

FERNANDA DIAS MARRA

2.^a EDIÇÃO

**FISCALIZAÇÃO DA
INCONSTITUCIONALIDADE
POR OMISSÃO
NOS ORDENAMENTOS
JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS
PORTUGUÊS E BRASILEIRO**



**COIMBRA
DISSERTATIONS**



COIMBRA
DISSERTATIONS

TÍTULO

Fiscalização da Inconstitucionalidade por Omissão nos Ordenamentos Jurídico-Constitucionais Português e Brasileiro

2.^a edição

AUTOR

Fernanda Dias Marra

CRIAÇÃO DA CAPA

Dayanna Amorim Dias da Cruz

REVISÃO DE TEXTO

Isaías Hipólito

DOI

10.31012/978-65-5861-020-5

ISBN

978-65-00-63462-4 (ebook)

Fiscalização da Inconstitucionalidade
por Omissão nos Ordenamentos
Jurídico-Constitucionais Português e Brasileiro

Fernanda Dias Marra



Índice

Apresentação da Autora	ix
Agradecimentos	xi
Siglas	xiii
Introdução	1
1. Noções Gerais	4
1.1 Origem do Controle das Leis	5
1.2 O Caso Madison <i>versus</i> Marbury	6
1.3 Teoria de Kelsen	10
1.4 Neoconstitucionalismo	14

2. Tribunal Constitucional	18
2.1 Tribunal Constitucional Português	21
2.2 Supremo Tribunal Federal	25
3. Fiscalização Abstrata da Aplicação da Norma Constitu- cional por Ação e por Omissão	28
4. Controle de Inconstitucionalidade por Omissão	31
4.1 Fiscalização de Inconstitucionalidade por Omissão no Ordenamento Jurídico-Constitucional Português	32
4.2 Fiscalização de Inconstitucionalidade no Ordenamento Legal Federal Brasileiro	33
4.2.1 Controle Abstrato – Ação Direta de Inconstitu- cionalidade por Omissão	34
4.2.2 Controle Concreto – Mandado de Injunção	37
5. Análise de Caso Concreto	39
5.1 Acórdão N.º 474/2002.....	40
5.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão N.º 25.....	44
5.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão N.º 26 e Mandado de Injunção N.º 4733	46
5.4 Mandado de Injunção N.º 708.....	50
6. Problemáticas da Fiscalização de Inconstitucio- nalidade por Omissão	54
Conclusão	60
Referências	62

“There is an almost universal quest for easy answers and half-baked solutions. Nothing pains some people more than having to think.”

Martin Luther KING JR, *Strength to Love*.

*Ao meu Pai, que,
por confiar em meu sucesso,
me encoraja em cada novo passo da minha vida;*

*à minha Mãe,
pela paz de espírito e leveza do seu sorriso;*

*ao meu filho João,
que suportou bravamente, com apenas 10 anos,
minha ausência materna durante o período
em que fui mestranda em Portugal;*

e às minhas irmãs, Mônica e Andréia.

Apresentação da Autora

As palavras têm o objetivo de comunicar, de levar aos interlocutores um pensamento comum, princípio básico para qualquer processo dialético. Somente quando uma pessoa se faz entender é que se pode considerar ter havido comunicação, porque de nada adiantam palavras ditas, escritas ou gesticuladas se o destinatário da mensagem não compreender o pensamento que o emissário quis reproduzir.

Surge então o dilema, porque há fenômenos, sentimentos e pessoas tais que nenhuma palavra pode carregar suficiente significação que expresse o que é aquele fenômeno, aquele sentimento, aquela pessoa.

Que palavra é suficiente para descrever uma erupção vulcânica? Como descrever em uma palavra o frio congelante? Somente quem já viu um vulcão sendo vulcão pode entender a palavra vulcão. Somente quem já sentiu o frio pode reconhecer o significado da palavra frio.

Da mesma forma, há pessoas que não adianta tentar descrever, qualificar. Pessoas que carregam em si tantos predicados que não há como enumerá-los, porque os próprios predicados se conjugam criando outros predicados, outras competências, outras qualidades.

Há pessoas em quem os matizes dos talentos se misturam, e dessa mistura surgem outros talentos.

Então, se o objetivo era falar algo sobre a autora deste livro, apenas comunico que tal como o vulcão ou o frio, somente conhecendo a Fernanda Dias Marra se poderá ter noção do que é a Fernanda Dias Marra, cujos predicados não a explicam, mas cuja significação é por ela facilmente demonstrada.

O livro ora apresentado descortina, em pequena dose, a persistência e a sagacidade da autora na busca da perfeição e da solução dos diversos enigmas que a atividade jurídica desperta na alma de qualquer operador do direito.

André Vidigal de Oliveira

Brasília, agosto de 2020

Agradecimentos

Agradeço a Deus, por me permitir acordar mais um dia; ao ex-chefe e grande amigo André Vidigal de Oliveira, por sempre confiar no meu trabalho, entregando novos desafios na advocacia; ao Advogado da União Álvaro Osório Simeão, pelos diálogos acerca do controle de constitucionalidade, à Day, por me presentear com a capa desta obra e, em especial, ao Senhor Professor Doutor Fernando Alves Correia e à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, por compartilharem comigo tanto conhecimento e me terem dado a honra de figurar em seu quadro de mestrandos.

Abstract: The present work discusses the origin of the constitutional review of laws, with the purpose of constitutional protection of cases in which laws and normative acts confront it. Its natural genesis is established in the American Marbury versus Madison case. The A. then examines Kelsen's theory and the period of neoconstitutionalism. Subsequently, the role of the Constitutional Court and the Supreme Federal Court is explained in connection with the review of unconstitutionality by omission. The main goal is to compare the review of unconstitutionality by omission in the Portuguese and Brazilian constitutional legal systems, addressing also the effects of the Courts' own decision. Finally, for a better framing of the problem and a proper understanding of the matter, decisions will be presented following a requirement for a review of unconstitutionality by default.

Keywords: Constitutional Court; constitutional review; Marbury v. Madison; Kelsen; Brazil; Portugal

Siglas

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	artigo
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
ICMS	Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação
inc.	inciso
MS	Mandado de Segurança
n.º	número
STF	Supremo Tribunal Federal

Introdução

O controle de constitucionalidade das leis é um mecanismo de correção presente em determinado ordenamento jurídico, com o fim de verificar a conformidade de um ato em relação à Constituição, e sua aplicabilidade cinge-se a um sistema normativo delineado por uma organização hierárquica de normas que delimitam a validade de outras a ela subordinadas.

A definição de controle de constitucionalidade, em sentido estrito, tem por finalidade afastar, anular, eliminar ou neutralizar as normas contrárias à Constituição¹, de certa forma corrigindo o ato normativo incompatível com as regras e princípios maiores. Já em sentido amplo, a inconsti-

¹ Clèmerson Merlin CLÈVE, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*, 2.^a ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 82-83.

tucionalidade material consiste na desconformidade do conteúdo de atos dos poderes públicos frente à Constituição.

O sistema de controle de constitucionalidade, ponto de partida deste trabalho acerca da origem do controle das leis, surge pelo fato de a Constituição ser a raiz da organização jurídica de um país, e também norteadora dos poderes constituídos, assegurando assim a sua fundamentalidade.

O capítulo primeiro foca o notável caso *Marbury versus Madison* julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA), em 1803. Trata-se de um caso constantemente sugerido como o marco inicial do mecanismo do controle de constitucionalidade²⁻³.

Ainda no mesmo capítulo, será abordado o modelo de controle de constitucionalidade austríaco, sistematizado por Hans Kelsen e adotado por países da Europa Ocidental. Discorre-se por isso, num breve histórico, acerca do movimento que buscou reconstruir as bases do Direito Constitucional, o neoconstitucionalismo.

O capítulo segundo trata dos Tribunais Superiores e do modo de fiscalização da constitucionalidade das normas jurídicas que esses Órgãos realizam, explanando sobretudo o seu papel como guardiães de suas Constituições e controladores da conformidade das normas com os princípios e regras constitucionais⁴.

² Gilmar Ferreira MENDES, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 5.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2005, 85.

³ Gilmar Ferreira MENDES, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*, 3.^a ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004, 189-225.

⁴ PORTUGAL, *Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2013.

O capítulo seguinte é reservado à fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, desenvolvida pelo ordenamento jurídico-constitucional português, delimitando os efeitos da decisão do Tribunal Constitucional quando a constatar.

Em seguida, será descrito o modo pelo qual é realizado o controle de constitucionalidade por omissão brasileiro, no que tange à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, e também ao cabimento do Mandado de Injunção, abordando sobretudo os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) quando verificada sua existência.

Para um melhor entendimento da matéria, serão analisados nos capítulos finais alguns casos práticos nos quais se aplicou a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão – tanto em Portugal, quanto no Brasil –, e serão também discutidas algumas das problemáticas que envolvem o tema.

1

Noções Gerais

É oportuno primeiramente salientar que o mecanismo do controle de constitucionalidade tem aplicabilidade apenas no quadro da sistematização normativa delineada por uma organização hierárquica que delimita a validade de outras a ela subordinadas, tendo presente que as normas jamais têm validade *per se*, ou seja, elas surgem concatenadas numa sistemática⁵.

Na proposta idealista de Hans Kelsen, a hierarquia das normas é representada por uma pirâmide organizada de acordo com um escalonamento, em que normas superiores estão dispostas sobre as inferiores, e onde nenhuma norma legal no ordenamento jurídico surge em desconformidade com outra norma inserida na sistemática⁵. Na verdade, sabe-se que a Constituição de um Estado está no topo piramidal e exerce o papel de instituir a totalidade da estrutura governamental do Ente Maior, de tal modo que, mesmo que surja

⁵ Gilmar Ferreira MENDES, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 189-225.

a aprovação de diferentes sistemas jurídicos, as orientações constitucionais serão necessariamente respeitadas pelos atos infraconstitucionais posteriormente criados.

Assim sendo, o sistema de controle de constitucionalidade decorre do fato de a Constituição de um país ser o sustentáculo da sua organização jurídica e se tornar a norma norteadora dos poderes constituídos a fim de assegurar sua fundamentabilidade⁶.

1.1 Origem do Controle das Leis

O aferimento da validade de leis suscetíveis de porem em risco a justiça no seio de uma sociedade faz parte da história das instituições.

Verificamos esse procedimento já na Grécia antiga, quando do surgimento do *graphé paranomón*, que abolia do universo jurídico toda a legislação contrária ao direito hierárquico supremo e intocável.

