

OS EFEITOS JURÍDICOS E POLÍTICOS DAS INCONSTITUCIONALIDADES LEGISLATIVAS POR OMISSÃO¹

*JUDICIAL AND POLITICAL CONSEQUENCES OF STATUTORY
VIOLATIONS DUE TO OMISSION*

Polyana MARQUES DA SILVA²

José Sérgio SARAIVA³

RESUMO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe estimáveis mudanças para o contexto político e jurídico do país, tal como o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito e a supremacia dos ditames do documento constitucional. Neste viés, observa-se a opção do Poder Constituinte em deixar determinadas matérias para futura regulamentação, perfazendo o efeito vinculativo das normas de eficácia limitada, editadas pelo legislativo, quando há um comando na CF/88. No entanto, a não edição das referidas regulamentações resultam na ocorrência de inconstitucionalidades por omissão, sendo seus efeitos a principal questão a ser estudada na presente pesquisa. Deste modo, os fenômenos da “judicialização” e do “ativismo judicial” confundem-se entre si, pois possuem premissas semelhantes, mas apenas no segundo observa-se que o judiciário toma a iniciativa de regular os direitos carentes de norma. De tal modo, o presente trabalho busca expor as motivações para a inércia do Poder

¹ O presente artigo sintetiza a pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2023-2024) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

²Discente da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP. Bolsista do Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2023-2024). E-mail: polyanamarques23@gmail.com.

³Doutor em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito, mestre em Direito pela Universidade de Franca (UNIFRAN), graduação em Direito pela Faculdade de Direito Padre Anchieta, graduação em Pedagogia pela Universidade Luterana do Brasil, graduação em Psicologia pela Universidade São Francisco, professor titular de Direito Administrativo e diretor da Faculdade de Direito de Franca (FDF). E-mail: js.saraiva.advogado@hotmail.com.

Legislativo com relação a determinadas temáticas e, frente a isso, as medidas adotadas pelo Poder Judiciário para preencher tais lacunas. Ademais, é cristalino que a omissão legislativa aos direitos estabelecidos por normas de eficácia limitada, deságua num cenário em que o Poder Judiciário acata a responsabilidade de resguardá-los com atos que sequer são de sua alçada. É neste sentido, portanto, que mostra-se importante explicitar as consequências da inércia do Poder Legislativo, a fim de se compreender seus efeitos jurídicos e políticos.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Judicialização; Direito Constitucional; Inconstitucionalidades por omissão.

ABSTRACT

The promulgation of the 1988 Constitution brought considerable changes to the country's political and legal context, such as the establishment of a Democratic State of Law and the supremacy of the constitutional document. In this sense, we observe the Constituent Power's option to leave certain matters for future regulation, making the binding effect of rules of limited effectiveness, edited by the legislature, when there is a command in CF/88. However, the failure to issue these regulations results in the occurrence of unconstitutionality by omission, with their effects being the main issue to be studied in this research. In this way, the phenomena of "judicialization" and "judicial activism" are confused with each other, as they have similar premises, but only in the latter is it observed that the judiciary takes the initiative to regulate rights that lack a standard. Therefore, the present work seeks to expose the motivations for the inertia of the Legislative Power in relation to certain themes and, in light of this, the measures adopted by the Judiciary to fill such gaps. Furthermore, it is crystal clear that the legislative omission of established rights due to rules of limited effectiveness, it results in a scenario in which the Judiciary accepts the responsibility of protecting them with acts that are not even within its jurisdiction. It is in this sense, therefore, that it is important to explain the consequences of the inertia of the Legislative Branch, in order to understand its legal and political effects.

Keywords: Constitutional Law; Judicialization; Judicial Activism; Unconstitutionality by omission.

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da nova Constituição Federal, no ano de 1988, além de estabelecer o Estado Democrático de Direito no Brasil, trouxe uma gama de direitos e garantias aos cidadãos, definindo em seu artigo 5º que "todos são iguais perante a lei" (Brasil, 1988). Neste contexto, as discussões acerca do conteúdo material da Magna Carta e a efetividade de seus efeitos vinculativos, instigam cada vez mais a academia.

Assim, mostra-se de suma importância compreender e estudar os impactos causados pela morosidade do Poder Legislativo no que condiz a edição de normas, nos aspectos jurídicos e políticos, tendo em vista as normas de eficácia limitada constitucionalmente previstas.

