurídicas atuais. Ainda, é uma decisão amplamente protetiva da própria ordem constitucional, ao garantir a efetividade que a Lei Maior necessita e impedindo que esta seja vista como letra morta ou anacrônica e, portanto, garantindo-lhe credibilidade como fundamento máximo do ordenamento jurídico.

Por fim, cumpre destacar o forte papel social desse tipo de decisão, uma vez que visa a dirimir conflitos existentes no campo majoritário, sanando dificuldades ligadas à representatividade política das Casas Legislativas, protegendo direitos das minorias, além de garantir que determinados grupos políticos não façam da lacuna legislativa uma proteção aos seus privilégios em detrimento da ampla maioria da sociedade – como no caso de decisões ligadas ao pagamento de tributos, por exemplo.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 855.

4. MÉTODO ANALÍTICO ESTRUTURANTE DOS CONCEITOS: FUNÇÃO JURÍDICA E POLÍTICA DOS TRIBUNAIS, DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E O MANEJO DE AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

No presente capítulo, será exposto o método analítico estruturante dos estudos de casos, para posterior análise e extração dos signos das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade por omissão. O método fará uma aplicação metodológica dos conceitos operacionais apresentados nos capítulos 1 e 2, a fim de caracterizar ou não as decisões proferidas pelo Tribunal como ativistas.

Serão consideradas ativistas aquelas decisões que se enquadrem nos conceitos teóricos elaborados nos capítulos anteriores do presente trabalho, relacionados à função jurídica e política das Cortes Constitucionais e, especificamente, do Supremo Tribunal Federal, desde o advento da Constituição Federal de 1988. No que tange ao ativismo judicial, pode-se entendê-lo ora como um fomento à atuação legislativa, uma provocação aos demais Poderes para que estes tornem eficazes políticas públicas sem que seja necessária uma atuação mais proativa do Poder Judiciário. Além disso, o ativismo, como já mencionado, é uma forma eficaz de efetivação de normas constitucionais que não possuam efeitos práticos, seja por falta de interesse legislativo, seja por mora na elaboração de normas que proporcionem os seus efeitos desejados.

Ademais, será avaliado, ainda, o manejo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão pelos partidos políticos e por associações e órgãos que não integrem o Legislativo, de modo a identificar quais deles ajuizaram as demandas e os supostos motivos, implícitos e explícitos, para tanto. Por fim, serão considerados ainda os efeitos atribuídos pelo Supremo às decisões proferidas nas demandas citadas.

Para a referida análise, foram selecionadas 26 (vinte e seis) Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão. Os parâmetros foram extraídos diretamente do banco de dados do Supremo Tribunal Federal, os critérios de seleção foram por Acórdãos proferidos pelo Tribunal Pleno, na classe das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão.

4.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A AGENDA 2030 DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) E O NECESSÁRIO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Durante a análise das decisões proferidas em sede de ADO, foi possível averiguar que algumas destas foram sinalizadas, pelo próprio mecanismo de pesquisa do *site* do Supremo Tribunal Federal como referentes à Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas. Por isso, cabe aqui esmiuçar o que constitui o referido plano da ONU.

A agenda 2030 da ONU é um plano global, que foi elaborado pela Assembleia Geral das Nações Unidas realizada em Nova York em setembro de 2015, com a participação de 193 Estados-Membros, o que incluiu o Brasil¹⁰⁴. O plano é constituído de 17 Objetivos De Desenvolvimento Sustentável (ODS), que por sua vez, ramificam-se em 169 metas universais, construídas por meio de consultas públicas.

Tais metas são voltadas ao desenvolvimento sustentável como um todo, o que, ao contrário do que o senso comum faz imaginar, não se trata apenas de medidas relacionadas ao meio ambiente. De acordo com a ONU, “o compromisso assumido pelos países com a agenda envolve a adoção de medidas ousadas, abrangentes e essenciais para promover o Estado de Direito, os direitos humanos e a responsividade das instituições políticas.”¹⁰⁵

Os objetivos em que se dividem as metas universais da Agenda são: a erradicação da pobreza, fome zero e agricultura sustentável, saúde e bem-estar, educação de qualidade, igualdade de gênero, água potável e saneamento, energia limpa e acessível, trabalho decente e crescimento econômico, indústria, inovação e infraestrutura, redução das desigualdades, cidades e comunidades sustentáveis, consumo e produção responsáveis, ação contra a mudança global do clima, vida na água, vida terrestre, paz, justiça e instituições eficazes e parcerias e meios de implementação.

¹⁰⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agenda 2030 no STF*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>. Acesso em: 11 jul. 2023.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

O Supremo Tribunal Federal destaca, no *site* construído para tratar da sua atuação relacionada à Agenda:

Um compromisso internacional de tal porte exige a atuação de todos os Poderes da República Federativa do Brasil e a participação do Supremo Tribunal Federal (STF) é fundamental para a efetivação de medidas para este desafio mundial tendo em vista a possibilidade de se empreender no âmbito da Corte políticas e ações concretas. Como primeiras iniciativas, todos os processos de controle de constitucionalidade e com repercussão geral reconhecida indicados pelo Presidente para a pauta de julgamento estão classificados com o respectivo objetivo de desenvolvimento sustentável. Da mesma forma, o periódico de informativo de jurisprudência do STF já conta com essa marcação, permitindo a correlação clara e direta sobre o julgamento e os ODS. Avançou também neste momento para os processos julgados, com acórdãos publicados no ano de 2020. Neste amplo projeto de aproximação do STF com a Agenda 2030, estão programadas para as próximas etapas a identificação de processos de controle concentrado e com repercussão geral reconhecida ainda em tramitação, mesmo sem indicação de julgamento próximo.¹⁰⁶

Das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão julgadas ou colocadas em pauta pelo Supremo aqui selecionadas, cinco delas se enquadram nos objetivos da Agenda 2030 da ONU. Dentre elas, a maioria (três), trata de medidas que visam a “paz, justiça e instituições eficazes” (objetivo n. 16). Duas tratam do objetivo n. 10, “reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles”, uma trata do objetivo n. 1, “erradicação da pobreza”, uma trata do objetivo n. 8, “trabalho decente e crescimento econômico”, e outra trata do objetivo n. 17, “parcerias e meios de implementação”.

