

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

**TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E
FILOSOFIA DO ESTADO II**

ANDRINE OLIVEIRA NUNES

FERNANDO DE BRITO ALVES

RUBENS BEÇAK

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Andrine Oliveira Nunes; Fernando De Brito Alves; Rubens Beçak. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-830-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teoria do Direito 3. Teoria da Justiça e Filosofia do Estado. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO II

Apresentação

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO II

GT “TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO II”

O presente volume é decorrente dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO II, durante o XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA – (CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito), realizado no período de 12 a 14 de outubro de 2023.

O Congresso teve como base a temática “Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración” e os trabalhos expostos são decorrentes de pesquisas realizadas em diferentes instituições nacionais, tendo sido apresentados neste Grupo de Trabalho (GT) 12 (doze) artigos vinculados à temática sobre: Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado, os quais guardam relação com o tema básico do Grupo de Trabalho, o que demonstra a adequada seleção dos artigos, circunstância que favoreceu sobremaneira e de modo efetivo as conjecturas e as refutações dos debates no momento das discussões e análises coletivas, tornando-as muito profícuas e exitosas para o engrandecimento da ciência jurídica e da comunidade acadêmica, exatamente por ter contado com a participação de vários autores dos trabalhos em comento, os quais abordaram diversas temáticas afetas ao GT, cujos títulos dos artigos, autores e síntese de seu conteúdo dispomos a seguir.

1. A ANÁLISE CRÍTICA DE AMARTYA SEN SOBRE A TEORIA DE JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS – Autoria: Thécio Antônio Silveira Braga. O trabalho analisa as críticas de Amartya Sen à teoria de justiça como equidade de John Rawls, tendo sido estruturado para primeiro aclarar a escola dos dois autores e depois analisar as falhas apontadas por Amartya Sen, sobretudo, em relação à centralidade da teoria de John Rawls no que tange a garantia de bens primários como medida de equidade, já que a concessão de determinados bens primários pode não resultar em uma sociedade mais justa, em face da diversidade de necessidades mínimas para cada indivíduo; além da impossibilidade desta escola de oferecer respostas para os casos difíceis. Ademais, explora a resposta de John Rawls às críticas de Amartya Sen. A conclusão é que tanto a concepção de justiça de ambos

os autores têm o mesmo ponto de partida, qual seja, a liberdade e que nenhuma delas oferecem argumentos suficientes para neutralizar o objeto e abordagem da outra.

2. A BAIXA REPRESENTATIVIDADE DO GOVERNO FEDERAL BRASILEIRO NO ARRANJO INSTITUCIONAL DA REGIÃO METROPOLITANA DA BAIXADA SANTISTA E SEUS IMPACTOS NO DESENVOLVIMENTO INTEGRADO – Autoria: Maria Fernanda Leal Maymone, Angela Limongi Alvarenga Alves, Alcindo Fernandes Gonçalves. O trabalho abordou a discussão sobre questões urbanas e metropolitanas com um olhar na governança e no desenvolvimento integrado, em especial na Baixada Santista, uma vez que a participação democrática dos atores locais é fundamental para abordar a urbanidade e o meio ambiente. No entanto, algumas atuações, exíguas e pontuais do Governo Federal, nas questões relacionadas ao federalismo, com enfoque na Baixada Santista, trouxe o seguinte questionamento: quais impactos possíveis a ausência do Governo Federal pode causar na agenda de governança para a Região Metropolitana da Baixada Santista? Assim, fora analisado o modelo de federalismo de cooperação e o pacto federativo nos processos de desenvolvimento e governança da Região Metropolitana da Baixada Santista, seus arranjos institucionais e sua efetividade na promoção da cooperação intermunicipal e enfretamento das questões metropolitanas, com a conclusão de que na Região Metropolitana da Baixada Santista a falta de articulação entre governança e federalismo causam impactos negativos para o desenvolvimento integrado da Região.

3. OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS – Autoria: Marcelo Nunes Apolinário, Ândreo da Silva Almeida. O trabalho analisou as teorias do diálogo institucional que versam sobre o método judicial, elaboradas por Christine Bateup, e sua efetiva utilização pela jurisdição constitucional brasileira para resolver os conflitos envolvendo a concretização de direitos sociais nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e, a habilitação para reduzir o déficit democrático do Judiciário nesse tipo de atuação. Verificou-se que o Supremo Tribunal Federal utiliza as teorias dos diálogos institucionais na concretização dos direitos sociais como forma de equilibrar os valores do constitucionalismo com a democracia, com recorte temporal de 2008 a 2020, para ao final concluir que as teorias do diálogo quanto ao método judicial podem contribuir consideravelmente para que a Jurisdição Constitucional alcance patamares satisfatórios de concretização de direitos sociais nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

4. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA ERA DA TECNOLOGIA – Autoria: Noirma Murad. O trabalho analisou que a globalização se dá não apenas quanto ao capital e

mercadorias, mas também em relação às inovações do mundo digital, às novas formas de comunicação e aos novos atores no setor político que se utilizam da nova tecnologia, analisando-as sob o aspecto da mineração de dados e da rapidez com que as notícias falsas se espalham. Os institutos, como a lawfare, se apresentam com uma nova forma de dominação política e econômica, detendo meios de interferência em eleições democráticas, bem como nas formas de organização das guerras que se dão no espaço virtual e digital, de dados, junto ou separadamente aos meios tradicionais, trazendo um novo tipo de colonialismo: o colonialismo de dados como forma de dominação política. Essas guerras pelo poder, com a inclusão dos meios digitais, da rapidez, do direito como arma de guerra, foram denominadas “guerras híbridas”, violando não apenas os direitos fundamentais, mas colocando em risco a própria existência do Estado Democrático de Direito, uma vez que há a manipulação das condutas sociais para fins políticos. Daí a necessidade do Direito regular essas novas formas de comunicação e dominação, preservando os direitos fundamentais e o próprio Estado Democrático de Direito.

5. ACESSO A JUSTIÇA E ATIVISMO JUDICIAL SOB A PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA – Autoria: Greice Kelly Lourenco Porfirio De Oliveira, André Luiz de Oliveira Brum. O trabalho analisou, por meio do confronto com opiniões doutrinárias, a concretude do direito fundamental constitucional do acesso à justiça, tendo inicialmente traçado um estudo conceitual sobre o direito fundamental constitucional de acesso à justiça, analisando a expansão do conceito ao longo dos tempos, principalmente em relação à evolução legislativa em âmbito nacional. Assim, a atuação do Poder Judiciário, muitas vezes é confundida como justificativa para concessão de decisões sem critério, fundadas na racionalidade e discricionariedade a partir da vivência, costumes dos julgadores. A partir de tal ponto, observando questões de julgamentos nacionais, foi estabelecido uma diferenciação de judicialização da política e ativismo judicial, inclusive sob a perspectiva de diferentes autores. Assim, resta evidente e imprescindível reforçar a relevância da hermenêutica jurídica, principalmente para resguardar os direitos fundamentais e os termos constitucionais, visando inibir a arbitrariedade prevista no ativismo judicial.

6. COSTUMES CONSTITUCIONAIS E PLURALISMO JURÍDICO – Autoria: Rafael Lazzarotto Simioni, Régis Gustavo Fernandes dos Santos. O trabalho discute a possibilidade do reconhecimento de “costumes constitucionais” como fontes subsidiárias de direito constitucional, com a análise das consequências jurídicas decorrentes dessa hipótese: controle de constitucionalidade de atos normativos infraconstitucionais baseados em costumes constitucionais, distinções entre costumes secundum, praeter e contra legem, bem como a relação entre costumes e mutação constitucional e as diferenciações necessárias entre costumes constitucionais e pluralismo jurídico. Como resultado, concluiu que não só é

possível, mas, sobretudo, imprescindível o reconhecimento da existência de costumes constitucionais na ordem jurídica brasileira, como forma de valorização do pluralismo jurídico e das práticas políticas que ajudam no processo de complementação da construção de sentido do direito constitucional brasileiro.