Vale pontuar, aliás, que a elaboração da CF/88, popularmente denominada "Constituição Cidadã", se deu a partir do anseio por democracia emanado pela população, que participou do processo de construção do novo documento constitucional que, por sua vez, mediante a divisão de poderes, restabeleceu a paz social e limitou o poder do Estado.

No entanto, de modo inoportuno, constata-se grande incidência de inconstitucionalidades por omissão, derivadas da desatenção e consequente inércia do Poder Legislativo com relação à edição de normas que regulamentem os comandos constitucionais.

As normas de eficácia limitada consistem na opção do Poder Constituinte em deixar determinada matéria para posterior regulamentação, limitando a eficácia do comando à futura norma. Ocorre que, a omissão do Legislativo sobre as normas supracitadas impedem a devida fruição do direito, sendo necessária a aplicação de mecanismos, previstos na própria Constituição para a mitigação destas lacunas, mediante ingerência do Poder Judiciário que, por sua vez, aciona o poder competente para que haja a regularização da garantia. Ocorre que, em verdade, tais ferramentas não se mostram suficientes para resolver a problemática, o que deixa diversos grupos sociais à mercê da exarcação de medidas excepcionais para concretizar seus direitos fundamentais.

Neste contexto, os efeitos sentidos pelo Poder Judiciário passam pelo fenômeno da “judicialização”, que caracteriza-se pela sua atuação em questões de competência legislativa não apreciadas, gerando uma sobrecarga ao sistema Judiciário, que assume a responsabilidade por questões que sequer são de sua alçada, mesmo que tal atributo esteja previsto nas espécies de controle de constitucionalidade. Em contraponto, tem-se o fenômeno do “ativismo judicial”, frequentemente confundido com o fenômeno anterior, uma vez que também decorre da omissão, porém conta com a atuação judiciária ativa e autônoma na solução dos direitos constitucionais não legislados.

É nítido, deste modo, que a atuação judiciária deve se ater aos seus limites o que, muitas vezes não ocorre, em razão da extrapolação de seus poderes, que advêm da necessidade de regular os direitos fundamentais não trabalhados legislativamente, seja por motivos de ideologia ou pela simples falta de interesse.

Em face de todo o exposto, a presente pesquisa objetiva verificar a existência e, ainda, destrinchar as motivações da inércia e omissão legislativa com relação à determinadas normas de eficácia limitada dispostas pela CF/88, a fim de se formar uma conclusão sobre a questão no contexto contemporâneo do país, além de buscar meios de atenuar a problemática.

Ademais, o trabalho vem sendo desenvolvido a partir da utilização do método dedutivo de pesquisa, pela qual é buscada uma conclusão particular a partir do estudo de fatos gerais. Além disso, os

métodos de procedimento histórico e comparativo compõem a pesquisa que, por sua vez, perfaz-se bibliográfica, com o estudo de doutrinas, livros, produções científicas, notícias de fontes fidedignas e legislações. Por fim, os doutrinadores Luís Roberto Barroso e Virgílio Afonso Silva baseiam a pesquisa, no que condiz às questões do objeto da temática, que se configura no âmbito do Direito Constitucional.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Anteriormente à vigência da CF/88 e do Estado Democrático de Direito por ela estabelecido, o Brasil percorreu por diversos cenários políticos que oscilavam entre a centralização de poder nas mãos de poucos e uma democracia mascarada em que direitos básicos eram restritos a determinado grupo da sociedade. Nesse contexto, Barroso (2023, p. 402) pontua que as diversas outras constituições que anteriormente vigoraram no país não detinham força jurídica justamente por priorizarem demasiadamente o poder individual e restrito. Assim, o que se observava era a Constituição como figura de mera existência, posto que seu conteúdo material não detinha força o suficiente para atuar como lei superior, considerando que suas disposições eram subjugadas em favor daqueles que, em verdade, deveriam zelar pelo seu cumprimento.

Deste modo, numa breve linha do tempo, observa-se que a Constituição de 1824, mediante outorga, estabelece o poder moderador, responsável por agregar superioridade ao imperador frente aos demais poderes e, ainda, não trata a questão da soberania popular, sendo presente oposições e restrições quanto sua participação no processo eleitoral. A Constituição de 1891, por sua vez, surge juntamente com a instalação do presidencialismo, que substituiu a monarquia, e a extinção do poder moderador pela tripartição de poderes, sendo pautada a questão do voto direto para homens maiores de 21 anos e a laicidade estatal, além de dispor sobre a garantia de diversos direitos, que na realidade não foram efetivados. Tal constituição apresentou indiscutível evolução com relação anterior, mesmo sem a devida efetivação de seus ditames.