Tais medidas e o estabelecimento de objetivos conjuntos do Estado podem ser relevantes quando se pensa em assuntos como omissão legislativa e ativismo judicial. Em relação à omissão legislativa, verifica-se que a atividade legislativa pode ser uma das mais produtivas no tocante ao alcance das metas em questão. Isto porque, necessariamente, a criação de políticas públicas passa pela elaboração de leis, normas e regulamentos que visem à sua efetivação.

De toda forma, é preciso enxergar os ODS também como uma forma de promover a tão almejada cooperação entre os entes federados. Não há como propiciar a efetivação dos ODS sem que haja uma atuação conjunta dos três Poderes do Estado. Isso porque as referidas metas passam por questões que tratam desde a erradicação da pobreza até o tratamento de questões climáticas, de modo que não é possível que apenas a atuação do Poder Judiciário, por exemplo, solucione a todas as demandas sem a cooperação dos demais entes.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

Neste sentido, pode-se destacar a atuação do Poder Legislativo para a efetivação da Agenda 2030. Considerando que o Congresso Nacional é o responsável pela aprovação do Plano Plurianual (PPA) e do orçamento do Poder Executivo e, portanto, crucial para a efetivação de políticas públicas no geral, inclusive daquelas que tratam dos ODS.

O Congresso Nacional, maior representante do exercício do Poder Legislativo federal, além de conduzir e possuir o poder de aprovação às legislações referentes a agenda 2030, é também responsável pela aprovação do Plano Plurianual (PPA) e orçamento do Poder Executivo. É considerado, portanto, um grande aliado para a formulação, implementação e disseminação da Agenda 2030 e dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) podendo atingir os âmbitos federal, estaduais e municipais.¹⁰⁷

Cumprе ressaltar que o ativismo judicial, conforme pensado no presente trabalho, constitui uma ferramenta hábil a promover a cooperação entre os entes federados, ao suscitar diálogos institucionais para a elaboração de políticas públicas e a efetivação de direitos constitucionais. Mas este não deve ser pensado como o único fim possível para permitir a concretização das previsões constitucionais. É preciso reforçar a ideia de cooperação entre os entes federados como forma de maximizar a aplicação do texto constitucional, uma vez que este é o ideal constitucional no cerne da concepção original da separação dos Poderes.

Será a abertura à cooperação, aqui pensada como ampliação no cenário de deliberação quanto ao conteúdo dos direitos, que permitirá superar problemas atinentes ao pluralismo baseado em um consenso construído, que não repousa em um único ator, seja ele Judiciário, Legislativo ou Executivo. O compartilhamento com as demais estruturas do poder para a conclusão das tarefas determinadas pela Constituição e que envolvem “a efetividade de direitos” revela-se a estratégia mais legítima a superar a crise vivenciada pelos poderes da República que estão, por um lado, agravando a crise do Estado de Direito e, por outro, encerrados no isolacionismo hermético e não cooperativo.¹⁰⁸

Desta forma, é preciso pensar o ativismo judicial como um meio para provocar os Poderes da República a cooperarem entre si, uma vez que essa é a forma mais eficaz de garantir a eficácia de políticas públicas como um todo, mas, destacadamente, daquelas relacionadas aos Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável que compõem a Agenda 2030 das Nações Unidas.

¹⁰⁷ ESTRATÉGIA ODS. *A agenda 2030 e o Congresso Nacional*. Disponível em: <https://www.estrategiaods.org.br/a-agenda-2030-e-o-congresso-nacional/>. Acesso em: 12 mar. 2024.

¹⁰⁸ GOUVÊA, Carina Barbosa. *A teoria da separação dos poderes em 30 anos de constituição democrática brasileira: o esquecido papel da cooperação para contemplar o todo perfeito do desenho institucional*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3329942. Acesso em: 30 jul. 2023.

4.2. DECISÕES DO TRIBUNAL PLENO DO STF EM AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO)

Neste item, serão analisadas, uma a uma, as decisões do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade por Omissão. As decisões aqui mencionadas são aquelas selecionadas conforme critérios já estabelecidos.

A análise pormenorizada aqui realizada é relevante quando se consideram as razões pelas quais as ADOs são propostas. Isso porque, ainda que algumas delas decorram de anseios sociais e necessidades de regulamentação de matérias constitucionais, conforme já mencionado, é evidente a manipulação de determinadas matérias por partidos políticos, sejam estes integrantes da oposição ou governistas. A presente apreciação pretende apontar o ajuizamento dessas demandas e como as decisões judiciais têm repercussão em sede política, sobretudo no Legislativo. Além disso, serão apontadas as demandas que possuam correlação com os ODS já citados.

Cumprir destacar, ainda, que algumas das ADOs levaram muito tempo desde o momento do seu ajuizamento até a conclusão para julgamento pelo Tribunal Pleno. A consequência direta disso acaba por ser a prejudicialidade dos seus objetos, uma vez que alguns destes tinham correspondência com projetos de lei que já se encontravam em tramitação no Congresso Nacional e que, nesse ínterim, foram aprovados no Legislativo e sancionados pelo Poder Executivo.