7. TOTALITARISMO NO SÉC. XXI? NOTAS SOBRE O REGIME DA COREIA DO NORTE E O TOTALITARISMO – Autoria: Giovani da Silva Corralo, Luiz Fernando Lourenço Guimarães. O trabalho tem por foco a análise da Coreia do Norte e a sua conformação enquanto Estado totalitário. Trata-se de um dos países com o regime político mais fechado do mundo. Para tanto, perscrutam-se importantes reflexões sobre as formas autocráticas de governo no decorrer do tempo, de Platão a Hannah Arendt, sendo as categorias identificadoras do totalitarismo de Hannah Arendt as utilizadas como principal referência teórica. Daí a conclusão fora no sentido de que a presença massiva dos elementos caracterizadores do totalitarismo, adotando a classificação de Hannah Arendt, permitem considerar a Coreia do Norte como um Estado totalitário, cuja inexistência de uma grande população, não obstante a considerável densidade populacional e a não pretensão universalista, não elidem a força e a intensidade dos demais elementos caracterizadores do totalitarismo.

8. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E LAWFARE: DIFERENCIAÇÕES CONCEITUAIS – Autoria: Robson Luis Zorzanello, Mateus Renan Jacobs, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. O trabalho estabelece conceituações e diferenciações entre a judicialização da política e o ativismo judicial, entendidos como desdobramentos do protagonismo judicial, incluindo o debate do lawfare. A judicialização da política é vista como decorrência do regime de jurisdição vigente, pois com a promulgação da atual Constituição os direitos fundamentais foram expandidos e foi instituído um complexo sistema de controle de constitucionalidade, que conferiu ao Judiciário competências ampliadas, as quais acabam por ser interpretadas, por vezes, como invasão nas atribuições dos Poderes Legislativo ou Executivo. O ativismo judicial, por seu turno, ocorre no terreno da judicialização, mas com ela não se confunde. De matriz pós-positivista, o ativismo designa a atuação de magistrados que, pretensamente imbuídos da tarefa de concretizar direitos fundamentais, contornam o processo legislativo moroso, inativo ou conservador para fazer valer interpretações voluntaristas, extrapolando os limites constitucionais e legais. Já o lawfare consiste no uso estratégico do direito com fins políticos, econômicos ou comerciais, para prejudicar ou aniquilar um inimigo. Pode ser permeado pelo ativismo judicial, mas dele se diferencia, dentre outros aspectos, pelas finalidades que o motivam e pela estrategização que tem como característica. Assim, infere-se que o ativismo judicial e o lawfare são causa de desestabilização do Estado Democrático de Direito.

9. LIBERDADE JURÍDICA E NEGAÇÃO DETERMINADA – Autoria: Vinícius Gomes Casalino. O trabalho aborda o tema da liberdade jurídica e os elementos que constituem o núcleo específico de seu significado normativo. Tem como objetivo problematizar os limites conceituais deste direito fundamental com vistas a uma compreensão mais adequada de sua eficácia jurídica e social. Para tanto, procura, na formulação clássica, sobretudo aquela desenvolva pelo idealismo e dialética alemães, os pontos fundamentais a partir dos quais se pode estabelecer seus limites e abrangência imanentes. Os resultados sugerem que a liberdade jurídica, pensada à luz de sua negação determinada, é conceito que se limita a si próprio, dispensando, para tanto, a colisão com outros direitos fundamentais, como sempre sustentou a teoria tradicional. As conclusões indicam que a limitação das liberdades clássicas, como a liberdade de expressão, longe de ser uma restrição a um direito fundamental, constitui, na verdade, sua condição de existência e efetividade plenas. A compreensão da liberdade como direito que se autolimita e, ao fazê-lo, preserva-se, é fundamental para a defesa e sustentação do Estado Democrático de Direito neste primeiro quarto do século XXI.

10. O IMPACTO POLÍTICO E ECONÔMICO SOBRE A FORMA JURÍDICA NEOLIBERALISMO: BASE IDEOLÓGICA DA RETRAÇÃO DE DIREITOS NA REFORMA PREVIDENCIÁRIA BRASILEIRA DE 2019 – Autoria: Celeste Maria Gama Melão, Julia Piccoli Silva. O trabalho realiza estudo jusfilosofico com ênfase no impacto sobre a forma jurídica dos direitos sociais imposto pelo contexto econômico e político e visa demonstrar de que maneira a forma jurídica esta relacionada à forma social. Tem como eixo a contraposição entre as interpretações filosóficas características das teorias idealista e materialista histórico dialética, respectivamente, acerca da forma jurídica. O núcleo central do estudo consiste na investigação acerca das transformações econômicas, sobretudo, acerca da sua relação para com as modificações ocorridas na esfera jurídica. Com fins epistemológicos, apresenta um recorte temático, tanto em termos geográficos quanto em termos de temporalidade, focado na análise da Reforma Previdenciária Brasileira de 2019, de modo a relaciona-la com as políticas econômicas liberais e neoliberais administradas à época, para identificar os moldes ideológicos que incidem diretamente sobre o Direito e sua forma jurídica a ponto de fazê-lo ir na contramão da Justiça Social.