Já a Constituição de 1934 viveu por curto período de tempo, em detrimento do golpe de Vargas, mas foi responsável por estabelecer direitos sociais nos mais diferentes âmbitos, como nos ramos da educação, política e trabalho, fazendo-se esta a responsável por garantir à mulher o direito ao

voto. Neste contexto, diante do Estado Novo firmado por Vargas, é instituída a Constituição de 1937, que segue por garantir os direitos resguardados pela lei anterior, dando grande enfoque para questões trabalhistas, mas, por outro lado, conferindo mais poderes ao presidente. Cabe aqui pontuar, que a referida Constituição “no que se refere à função de garantir direitos e distribuir as atividades de poder foi letra morta, pois, a maioria de suas normas jamais foi respeitada, sendo uma construção ilegítima” (Silva, 2011, p. 231). É notório, portanto, que a principal questão efetivada pelo documento constitucional de 1937 foi a superioridade do poder do Executivo sobre os demais.

Avançando para o documento constitucional de 1969, vigente no regime militar brasileiro, observou-se a supressão dos direitos dos cidadãos instituídos pelas constituições anteriores e seu autoritarismo exacerbado, diante da centralização de todos os outros poderes na figura do Executivo, conferindo-lhe autoridade, uma vez que era o único com atuação efetiva (Silva, 2011).

O encerramento do período mencionado, abre portas para a elaboração de uma nova carta constitucional, que vigora hodiernamente. Dessa forma, para a construção da CF/88 foi observada considerável participação popular, o que reforçou o anseio por democracia inerente na população que vivenciou quase duas décadas de supressão de direitos, estabelecendo direitos fundamentais aos cidadãos e o próprio Estado Democrático de Direito.

Em se tratando da Constituição Federal de 1988, esta se faz responsável por estabelecer o maior período democrático já vivenciado no país, trazendo em seu corpo matérias nunca antes pautadas pelas constituições anteriores, tal qual os direitos dos povos indígenas, características responsáveis por agregá-la a denominação de “Constituição Cidadã”. Sua estrutura traz a sua soberania perante as demais legislações, sendo a Lei Maior do ordenamento jurídico que, por sua vez, estabelece uma hierarquia em que as “leis mais fracas” devem seguir as normas constitucionais, a fim de se obter uma harmonia dentro do regime democrático.

Nessa linha, podem ser observados dispositivos que determinam certos atos como a elaboração de legislações específicas para determinados temas, perfazendo pelas normas de eficácia limitada e é justamente frente “à inércia na elaboração de *atos normativos* necessários à realização dos comandos constitucionais” (Barroso, 2023, p. 441), que se

dão as inconstitucionalidades legislativas por omissão, questão assiduamente discutida atualmente.

2.1 OS INSTITUTOS DAS INCONSTITUCIONALIDADES POR OMISSÃO

Preliminarmente, é importante destacar que uma inconstitucionalidade se define pelas características as quais determinado documento legislativo é munido, ou seja, se é conexo com as determinações constitucionais no contexto analisado, ou não. Nesse viés, nota-se que as inconstitucionalidades podem se dar pela omissão de determinação ou preceito constitucional e, deste modo, “sempre que uma constituição exige uma ação do Estado e este se omite, haverá uma inconstitucionalidade por omissão, contra a qual a Constituição de 1988 prevê dois remédios distintos” (Silva, 2021, p. 567), ou seja, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão podem ser adotados para o preenchimento das lacunas legislativas supracitadas.

Importante salientar, no entanto, que mesmo diante da existência de meios que buscam amenizar e suprir os déficits legislativos, sua insuficiência para tal se mostra cristalina, dado que diversas matérias constitucionais de grande relevância social contemporânea permanecem sem a devida regulamentação. Neste viés, pode-se observar que várias pautas carecem de lei que as regulem, gerando um grave óbice na sociedade que é impedida da fruição de certa garantia, mesmo que o atual documento constitucional já tenha mais de 35 anos de vigência, haja vista sua promulgação no ano de 1988.