Na Idade Média surgiu a primeira dificuldade no que tange à controlabilidade das leis, porquanto mesmo que as normas implementadas no sistema daquela época não apresentassem qualquer contrariedade com o Direito Naturalista, ou seja, mesmo que as normas fossem encaradas como inexistentes ou carentes de eficiência, elas permaneciam ainda assim no universo jurídico.

Sem negarmos que o controle da validade de uma lei pode ter surgido no breve governo republicano da Inglaterra do

⁶ Clèmerson Merlin CLÈVE, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*, 84-85.

século xvii, sua concretização só foi verdadeiramente reconhecida após o século xviii, com as Revoluções Liberais e o advento das Constituições documentais.

É importante notar que o primeiro passo para aderir ao controle formal da validade das leis decorreu das Constituições escritas francesa e americana, que consagraram valores primordiais. Logo, a Administração e o legislador ordinário não poderiam desprezar os princípios e valores nelas consagrados, nem ultrapassar os limites impostos pelo Poder Constituinte originário.

1.2 O Caso *Madison versus Marbury*

No que concerne ao modelo norte-americano da *judicial review*, refira-se que não ficou previsto o controle de constitucionalidade das leis na Constituição de 1787. Só viria a ser incorporado anos mais tarde, por John Marshall, em uma decisão de 1803⁷. Nessa ocasião, na sequência do processo eleitoral de escolha do Presidente, e por razões políticas, foi acionada a justiça dos Estados Unidos da América (EUA).

Era então governante o federalista John Adams, e concorria às eleições com o republicano Thomas Jefferson, e como pretendia controlar o Poder Judiciário, antes do encerramento do seu governo escolheu alguns nomes da sua confiança para cargos relevantes: “Adams utilizou os últimos momentos

⁷ Fernando Alves CORREIA, *Justiça constitucional*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2019, 135.

da sua presidência para nomear como juízes, inamovíveis, homens conhecidos pelas suas convicções federalistas”⁸.

O Senado aprovaria todos os nomes sugeridos e, após a assinatura dos termos de investidura pelo então Presidente Adams, John Marshall, que era seu Secretário de Estado e indicado para a presidência da Suprema Corte, entregou os diplomas aos investidos⁹. Porém, a decisão de nomeação de William Marbury foi precipitada, de modo que não houve tempo hábil de ser enviada ao seu destinatário antes da vitória de Thomas Jefferson para presidente e, em face da recusa do novo Ministro da Justiça, Madison, em dar seguimento àquela decisão, Marbury teve de requerê-la junto do relator da Suprema Corte. Para tanto, Marshall recorreu ao mecanismo do *writ of mandamus*, com o fito de alcançar uma ordem judicial que forçasse Madison a atribuir-lhe o cargo para que tinha sido nomeado pelo Presidente anterior, com base na competência que a Lei Judiciária de 1789 atribuía à *Supreme Court*. Assim, instalou-se uma situação de conflito entre o novo Presidente e o Supremo Tribunal e, após análise do requerimento solicitado por Marbury, Marshall, ao decidir o caso, declarou que a lei que conferia ao Supremo Tribunal o direito de impor nomeação de juízes federais (Lei de 1789), era contrária à Constituição, com o fundamento de que o Congresso tinha ultrapassado os seus poderes quando ampliou a competência daquela Alta Instância Judicial. O relator, Marshall, afirmou que o pedido de Marbury não podia ser

⁸ Fernando Alves CORREIA, *Justiça constitucional*, 135.

⁹ Dimitri DIMOULIS / Soraya LUNARDI, *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, São Paulo: Atlas / FGV, 2011, 33-46.

examinado pelo Tribunal, por se tratar de uma decisão política e, nesse momento, acabou por confirmar a aplicabilidade do princípio do controle judicial da constitucionalidade das leis, por ele considerado como um instrumento indispensável à consolidação do poder federal¹⁰.

A decisão desse caso se posicionou no sentido de que a Suprema Corte não estava autorizada a emitir o *mandamus* se as normas que nele estivessem dispostas contivessem conteúdos inconstitucionais e, para tanto, o relator analisou a Constituição americana no que tange à delimitação das possibilidades em que a Corte deveria exercer jurisdição originária ou recursal, a fim de que fosse verificada a incompatibilidade na norma.

No entendimento de Marshall, jamais caberia ao Congresso a alteração da jurisdição constitucional Suprema instituída com o fito de transformar os casos de jurisdição ordinária no lugar da jurisdição recursal ou vice-versa. Logo, concluiu que se houvesse essa modificação, o texto constitucional seria dispensável e ineficaz e, por conseguinte, o relator entendeu que havia um conflito entre o *Judiciary Act* e a Constituição americana¹¹.

Confrontado com tal problemática, e no intuito de solucionar o aparente conflito, Marshall retomou o uso das Constituições escritas, visando a delimitação dos poderes. A Constituição passou então a exercer o papel de Lei Maior intangível por meio de mecanismos de ordem como o *Judiciary Act*, por exemplo.

¹⁰ Fernando Alves CORREIA, *Justiça constitucional*, 135.

¹¹ Dimitri DIMOULIS / Soraya LUNARDI, *Curso de Processo Constitucional*, 33-46.

Ademais, afirmou que, se a Carta Maior ocupa hierarquicamente um degrau mais alto do que as demais normas do ordenamento jurídico, será a Constituição americana então o pilar de sustentação para a resolução do aparente conflito, e não o *Judiciary Act*.

Em consequência, o *mandamus* demandado por Marbury nunca viria a ser expedido pela Suprema Corte, em razão da sua incompatibilidade em avaliar, e o caso Marbury *versus* Madison tornou-se o marco inicial da aplicação do controle de constitucionalidade, porquanto determinou a nulidade das normas contrárias à Carta Suprema e a vinculação de todos os tribunais à Constituição.

Diante disso, por não possuir compatibilidade com a Carta Maior estadunidense, houve o afastamento e a declaração de inconstitucionalidade do *Judiciary Act*, que permitia que a Constituição deveria remeter o *writ of mandamus*.

A posição estratégica adotada por Marshall foi delineada no sentido de evitar interferências políticas em sede de julgados, onde somente caberia manifestação da Constituição do país. Dessa forma, a Suprema Corte reforçou a sua autoridade de Corte frente aos outros poderes e, por consequência lógica, exerceu o controle de constitucionalidade, não se comprometendo com o governo federal¹².

Cumprir observar que, em relação ao indeferimento do requerimento por incompetência da Suprema Corte para remeter o *mandamus* e, simultaneamente, banir o *Judiciary Act*, Marshall esquivou-se a provocar um impasse com o governo.

¹² Luís Roberto BARROSO, *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3.^a ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, 3-10.

Nesse ínterim, o poder da Suprema Corte ficou afirmado frente ao Legislativo e ao Executivo, e desencadeou o ato demarcatório do controle de constitucionalidade, abolindo do sistema as leis federais que fossem contraditórias com a Carta Maior americana.

Vislumbrando a mesma necessidade de um controle de constitucionalidade das leis, conquanto em sentido contrário à ideia do controle americano e com o escopo de contornar a repulsa da comunidade europeia quando essa atividade é desempenhada pelo Poder Judiciário, Hans Kelsen criou um órgão independente dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, ao qual caberia, de forma imparcial e isenta, a análise da conformidade entre as leis e a Constituição.

1.3 Teoria de Kelsen

Hans Kelsen, patrono de uma concepção normativa de Constituição, defende que a tarefa de apreciar as questões jurídico-constitucionais e, em particular, a de verificar a conformidade das leis com a Constituição, devia ser confiada a um Tribunal próprio, e esse Tribunal funcionaria como um legislador negativo, quando declarasse a inconstitucionalidade dessas mesmas leis.

Segundo Hans Kelsen, a criação de um Tribunal Constitucional com essa finalidade encontra a sua justificação na função política da Constituição, que é a de estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder do Estado, e a função de guarda significa garantir que os limites impostos não sejam ultrapassados¹³.

¹³ Fernando Alves CORREIA, *Justiça constitucional*, 116.

A ideia de Kelsen,¹⁴ da criação de uma autônoma justiça constitucional, que instituiu um Tribunal Constitucional, foi acolhida na Constituição austríaca de 1920¹⁵, aprimorada em 1929 e, posteriormente, introduzida nos ordenamentos jurídicos de grande parte dos países da Europa Ocidental. Sob essa influência kelseniana, a ordem constitucional basilar austríaca se inovou frente às demais, ocasionando a sistematização do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos como função jurisdicional no Direito Positivo e sob a tutela de um Tribunal Constitucional. Na sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen salienta que, em razão de a Carta Maior de um Estado condensar o ordenamento jurídico de um país, as pessoas comuns jamais deveriam interpretá-la; caso isso ocorresse, seria impossível constituir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos¹⁶.

Ademais, indo em sentido contrário ao proposto pela Suprema Corte estadunidense, Kelsen defendeu a necessidade de transferir a competência para um órgão jurídico determinado, com o argumento de que o Tribunal Constitucional seria esse órgão exclusivo de controle de constitucionalidade com a função de guardar a Constituição. Pelo que, quando surgis-

¹⁴ “Hans Kelsen foi o introdutor do controle de constitucionalidade na Europa, através da Constituição da Áustria, em 1920, aperfeiçoado com a reforma constitucional de 1929. Professava ele uma visão doutrinária bem diversa daquela que prevaleceu nos Estados Unidos com a instituição do *judicial review*”. Cf. Luís Roberto BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7.^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014, 41.

¹⁵ Luís Roberto BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 41.

¹⁶ Hans Kelsen, *Teoria pura do Direito*, trad. de João Baptista Machado, 6.^a ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, 189.

sem normas contrárias ao ordenamento jurídico, elas só poderiam ser anuladas após passarem pelo seu crivo e jamais por pessoas comuns.

A partir de então, o sistema jurisdicional subdividiu-se em duas vertentes, quais sejam: o controle concentrado da constitucionalidade assente na teoria kelseniana, e o controle difuso da constitucionalidade, já exercido nos Estados Unidos, em decorrência do emblemático caso *Marbury versus Madison*.

O sistema delineado por Kelsen propõe que um pedido direto de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo contrastante com a Constituição possa ser requerido por meio de uma ação especial, e que, caso o controle de sua constitucionalidade seja exercido fora de um caso concreto e a norma seja considerada inconstitucional, os efeitos dela advindos sejam produzidos para todos e, conseqüentemente, ela será retirada do ordenamento jurídico e encaminhada para análise em um Tribunal Constitucional¹⁷⁻¹⁸.