11. CRÍTICAS ÀS TEORIAS ESTRUTURAIS DE VINCULAÇÃO À ATIVIDADE LEGISLATIVA EM CARLOS BERNAL PULIDO – Autoria: Gustavo Silva Calçado. O trabalho aborda a complexa atividade legislativa no que tange a criação de novas regras que compõem o sistema normativo. Não se trata da análise procedimental ou um estudo de qualquer critério formalista. A ideia é contribuir com reflexões a respeito os limites à prática legiferante. Embora o campo político seja naturalmente uma arena criativa, na qual se discute

ideologias, não se pode ter em mente que se trata de um espaço sem constrangimentos. Neste sentido, qual seja, identificar a existência de instrumentos limitadores à criatividade parlamentar, este artigo busca apresentar e descrever o estudo desenvolvido pelo professor espanhol Carlos Bernal Pulido, publicado em sua obra *El Principio de Proporcionalidad y los derechos Fundamentales*, cuja construção teórica mostra-se alicerçada principalmente em Alexy e Habermas, na tentativa de demonstrar porque a aplicação do princípio da proporcionalidade oferece maiores garantias de racionalidade. O autor espanhol estrutura seu estudo a partir da falibilidade das Teorias Essencialistas e da Teoria Interna ou de Conteúdo Reduzido da norma jurídica tendo os direitos Fundamentais como elemento de equilíbrio. Portanto, o leitor terá a oportunidade de conhecer um pouco do estudo desenvolvido pelo professor Carlos Pulido, sem a pretensão de conhecê-la em sua inteireza visto sua profundidade teórica, em que pese seus ensinamentos fornecerem importantes referências para o desenvolvimento prático do tema no âmbito das casas legislativas.

12. A AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DO DIREITO À NACIONALIDADE COMO PROBLEMA DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: UM ESTUDO DE CASO SOBRE OS TRABALHADORES MIGRANTES DOS ESTADOS DO CONSELHO DE COOPERAÇÃO DO GOLFO – Autoria: André Augusto Cella. O trabalho trata da ausência do reconhecimento do direito de nacionalidade aos trabalhadores migrantes residentes nos Estados membros do Conselho de Cooperação do Golfo (CCG) como um problema de justiça distributiva, na medida em que se verifica, empiricamente, que uma maioria da população de 6 países situados no Golfo Pérsico, com elevada renda 'per capita', vive numa situação de permanente exclusão de pertencimento político e acesso a bens sociais primários. Ao tratar o tema como uma luta por reconhecimento, numa abordagem dedutiva, ele visa, por meio de um estudo de caso, analisar a possibilidade de estabelecimento de padrões mínimos de Direito Internacional a serem observados pelos Estados a respeito do reconhecimento do direito à nacionalidade, a partir da análise de evidências empíricas em situações semelhantes e à luz de concepções liberais de justiça. Assim, tenta-se responder à indagação que é o problema central da pesquisa: poderia o Direito Internacional incidir na temática aqui proposta, estabelecendo padrões mínimos e eventuais sanções em caso de descumprimento? As conclusões obtidas apontam para a existência de abuso do poder de regulação do direito de nacionalidade nos Estados do CCG, de uma luta por reconhecimento que só não aparece às claras por conta dos regimes antidemocráticos que operam na região e pela possibilidade, no plano do Direito Internacional, de imposição de mudanças que beneficiem esses migrantes, sob pena de sanções, mesmo numa perspectiva de teorias liberais de justiça.

Certos de que esta publicação soma, e muito, ao conhecimento acadêmico teórico-prático, gerando valores e fornecendo importantes instrumentos para que pesquisadores e aplicadores

do Direito acresçam às suas compreensões relativas, constantes e necessárias das Teorias do Direito, Teorias da Justiça e da Filosofia do Estado, os organizadores deste grupo de trabalho prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

14 de outubro de 2023.