3 OS EFEITOS JURÍDICOS E POLÍTICOS DAS INCONSTITUCIONALIDADES POR OMISSÃO

As inconstitucionalidades por omissão são aquelas que se dão pela ausência de normatização dos comandos contidos na Constituição Federal, em detrimento da sua impossibilidade de delimitar e descrever estes direitos de forma minuciosa e completa, sendo necessário o estabelecimento de leis próprias (Caubet, 2002, p. 13). É nítido que a não transformação dos comandos constitucionais em dispositivos legais gera

lacunas jurídicas frente a determinadas temáticas que possuem grande relevância dentro da sociedade.

Vale salientar que tais lacunas ferem a supremacia atribuída ao documento constitucional, uma vez que se observa a inércia legislativa frente às suas disposições. A supremacia constitucional se caracteriza pela superioridade da Constituição em relação a todo o ordenamento jurídico, devendo as normas infraconstitucionais se adequarem aos parâmetros vigentes para a sua eficácia. Neste contexto, a Constituição se mostra norma “efetível pelo Judiciário (e não apenas uma carta de declaração de princípios políticos destituída de força vinculante) e objeto do processo hermenêutico de interpretação e de aplicação jurídica” (Continentino, 2016, p. 128), sendo essencial o cumprimento de seus preceitos e determinações e, ainda, seus comandos de edição normativa que resguardam direitos fundamentais.

Assim, é possível afirmar que as omissões, além de irem na contramão da supremacia constitucional, corroboram para a tomada de medidas excepcionais para suprir os déficits que suscitam um cenário adverso ao que a própria CF/88 define por ideal.

Dessa forma, pode-se inferir que a omissão se configura como um dos principais fatores contribuintes para a resolução judicial destes vácuos, culminado no efeito popularmente conhecido por “judicialização”, em que questões que são de competência do poder Legislativo são direcionadas ao Poder Judiciário, a fim de que seja dada uma resolução à matéria que carece de positivação, ainda mais em se tratando de ordem de origem constitucional. Neste sentido, é evidente a atuação legislativa do Poder Judiciário que, por sua vez, é consequentemente levado a sobrecarga, visto que além dos atos que são de sua competência, lhe é atribuída a função de discorrer sobre questões que não receberam regulamentação pelos seus responsáveis. Neste sentido, Veríssimo (2008, p. 411) dispõe que a justiça brasileira:

Por um lado, está completamente sobrecarregada e tem imensa dificuldade em dar conta do volume de litígios com que é defrontada. É lenta e é ineficiente no desempenho de inúmeras atividades fundamentais como, por exemplo, a recuperação de créditos inadimplidos. Vista como *prestadora de serviços* de solução de conflitos privados, ela é encarada com pessimismo e ansiedade, passando a estar submetida, por conta disso, a toda uma agenda de reformas,

concentrada no tema da *eficiência na gestão do serviço judiciário*.

Diante do exposto, Barroso (2022, p. 16) elucida que a judicialização difere-se do fenômeno do ativismo judicial que, por sua vez, configura-se como o modo autônomo do Judiciário em interpretar dispositivos da Constituição que não detém regulação legislativa. Por óbvio, a judicialização se mostra intrínseca as mudanças trazidas pela promulgação da CF/88, que trouxe uma gama de novos direitos e garantias, além de estabelecer os procedimentos de controle de constitucionalidade que, por sua vez, necessitam dos poderes conferidos ao Judiciário.

Por outro lado, no que condiz ao ativismo judicial, Barroso (2012, p. 25) esclarece que esta “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, sendo possível afirmar que é o que se instala frente à inércia do Poder Legislativo com relação à determinadas temáticas constantes no texto constitucional.

No contexto brasileiro, como ora mencionado, a ocorrência da judicialização perfaz-se inerente ao cumprimento constitucional, visto que o Judiciário atua dentro de suas competências para tal. Logo, portanto, a atuação judiciária ativa mostra-se fator oriundo das inconstitucionalidades por omissão, uma vez que as lacunas por elas deixadas torna recorrente a ocorrência de regulamentação pela via judicial que, por sua vez, é realizada de modo autônomo a quaisquer provocações.

Nesse diapasão, tal fato evidencia-se pela necessidade de se obter o resguardo dos direitos sociais dos cidadãos que anseiam por sua positivação, mas não as logram, tal como se deu, por exemplo, com a questão do direito de greve dos servidores públicos.