Adiante, serão tratadas individualmente as decisões em sede de ADO, sua relação com a Agenda 2030 e a modulação dos efeitos das decisões, quando essa medida houver sido adotada pelo STF.

Um ponto a ser destacado em relação ao julgamento de ADOs é a perda superveniente de seus objetos, e como isso decorre justamente de questões políticas. Acontece que as demandas são propostas diante de omissões legislativas deliberadas que se prolongam por um vasto período, bem como a colocação em pauta das referidas decisões para julgamento pela Corte Constitucional também não é instantânea – exceto quando tratam de questões emergenciais, a exemplo da pandemia de covid-19, como será tratado adiante.

Assim, quando as ações são finalmente postas para julgamento, muitas das vezes a questão já foi suficientemente regulamentada pelo Legislativo. Trata-se de uma decorrência da influência mútua entre a inércia legislativa e o ajuizamento das questões a elas atinentes: o Legislativo demora a votar os projetos de lei, o que provoca o ajuizamento de ADOs. Esse ajuizamento, por sua vez, faz com o Executivo e o Legislativo voltem as suas atenções às

demandas sociais e, por isso, projetos de lei paralisados por longos períodos são finalmente votados. Não se trata de uma regra absoluta, mas tal fenômeno demonstra como a manipulação de Ações Constitucionais pode provocar a atuação dos demais Poderes.

No caso da ADO n. 67 supracitada, foi declarada a inércia legislativa diante da inexistência de lei complementar necessária após mais de 30 anos da promulgação da Constituição Federal, sendo determinada a edição de Lei Complementar no prazo de 12 (doze) meses a contar da publicação da decisão de mérito em questão. Aqui, cumpre destacar que as decisões concernentes à determinação de prazos pelo Poder Judiciário não têm força coercitiva, tampouco ensejam a aplicação de sanção ao Legislativo ou ao Executivo.

Apesar disso, houve uma mudança legislativa significativa que vai ao encontro da decisão supracitada. Foi aprovada pela Câmara dos Deputados, em 7 de julho de 2023¹⁰⁹, a proposta de Emenda à Constituição n. 45 de 2019, denominada Reforma Tributária. Em suma, a referida alteração, que ainda depende de aprovação pelo Senado Federal, proporcionaria a obrigatoriedade da adoção de alíquota progressiva do ITCMD (Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação) em todos os estados da Federação, o que fulmina, definitivamente, a discussão objeto da ADO n. 67.

Deve-se ressaltar que a decisão em sede de ADO mencionada apontou omissão legislativa deliberada, uma vez que havia projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional há anos. Há de se admitir que o impulso dado à PEC corresponde mais a uma questão política do que à influência da decisão do Supremo Tribunal Federal por si só. Isso porque tornou-se uma questão importante para o Plano de Governo Federal vigente a aprovação de norma que visasse a uma taxação mais proporcional de grandes patrimônios¹¹⁰.

A ADO n. 56 destaca-se na presente análise por ser a primeira relacionada a um dos ODS da Agenda 2030 da ONU. A ação tratava do pedido de declaração de omissão legislativa e do Poder Executivo em editar norma com a finalidade de fixar auxílio emergencial à população durante o isolamento provocado pela pandemia de covid-19 e, por isso, foi relacionada ao ODS n. 1 – Erradicação da Pobreza¹¹¹.

¹⁰⁹AGÊNCIA BRASIL. *PEC da Reforma Tributária chega ao Senado*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2023-08/pec-da-reforma-tributaria-chega-ao-senado#:~:text=O%20texto%20foi%20aprovado%20em,sobre%20o%20tema%20no%20Senado>. Acesso em: 04 ago. 2023.

¹¹⁰FOLHA DE SÃO PAULO. *Lula diz que chegou hora de taxar grandes fortunas, mas não vê maioria no Congresso para isso*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/10/lula-diz-que-chegou-hora-de-taxar-grandes-fortunas-mas-nao-ve-maioria-no-congresso-para-isso.shtml>. Acesso em: 04 ago. 2023.

¹¹¹ *Ibidem*.

Para fins de elucidar a tese adotada no presente trabalho, cumpre destacar alguns aspectos relacionados ao ajuizamento de tal demanda. Em primeiro lugar, verifica-se que esta foi proposta por um partido político de oposição ao governista à época. A Ação foi ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade, que, em sua página na internet, define-se como “um movimento aberto, autônomo e suprapartidário que reúne brasileiros decididos a reinventar o futuro do país”¹¹². Sabe-se que o partido é ligado a nomes relevantes da esquerda brasileira, como a atual Ministra do Meio Ambiente, Marina Silva.

A demanda foi proposta em 27 de março de 2020, cerca de sete dias após o início do *lockdown* provocado pela pandemia. Cinco dias após o ajuizamento, no entanto, foi promulgada a Lei n. 13.982/2020, que estabeleceu o auxílio emergencial a ser pago durante o período de paralisação das atividades em todo o país. Tal acontecimento mostra-se como um exemplo de como o ajuizamento de demandas por partidos de oposição perante a Corte Constitucional tem o condão de provocar os demais Poderes a elaborar normas (e, no caso em tela, isso se deu em tempo recorde).