Coordenadores:

Prof^a. Dr^a Andrine Oliveira Nunes – Centro Universitário Estácio do Ceará

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – Universidade Estadual do Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak – Universidade de São Paulo

OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

INSTITUTIONAL DIALOGUES IN DIRECT ACTIONS OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION IN MATTER OF SOCIAL RIGHTS

Marcelo Nunes Apolinário ¹
Ândreo da Silva Almeida ²

Resumo

O presente estudo tem como escopo analisar se as teorias do diálogo institucional, sobretudo as teorias que versam sobre o método judicial elaboradas por Christine Bateup, são efetivamente utilizadas pela jurisdição constitucional brasileira para resolver os conflitos envolvendo a concretização de direitos sociais nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e, dessa forma, se estariam habilitadas para reduzir o déficit democrático do Judiciário nesse tipo de atuação. A resposta à referida indagação será alcançada pela testagem da hipótese de que o Supremo Tribunal Federal utiliza as teorias dos diálogos institucionais na concretização dos direitos sociais como forma de equilibrar os valores do constitucionalismo com a democracia. A pesquisa empregou o método de abordagem hipotético-dedutivo, que consiste na formulação de uma hipótese que será testada ao longo da investigação, sendo a referida testagem realizada a partir da análise dos resultados extraídos das avaliações qualitativas e quantitativas das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão julgadas no recorte temporal de 2008 a 2020 pelo Supremo Tribunal Federal. Ao final, conclui-se que as teorias do diálogo quanto ao método judicial podem contribuir consideravelmente para que a Jurisdição Constitucional possa alcançar patamares satisfatórios de concretização de direitos sociais nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, Diálogos institucionais, Inconstitucionalidade por omissão, Direitos sociais, Separação de poderes

Abstract/Resumen/Résumé

The present study aims to analyze whether the theories of institutional dialogue, especially the theories that deal with the judicial method elaborated by Christine Bateup, are effectively used by the Brazilian constitutional jurisdiction to resolve conflicts involving the realization of social rights in direct actions of unconstitutionality by default and, therefore, whether they would be qualified to reduce the democratic deficit of the Judiciary in this type of action. The

¹ Doutor em Derechos Fundamentales pela Universidad Autónoma de Madrid. Professor da Faculdade de Direito da UFPEL (Graduação e Mestrado).

² Mestre em Direitos Sociais pela UFPEL; Especialista em Direito do Estado pela UFRGS; Advogado.

answer to that question will be reached by testing the hypothesis that the Federal Supreme Court uses the theories of institutional dialogues in the realization of social rights as a way of balancing the values of constitutionalism with democracy. The research employed the hypothetical-deductive method of approach, which consists of formulating a hypothesis that will be tested throughout the investigation, with said testing carried out from the analysis of the results extracted from the qualitative and quantitative evaluations of direct actions of unconstitutionality by omission judged in the time frame from 2008 to 2020 by the Federal Supreme Court. In the end, it is concluded that the theories of dialogue regarding the judicial method can contribute considerably so that the Constitutional Jurisdiction can reach satisfactory levels of realization of social rights in direct actions of unconstitutionality by omission.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional jurisdiction, Institutional dialogues, Unconstitutionality by omission, Social rights, Separation of powers

1 INTRODUÇÃO

O anseio pela efetivação de direitos sociais na nova ordem constitucional decorre, dentre outros motivos, da transformação realizada na hermenêutica constitucional pós-1988, uma vez que a Constituição deixou de ser vista apenas como um documento político, que abarcava uma série de intenções, e passou a ser lida como um documento normativo, cujos direitos nela consagrados são dotados de eficácia jurídica e, por consequência, devem ser concretizados pelo Poder Judiciário, caso seja verificada a inércia dos demais Poderes.

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

Especialmente no tocante aos direitos sociais, a crítica está em não reconhecer que juízes e tribunais teriam legitimidade e capacidade institucional para deliberarem sobre políticas públicas de concretização de direitos sociais. A referida resistência à atuação progressista do Judiciário é fundamentada (i) na inadequação da estrutura e da posição de juízes e Cortes para impor obrigações que exigem dos poderes políticos disponibilidade de fundos para seu cumprimento; (ii) na desigualdade gerada pelo sucesso de demandas judiciais individuais que efetivam direitos sociais, dado que é mantido o descumprimento em relação àqueles que não acessam o Judiciário; (iii) no marco cognitivo do processo judicial que não permite discutir e decidir questões de políticas públicas, as quais implicam em priorizar objetivos, distribuir recursos e equilibrar interesses contrapostos; (iv) na formação de juízes que não permite uma análise sobre questões técnicas que exigem abundante conhecimento sobre os fatos, o que torna uma agência administrativa especializada mais habilitada a decidir sobre o tema (ABRAMOVICH, 2005).