Em detrimento da inexistência de discussões sobre a regulamentação do direito previsto no §1º do art. 9º da Constituição Federal, o Judiciário exarou decisão substitutiva para se suprir a lacuna com relação à pauta, tendo em vista ser norma de eficácia limitada não regulamentada legislativamente. Nesse diapasão, a atuação do STF se deu após sua provocação mediante ações de

controle de constitucionalidade, o que se enquadra nos parâmetros do fenômeno da “judicialização”.

Entretanto, a decisão proferida pelo Poder Judiciário veio munida de características ativas e autônomas do órgão magistrado que, em face da gravidade da problemática e inércia do Poder Legislativo, declarou a aplicação da Lei nº 7.783 de 1989 ao contexto dos servidores públicos, até a edição de lei própria pelo poder competente, ultrapassando a mera determinação da pauta ao legislativo sob a justificativa da urgência do resguardo dos direitos constitucionalmente estabelecidos.

Dessa forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal com relação a esta temática fixou que

A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às “atividades essenciais”, é essencialmente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9º, *caput*, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9º, §1º), de outro (Brasil, 2007, p. 38).

É cristalino, portanto, que foi adotada uma medida capaz de suprir a omissão legislativa da questão ora explicitada, mesmo que tal competência seja de outro poder.

Não obstante, Dias e Sá (2020, p. 177) dispõem que o Poder Judiciário deve agir dentro das suas competências ao exercer a interpretação dos ditames constitucionais, sendo possível observar, à vista disso, que essa extrapolação de poderes é decorrente da necessidade de resguardar os direitos fundamentais daqueles cidadãos que se encontram desamparados pela omissão legislativa, que se dá por motivos ideológicos ou, ainda, pelo simples subjulgamento da importância da discussão de certos assuntos.

Isto posto, é possível se constatar que o principal efeito das inconstitucionalidades por omissão, na esfera jurídica, é a sobrecarga posta sobre o Poder Judiciário ao incumbir-lhe a responsabilidade de suprir as lacunas deixadas pelo Poder Legislativo, no que concerne à regulação das normas de eficácia limitada.

Paralelamente observa-se que na seara política, por sua vez, os efeitos advindos das omissões legislativas perfazem pela supressão de direitos fundamentais dos cidadãos, além do enfraquecimento da legitimidade dos poderes Judiciário e Legislativo, tendo em vista a atuação de um, em razão da inércia do outro. É neste sentido, aliás, que também pode se dar a desestabilização das bases da democracia no país, haja vista que a incidência das inconstitucionalidades por omissão, por consequência, tornam recorrentes os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, muito confundidas entre si, como já explicitado, gerando certa insegurança política com relação à tripartição de poderes.

3.1 A IDENTIFICAÇÃO DAS INCONSTITUCIONALIDADES POR OMISSÃO

Neste contexto, faz-se importante destacar que o principal modo pelo qual as omissões constitucionais são identificadas é por meio da limitação, ou até impossibilidade, da fruição popular dos direitos fundamentais assegurados pela Magna Carta de 1988, mesmo sendo suprema frente ao ordenamento jurídico.

Em suma, o que ocorre, é o impedimento de determinados grupos sociais a realizar ou usufruir de garantias, em razão da ausência de lei específica que regulamente o comando da Constituição, contido em norma de eficácia limitada. Faz-se assim perceptível que grande parcela das lacunas legislativas são identificadas a partir do óbice criado diante da sociedade que, por sua vez, procede com vultuosas movimentações populares, impulsionadas pelas ferramentas digitais comunicacionais, a fim de gerar visibilidade à problemática para que, assim, se alcance a respectiva resolução.

À vista disso, pertinente evidenciar que o cenário supramencionado pode ser elucidado pela omissão do Legislativo acerca da criminalização da transfobia e homofobia no Brasil, problemática que por considerável período de tempo permaneceu carente de resguardo legal, deixando um grande número de cidadãos desamparados.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, a fim de garantir a efetivação do princípio da dignidade humana, atuou de maneira ativa e autônoma, ao estabelecer que as práticas transfóbicas e homofóbicas seriam enquadradas nos moldes da Lei nº 7.716/1989, fixando que a ocorrência dos referidos atos equipara-se ao crime de racismo, no sentido em que a referida lei não compreende “só fatores antropológicos e biológicas (fenotípicos), mas também aspectos sociais, daí porque, segundo o Relator, se pode falar em racismo social” (Hasselmann, 2019, *online*).