A ADO n. 37, por sua vez, não se enquadra nos parâmetros adotados pelo presente trabalho. Isso porque o seu ajuizamento foi absolutamente indevido, razão pela qual a petição inicial foi liminarmente indeferida. Apesar de o requerente (no caso, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil) ter alegado omissão legislativa decorrente do texto constitucional, sendo este um requisito correto para a ADO, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a demanda versava sobre direito decorrente de texto de Lei Federal, esta sim editada com finalidade de suprir omissão inconstitucional. Assim, por não decorrer diretamente do texto da Magna Carta, não se reconheceu a omissão legislativa inconstitucional.¹¹³

A ADO n. 9 não será analisada detalhadamente, uma vez que, assim como a ADO n. 37, foi liminarmente indeferida por questão formal. No caso em tela, verificou-se que ambas as requerentes não gozavam de legitimidade ativa, nos moldes do texto constitucional, para ajuizar a demanda em questão. Desta forma, restaria prejudicado o objeto do presente trabalho.

A ADO n. 30, por sua vez, teve seu pedido julgado procedente pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. O objeto da demanda era a omissão inconstitucional parcial do art. 1º, IV, da Lei 8989/95, no que diz respeito à inclusão de pessoas com deficiência auditiva no rol de beneficiados por isenção do Imposto sobre produtos Industrializados (IPI) na aquisição de

¹¹² REDE SUSTENTABILIDADE. *Sobre a Rede Sustentabilidade*. Disponível em: <https://redesustentabilidade.org.br/rede/>. Acesso em: 03 ago. 2023.

¹¹³ *Ibidem*.

determinados veículos automotores¹¹⁴. Diferentemente de demandas anteriores, esta foi proposta pelo Procurador Geral da República, não havendo envolvimento direto de partidos políticos ou outras entidades semelhantes.

No caso em comento, verifica-se que, apesar de haver norma a cumprir com o ditame constitucional, esta era parcialmente omissa, uma vez que não incluiu todos aqueles que por ela deveriam ser beneficiados no rol do seu art. 1º. A petição inicial destaca que “embora esteja em tramitação no Congresso Nacional projeto de lei de iniciativa do Senado Federal para estender a isenção do imposto sobre Produtos Industrializados – IPI na aquisição de automóveis para pessoas com deficiência auditiva, o referido projeto está parado desde 2010”¹¹⁵. Considerando-se que a demanda foi proposta em 2015 e que a Lei com a redação mencionada se encontrava em vigor desde 2003, restou claramente demonstrada a inércia deliberada do Poder Legislativo em sanar a questão.

Ainda, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal enquadrando a decisão em questão como relacionada aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável n. 10 (redução das desigualdades) e 16 (paz, justiça e instituições eficazes). Tal classificação mostra-se pertinente, uma vez que busca proporcionar igualdade de condições a pessoas com deficiência, bem como dar eficácia à lei federal.

Ademais, a decisão mostra-se ativista quando se analisa a parte final do seu dispositivo. O Tribunal determinou, além da declaração da omissão legislativa e a estipulação do prazo de doze meses para atuação do Senado Federal, a aplicação da Lei n. 8989/95 sem alteração formal de seu art. 1º às pessoas com deficiência auditiva, até que cessasse a referida inação.

Diante disso, verificam-se os pressupostos de uma decisão ativista tal qual conceituada pela presente pesquisa. A decisão pauta-se em princípios constitucionais sensíveis (igualdade, dignidade da pessoa humana) para fundamentar a interpretação conforme a constituição de dispositivo de lei, consistente na inclusão de um grupo minoritário de pessoas não contemplado na redação original do dispositivo, com a finalidade de fazer cessar uma situação social de injustiça. Assim, o Supremo cumpre seu dever constitucional precípua, de fazer valer a intenção do constituinte originário, consubstanciada em princípios implícitos e explícitos contemplados pela Carta Magna, em leis e normas de caráter infraconstitucional.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*.

A ADO n. 44 também se mostra inapta a integrar a presente análise, uma vez que foi julgada improcedente pelo Pleno do Tribunal, em razão de não estar caracterizada a omissão legislativa alegada. Isso porque a norma em questão, o art. 39 da Constituição Federal, é uma norma de eficácia contida para a qual já foram editadas normas complementares. Assim, a razão foi devidamente julgada improcedente por falta dos pressupostos para o seu ajuizamento.

Desfecho semelhante foi o da ADO n. 2¹¹⁶, que teve como objeto suposta omissão legislativa no que diz respeito à criação de cargos no âmbito da Defensoria Pública da União. Por tal motivo, a referida demanda não será detalhada no presente trabalho, diante da sua irrelevância em relação ao tema do ativismo judicial.

4.3. O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA: O CASO DA ADO N. 26

Distinto é o caso da ADO n. 26¹¹⁷, julgada pelo Tribunal Pleno em 13 de junho de 2019. Em primeiro lugar, destaca-se que a demanda foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), atualmente denominado Cidadania¹¹⁸, um partido de oposição à maioria governista naquele momento. A ação tinha como principal pedido o reconhecimento da omissão legislativa em relação à criminalização de práticas homofóbicas e transfóbicas, sendo essa omissão entendida pelos requerentes como imprópria em decorrência do mandamento constitucional contido no art. 5º da CRFB/88.

Atuaram como *amicus curiae* diversas entidades ligadas aos direitos das pessoas LGBTQIA+¹¹⁹, além de entidades ligadas a igrejas evangélicas e da Defensoria Pública. A demanda foi listada pelo STF como relativa aos ODS n. 10 e 16 (redução das desigualdades e paz, justiça e instituições eficazes, respectivamente).