Dessa forma, ante o cenário de críticas, enfrentar o tema da jurisdição constitucional no processo de concretização dos direitos sociais compreende resolver o embate existente entre maximização da participação popular e a necessidade de defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, buscando estabelecer o equilíbrio entre os pratos da balança do constitucionalismo e da democracia.

Assim, o problema deste estudo concentra-se em responder a seguinte indagação: as teorias dos diálogos institucionais são efetivamente utilizadas pela jurisdição constitucional brasileira para resolver os conflitos envolvendo a concretização de direitos sociais e, assim, colabora para reduzir o déficit democrático do Judiciário nesse tipo de atuação? A resposta à referida indagação será alcançada pela testagem da hipótese de que o Supremo Tribunal Federal utiliza as teorias dos diálogos institucionais na concretização dos direitos sociais como forma de equilibrar os valores do constitucionalismo com a democracia.

No que tange aos pressupostos metodológicos, o trabalho empregou o método de abordagem hipotético-dedutivo, que consiste na formulação de uma hipótese que será testada ao longo da investigação, sendo a referida testagem realizada a partir da análise dos resultados extraídos das avaliações qualitativas e quantitativas das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão julgadas no recorte temporal de 2008 a 2020 pelo Supremo Tribunal Federal.

2 OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NA PERSPECTIVA TEÓRICA

Em uma análise etimológica, diálogo decorre da fusão das palavras gregas *dia* e *logos* e remete, em seu sentido original, à ideia de ser um instrumento capaz de viabilizar a circulação de sentidos e significados. Ao contrário do debate, que possui um caráter competitivo e adversarial, o diálogo encontra-se inserido em um contexto de atividade cooperativa de reflexão e observação da realidade, que busca proporcionar uma melhor construção das ideias a partir de significados compartilhados. O viés cooperativo do diálogo traz como vantagem a facilitação ao intercâmbio de conhecimento e das perspectivas acerca da realidade de cada um dos indivíduos e instituições que dele fazem parte, permitindo que a deliberação seja produto de um processo de construção conjunta, e não de mera concordância ou discordância (MATTOS, 2014).

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

Em outras palavras, os diálogos institucionais buscam alterar as concepções clássicas de separação de poderes, como, por exemplo, o *checks and balances* e o da separação estrita, os quais são pouco convidativos ao caráter cooperativo dos diálogos institucionais, vez que são

forjados para fomentar o equilíbrio institucional por meio do conflito entre os poderes e, assim, menosprezam o potencial de aprimoramento da democracia a partir da elevação epistêmica advinda das relações interinstitucionais (GARGARELLA, 2014).

Nota-se, assim, que as teorias dos diálogos institucionais, inaugura uma proposta de leitura crítica sobre a separação dos poderes e, ao mesmo tempo, busca valorizar as diferentes atribuições das instituições, objetivando que a resolução das questões constitucionais não seja limitada à autoridade da decisão de uma instituição que possui a última palavra, mas sim que seja fruto de um processo deliberativo norteado pela cooperação e intercâmbio de conhecimento de todos os atores afetados pela decisão (instituições e sociedade civil).

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

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

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

Como forma de sistematizar o estudo dos diálogos institucionais, utilizar-se-á como objeto paradigmático da investigação as teorias sobre o método judicial elaboradas por Christine Bateup (2006). A autora aponta três subdivisões dessa teoria, sendo elas: a teoria do aconselhamento judicial (*judicial advice-giving*), a teoria do respeito às regras procedimentais (*process-centered rules*) e o minimalismo judicial (*judicial minimalism*).

As teorias do método judicial têm como característica em comum a defesa de que juízes e tribunais usam de forma consciente técnicas decisórias que estimulam um debate mais amplo acerca do significado constitucional, sendo que esse debate ocorre tanto dentro dos poderes (intrainstitucional) como entre os poderes (interinstitucional) (BATEUP, 2006).