Assim, é notório que determinadas pautas, tal como a supracitada, torna certos grupos de cidadãos vítimas da inércia do Poder Legislativo, que mesmo diante da existência de norma de eficácia limitada que determine a edição de lei, não conseguem usufruir de seus direitos, sendo esta a condição dirigente para a identificação das inconstitucionalidades por omissão.

3.2 AS MOTIVAÇÕES DA INÉRCIA LEGISLATIVA

Uma vez observados os desdobramentos, positivos e negativos, advindos das inconstitucionalidades por omissão, é imperioso cintilar as motivações que levam o Poder Legislativo adotar a postura inerte e omissiva, como já mencionado, frente a determinadas temáticas.

À priori, é sabido que no Estado Democrático de Direito, vigente hodiernamente no país, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos” (Brasil, 1988), presumindo-se que os indivíduos escolhidos pelo voto do povo correspondem à representação de seus anseios e que, de tal modo, serão sustentados em favor do eleitorado. No entanto, é inegável que questões de extrema relevância social são postergadas para que temáticas menos importantes, que mais correspondem aos interesses políticos dos próprios representantes, ganhem espaço para discussão no âmbito Legislativo, de maneira que

Para além dos números, a análise do que foi votado até agora evidencia ainda um Congresso pouco relevante, em que discussões de medidas prioritárias deram lugar a brigas internas e disputas de bastidores. Enquanto os presidentes da Câmara, Arthur Lira (PP-AL), e do Senado, Rodrigo Pacheco (PSD-MG),

travavam uma queda de braço sobre o rito de medidas provisórias – impedindo a votação de 24 delas –, por exemplo, os plenários das duas Casas se debruçavam sobre projetos menos urgentes, como o que muda cargos do Ministério Público e o que obriga órgãos públicos a divulgar informações sobre direitos de idosos (Turtelli; Dantas; Pompeu, 2023, *online*).

Diante disso, é explícito que o Legislativo se mantém omissivo em relação à certas matérias, em detrimento de ideologias ou, ainda, pela priorização de outras questões que, majoritariamente, referem-se aos interesses políticos ou particulares, visto que é indubitável a forte influência provocada pelo *lobby* no âmbito legislativo, desaguando num cenário em que estes assuntos se mostram “mais urgentes” do que os demais, haja vista que há o nítido objetivo parlamentar em se alcançar a efetivação de interesses singulares.

É indiscutível, portanto, que os modos de atuação do Legislativo são claras motivações para a ocorrência do ativismo judicial, considerando que o fenômeno da judicialização não é capaz de suprir as lacunas com suas ferramentas o que, de certo modo, “coage” o Judiciário a adotar atos autônomos e ativos, a fim de proporcionar o amparo jurídico dos direitos da sociedade, como bem delineado por Sodré (2012, p. 183-184), ao assentar que

A omissão legislativa permite a discricionariedade judicial em seu sentido mais puro, bem como incita a politização do Judiciário em seu sentido mais amplo, ou seja, a ausência de regulação normativa por parte do Poder Legislativo propicia um amplo espaço para a criação do direito judiciário, o qual significa a potencialização do ativismo judicial.

Deste modo, é evidente que as inconstitucionalidades legislativas por omissão e seus respectivos efeitos, originam-se da inércia do poder competente, no que concerne à regulamentação dos comandos dispostos no documento constitucional, dada a demasiada importância atribuída a questões de poder e ascensão política.

Com relação ao contexto exposto, a função conferida aos representantes pelo voto da população é, de certo modo, ignorada, pois tais figuras receberam a confiança do eleitorado para atender as demandas

sociais, prestando um bom serviço para todos os cidadãos, independente de ideologias e credos, visto que todos são iguais perante a lei, fazendo as omissões legislativas que pairam sobre direitos fundamentais totalmente descabíveis, visto que nenhuma característica inerente a grupo social deve ser tida como justificativa do cerceamento de direitos constitucionalmente previstos.