Ao Tribunal Constitucional foi conferida competência exclusiva para atuar no controle concentrado, já que o seu papel principal é da guarda das garantias constitucionais, sobretudo-

¹⁷ HANS Kelsen, *Teoria pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito*, trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2.^a ed. rev. da trad., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 103-110.

¹⁸ “El Tribunal Constitucional es un órgano con competencias específicas y exclusivas, que tiene por finalidad administrar la justicia en materias de tipo jurídico-constitucional en los casos que fueran sometidos a su apreciación. Tiene como función aplicar La Ley Constitucional, decidir sobre cuestiones de constitucionalidad que no son susceptibles de ser jerárquicamente impugnadas”. Cf. Pedro Trovão do ROSÁRIO, “Tribunal Constitucional – ¿Un legislador negativo o positivo?”, *Revista de Derecho UNED* 16 (2015) 713-740.

do o Estado Democrático de Direito. A fórmula kelseniana foi implementada nas Constituições europeias no pós-II Guerra Mundial: da República Federal da Alemanha, em 1949; da Itália, em 1948; da França, em 1958; da Turquia, em 1961; de Portugal, em 1976; da Espanha, em 1978; da Bélgica, em 1984; da Iugoslávia, em 1963; da Hungria, em 1984; e da Polônia, em 1985. Ademais, novas Cortes constitucionais, como por exemplo da Hungria, Romênia, Eslovênia, Bulgária e Rússia, e tantas outras ainda em formação na Europa central e oriental, vêm seguindo a mesma orientação¹⁹⁻²⁰.

Instituídas a partir de 1945 no pós-guerra, quando os Estados e a sociedade estavam preocupados com a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, as constituições democráticas passaram a prevê que

[...] los Tribunales, y más específicamente un Tribunal Constitucional (retomando las enseñanzas de Kelsen), serán entonces el medio consagrado para garantizar el respeto necesario por los derechos fundamentales, más allá de constituir una barrera política adicional de defensa del Esta-

¹⁹ Flávia Affonso MARTINS, “Da diferença de estruturação dos tribunais constitucionais no velho e novo mundo: o ativismo judicial seria mesmo uma expressão tipicamente americana?”, in *1º Curso de Introdução ao Direito Europeu: tradizione civilistica e armonizzazione del Diritto nelle corti auropee*, Brasília: AGU, 2012, 151.

²⁰ Rafael Tomaz de OLIVEIRA / Ricardo dos Reis SILVEIRA, “A jurisdição constitucional para além do mito do legislador negativo: concreção do projeto constitucional e cidadania no Estado Democrático de Direito”. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, 18/22 (jan./dez. 2013) 2-26, afirmam que as Constituições do pós-guerra, mais do que simples folhas de papel, como queria Ferdinand Lassalle, possuem força normativa, vinculando diretamente as relações entre sociedade e Estado.

do democrático. De esta forma, las Constituciones consagraron el principio de fiscalización de la constitucionalidad de los actos normativos, realizado por un Tribunal específico: el Tribunal Constitucional²¹.

Verifica-se, assim, que os Tribunais Constitucionais, muito embora criados em momentos distintos, possuem traços comuns identificáveis, que consistem em proceder ao controle constitucional das leis, exercido exclusivamente por um órgão central e de forma abstrata, assim como extirpar do mundo jurídico a norma tida como inconstitucional.

1.4 Neoconstitucionalismo

Com o fim da II Guerra Mundial, foi restabelecida a Lei Fundamental austríaca, na Constituição de 1920, bem como o Tribunal Constitucional, ambos suprimidos em 1938²². Ao abrigo desse modelo, verificou-se que, em virtude das atrocidades advindas no pós-guerra, o modelo constitucional europeu, caracterizado pelo exagerado valor dos Poderes Legislativo e Executivo, mostrou-se incapaz de evitar o surgimento de regimes totalitários responsáveis por sistemáticas violações de direitos fundamentais.

Surgiu, assim, o movimento denominado neoconstitucionalismo, que busca uma nova vertente no âmbito da ciência jurídica e procura reconstruir as bases do Direito Constitucional, com o objetivo de reconhecer a força normativa constitucional. Esta nova variação histórica abarca a teoria dos princípios, e denomina-os como uma espécie de norma.

²¹ Pedro Trovão do ROSÁRIO, “Tribunal Constitucional”.

²² Fernando Alves CORREIA, *Justiça constitucional*, 120.

Todavia, a normatividade constitucional não é o único objetivo do neoconstitucionalismo.

Um marco aparente no movimento neoconstitucionalista é o princípio da proporcionalidade, que tem por escopo averiguar a aplicabilidade ética das decisões judiciais, diferenciando o texto de uma norma em que a norma condiz com o resultado interpretativo do texto, o que possibilita adequar textos antigos à produção de uma norma mais consonante com o contexto atual.

O neoconstitucionalismo é um novo posicionamento jurídico – denominado neopositivismo, pós-positivismo ou positivismo reconstruído – que defende a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, preconizando que ele seja protegido e promovido na sociedade pelos Poderes Públicos, fortalecendo a atuação da Teoria dos Direitos Fundamentais.

Nessa vertente, reconhece-se a força normativa de uma Constituição, cujos preceitos passam de um mero catálogo de competências e recomendações políticas e morais, para se tornar um sistema de normas vinculantes, capaz de conformar a realidade. No Brasil²³, por exemplo, os grandes marcos desse constitucionalismo são a abertura democrática, vivenciada em meados da década de 1980, e a Constituição Federal de 1988.

Se o neoconstitucionalismo proporciona o robustecimento do controle de constitucionalidade nas vertentes difusa ou

²³ É característica de algumas Constituições do pós-guerra possuírem normas de conteúdo programático que comporta, em sua previsão, programas de governo, ou seja, situações onde o Estado ainda vai atuar. Um exemplo de Constituição programática é a Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88), que também é associada ao neoconstitucionalismo.

concentrada, também é verdade que este movimento pode comportar exageros, desequilíbrios e falta de percepção. Humberto Ávila tece críticas à recente configuração do neoconstitucionalismo brasileiro, e acredita ser um mero ponto de negociação do ordenamento jurídico que possibilita o favorecimento da justiça particular sobre o interesse coletivo, flexibilizando demasiadamente toda a legislação e tornando audaciosa a criação da “lei do caso” quando desvaloriza a aplicação da lei geral²⁴.

Segundo Luís Roberto Barroso, a redescoberta dos princípios jurídicos, em especial a dignidade da pessoa humana, a expansão da jurisdição constitucional com ênfase no surgimento de tribunais constitucionais e o desenvolvimento de novos métodos e princípios na hermenêutica constitucional, são características do neoconstitucionalismo²⁵. Movimento no qual interpretar juridicamente é o mesmo que interpretar constitucionalmente, ou seja, há uma produção rematerializada da Constituição, sobretudo nas Constituições prolixas, programáticas ou dirigentes, através de técnicas interpretativas.

Sintetizando, para o jurista argentino José Roberto Dromil, o constitucionalismo futurista almeja equilibrar os constitucionalistas modernos e os excessos do constitucionalismo contemporâneo, especialmente dos neoconstitucionalistas, e

²⁴ Humberto ÁVILA, “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito e o “Direito da Ciência”. *REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador 17 (jan./mar. 2009), 1-19.

²⁵ Luís Roberto BARROSO, “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 240 (abr./jun.) 2005) 1-42.

elege valores fundamentais para o constitucionalismo do futuro, quais sejam, a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalização. Já para Inocêncio Mártires Coelho, esse novo constitucionalismo é marcado pelas premissas de mais Constituição do que leis, mais juízes do que legisladores, mais princípios do que regras, mais ponderação do que subsunção e mais concretização do que interpretação²⁶.

²⁶ Gilmar Ferreira MENDES / Inocêncio Mártires COELHO / Paulo Gustavo Gonet BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 2.^a ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva / Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008, 127.

Tribunal Constitucional

“En el periodo absolutista, hasta 1820, no existía la separación de poderes, ni la independencia de los jueces. El Poder Judicial era considerado un poder político basado en la soberanía popular”²⁷, o que, acima de tudo, descrevia o Poder Judiciário como sendo frágil e dependente.

A teoria clássica da separação dos três Poderes desenvolvida por Montesquieu não se adaptou às inúmeras mudanças sociais apresentadas pelo mundo do pós-guerra. As vontades da sociedade surgidas daí em diante clamaram pela desenvoltura de um órgão forte que objetivava salvaguardar os direitos fundamentais, as normas constitucionais e, em última análise, o Estado Democrático de Direito²⁸.

²⁷ Pedro Trovão do ROSÁRIO, “Tribunal Constitucional”.

²⁸ Sintetiza-se de forma clara o que representou o Estado Democrático de Direito, segundo as palavras de Rafael Oliveira e Ricardo Silveira, “pressupõe, portanto, uma nova definição dentro da tradicional teoria da separação dos poderes, com o redimensionamento do papel Judiciário

Assim, como consequência lógica, foi estatuído o cenário propício à institucionalização de diversos Tribunais Constitucionais, incluindo o Tribunal Constitucional de Portugal. A Suprema Corte criada sob a sistemática kelseniana objetivava, no desempenho de sua missão, garantir o cumprimento da lei fundamental, sem poder ir além da invalidação da norma que a esta se contrapõe.

(jurisdição constitucional) para o centro da esfera de tensão. Vale dizer – [...] –, no Estado Liberal, o direito é ordenador, com vistas a preservar o status quo, de maneira que as influências iluministas de autores como Montesquieu e Rousseau, colocam como cerne da esfera de tensão o poder legislativo, portador da vontade geral (vontade da maioria); no Estado Social (*welfare state*), para instrumentalizar o chamado capitalismo organizado, ao Direito é agregada uma função promotora, consubstanciada na prescrição de programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação liberal-clássica, entre certo e errado (VIANNA *et al.*, 1999). Para fazer efetiva essa função promotora, há um deslocamento da esfera de tensão dos procedimentos legislativos para os procedimentos políticos, figurando o executivo como protagonista do referido ponto de tensão. O advento do Estado Democrático de Direito e a consolidação do constitucionalismo do segundo pós-guerra, trouxeram consigo o desgaste da vontade absoluta da maioria – representado pela experiência negativa de legitimação do nazifascismo –, somado ao receio em concentrar nas mãos do chefe do executivo, poderes ilimitados para dirigir o Estado, fazendo com que fosse confiada à jurisdição constitucional a tutela da vontade geral, esculpida na Constituição fruto de um verdadeiro pacto social selado na assembléia constituinte. Desta forma, há um novo deslocamento na chamada esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais, na medida da função transformadora que assume o Direito no interior deste paradigma”. Cf. Rafael Tomaz de OLIVEIRA / Ricardo dos Reis SILVEIRA, “A jurisdição constitucional para além do mito do legislador negativo”.