A teoria do aconselhamento judicial estimula que o Poder Judiciário adote um comportamento proativo, utilizando técnicas de interpretação e construção de suas decisões que sirvam de instrução para os demais poderes não violarem a Constituição.

Bateup (2006) entende que no interior das teorias do aconselhamento judicial podem ser visualizadas duas técnicas de dar conselhos distintas: os roteiros constitucionais (*constitutional road maps*) e o aconselhamento sem declaração de inconstitucionalidade. Na primeira os juízes não só declaram a inconstitucionalidade da legislação, mas também aconselham os ramos políticos sobre o caminho para que uma legislação sobre aquele tema seja constitucional. Na segunda técnica o Judiciário não declara a inconstitucionalidade da legislação, porém, com base em técnicas decisórias que servem de conselhos aos ramos políticos, juízes e tribunais incentivam os atores políticos a revisarem a legislação para remover ambiguidades e imprecisões ou indica os limites a partir dos quais se adentrará em uma zona de violação constitucional.

Já a teoria do respeito às regras procedimentais tem como característica principal a preocupação de concentrar no Judiciário o papel de órgão controlador do procedimento majoritário, porém sem retirar do Parlamento a sua função precípua de deliberar sobre questões de amplo alcance na sociedade. No contexto desta teoria, o diálogo reside no fato de que a declaração de inconstitucionalidade permitirá ao Legislativo manifestar-se novamente sobre o tema que tenha sido tratado inicialmente de forma apressada ou superficial na compreensão da Corte Constitucional, de modo que é assegurado ao legislador, após as considerações do Judiciário, realizar um “segundo olhar” sobre a matéria em discussão. Esse “segundo olhar” pode acentuar o diálogo entre os poderes, visto que o Legislativo poderá apresentar uma resposta à pronúncia de inconstitucionalidade do Judiciário, bem como essa nova resposta

poderá ser objeto de novo crivo judicial, o que de certa forma aumenta a responsabilidade do Legislativo na elaboração compartilhada de um significado constitucional (SILVA, 2012).

Em contrapartida, o minimalismo judicial não fomenta atitudes positivas do Poder Judiciário em detrimento do espaço reservado aos poderes políticos na democracia. Defende, sim, uma menor interferência de juízes e cortes no momento de julgar questões de grande abrangência, visto que, ao adotar uma posição menos incisiva, o Judiciário estaria estimulando o debate político na confecção de escolhas democráticas. Nesse sentido, Sunstein (2008) entende que uma dependência exacerbada das cortes pode prejudicar os canais democráticos utilizados para a mudança da sociedade, uma vez que pode dispersar as energias e recursos da política e também devido ao fato da decisão judicial barrar o debate político sobre o tema (SUNSTEIN, 2008).

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

3 OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NA PRÁXIS DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO)

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

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

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

providências necessárias e, quando o responsável for órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.¹

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

Michel Temer pondera que a finalidade precípua da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é alcançar a efetivação de direitos constitucionais estabelecidos em normas que exigem regulamentação pelo legislador ordinário (TEMER, 1996).

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

A fim de alcançar o objetivo desta investigação, que corresponde a identificar a aplicação dos diálogos institucionais nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão atinentes a direitos sociais, realizou-se pesquisa empírica que foi dividida em duas etapas para viabilizar a coleta de dados seguros e a seleção de uma amostra apta a fornecer os elementos necessários para a conclusão do trabalho.

Na primeira etapa da investigação empírica, analisaram-se todas as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal no recorte temporal de 2008 a 2020², de modo a permitir a formação de uma amostragem razoável das decisões judiciais do controle concentrado de constitucionalidade por omissão, tornando

¹ A jurisprudência do STF tem admitido, em casos de relevância e urgência constitucional, a adoção de decisão normativa provisória em ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, devendo os efeitos normativos da decisão persistirem enquanto a omissão não for suprida definitivamente pelo órgão competente. Trata-se de postura do Tribunal a fim de compatibilizar o princípio da separação dos poderes com o princípio da prevalência da Constituição na medida em que concretiza de imediato o preceito constitucional sem retirar a prerrogativa do Poder Legislativo de deliberar sobre a matéria da forma que entender mais adequada.