3.3 OS REMÉDIOS PARA AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS: ADOs E MANDADOS DE INJUNÇÃO

Tal como já exposto, as omissões legislativas frente aos comandos constitucionais, acarretam em inconstitucionalidade que, por seu turno, podem ser resolvidas mediante mandado de injunção ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

O mandado de injunção está disposto no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, em que fica definido que sua aplicação será cabível “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais [...]” (Brasil, 1988), tendo como norma regulamentadora a Lei nº 13.300/2016. Dessa forma, no mandado de injunção é estabelecido um prazo ao polo passivo para que elabore a norma pela qual se omitiu, salientando-se que a não observância do ato no período previsto acarreta na responsabilização do Poder Judiciário no que tange ao devido preenchimento da lacuna em questão. Não obstante, o mandado é dividido em individual e coletivo, este que se classifica pela defesa dos direitos de uma coletividade indeterminada ou determinada por grupo, cuja omissão legislativa impossibilite a devida fruição de suas garantias (Barroso, 2023, p. 1400).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), por sua vez, é apresentada frente ao Supremo Tribunal Federal que, por sua vez, fica responsável por cientificar os Poderes sobre sua omissão, a fim de que estes à supram, sendo disposta pelo art. 103, § 2º, da Constituição Federal de 1988, definindo que as medidas devem ser tomadas dentro de um prazo de 30 (trinta) dias. Acontece que, os efeitos de uma ADO, muitas vezes, não geram resultado satisfatório, ou seja, a pauta omissa continua sem regulamentação, tendo em vista que o STF apenas científica o poder competente, não podendo obrigá-lo ou realizar ato com relação a questão.

Nessa linha, é declarado, na ADPF nº 347 de 2015, que faz-se presente um “estado de coisas inconstitucional”, visto a dificuldade em se

fazer cumprir as determinações do documento constitucional, pois “os poderes políticos não possuem qualquer motivação para resolver o problema ante a antipatia da opinião pública [...]” (Brasil, 2015, p. 8).

Isto posto, há de se notar que, os referidos remédios para a problemática das inconstitucionalidades por omissão exercem papel de exacerbada relevância, visto que têm por objetivo garantir que os direitos disciplinados pela Constituição Cidadã sejam resguardados, de modo efetivo, para a população do país. À vista disso, aliás, Mendes (2013, p.1195) delinea que os institutos aqui pautados são responsáveis pela devida consagração dos direitos sociais que, assim sendo, “vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão” (Mendes, 2013, p. 1195).

Insta pontuar, por conseguinte, que as supramencionadas modalidades de controle de constitucionalidade, sozinhas, não são capazes de resolver o cenário da inércia legislativa, posto que não detém de poder coercitivo sobre o Legislativo, visto que seria incabível firmar-se hierarquia entre os poderes de um Estado Democrático de Direito sem violar suas estruturas acarretando, portanto, na adoção de medidas ativas e autônomas do Judiciário para que os cidadãos possam fruir suas garantias, desaguando no fenômeno do ativismo judicial.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos estudos desempenhados até o presente momento, nota-se que a Constituição Federal de 1988 firmou o maior período democrático da história do Brasil, sendo popularmente apelidada de “Constituição Cidadã”, em razão do resguardo de direitos dos cidadãos, nunca explorados pelos documentos constitucionais anteriores. Neste contexto, a CF/88 estabeleceu sua soberania frente à todo ordenamento jurídico, visando garantir um regime democrático harmonico, a fim de que as leis sigam os princípios e objetivos estabelecidos pelo documento constitucional. Isto posto, observam-se as normas de eficácia limitada, dispostas na própria Constituição, que se configuram por matérias que o poder constituinte optou pela regulamentação futura, mediante comando de edição de lei própria ao Poder Legislativo. Assim, como exposto na presente pesquisa, a inobservância das normas de eficácia limitada geram

inconstitucionalidades por omissão que, por sua vez, causam efeitos nas searas jurídicas e políticas.

É indubtável, deste modo, que a própria Constituição prevê mecanismos para a resolução das inconstitucionalidades por omissão, tais como a Ação Direta de Controle Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção, que tem por objetivo cientificar o poder competente de sua inércia diante de matéria constitucional e, ainda, determinar que a regulamentação seja elaborada, para que a inconstitucionalidade seja solucionada. No entanto, mesmo diante das referidas ferramentas, diversas pautas de demasiada relevância social continuam sem norma própria, tendo em vista que é impossível coagir o Legislativo à praticar qualquer ato. Insta salientar, que a inércia aqui abordada é fruto de variadas motivações, destacando-se as de cunho ideológico e a falta de interesse do legislador sobre determinadas matérias, tendo em vista o grande enfoque dado à carreira política e a práticas de *lobby*.