“De fato, ao tentar justificar a legitimidade da jurisdição constitucional perante a independência dos órgãos de produção normativa, o mestre austríaco alvitra uma distinção entre a elaboração e a anulação de leis, limitando-se a esta o alcance da competência do Tribunal Constitucional”²⁹.

Na *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen considera a decisão judicial como um ato do qual emana uma norma jurídica individual, e para a sua aplicação utiliza o raciocínio silogístico, também chamado de processo de subsunção, cuja premissa maior é a lei e as suas hipóteses abstratas, a premissa menor é uma situação de fato que se enquadra naquela hipótese legal e a conclusão é a emanção, pelo Poder Judiciário de um comando que exterioriza a previsão³⁰⁻³¹.

É sabido que o papel primordial dos Tribunais Constitucionais no controle concentrado abstrato é exercer a função de legislador negativo na mais pura concepção da teoria kelseniana³². Nesse sentido se manifestam Canotilho e Morei-

²⁹ Edilson Pereira NOBRE JÚNIOR, “Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo”, *Revista de Informação Legislativa* 43/170 (abr./jun. 2006) 111-141.

³⁰ Hans KELSEN, *Teoria pura do Direito*, 226.

³¹ Em contraposição a este modelo teórico de aplicação do Direito, muito próximo da concepção do juiz “boca da Lei” ao qual se confere o poder de somente explicitar os dizeres da Lei, surgiram diferentes outras correntes que o procuram refutar. Trata-se de correntes que pretendem aproximar o ato interpretativo do objeto interpretado, afirmando a impossibilidade de uma interpretação livre de quaisquer valorações ou preconceitos do sujeito que interpreta. Entre os seus principais defensores estão Ronald Dworkin, Robert Alexy e Stanley Fish.

³² Segundo essa teoria, o Tribunal Constitucional não pode invadir a competência dos Poderes Legislativo e Executivo, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes.

ra, quando afirmam que “a função de controle do Tribunal Constitucional é essencialmente negativa, sendo a sua vocação não a de definir aquilo que é (ou seria) conforme à Constituição, mas sim o que não é conforme ela”³³.

2.1 Tribunal Constitucional Português

Em 1982, por meio da primeira revisão da Carta Política Portuguesa, foi instituído o Tribunal Constitucional, que é mais do que um tribunal: é um órgão constitucional, é um tribunal que apresenta importantes especificidades quanto à sua composição, funcionamento e competência.

O Tribunal Constitucional português é composto por treze juízes, sendo dez “eleitos pela Assembléia da República, por maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções. Os três restantes são cooptados pelos juízes eleitos, também por maioria qualificada”³⁴.

No que se refere aos requisitos de designação dos juízes da Corte Suprema, exige-se a cidadania portuguesa, a qualidade de jurista, ou seja, devem ser doutores, mestres ou licenciados em Direito ou juízes dos restantes tribunais. Ademais, todos os juízes devem estar em pleno gozo dos seus direitos civis e políticos, e seis dos juízes eleitos ou cooptados devem ser juízes dos restantes tribunais. Aos juízes do Tribunal Constitucional português o or-

J. J. Gomes CANOTILHO, / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora / São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 76.

³³ PORTUGAL, *Tribunal Constitucional*.

³⁴ Fernando Alves CORREIA, *Justiça constitucional*, 149.

denamento jurídico reconhece uma série de garantias, como por exemplo, a inamovibilidade, a imparcialidade, a irresponsabilidade pelas suas decisões ou opiniões e a independência, de forma pessoal e funcional, em relação aos restantes órgãos do Estado, notadamente, em relação àquele que procedeu à sua designação³⁵.

Dispõe a Constituição da República Portuguesa que o Tribunal Constitucional é um órgão soberano e autônomo, cujas decisões dos juízes se impõem a qualquer outra autoridade, e que essa Corte desfruta “de autonomia administrativa e financeira e de orçamento próprio, inscrito separadamente entre os encargos gerais do Estado; e define, ele próprio, as questões relativas à delimitação da sua competência”. A Suprema Corte portuguesa opera em sessões plenárias e por secções, consoante a natureza da matéria sobre que é chamada a manifestar-se. “Em regra, reúne, ordinariamente, todas as semanas, de acordo com a periodicidade fixada no início de cada ano judicial e, extraordinariamente, quando convocada pelo Presidente, por iniciativa própria ou a solicitação da maioria dos juízes em efetividade de funções”. Cada juiz tem direito a um voto e o “Presidente ou o Vice-Presidente, quando o substitui, tem voto de qualidade: assim, em caso de empate na votação, considera-se vencedora a posição que tiver obtido o seu voto”. “Os juízes vencidos podem fazer declaração de voto e o Ministério Público é representado no Tribunal Constitucional pelo Procurador-Geral da República, que pode delegar o exercício das suas funções no Vice-Procurador-Geral ou em Procuradores-Gerais Adjuntos”³⁶.

O Tribunal Constitucional tem natureza de “órgão de caráter jurisdicional”, mas “apresenta importantes especificidades relati-

³⁵ Fernando Alves CORREIA, *Justiça constitucional*, 154-156.

³⁶ PORTUGAL, *Tribunal Constitucional*.

vamente aos restantes tribunais”, resultantes, principalmente, “do seu estatuto, do processo de formação de suas decisões e da natureza da sua atividade. [...]É um órgão situado no topo da hierarquia dos tribunais, uma vez que as suas decisões são irrecorríveis para qualquer outro tribunal”³⁷. Sob o ponto de vista organizatório é um órgão de soberania, órgão superior da justiça constitucional e, por isso, é o intérprete supremo da Constituição.

No que concerne à competência do Tribunal Constitucional, as que dizem respeito ao seu núcleo essencial estão tipificadas no artigo 223.º da Constituição portuguesa de 1976; outras competências, ou seja, as competências complementares, estão elencadas na Lei do Tribunal Constitucional. Do ponto de vista da sua competência nuclear, tem competência para fiscalizar a constitucionalidade de normas jurídicas de forma abstrata (a título preventivo ou a título sucessivo) e de forma concreta, competência para apreciação e verificação do não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar a norma constitucional exequível, e competência para fiscalizar, por via abstrata ou por via concreta ou incidental, certas formas de ilegalidade³⁸.

“A fiscalização abstrata realizada pela Corte Suprema portuguesa é levada a cabo independentemente da aplicação da norma em qualquer caso concreto, enquanto a fiscalização concreta ocorre a propósito da aplicação da norma a um caso concreto”³⁹.

³⁷ Fernando Alves CORREIA, *Justiça constitucional*, 169-170.

³⁸ Fernando Alves CORREIA, *Justiça constitucional*, 172-173.

³⁹ “A fiscalização abstrata preventiva, como a sua designação indica, trata-se de um controlo de constitucionalidade prévio à publicação e entrada em vigor dos diplomas normativos. Permite evitar que entrem em vigor normas inconstitucionais, ou normas cuja constitucionalidade suscite dúvidas. A fiscalização abstrata sucessiva é exercida pelo Tribunal Constitucional posterior à publicação das normas sobre que incide. Por último, o

Com relação às competências complementares, estas vão além dos poderes atribuídos ao Tribunal Constitucional no que pertence ao controle de constitucionalidade de normas jurídicas. São elas: *a)* competências relativas ao mandato do Presidente da República; *b)* competências relativas a processos e atos eleitorais; *c)* competência respeitante a referendos nacionais, regionais e locais; *d)* competências no domínio do recenseamento eleitoral; *e)* competências respeitantes ao contencioso parlamentar; *f)* competências relativas a partidos políticos, coligações e frentes; *g)* competência relativa a declarações de titulares de cargos políticos; e *h)* competência relativa a organizações que perfilhem a ideologia fascista⁴⁰.

Observa-se, portanto, que a função peculiar do Tribunal Constitucional é promover a defesa e garantia dos seus dispositivos fundamentais e, como órgão constitucional que é, tem uma intervenção e um posicionamento específicos no sistema constitucional do poder político, que consiste na fiscalização da

[...] constitucionalidade de normas jurídicas, ou seja, no controle da conformidade das demais normas (ex., normas que constem de leis, de decretos-leis, de decretos legislativos regionais, etc.) com os princípios e regras da Constituição e é nessa função que mais avulta o seu papel de “guardião” ou garante último da Constituição⁴¹.

Tribunal Constitucional em matéria de fiscalização abstrata pode declarar a inconstitucionalidade por omissão legislativa. Alguns princípios, direitos ou garantias asseguradas pela Constituição necessitam de medidas legislativas que os concretizem e tornem exequíveis. Se o poder legislativo não aprovar as medidas necessárias, inviabilizando assim a exequibilidade das normas constitucionais, estamos perante um incumprimento da Constituição por omissão”. Cf. PORTUGAL, *Tribunal Constitucional*.

⁴⁰ Fernando Alves CORREIA, *Justiça constitucional*, 175-181.

⁴¹ PORTUGAL, *Tribunal Constitucional*.

2.2 Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro. A ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal de 1988, conforme definido em seu artigo 102⁴². É composto por 11 ministros, todos brasileiros natos, escolhidos de entre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal por maioria absoluta⁴³.

O Plenário, as Turmas e o Presidente do STF, que é também o Presidente do Conselho Nacional de Justiça, são os órgãos do Tribunal. O Presidente e o Vice-Presidente são eleitos pelo Plenário do Tribunal, de entre os Ministros, e têm mandato de dois anos. Cada uma das duas Turmas é constituída por cinco Ministros e presidida pelo mais antigo dos seus membros, por um período de um ano, estando vedada a recondução, até que todos os seus integrantes hajam exercido a Presidência, observada a ordem decrescente de antiguidade⁴⁴.

No respeitante à sua competência, na área penal destaca-se a de julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente

⁴² “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]”. Cf. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília, 1988.

⁴³ “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. 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”. Cf. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Institucional*. Brasília, 2020.

da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, entre outros⁴⁵.