Não há dúvidas em declarar que a referida decisão teve caráter amplamente ativista. Isso porque verificou-se verdadeira inovação legislativa, uma vez que o Tribunal reconheceu a aplicação de uma norma elaborada, inicialmente, com finalidade distinta (a Lei Antirracismo) para fins de criminalização de condutas discriminatórias relacionadas a questões de gênero e sexualidade.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 2*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur423019/false>. Acesso em: 04 ago. 2023.

¹¹⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 87.

¹¹⁸ WIKIPÉDIA. *Cidadania (partido político)*. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Cidadania_\(partido_pol%C3%ADtico\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Cidadania_(partido_pol%C3%ADtico)) Acesso em: 07 ago. 2023.

¹¹⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 87.

Destacam-se, no entanto, as razões que fundamentaram a referida decisão. Uma das razões mais latentes, já comentada no presente trabalho, é a inércia do Legislativo em tratar de questões relacionadas aos direitos das minorias, o que ocorre, principalmente, em decorrência da já abordada crise de representatividade que assola os Poderes. A aprovação de diplomas legais no Congresso Nacional se pauta no princípio majoritário, de modo que minorias, que já não detêm acesso igualitário a posições na Câmara e no Senado, têm maior dificuldade em fazer aprovar normas que representem seus interesses.

Neste sentido, sobressai-se um trecho do acórdão que decidiu a ação em questão:

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade.¹²⁰

Assim, a demanda foi decidida pela aplicação da Lei Antirracismo em favor dos direitos da comunidade LGBTQIA+, com a finalidade de criminalizar condutas homofóbicas e transfóbicas, notadamente, aquelas em que houver frontal violação ou ameaça de violação dos direitos à vida e da dignidade da pessoa humana, além de condutas que prejudiquem o exercício regular de outros direitos da personalidade de tais pessoas. Nesse sentido, o próprio STF reconheceu que a decisão teve como principal finalidade a provocação do Legislativo a atuar em prol do exercício desses direitos:

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nesse contexto, tem por objetivo provocar legítima reação jurisdicional que, expressamente autorizada e atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela própria Carta Política, destina-se a impedir o desprestígio da Lei Fundamental, a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção a princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional.¹²¹

Apesar da mudança de paradigma provocada pelo julgamento em questão, a decisão segue controversa, principalmente na esfera criminal. Parte da doutrina entende que tal medida afronta o princípio da estrita legalidade, prevista no art. 5º, XXXIX, da CRFB/88, que estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”¹²².

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² BRASIL, *op. cit.*, nota 21.

Acerca do princípio da reserva legal ou da estrita legalidade, discorre Masson:

Encontra-se previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal, bem como no art. 1º do Código Penal. Trata-se de cláusula pétreia. (...) Preceitua, basicamente, a exclusividade da lei para a criação de delitos (e contravenções penais) e cominação das respectivas penas. De fato, não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal (*nullum crimen nulla poena sine lege*)¹²³.

No entanto, há de se fazer uma ponderação em relação à aplicação do princípio da legalidade estrita. Isto porque, no caso em quadro, a aplicação isolada de tal princípio perpetuaria uma situação de grave omissão legislativa. É necessário considerar que estão em jogo a própria dignidade da pessoa humana e o direito à vida, de modo que a ausência de um diploma legal específico dificulta a coibição de um comportamento social nocivo.

Desta feita, a interpretação dada pelo STF no caso da criminalização da homotransfobia precisa ser analisada sob um prisma diferenciado. O reconhecimento da conduta como crime não passa por uma lei ordinária, mas pelo próprio mandamento constitucional de criminalização de condutas discriminatórias, razão pela qual, diante da omissão legislativa, dá-se interpretação extensiva ao rol contido no art. 1º da Lei n. 7.716/89.¹²⁴

Ademais, a decisão não tem o condão de se tornar definitiva e substituir qualquer inovação legislativa, mas sim de provocar o Legislativo a sanar uma omissão deliberada e injustificada. Sobre isso, destaca Masson:

Nesse cenário, a decisão do Supremo Tribunal Federal tem o mérito de jogar luzes para o grave cenário de omissão legislativa, baseada sobretudo no preconceito e no falso moralismo, e pressionar o Congresso Nacional a finalmente, mais de três décadas após a entrada em vigor da Constituição Federal, fazer seu papel e dispensar tratamento do Direito Penal a crimes motivados pela homofobia e pela transfobia.¹²⁵

A partir dos exemplos supracitados, verifica-se que a atuação contramajoritária e ativista, mais uma vez, destaca-se pela sua capacidade de promover a atuação do próprio Poder Legislativo, seja no mesmo sentido das decisões judiciais ou com ideias opostas, mas sempre pelo viés majoritário, que é marca maior das sociedades democráticas.

Outro exemplo nesse sentido, embora destacado do presente trabalho por ter se dado em sede de *habeas corpus*, foi a decisão proferida pelo Supremo em 2021¹²⁶, na qual foi

¹²³ MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral* (art. 1º a 120). 17 ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p.82.

¹²⁴ BRASIL. *Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 5 ago. 2023.

¹²⁵ MASSON, *op. cit.*, p. 88.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Injúria racial é crime imprescritível, decide STF*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=475646&ori=1> Acesso em: 20 set. 2023.

reconhecida a imprescritibilidade do crime de injúria racial, em equiparação ao que ocorre com o crime de racismo, tal qual previsto na Lei n. 7.716/89.

Ocorre que, cerca de dois anos após a supracitada interpretação pela Corte Constitucional, o Congresso Nacional aprovou e o presidente da República sancionou a Lei n. 14.532/2023¹²⁷, a qual tratou, em definitivo, de equiparar o crime de injúria racial ao crime de racismo, além de ter realizado as modificações processuais necessárias a fim de compatibilizar tal entendimento às normas relativas ao Direito Processual Penal.