Neste viés, observa-se que o ativismo judicial pode ser tido como a principal consequência das omissões legislativas, uma vez que o Poder Judiciário tende a atuar de maneira ativa e autônoma na busca de soluções para as lacunas legislativas, a fim de que a população possa fruir seus direitos.

No entanto, tendo em vista a extrapolação de competências causada pelo ativismo judicial, é mister pontuar que o efeito jurídico que mais se sobrepõe é a sobrecarga do sistema judiciário do país, que além de seus próprios encargos, assume outros que sequer são de sua alçada. Não obstante, observa-se que o ativismo, muitas vezes, é confundido com o fenômeno da judicialização, gerando uma visão equivocada sobre sua incidência e sua aplicabilidade em contexto fático. Ademais, a recorrente ocorrência do ativismo judicial no país gera certa insegurança jurídica, haja vista a transposição dos limites de atuação de um poder sobre outro abrindo, inclusive, brechas para a disseminação de ideais políticos enviesados na contramão das estruturas do Estado Democrático de Direito.

Diante ao exposto, é indiscutível que os efeitos causados pelas inconstitucionalidades legislativas por omissão impactam as esferas sociais, jurídicas e políticas, tendo em vista o descumprimento de comando da Constituição Federal, lei suprema no país. Assim, nota-se que um possível meio de atenuação da problemática se daria a partir da interlocução entre os poderes, a fim de se alcançar soluções em conjunto para a melhor abordagem a ser adotada frente à norma sem regulamentação. Além disso, é de suma importância salientar que a

participação popular é essencial para a identificação de inconstitucionalidades por omissão e, aliás, para expor as melhores estratégias para a resolução da matéria omissa, visto ser vítima direta dos efeitos daí decorrentes.

Assim sendo, mostra-se explícito que grupos de cidadãos são privados de fruir de seus direitos constitucionalmente previstos, pelo fato de não haver norma que os regulem, desaguando num cenário em que medidas extraordinárias se tornam cada vez mais rotineiras, a fim de que seja dada eficácia às normas constitucionais, mesmo com atos incompatíveis com o regime democrático ora estabelecido. Com isso, é imperioso destacar que as inconstitucionalidades por omissão dificultam o fortalecimento e confiança das instituições, posto que seus desdobramentos causam instabilidades, mesmo que a garantia receba amparo por meios diversos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn] Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 de 2015**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 708 de 2007**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>. Acesso em: 15 jul. 2024.

CAUBET, Yannick. **Controle de Constitucionalidade por Omissão Institutos e Óbices à sua Eficácia**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002. E-book.
CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de marbury. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, 2016.

DIAS, Eduardo Rocha; SÁ, Fabiana Costa Lima de. O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 57, n. 225, p. 165-179, 2020.

HASSELMANN, Gustavo. **Criminalização da homofobia e transfobia: um louvável caso de ativismo judicial do stf. Um louvável caso de ativismo judicial do STF**. 2019. Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/depeso/312468/criminalizacao-da-homofobia-e-transfobia---um-louvavel-caso-de-ativismo-judicial-do-stf>. Acesso em: 15 jul. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Série Edb – Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

SILVA, João Carlos Jarochinski. Análise histórica das Constituições brasileiras. **Ponto-e-Vírgula: Revista de Ciências Sociais**, [s. l], n. 10, p. 217-244, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direito Constitucional Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Edusp, 2021.

SODRÉ, H. W. As Deficiências da Atuação Legislativa Como Fator de Ativismo: Hipertrofia e Omissão Legislativa. Uma Análise da Sociologia Jurídica sobre o Caso Brasileiro de Ativismo Judicial. **Direito Público**, [s. l], v. 8, n. 43, 2013. Disponível em:
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2057>. Acesso em: 19 jul. 2024.

TURTELLI, Camila; DANTAS, Dimitrius; POMPEU, Lauriberto. **Menos produtivo, mais conservador**: congresso registra a menor produtividade em 12 anos e amplia viés ideológico. 2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2023/04/menos-produtivo-mais-conservador-congresso-registra-a-menor-produtividade-em-12-anos-e-amplia-vies-ideologico.ghtml>. Acesso em: 19 jul. 2024.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e ativismo judicial à brasileira. **Revista Direito Gv**, São Paulo, p. 407-440, 2008.