No que tange ao grau recursal, cabe à Corte, em sede de recurso ordinário, julgar o *Habeas Corpus* (HC), o Mandado de Segurança (MS), o *Habeas Data* e o Mandado de Injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se for denegatória a decisão, e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrarie um dispositivo da Constituição⁴⁶.

A partir da Emenda Constitucional (EC) n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, foi introduzida a possibilidade de o STF aprovar, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal⁴⁷.

Entre as suas principais atribuições está a de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de

⁴⁵ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]”. Cf. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

⁴⁶ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

⁴⁷ BRASIL, *Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos artigos 5, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, 2004.

preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro⁴⁸.

Ademais, compete ao STF⁴⁹, precipuamente, a guarda da Constituição e promover o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Para tanto, a Corte Suprema adota um sistema híbrido, inspirado nos modelos anglo-saxónico (Estados Unidos da América e Reino Unido) e europeu-continental, tendo em mãos instrumentos que facilitam e proporcionam economia de tempo no julgamento de controvérsias sobre a interpretação da Carta Magna.

Como exemplo de ações decididas pelo Supremo Tribunal Federal, refiram-se as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADOs), as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) e as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs).

No controle de constitucionalidade difuso, criado pelos EUA – também chamado de sistema aberto –, todos os órgãos do Poder Judiciário realizam o controle. Já o modelo de controle concentrado, adotado inicialmente na Áustria – conhecido também como sistema reservado – permite que sejam poucos os órgãos do Poder Judiciário a tomarem decisões a respeito da constitucionalidade de atos, e o controle é quase sempre da competência exclusiva de um só órgão, geralmente o mais elevado do Poder Judiciário, como a Suprema Corte.

⁴⁸ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]”. Cf. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

⁴⁹ Para a teoria clássica, o Tribunal Constitucional seria um órgão afastado, ou seja, ele não julga constitucionalidade em controle difuso; ele só julga em controle concentrado. No caso do Supremo Tribunal Federal, há um sistema híbrido, e ele não se classifica como um Tribunal Constitucional; apenas faz as vezes do Tribunal Constitucional.

Fiscalização Abstrata da Aplicação da Norma Constitucional por Ação e por Omissão

A Constituição escrita de diversos países possui mecanismos para resguardar a sua soberania e eficácia, dispondo para tanto de medidas constitucionais para reconhecer a possibilidade de existência de normas que neguem tal soberania, ou que mitiguem a eficácia da norma constitucional em virtude da inexistência de lei inferior regulamentadora.

Algumas constituições, como a Constituição Federal brasileira de 1988, por exemplo, além de instrumentos de identificação de normas infraconstitucionais que afrontem o texto constitucional, também possuem o remédio para a correção da negação do primado do texto constitucional.

O fato é que, diante de um sistema de hierarquia escalonada tão bem demonstrado pela “pirâmide de Kelsen”, não é incomum que alguma lei abaixo da Lei Maior escape ao seu espectro e posição e acabe por contrariar, negar ou ignorar a legislação constitucional. Mas não é só a lei inferior que pode cometer o erro de ser inconstitucional, porquanto também a

ausência da lei infraconstitucional que informe e possibilite aplicação da norma constitucional nega-lhe a vigência, sendo, assim, inconstitucional.

Para todos os casos há remédios passíveis, quer nas ações específicas visando determinar a exclusão do mundo jurídico das leis que afrontam a Carta Maior, quer nas ações específicas que combatam a aplicação parcial da norma constitucional, quer nas ações que servem para declarar a obrigação do ente legislativo em suprir a omissão legal que impede a norma constitucional de se manifestar.

Com efeito, a rigidez da norma constitucional deve ser respeitada e priorizada como instrumento capaz de manter o equilíbrio sócio-político que informa o estabelecimento da segurança jurídica implementada pela própria Constituição. Não se pode esperar do texto constitucional, por maior que seja, a resposta a todas as questões de implementação do direito normatizado, desde logo porque o processo legislativo constitucional é estabelecido com maior complexidade relativamente ao processo legislativo ordinário.

E do facto de a norma constitucional ser informativa da norma ordinária decorre que o maior poder da lei constitucional exige maior cuidado legislativo, para que fique assegurada a esperada rigidez, que conduz ao exercício da supremacia, ainda que formal, da Constituição.

O fato é que nas diversas constituições escritas no mundo há várias experiências concretas e bem-sucedidas no respeitante ao controle da força normativa das respectivas constituições, o que passa, necessariamente, pelo combate a toda a espécie de negação de poder superior e máximo de cada Constituição Federal.

No que interessa nesse estudo, deve ressaltar-se que, tanto na Constituição Portuguesa de 1976 como na Constituição Federal brasileira de 1988, encontramos disciplinados e normatizados os respectivos institutos de combate à inconstitucionalidade por omissão decorrente de falhas no processo legislativo infraconstitucional.

4 **Controle de Inconstitucionalidade por Omissão**

O presente trabalho pretende debruçar-se sobre a questão da inconstitucionalidade por omissão. Assim, dada a extensão da matéria no âmbito das espécies de inconstitucionalidade, o foco será no que tange à fiscalização do controle omissivo.

A fiscalização de inconstitucionalidade por omissão trata da lacuna legislativa decorrente da inércia do legislador, incumbido de apresentar tanto a direção como também a solução legal exigidas pelos agentes políticos. Já os agentes políticos, que têm por finalidade indicar a necessidade de regulamentação ordinária, devem informar a necessidade da existência do Estado, ou a necessidade do próprio texto constitucional.

4.1 Fiscalização de Inconstitucionalidade por Omissão no Ordenamento Jurídico-Constitucional Português

O Constituinte português, baseando-se em experiências anteriores, vislumbrou a possibilidade de direitos garantidos pela nova Constituição, dependendo para a sua implementação da efetivação da legislação infraconstitucional, porquanto a técnica da legislação constitucional adotada pelo modelo português delegou no legislador ordinário a instrumentalização dos direitos trazidos pela norma constitucional.

A omissão legal não se confunde com a lacuna legal, uma vez que os efeitos da lacuna legal se resolvem pela adoção de princípios que informam o julgador sobre como agir para entregar a solução ao Direito vindicado, podendo recorrer à analogia, ao Direito comparado, à equidade, etc.

Já a omissão que gera a inconstitucionalidade não pode ser resolvida pela simples adaptação de qualquer outra norma para efetivação do comando constitucional. O legislador constituinte português optou, conforme previsto no artigo 283.º da Constituição da República Portuguesa, pela criação de um instrumento legal próprio, reconhecendo a existência de que tal omissão da legislação é impeditiva do exercício e efetivação do direito contido na norma constitucional.

Registe-se que a omissão em questão é jurídico-constitucional, ou seja, vinculada a um significado autônomo e de relevância para a hipótese de conectividade entre a omissão indicada e a efetiva exigência constitucional de ação.

Compete, então, ao Tribunal Constitucional, sempre que legitimamente provocado, declarar a existência da omissão le-

gislativa impeditiva da efetiva eficácia da Constituição, dando ao ente legislador interessado conhecimento da sua omissão.

A efetividade da declaração de inconstitucionalidade por omissão encerra-se em si, ou seja, a declaração que é proferida pelo Tribunal Constitucional é de cunho meramente declaratório e entrega ao requerente interessado apenas o reconhecimento de que, efetivamente, não há na legislação infraconstitucional as garantias e os instrumentos de cumprimento da norma constitucional que lhe interessam.

Justamente por ser ato declaratório, o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão é ato abstrato, porque não gera, nem concretiza, o direito constitucional, de forma material, a qualquer pessoa interessada na solução da omissão.

4.2 Fiscalização de Inconstitucionalidade no Ordenamento Legal Federal Brasileiro

No Brasil, o controle de constitucionalidade, considerando a classificação quanto ao órgão judicial que exerce o controle, divide-se em modelo concentrado, para determinados assuntos, e difuso, para outras possibilidades; e quanto ao cerne da lide, em concreto ou abstrato.

O controle difuso é exercido por qualquer juiz, de qualquer instância, podendo recusar-se a aplicar a lei ordinária por considerar que afronta a Constituição. Tal decisão será sempre considerada controle concreto da constitucionalidade, dado que o julgador só poderá exercer o poder de fiscalizador difuso da Constituição no caso específico e concreto que está julgando, sendo certo que a sua decisão só terá eficácia “intra”-partes, ou seja, só terá valor jurídico entre

as partes do processo, não afetando interesses de terceiros estranhos à lide.

Por outro lado, ainda no que se refere ao Brasil, verifica-se a possibilidade do controle concentrado de aferição da constitucionalidade da norma editada ou da omissão legislativa.

A própria Constituição Federal de 1988 estabelece os mecanismos apropriados para a proteção da própria Carta Magna, a saber:

- Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI): declara que uma lei ou parte dela é inconstitucional;
- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF): evita ou repara uma violação de algum preceito fundamental da Constituição Federal;
- Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC): confirma a constitucionalidade de uma lei federal e garante que essa constitucionalidade não seja questionada em outras ações;
- Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO): classe processual criada para abranger pedidos em que se aponta omissão na criação de norma para tornar efetiva uma regra constitucional.

4.2.1 Controle Abstrato – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A atual Constituição Federal brasileira foi editada em 1988, sendo certo que desde aquela oportunidade foi prevista a possibilidade de atribuir ao órgão a qualidade de guardião da Constituição, de instrumento capaz para exigir dos

demais operadores políticos estatais, a obrigação de apresentarem legislação suficiente para dirimir os conflitos em vista da vigência da nova ordem constitucional.

Com efeito, a referida Carta Magna foi elaborada em momento político que exigia respostas e salvaguardas das liberdades individuais e das instituições, tendo o legislador constituinte optado por um texto extenso, abrangendo quase todas as áreas da atividade do Estado e, naturalmente, reconheceu-se que muitas questões normatizadas pela nova Constituição Federal exigiriam leis de regulação.

Por razões de técnica legislativa e, até mesmo por conveniência política, muitos dos direitos e deveres trazidos na nova Constituição ficaram dependentes de esclarecimentos quanto à forma e alcance da sua efetivação, o que só poderia ser estabelecido por lei ordinária.

Existe omissão legislativa total, quando o preceito constitucional cria norma, mas sem ulteriores esclarecimentos quanto ao seu destinatário, execução, eventuais consequências e sua implementação, impossibilitando por completo a exigência de aplicação da norma estabelecida na Constituição Federal.

Por outro lado, a omissão legislativa pode ser parcial, quando a norma constitucional possui quase todos os elementos para a sua aplicação, mas deixa de apresentar alguma condição *sine qua non* para a sua efetividade integral.