Além disso, as alterações na Lei do Racismo acolheram demandas sociais há muito cobradas e das quais a jurisprudência não foi capaz de fazer interpretações extensivas com a finalidade de atendê-las. A atualização legislativa veio ainda a punir o chamado “racismo recreativo”.

Em ambos os casos, frisa-se: o que se espera não é a fixação do entendimento proferido pelos Tribunais Superiores de modo definitivo, mas incentivar a produção legislativa injustificadamente inerte, bem como suprir a efetivação de direitos sociais previstos na Magna Carta, além de ditames constitucionais de incriminação, por exemplo.

¹²⁷ BRASIL. *Agência Senado*. Sancionada lei que tipifica como crime de racismo a injúria racial. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/01/12/sancionada-lei-que-tipifica-como-crime-de-racismo-a-injuria-racial#:~:text=Foi%20publicada%20no%20Di%C3%A1rio%20Oficial,a%20cinco%20anos%20de%20reclus%C3%A3o>. Acesso em: 20 set. 2023.

CONCLUSÃO

Considerando todos os dados apresentados, o presente trabalho objetivou estudar as manifestações do Supremo Tribunal Federal perante omissões legislativas inconstitucionais levadas à análise do Judiciário por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão. Para a materialização da hipótese, buscou-se analisar os efeitos do ativismo judicial empregado pela Corte na interação entre os Poderes da República, evidenciando a necessidade de atuações ativistas na defesa dos direitos das minorias e como força propulsora da atuação do Poder Legislativo.

Para fins de compreensão do próprio conceito de ativismo judicial remonta à Suprema Corte estadunidense, bem como o diferenciou de outro conceito que tem origem similar, a judicialização da política. Assim, verificou-se que, apesar de derivarem de fontes correlatas, os dois fenômenos não se confundem.

A partir da conceituação do ativismo judicial, procurou-se compreender os limites da atuação do magistrado. Para a compreensão de seus limites, foi necessário compreender as dimensões do conceito teórico da separação dos Poderes, em ambas as concepções, clássica e contemporânea, bem como outros documentos históricos que tratam, dentre outros assuntos, das prerrogativas dos juízes das Cortes Constitucionais.

Constatou-se que, apesar das críticas à atuação ampliada do Judiciário, esta não é descontrolada, mas limitada por mecanismos de controle inerentes à repartição de Poderes, como o sistema de freios e contrapesos, bem como por estruturas das demais funções do Estado.

A atuação ativista do Supremo Tribunal Federal é excepcional e tem o potencial de efetivar valores, direitos e princípios constitucionais sensíveis.

A pesquisa, ao analisar o ativismo judicial, compreendeu também o viés político do sistema do desenho jurisdicional brasileiro referente à escolha dos membros da Suprema Corte, que é feita por membros eleitos do Poder Executivo, ainda que parcialmente, assim como tais membros passam pelo crivo do Legislativo a fim de ocupar o referido cargo. Destaca-se que até mesmo a decisão de pautar ações constitucionais para votação e decisão pelos ministros da Suprema Corte pode ser afetada por questões políticas, influenciada pela atuação do Poder Executivo, na medida em que sanciona ou não projetos de lei; pelo Poder Legislativo, que pode apresentar uma atuação reativa às decisões governamentais e jurisdicionais (*Backlash*); e ainda pelas contestações sociais.

A pesquisa dialogou com a dicotomia entre a legitimidade dos ministros para realizar a interpretação ampliada de normas na concretização dos direitos fundamentais constitucionais em contraste com a função constitucionalmente prevista do Poder Legislativo de elaborar leis em acordo com a vontade popular que elege seus membros.

Assim, mostrou-se que um dos fatores que legitimam a atuação proativa do Poder Judiciário é a crise de representatividade que assola os demais Poderes. Apesar de ter havido a implementação de ações afirmativas de gênero e de combate à discriminação racial, tais políticas públicas ainda têm pouca eficácia, sendo constantemente violadas ou manipuladas por aqueles que detêm poder econômico e, conseqüentemente, político, que visam apenas a perpetuar sua manutenção nas instâncias de poder.

A principal solução abordada para a contenção do ativismo judicial foi a ampliação dos diálogos institucionais, uma vez que os Poderes que compõem a República não devem apenas ser independentes e harmônicos entre si, mas cooperados, eis que devem interagir ativamente com a finalidade de dirimir controvérsias e coordenar tomadas de decisão compatíveis entre si.

Nesse sentido, o trabalho destacou os pactos federativos realizados sob a égide da Constituição Federal de 1988, que priorizaram a atuação coordenada dos Poderes Legislativo e Judiciário. A principal função desses pactos foi estreitar as relações entre os Poderes, como forma de reforço da própria Federação, bem como para promover a efetivação de direitos e políticas públicas.

Também se destacaram como medidas promovidas pelos diálogos institucionais a criação do Conselho Nacional de Justiça, como instância estruturante do Judiciário, e a implementação de normas conjuntas para fomento do acesso à Justiça.

Outrossim, foram estudados os mecanismos para acionamento da atuação da jurisdição constitucional, com enfoque na utilização da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), assim como o histórico da sua implementação no Brasil, os legitimados constitucionais para sua propositura, seu procedimento previsto na Carta Magna e no regulamento do Supremo, os efeitos das suas decisões, as possíveis modulações desses efeitos e a sua repercussão nas demais estruturas de Poder Estatal.