A omissão parcial tanto pode impedir a completa aplicação da norma constitucional quanto ao direito material regulado, como pode limitar tais direitos e consequentes obrigações a determinado grupo, impedindo os demais destinatários de

usufruírem ou suportarem o mesmo direito, mesmo estando em situação similar.

Ora, se o Direito existe, mas não pode ser efetivado porque o mesmo legislador que estabeleceu o Direito deixa de lhe atribuir condições de efetividade, então, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é aplicada como forma de provocação do Poder Judiciário para que se estabeleça a necessidade de que a omissão seja suprimida.

Nota-se que o Direito protegido pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é a norma constitucional que deixa de ser aplicada por alguma falha no processo legislativo que não dotou tal norma de elementos que possibilitem a sua execução.

Quanto ao exercício da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, merece destacar-se que os titulares legitimados foram eleitos pela própria Constituição Federal, sendo que a Lei Ordinária n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, estabeleceu o rito de processamento e julgamento do pedido de supressão da omissão legislativa⁵⁰.

O atual grande desafio a ser enfrentado sobre o tema é a eficácia da decisão proferida pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, na medida em que não há obrigatoriedade do ente legislativo em acatar a determinação de legislar, dada a autonomia e independência dos poderes da República brasileira. Assim, a decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem caráter eminente-

⁵⁰ BRASIL, *Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999*, dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999.

mente declaratório, no sentido da existência de lacuna jurídica a impedir o cumprimento de uma norma constitucional, não havendo na referida decisão caráter mandamental, no sentido de determinar ao Poder Legislativo que cumpra a obrigação (de fazer) de legislar.

4.2.2 Controle Concreto – Mandado de Injunção

Uma das grandes preocupações do legislador constituinte foi o estabelecimento de formas de fazer valer os direitos estabelecidos na nova Carta Magna, tanto que ainda no parágrafo primeiro do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988 determina-se que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁵¹.

Sabidamente, o legislador Constituinte verificou a possibilidade de o cidadão, ou qualquer outra pessoa protegida pela Constituição Federal brasileira, encontrar barreiras para obter para si a aplicação imediata dos direitos constitucionais, em particular devido à eventual inexistência de norma que garanta a instrumentalização para o exercício de tal direito.

Como proteção do Direito erigido como constitucional, a própria Constituição trouxe o remédio e a solução para fazer valer a norma positivada, estabelecendo em seu artigo 5.º, inc. LXXI:

“Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”⁵².

⁵¹ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

⁵² BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

Paradoxalmente, o dispositivo constitucional que impõe a solução para a falta de norma reguladora para eficácia dos direitos constitucionais esperou 27 anos para ser regulado, e somente em 2016 foi editada a Lei n.º 13.300, que estabeleceu o rito processual e normativo do Mandado de Injunção⁵³.

No Mandado de Injunção, o que se busca é o exercício direto e concreto de determinado direito obstado pela lacuna legislativa, e a sua decisão é de declaração do direito não normatizado.

Merece ser observado que no Mandado de Injunção o prejudicado pela omissão legislativa pretende que lhe seja garantida a realização concreta de um direito subjetivo já definido pela própria Constituição, e a decisão a ser proferida é mandamental, não de supressão da lacuna legislativa, mas de efetivo reconhecimento e entrega do direito vindicado.

Note-se que, se na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é declarada a omissão da legislação sem qualquer solução do judiciário para os prejuízos trazidos pela omissão indicada, ao passo que no Mandado de Injunção é declarado o direito, com a eficácia da determinação de que tal direito seja atendido, suprindo-se, assim, o vácuo legal.

⁵³ BRASIL, *Lei n.º 13.300, de 23 de junho de 2016*, disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências, Brasília, 2016.

Análise de Caso Concreto

Analisa-se em seguida um caso concreto em que, por decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, foi declarada inconstitucionalidade por omissão de dispositivo constitucional.

O Acórdão em causa é o n.º 474/2002, e refere-se à apreciação e verificação do não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar executível o direito previsto na alínea e) do n.º 1 do seu artigo 59.º, relativamente a trabalhadores da Administração Pública.

Posteriormente, no que tange ao julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, objeto de controle abstrato de constitucionalidade por omissão brasileiro, analisar-se-á a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 25, que trata da imunidade tributária do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Merc-

dorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).

Ademais, para demonstração do controle concreto de constitucionalidade por omissão brasileiro exercido pelo Mandado de Injunção, serão referidos, conjuntamente, o Mandado de Injunção n.º 4733 e a ADO n.º 26, que tratam da criminalização da homofobia e da transfobia, e o Mandado de Injunção n.º 708, que trata da greve dos servidores públicos civis.

5.1 Acórdão N.º 474/2002

Neste caso, o Provedor de Justiça, com fundamentação no n.º 1 do artigo 283.º da Constituição pleiteou ao Tribunal Constitucional português que fosse apreciada e verificada “a inconstitucionalidade resultante da falta das medidas legislativas necessárias para conferir plena exequibilidade, no que aos trabalhadores da função pública diz respeito, à norma contida na alínea e) do n.º 1 do artigo 59.º da Lei Fundamental”. Para tanto, invocou que

“a localização sistemática da norma vertida na alínea e) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição, no capítulo I do título III da sua parte I, poderia levar a concluir que o direito dos trabalhadores à assistência material, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego, gozaria, tão-só, do regime dos direitos económicos, sociais e culturais, não lhe sendo, consequentemente, aplicável o regime constitucionalmente consagrado para os direitos, liberdades e garantias constante do título I, nos quais se incluem os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores a que se reporta o capítulo III desse título⁵⁴.”

⁵⁴ PORTUGAL, *Acórdão n.º 474/2002*, Lisboa, 2002.

Ademais, defendeu que o fato de, “nominalmente, se tratar de um direito económico e, estruturalmente, de um direito a uma prestação, não impede que possa ser-lhe reconhecida, em parte, natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, beneficiando do regime destes, nos termos do artigo 17º da Constituição, já que o direito dos trabalhadores à assistência material reclama, pela sua ligação indissociável, um tratamento analógico com o direito fundamental — que é condição prévia da existência de todos os outros direitos das pessoas singulares e condição primeira da dignidade humana —, justamente o direito à vida; Não podendo considerar-se o direito ao trabalho como tendo natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, nada permite deixar, sem mais, de admitir essa natureza ao direito dos trabalhadores à assistência material quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego, como forma residual de assegurar as condições mínimas de subsistência necessárias para a salva-guarda do direito à vida.

No mais, afirmou que “decorre da Constituição a obrigatoriedade para o legislador de estabelecer uma assistência material mínima para todos os trabalhadores que involuntariamente se encontrem em situação de desemprego, o que será encontrado através do referencial das condições mínimas de subsistência, que corporizam, assim, a concreta imposição legiferante do legislador constituinte ao legislador ordinário, desta arte se fundando a atribuição de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias ao direito dos trabalhadores à assistência material quando involuntariamente se encontrem desempregados, direito esse que, aliás, é reconhecido a todos os trabalhadores no prómio do artigo 59º da Constituição⁵⁵.

⁵⁵ PORTUGAL, *Acórdão n.º 474/2002*.

Para sua defesa, argumentou que a noção constitucional de trabalhador deverá abranger todo aquele que trabalha ou presta serviço por conta e sob a direção e autoridade de outrem, independentemente da categoria deste, se na rede pública ou privada e se é por meio de contrato de trabalho privado, função pública ou qualquer outro, mas, que sem sombra de dúvidas os funcionários públicos são abrangidos.

A estes, por conseguinte, há-de reconhecer-se constitucionalmente o direito à assistência material quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego; A concretização legislativa ordinária de tal direito encontra-se plasmada no Decreto-Lei n.º 79-A/89, de 13 de Março, ao instituir o designado «subsídio de desemprego», beneficiando desta prestação unicamente os trabalhadores vinculados pelo regime jurídico privado decorrente do contrato individual de trabalho, motivo pelo qual o âmbito de aplicação deste diploma, no qual se esgota a disciplina da assistência material aos trabalhadores quando se encontrem involuntariamente em situação de desemprego, não abrange os funcionários e agentes da Administração Pública, e isso porque a sua relação jurídica de emprego não é regulada pelo regime jurídico privado do contrato individual de trabalho, mas por regimes jurídicos específicos.

Se, no que respeita aos indicados funcionários e agentes, há casos em que as causas de extinção da relação jurídica de emprego não permitem configurar situações de desemprego involuntário — caso da exoneração —, não deixam de ocorrer, em número apreciável, situações que não mereceram a atenção do legislador no sentido de obter um desenvolvimento adequado à plena exequibilidade do direito contido no artigo 59º, nº 1, alínea e), da Constituição⁵⁶.

⁵⁶ PORTUGAL, *Acórdão n.º 474/2002*.

Na íntegra da decisão, o relator manifesta-se:

[...] não se podendo considerar o direito ao trabalho como tendo natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, nada permite deixar, sem mais, de admitir essa natureza ao direito dos trabalhadores à assistência material quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego, como forma residual de assegurar as condições mínimas de subsistência necessárias para a salvaguarda do direito à vida; por isso, não será difícil concluir que decorre da Constituição a obrigatoriedade para o legislador de estabelecer uma assistência material mínima para todos os trabalhadores que involuntariamente se encontrem em situação de desemprego, o que será encontrado através do referencial das condições mínimas de subsistência, que corporizam, assim, a concreta imposição legiferante do legislador constituinte ao legislador ordinário, destarte se fundando a atribuição de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias ao direito dos trabalhadores à assistência material quando involuntariamente se encontrem desempregados, direito esse que, aliás, é reconhecido a todos os trabalhadores no proémio do artigo 59º da Constituição; [...] ⁵⁷.

O Tribunal, apesar de considerar o fato de não existir consenso doutrinário e jurisprudencial sobre a questão de saber se quando ocorre uma violação do princípio da igualdade, em virtude de uma imperfeita ou incompleta concretização de uma norma constitucional impositiva de legiferação, de tal modo que se cria uma situação discriminatória entre os seus destinatários, existe uma inconstitucionalidade por ação, uma inconstitucionalidade por omissão, ou eventualmente ambas, afirmou existir uma omis-

⁵⁷ PORTUGAL, *Acórdão n.º 474/2002*.

são parcial, e através do Acórdão n.º 474/2002, manifestou-se no sentido de que “dá por verificado o não cumprimento da Constituição, por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequível o direito previsto na alínea e) do n.º 1 do seu artigo 59º, relativamente a trabalhadores da Administração Pública”⁵⁸.

5.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão N.º 25

Foi movida a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 25,

[...] com pedido de medida cautelar, em face de omissão legislativa do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar prevista no art. 91, e §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), incluído pela Emenda Constitucional n.º 42, de 19 de dezembro de 2003 [...],⁵⁹

argumentando que “a EC 42/2003 imunizou amplamente as operações de exportação de mercadorias e serviços, nos termos do art. 155, § 2º, inciso X, alínea a), da Constituição da República” e, “visando a compensar os Estados exportadores e amenizar as perdas respectivas, previu-se sistema de compensação financeira no art. 91 e § 3º, do ADCT”. Ademais, a “implantação do sistema, no entanto, depende de regulamentação por lei complementar”. O autor também argumenta que, “decorridos dez anos da promulgação da EC 42/2003, ainda não foi editada pelo Congresso Nacional a lei complementar exigida pelo art. 91, *caput* e §§ 2º e 3º, do ADCT”. As-

⁵⁸ PORTUGAL, *Acórdão n.º 474/2002*.

⁵⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 25 – Distrito Federal*, Brasília, 2016.

severa, todavia, “que a manutenção provisória do sistema de compensação previsto na Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996, com redação da Lei Complementar n.º 115, de dezembro de 2002, tem causado prejuízos consideráveis ao Estado do Pará” e que essa situação causa perda de R\$ 15.000.000.000,00 (quinze bilhões de reais) para o Estado do Pará, Brasil. Alega que

[...] a conduta omissiva do legislador nacional inviabiliza o federalismo de cooperação brasileiro, ao fazer recair sobre os ombros dos Estados exportadores todo o peso da desoneração das exportações, e tende a abolir um dos objetivos fundamentais da República, o de reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CR)⁶⁰.

O Tribunal, “por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação 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”⁶¹.

A Corte deliberou no sentido de que na hipótese de transcorrer *in albis* o mencionado prazo,

[...] caberá ao Tribunal de Contas da União:

a) fixar o valor do montante total a ser transferido aos Estados-membros e ao DF, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT para fixação do montante a ser transferido anualmente, a saber, as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados,

⁶⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 25*.

⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 25*.

a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a, do texto constitucional; *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; e que se comunique ao Tribunal de Contas da União, ao Ministério da Fazenda, para os fins do disposto no § 4º do art. 91 do ADCT, e ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, para adoção dos procedimentos orçamentários necessários para o cumprimento da presente decisão, notadamente no que se refere à oportuna inclusão dos montes definidos pelo TCU na proposta de lei orçamentária anual da União, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Teori Zavascki e Cármen Lúcia (Presidente), que, no ponto, não acompanharam o Relator. Plenário, 30.11.2016⁶².

5.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão N.º 26 e Mandado de Injunção N.º 4733

Em 2019, o STF, após julgamento da ADO n.º 26⁶³, enquadrou “homofobia e transfobia como racismo”, mais especificamente “racismo social”, nos termos da Lei n.º 7.716, de 05

⁶² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 25*.

⁶³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 – Distrito Federal*, Brasília, 2016.

de janeiro de 1989⁶⁴. Os crimes especificados na Lei de Racismo são punidos quando resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. O sentido da expressão “raça” foi alargado, mediante interpretação conforme à Constituição, de forma a abranger atos tidos como homofóbicos ou transfóbicos⁶⁵.

Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: *a)* reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; *b)* declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; *c)* cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei n.º 9.868/99; *d)* dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei n.º 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo

⁶⁴ BRASIL, *Lei n.º 7.716, de 05 de janeiro de 1989*, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, Brasília, 1989.

⁶⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26*.

Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d”.

[...].

Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela

palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole 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, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta⁶⁶.

No julgamento do Mandado de Injunção n.º 4.733, o Tribunal, por maioria, conheceu do remédio constitucional

⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26*.

[...] para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei n.º 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero⁶⁷.

5.4 Mandado de Injunção N.º 708

A greve foi erigida pela Constituição Federal de 1988 como direito reconhecido, ainda que em condições diferenciadas, aos trabalhadores em geral, no artigo 9.º, e aos servidores públicos civis, no artigo 37.º, inc. VII⁶⁸.

Sob a argumentação de que no contexto em que se desenvolvem as relações coletivas de trabalho no Brasil, que o preceito constitucional que garantiu o direito de greve no setor privado da economia já se acha regulamentado pela Lei n.º 7.783/1989 e que o legislador constituinte brasileiro, segue sempre a moderna tendência registrada no plano do direito comparado, buscou-se

⁶⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Mandado de Injunção n.º 4733 – Distrito Federal*, Brasília, s. d.

⁶⁸ “Art. 9º: É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. [...] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998) [...]; VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998) [...]”. Cf. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

positivar mecanismos destinados a solucionar os conflitos coletivos instaurados entre os agentes estatais e a Administração Pública, reconhecendo aos servidores civis, além da possibilidade da sindicalização disposta no artigo 37.º, inc. VI, da Constituição Federal de 1988, também a titularidade do direito de greve intitulada pelo artigo 37.º, inc. VII, do mesmo diploma constitucional⁶⁹.

Neste ponto, a Constituição do Brasil incorporou a recomendação constante da Convenção n.º 151 da OIT (art. 8º), que dispõe sobre a institucionalização de meios voltados à composição dos conflitos de natureza coletiva surgidos entre o Poder Público e os seus servidores. A importância do direito de greve, contudo, não pode prescindir da necessária observância dos princípios da supremacia do interesse público e da continuidade dos serviços desenvolvidos pela administração estatal, especialmente daquelas atividades que, qualificadas pela nota da essencialidade, não podem sofrer, em hipótese alguma, qualquer tipo de interrupção. É por essa razão que documentos de caráter internacional – como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 8º, “c” e “d”) – advertem que as leis concernentes ao exercício do direito de greve, especialmente quando exercido no âmbito da Administração Pública, podem e devem estipular

⁶⁹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998) [...]; VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical; VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998) [...]”. Cf. BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

restrições ou limitações “no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteção dos direitos e liberdades de outrem”⁷⁰.

Sob essa argumentação, a Corte Suprema, após julgamento do Mandado de Injunção n.º 708, definiu que até que ocorra a edição da lei específica referente ao regime de greve dos servidores públicos civis, no “âmbito da justiça federal, assim como da justiça estadual, a legislação aplicada será o artigo 37, VII, da Constituição Federal em obediência aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa”⁷¹.

O STF fixou o prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria e aplicabilidade das Leis n.ºs 7.701, de 21 de dezembro de 1988⁷² e 7.783, de 28 de junho de 1989, aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis. Finalizando, este é um exemplo de decisão ativista, na modalidade de ativismo inicial, ou seja,

[...] são apontadas as decisões do Supremo Tribunal Federal do Brasil, que, através do instrumento do mandado de injunção, e em face da omissão legislativa do Congresso Nacional, se traduziram no exercício de funções legislativas, autorizando a greve dos servidores públicos, mesmo sem aprovação da lei

⁷⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Mandado de Injunção n.º 708-0 – Distrito Federal*, Brasília, 2007.

⁷¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Mandado de Injunção n.º 708-0*.

⁷² *Lei n.º 7.701, de 21 de dezembro de 1988*, dispõe sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos e dá outras providências, Brasília, 1988.

exigida pela Constituição Federal [e], bem assim, a tentativa de “abstrativização” do controlo difuso de constitucionalidade, constante de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, com fundamento numa pretensa mutação constitucional do artigo 52º, X, da Constituição Federal⁷³.

⁷³ Fernando Alves CORREIA, *Justiça constitucional*, 131.

Problemáticas da Fiscalização de Inconstitucionalidade por Omissão

O sistema de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico-constitucional português, tal como no brasileiro, é exercido tanto no modelo difuso como no concentrado, visando dar à Constituição do país uma garantia constitucional concreta e abrangente. Porém, são inúmeras as problemáticas enfrentadas no âmbito da fiscalização de inconstitucionalidade por omissão.

Primeiramente, analisando o ordenamento jurídico-constitucional português, o controle de inconstitucionalidade por omissão é uma das modalidades de controle que consiste na sistemática de reconhecimento das omissões legislativas juridicamente impactantes, porém, negligenciadas a cargo do legislador que, vinculado às imposições constitucionais, possui tanto a iniciativa, como a inércia na construção da lei.

Nesse sentido, a primeira crítica instalada consiste na dificuldade de delimitação do objeto de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, porquanto o seu alvo combina, de certo modo, com o problema das omissões legislativas presentes do texto constitucional.

Em primeiro plano, para se delimitar o objeto identificador da propositura da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, é primordial identificar a qual o tipo de omissão se refere a norma, ou seja, se se trata de uma omissão propriamente dita ou uma omissão legislativa em sentido próprio.

O constitucionalista Fernando Alves Correia aponta, em sua obra *Justiça Constitucional*, que no tocante às omissões legislativas propriamente ditas há uma importante distinção a fazer. As omissões relativas, aquelas que resultam de uma ação incompleta do legislador, traduzem-se

[...] na omissão parcial da norma que, excluindo uma determinada categoria, infringe o princípio constitucional da igualdade. Estas *omissões relativas*, que respeitam a um certo regime ou preceito legal e decorrem basicamente da sua “incompletude”, podem dar origem a uma “inconstitucionalidade por ação”, por violação do princípio da igualdade, [mas não podem dar origem] a uma “inconstitucionalidade por omissão”, como sucede nas *omissões legislativas em sentido próprio*⁷⁴.

Assim, em primórdio, não é suficiente, sobretudo, falar em omissão por parte do legislador. É indispensável determinar a qual omissão a Constituição faz referência, uma vez que essa conceituação fundante para aplicar e compreender

⁷⁴ Fernando Alves CORREIA, *Justiça constitucional*, 212. (realce do autor).

o mecanismo de controle de constitucionalidade não está delimitado em suas disposições normativas. O objeto das omissões consiste, portanto, em certas omissões legislativas necessárias para tornar as normas constitucionais exequíveis, referindo-se, “ainda, que existe omissão legislativa não só quando faltarem em absoluto as medidas legislativas impostas pela Constituição, mas também, quando essas medidas forem incompletas, inadequadas ou inexecutáveis sem si mesmas”⁷⁵.