A partir desta análise, foi possível verificar que são os atores políticos os principais responsáveis pela judicialização que leva ao ativismo judicial, assim como a maior porcentagem das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão é ajuizada por partidos políticos e entidades a eles relacionadas.

Foi aplicado um método analítico estruturante dos conceitos abordados no trabalho, com a finalidade de explorá-los no exame de casos concretos, ou seja, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade efetivamente propostas e julgadas pela Corte Constitucional. Foram selecionadas, nos mecanismos de busca do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, as ADOs julgadas sob a Constituição de 1988.

Além disso, destacou-se ainda, como ferramenta de promoção de diálogos institucionais, a implementação dos objetivos contidos na Agenda 2030 da ONU como parâmetro na catalogação das referidas decisões. Foi abordado todo o conceito da referida agenda, seus objetivos e a própria necessidade de observar tais medidas como forma de promoção da integração eficaz dos Poderes.

Por fim, foi analisado o julgamento da ADO n. 26, tomado como principal exemplo de ativismo judicial recente, com repercussão na esfera penal e no princípio da legalidade estrita que embasa a matéria. Em que pese a alguns juristas terem se manifestado pela inconstitucionalidade da decisão em apreço, fato é que a referida escolha judicial visou à efetivação de uma demanda social que não encontrava amparo legislativo, ante a crise de representatividade e a conseqüente omissão diante de direitos de grupos minoritários.

Por todo o exposto, o trabalho concluiu pela necessidade de considerar a ampliação das audiências públicas, que já são realizadas pelo Judiciário, aos demais Poderes. O fomento da participação popular no Poder Legislativo, por exemplo, poderia contribuir para a diminuição da crise de representatividade, uma vez que os eleitores se sentiriam parte do processo da elaboração de leis e normas, bem como poderiam contribuir para a fiscalização da atuação dos parlamentares por eles eleitos.

Um novo pacto federativo também poderia contribuir para a otimização da dinâmica entre os Poderes. É preciso que os órgãos atuem em conjunto para verificar os problemas que

atingem, a título de exemplo, a tramitação de projetos de lei no Congresso Nacional. É evidente que muito se dá devido à falta de representatividade, mas esse não é o único problema. A priorização da votação dos projetos de lei deve se dar de forma a atender os anseios da sociedade e a efetivação dos seus direitos, mesmo que isso signifique uma realidade de menos privilégios aos membros do poder eletivo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. *Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea*. São Paulo: Revista dos tribunais, v. 1008, p. 2-3, 2019.

AGÊNCIA BRASIL. *PEC da Reforma Tributária chega ao Senado*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2023-08/pec-da-reforma-tributaria-chega-ao-senado#:~:text=O%20texto%20foi%20aprovado%20em,sobre%20o%20tema%20no%20Senado>. Acesso em: 04 ago. 2023.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. Oxford: *International journal of constitutional law*. v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.

ALMEIDA, Vítor Luís de. *A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado*. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/05/2012_05_2497_2536.pdf. Acesso em: 23 fev. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (*Syn thesis*), v. 5, n. 1, p. 23, 2012.

BOGÉA, Daniel. *A gestação de Ações Constitucionais: os partidos políticos (e suas motivações) no Supremo Tribunal Federal*. Democracia e justiça na América Latina: para onde vamos?, Rio de Janeiro: EDUERJ, 2022.

BRASIL. Agência Senado. *Sancionada lei que tipifica como crime de racismo a injúria racial*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/01/12/sancionada-lei-que-tipifica-como-crime-de-racismo-a-injuria-racial#:~:text=Foi%20publicada%20no%20Di%C3%A1rio%20Oficial,a%20cinco%20anos%20de%20reclus%C3%A3o>. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *História do CNJ: antecedentes e instalação*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/gestao-da-informacao-documental-e-memoria-do-cnj/memoria-institucional/historia-do-cnj-antecedentes-e-instalacao/>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em [planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 45*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. *Lei n. 7.716, de 05 de janeiro de 1989*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 5 ago. 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. *Acordo entre União e estados, homologado pelo STF nesta quarta (20/5), fortalece o federalismo fiscal*. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/maio/acordo-entre-uniao-e-estados-homologado-pelo-stf-nesta-quarta-20-5-fortalece-o-federalismo-fiscal>. Acesso em: 6 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão n. 3.682*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mai12/leia_voto_prazo_regulamentacao_municipios?pagina=11. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 25*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385039> Acesso em: 6 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 2*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur423019/false> Acesso em: 04 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agenda 2030 no STF*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/> Acesso em: 11 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 754*. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo754.htm> Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Injúria racial é crime imprescritível, decide STF*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=475646&ori=1> Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Omissão Inconstitucional*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional> Acesso em: 06 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pacto Republicano: parceria entre os Três Poderes contribui para a democracia*. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/2467012/pacto-republicano-parceria-entre-os-tres-poderes-contribui-para-a-democracia>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 15 maio. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Teses Fixadas no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26*. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>. Acesso em: 15 maio. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Eleições 2022: resolução reafirma cotas de gênero para registro de candidaturas*. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Janeiro/eleicoes-2022-resolucao-reafirma-cotas-de-genero-para-registro-de-candidaturas>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRITO, Débora. Projetos sobre direitos LGBT caducam sem análise no Congresso. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/legislativo/projetos-sobre-direitos-lgbt-caducam-sem-analise-no-congresso-28062021> Acesso em: 6 abr. 2023.

CARTA CAPITAL. *O que é o estatuto da família?* Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-que-e-o-estatuto-da-familia-6160/>. Acesso em: 10 abr. 2023.