Assim, os limites delineados pela Constituição defrontam-se com uma noção de omissão juridicamente fundada, muito importante constitucionalmente, cuja apuração depende da atuação fiscalizadora da Corte Constitucional. Como já se explicitou, para Gomes Canotilho,

[...] o conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples ‘não fazer’, a um simples ‘conceito de negação.’ Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado⁷⁶.

Ademais, para ganhar significado autônomo e relevante, a omissão legislativa “deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional”⁷⁷.

Observe que é difícil definir em que consiste a omissão inconstitucional e a ausência regular de atividade legislativa. Todavia, mesmo não resolvendo por completo o problema

⁷⁵ Fernando Alves CORREIA, *Justiça constitucional*, 211.

⁷⁶ J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra: Almedina, 2003, 1.100.

⁷⁷ Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1.100.

da efetividade constitucional, o mecanismo de controle da constitucionalidade por omissão tornou-se uma fórmula constituinte que não impõe aos órgãos soberanos instabilidade institucional.

Além do mais, no que concerne às decisões positivas (de verificação da inconstitucionalidade por omissão) ou decisões negativas (de não verificação da inconstitucionalidade por omissão), quando ocorrer a verificação da inconstitucionalidade por omissão, ou seja, uma decisão positiva, o Tribunal Constitucional deve dar conhecimento da omissão ao órgão legislativo competente. Porém, “a decisão de verificação da inconstitucionalidade por omissão não possui qualquer eficácia jurídica direta, não podendo aquele substituir-se ao legislador na criação do regime legal em falta”⁷⁸.

Outrossim, outro problema encontrado na fiscalização de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento jurídico-constitucional português está no fato de que “têm sido raras as questões de inconstitucionalidade por omissão colocadas pelo Tribunal Constitucional português, o que denota a escassa eficácia prática dessa modalidade de fiscalização da constitucionalidade”⁷⁹.

A razão para esse problema consiste no especial melindre desta competência do Tribunal Constitucional e na dificuldade do convívio da figura da inconstitucionalidade por omissão com o princípio da separação dos poderes. Ademais, surge a crítica de que

⁷⁸ Fernando Alves CORREIA, *Justiça constitucional*, 265.

⁷⁹ Fernando Alves CORREIA, *Justiça constitucional*, 212.

[...] o Tribunal Constitucional não tem sido especialmente rígido na apreciação dos requisitos da inconstitucionalidade por omissão, não exigindo unicamente a existência de norma legislativa no momento em que torna a decisão para afastar a verificação da existência da inconstitucionalidade por omissão, antes valorando fatos concretos do ‘iter’ procedimental legislativo, como, por exemplo, a aprovação dos mesmos na generalidade⁸⁰.

A vinculatividade das decisões proferidas na fiscalização de inconstitucionalidade por omissão, ou seja, as decisões do Tribunal Constitucional têm, portanto, um conteúdo ou um alcance meramente verificativo, não existindo, contudo, “qualquer ‘condenação’ do legislador à emissão de normas legislativas em falta, sendo, neste sentido, desprovidas de efeito vinculativo” e, por isso, repugnaria ao princípio da separação de poderes.⁸¹

Assim, o controle de inconstitucionalidade por omissão pode ser meramente figurativo, sem repassar qualquer efetividade à norma que justificou o pronunciamento da Corte Constitucional.

No Brasil, o controle de constitucionalidade por omissão é exercido pelo modelo concentrado ou abstrato e pelo controle concreto ou difuso, e o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula brasileiro responsável por exercer o mecanismo de controle de constitucionalidade via propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, sempre que houver omissão legislativa que resulte na impossibilidade de cumprimento da norma constitucional.

⁸⁰ Fernando Alves CORREIA, *Justiça constitucional*, 212.

⁸¹ Fernando Alves CORREIA, *Justiça constitucional*, 376-377.

Diferentemente da Constituição portuguesa, a Carta Magna brasileira avançou no tema de conceder ao interessado o direito impossibilitado de ser exercido, através do Mandado de Injunção.

Entretanto, mesmo tendo havido solução parcial da questão com o instituto do Mandado de Injunção, é notório que a limitação declaratória das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão gera no jurisdicionado e no interessado em geral o sentimento de ineficácia da decisão, porquanto o direito almejado não lhe foi efetivamente entregue. Com efeito, evidencia-se a limitação da eficácia normativa da decisão final da fiscalização de inconstitucionalidade por omissão, por não haver obrigatoriedade de cumprimento dessa decisão por parte do órgão responsável pela edição da lei ou do ato normativo.

Encontrar formas de dar efetividade ao resultado da ação de inconstitucionalidade por omissão é o grande desafio a superar pelos cientistas jurídicos, mesmo que tal efetividade seja abstrata, mas com repercussão concreta.

Conclusão

Conforme se verificou no presente estudo, a problemática da solução da inconstitucionalidade por omissão é real, designadamente porque, apesar de os textos constitucionais terem percebido o problema, incluindo em seus ditames alguma forma de declarar a existência do problema, não lograram avançar no estabelecimento de mecanismos para que a declaração emanada das respectivas Cortes de Constituição se transforme em mandamento de cumprimento.

De fato, a mera declaração da omissão impeditiva do cumprimento da norma constitucional não resolve o problema afetado pela omissão detectada e declarada.

Tal situação, por analogia quase poética, equipara-se ao médico limitado a apresentar o diagnóstico de uma doença sem se preocupar em apresentar o respectivo fármaco capaz de trazer a cura ao doente.

A conclusão a que se chega é a de que, apesar de o Constituinte ter sido capaz de prever o “calcanhar de Aquiles” na

eficácia da norma constitucional, não teve a pujança necessária para apresentar solução para o problema.

A questão é grave, especialmente porque, se de um lado não se pode desprestigiar o equilíbrio e a independência dos poderes constituídos (Legislativo, Judiciário e, em alguns casos, Executivo), por outra via, o Estado não pode mostrar-se fraco ao ponto de não lograr fazer valer a Constituição que garante a sua própria existência.

Enquanto não se encontra solução para o problema, espera-se que os efeitos prejudicados encontrem, na reparação concreta para apuração das perdas e danos, algum alento para a omissão legislativa, ou que se imponha o afastamento do direito trazido na norma constitucional não regulamentada.

Espera-se que a força financeira do paliativo da substituição da declaração de inconstitucionalidade por omissão por indenização por perdas e danos desperte no legislador constitucional o interesse na solução definitiva de modo a transmutar a decisão declaratória em uma decisão mandamental, finalmente eficaz.

Referências

- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito e o “Direito da Ciência”. *REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador 17 (jan./mar. 2009), 1-19, disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em: 25 jan. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto (2014). *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7.^a ed. rev. São Paulo: Saraiva.
- “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 240 (abr./jun.) 2005) 1-42.
- *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3.^a ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília, 1988, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jan. 2019.
- *Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos artigos 5, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providên-

- cias. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emen-das/emc/emc45.htm>. Acesso em: 25 jan. 2019.
- *Lei n.º 7.701, de 21 de dezembro de 1988*, dispõe sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos e dá outras providências, Brasília, 1988, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7701.htm>. Acesso em: 25 jan. 2020.
 - *Lei n.º 7.716, de 05 de janeiro de 1989*, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, Brasília, 1989, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 25 jan. 2020.
 - *Lei n.º 7.783, de 28 de junho de 1989*, dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências, Brasília, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM>. Acesso em: 25 jan. 2020.
 - *Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999*, dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em: 25 jan. 2020.
 - *Lei n.º 13.300, de 23 de junho de 2016*, disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências, Brasília, 2016, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm>. Acesso em: 25 jan. 2020.
 - Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 25 – Distrito Federal*, Brasília, 2016, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13385039>>. Acesso em: 25 jan. 2020.
 - Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 – Distrito Federal*, Brasília, 2016. Dispo-

- nível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votomAM.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2020.
- Supremo Tribunal Federal. *Institucional*. Brasília, 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acesso em: 25 jan. 2019.
- Supremo Tribunal Federal, *Mandado de Injunção n.º 708-0 – Distrito Federal*, Brasília, 2007, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia-NoticiaStf/anexo/mi708CM.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2020.
- Supremo Tribunal Federal, *Mandado de Injunção n.º 4733 – Distrito Federal*, Brasília, s. d., disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-minis-tro-fachin1.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2020.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora / São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2.^a ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CORREIA, Fernando Alves, *Justiça constitucional*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2019.
- DIMOULIS, Dimitri / LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, São Paulo: Atlas / FGV, 2011.
- KELSEN, Hans, *Teoria pura do Direito*, trad. de João Baptista Machado, 6.^a ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- *Teoria pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito*, trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2.^a ed. rev. da trad., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MARTINS, Flávia Affonso, “Da diferença de estruturação dos tribunais constitucionais no velho e novo mundo: o ativismo ju-

- dicial seria mesmo uma expressão tipicamente americana?”, in *1º Curso de Introdução ao Direito Europeu: tradizione civilistica e armonizzazione del Diritto nelle corti europee*, Brasília: AGU, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*, 3.^a ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 5.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- / COELHO, Inocêncio Mártires / BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2.^a ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva / Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. “Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo”, *Revista de Informação Legislativa* 43/170 (abr./jun. 2006) 111-141.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de / SILVEIRA, Ricardo dos Reis, “A jurisdição constitucional para além do mito do legislador negativo: concreção do projeto constitucional e cidadania no Estado Democrático de Direito”. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, 18/22 (jan./dez. 2013) 2-26.
- PORTUGAL, *Acórdão n.º 474/2002*, Lisboa, 2002, disponível em: <<https://dre.pt/application/file/a/405646>>. Acesso em: 25 jan. 2020.
- *Tribunal Constitucional*, Lisboa, 2013, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/tc_ebook_30anos/index.html#e-book30anos>. Acesso em: 25 jan. 2020.
- ROSÁRIO, Pedro Trovão do, “Tribunal Constitucional – ¿Un legislador negativo o positivo?”, *Revista de Derecho UNED* 16 (2015) 713-740, disponível em <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2015-16-7220/Tribunal_Constitucional.pdf>. Acesso em 25 jan. 2020.



FERNANDA DIAS MARRA

Advogada, doutoranda em Direito e Economia pela Universidade de Lisboa (Portugal), Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal), Especialista em Direito e Processo Tributário pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil), Direito Agrário e do Agronegócio pelo Proordem – Escola Superior de Direito (Brasil), Direitos Humanos pela Universidade Católica Portuguesa (Portugal), e Direito Penal pela UNI Processus Centro Universitário (Brasil).



**COIMBRA
DISSERTATIONS**

coimbradissertations.pt