CNN. *STF altera prazo para devolução de pedidos de vista em ações para 90 dias*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/stf-altera-prazo-para-devolucao-de-pedidos-de-vista-em-aco-es-para-90-dias/>. Acesso em: 14 jan. 2023.

CONJUR. *3º pacto republicano terá projetos mais concretos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-abr-01/pacto-republicano-projetos-concretos-serem-cumpridos>. Acesso em: 24 fev. 2023.

DIZER O DIREITO. *Atos homofóbicos e transfóbicos são formas contemporâneas de racismo social*. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/07/atos-homofobicos-e-transfobicos-sao.html>. Acesso em: 28 mar. 2023.

FARIA, José Eduardo. *Judicialization of politics, judicial activism, and institutional tensions. Journal of Democracy em Português*. Disponível em: <https://medium.com/funda%C3%A7%C3%A3o-fhc/judicialization-of-politics-judicial-activism-and-institutional-tensions-1158ae29f0b3>. Acesso em: 20 nov. 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Ano 1 de Mendonça no STF é marcado por paralisação de casos importantes*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/12/ano-1-de-mendonca-no-stf-e-marcado-por-paralisacao-de-casos-importantes.shtml>. Acesso em: 15 jan. 2023.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Lula diz que chegou hora de taxar grandes fortunas, mas não vê maioria no Congresso para isso*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/10/lula-diz-que-chegou-hora-de-taxar-grandes-fortunas-mas-nao-ve-maioria-no-congresso-para-isso.shtml>. Acesso em: 04 ago. 2023.

GOUVÊA, Carina Barbosa. *A teoria da separação dos poderes em 30 anos de constituição democrática brasileira: o esquecido papel da cooperação para contemplar o todo perfeito do desenho institucional*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3329942. Acesso em: 30 jul. 2023.

HAMILTON, Alexander. *The Federalist No. 78*. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp#2T. Acesso em: 9 jan. 2023.

HESS, Heliana. Ativismo Judicial e controle de políticas públicas. *Revista SJRJ*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 257-274, 2011.

HESS, Heliana. Reformas, políticas públicas e a gestão do Conselho Nacional de Justiça. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, v. 16, n. 2, p. 589-625, 2011.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

JUSTIÇA FEDERAL. *Ministro Peluso propõe medida para combater morosidade*. Disponível em: <http://www.justicafederal.jus.br/cjf/outras-noticias/2011/marco/ministro-peluso-propoe-medida-para-combater-morosidade>. Acesso em: 23 fev. 2023.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral (art. 1º a 120)*. 17. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública*. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/216251>. Acesso em: 25 nov. 2022.

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

NOVAES, Túlio Chaves. As leis de Nuremberg: análise jurídica e histórica sobre o processo de construção dos direitos humanos. *Revista do Ministério Público do Estado do Pará*. v. 11, n. 1, p. 168, 2019.

O GLOBO. *Na primeira eleição com cotas raciais, Justiça Eleitoral não tem ferramentas para coibir fraudes*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/eleicoes-2022/noticia/2022/09/na-primeira-eleicao-com-cotas-raciais-justica-eleitoral-nao-tem-ferramentas-para-coibir-fraudes.ghtml> , Acesso em: 15 jan. 2023.

PORTILHO, Ananda. Folha de São Paulo. *Bolsonaro adota fala homofóbica e defende que 'Joãozinho seja Joãozinho a vida toda'*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/07/bolsonaro-adota-fala-homofobica-e-defende-que-joaozinho-seja-joaozinho-a-vida-toda.shtml>. Acesso em: 10 abr. 2023.

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*. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-25112010142441/publico/2010_LucianadeOliveiraRamos.pdf. Acesso em: 6 abr. 2023

REDE SUSTENTABILIDADE. *Sobre a Rede Sustentabilidade*. Disponível em: <https://redesustentabilidade.org.br/rede/>. Acesso em: 03 ago. 2023.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *STF inicia nesta sexta-feira (23) audiência pública sobre Fundo da Amazônia*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-23/supremo-inicio-audiencia-publica-fundo-amazonia>. Acesso em: 12 jan. 2023.

REVISTA ESTUDOS AVANÇADOS. *Reforma Política e crise de representatividade*. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/NpxQB7kwPHtF5x6rTrNXNKH/?lang=pt>>. Acesso em: 13 jan. 2023.

SARDINHA, Edson; COSTA, Sylvio. *Congresso em foco. Direita cresce e engole o centro no congresso mais fragmentado da história*. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/pais/direita-cresce-e-engole-o-centro-no-congresso-mais-fragmentado-da-historia/>. Acesso em: 10 abr. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SCALIA, Antonin; EPSTEIN, Richard A. *Scalia v. Epstein: Two Views on Judicial Activism*. Washington, D.C., EUA: Cato Institute, 1985.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Emenda à Constituição n. 209/2012*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553947>. Acesso em: 23 fev. 2023.

SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. *Revista da EMERJ*. v. 5, n. 20, p. 284-319, 2002.

TAYLOR, Matthew M., ROS, Luciano da. *Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política*. Rio de Janeiro: Dados, v. 51, p. 825-864, 2008.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na débacle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. *Revista Eletrônica do curso de direito da UFSM*, v. 11, n. 2, p. 751-772, 2016.

VERDUGO, Sergio. How Judges Can Challenge Dictators and Get Away with It: Advancing Democracy while Preserving Judicial Independence. *Colum. J. Transnat'l L.*, v. 59, p. 554, 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WIKIPÉDIA. *Cidadania (partido político)*. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Cidadania_\(partido_pol%C3%ADtico\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Cidadania_(partido_pol%C3%ADtico)). Acesso em: 07 ago. 2023.