² Do ponto de vista metodológico, a adoção do recorte temporal indicado (2008 a 2020) encontra justificativa no fato de o Supremo Tribunal Federal, até outubro de 2008, não reconhecer a autonomia processual das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (ADO), fazendo com que eventuais omissões inconstitucionais fossem enfrentadas pela Corte no bojo das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI). Diante desse comportamento do STF, tornou-se necessário limitar o universo da pesquisa às ações ajuizadas a partir de outubro de 2008, sendo uma escolha metodológica tendente a atribuir segurança às conclusões da pesquisa, já que, considerando o elevado número de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) julgadas pela Corte, seria incompatível com os limites temporais deste estudo a averiguação das omissões inconstitucionais tanto em sede de ADI como por meio de ADO.

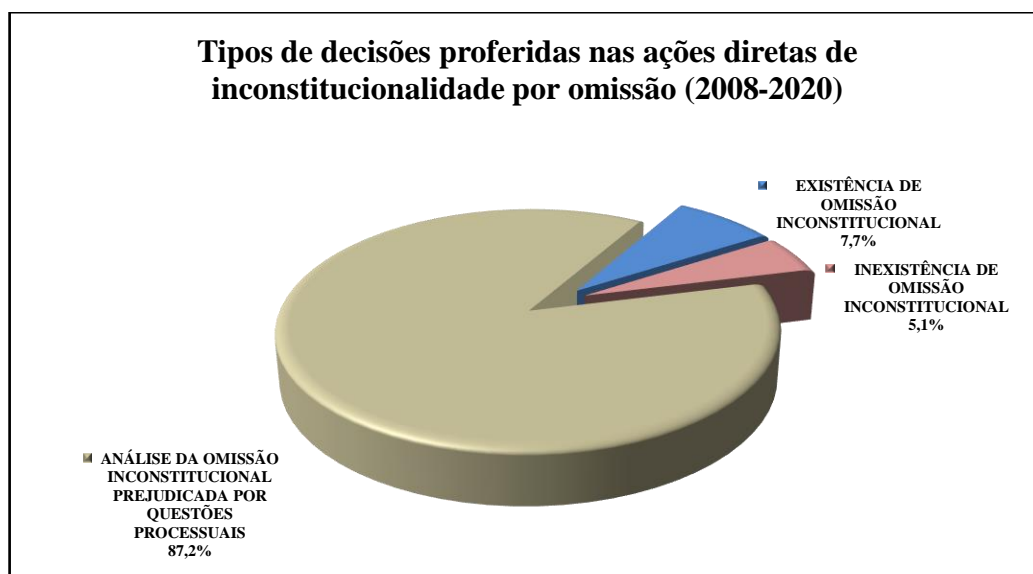
possível a extração dos dados e sua catalogação para identificar o funcionamento da jurisdição constitucional brasileira em sede de ADO.

Na segunda etapa da pesquisa, realizou-se estudo pormenorizado exclusivamente das decisões judiciais de procedência proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade por omissão que integraram a amostragem da pesquisa empírica e versam sobre direitos sociais, objetivando, com isso, identificar a ocorrência ou não da aplicação das técnicas dialógicas pela Corte.

Assim, na primeira etapa já foi possível constatar que o Supremo Tribunal Federal apresenta três tipos de decisão no que tange ao julgamento final das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão: (i) existência de omissão inconstitucional, o que corresponde ao julgamento de procedência do pedido formulado na ADO; (ii) inexistência de omissão inconstitucional, sendo declarada por meio do julgamento de improcedência do pedido veiculado na ADO e (iii) a extinção da ação sem julgamento do mérito, verificado nos casos em que a análise da existência de omissão inconstitucional restou prejudicada por questões processuais.

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

Gráfico 4



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

Importante esclarecer que a amostragem da pesquisa contemplou 53 ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, porém o levantamento de dados para identificar os tipos de decisões prolatadas foi desenvolvido em um universo de 39 ações, uma vez que até a conclusão do trabalho ainda restavam 14 ações ajuizadas no período de 2008 a 2020 aguardando julgamento.³

A existência de casos em que houve o enfretamento do mérito é consideravelmente menor do que aqueles em que a ação foi extinta por questões processuais, dado que a Corte apreciou a existência de omissão inconstitucional em apenas cinco casos. O juízo de procedência acerca do pedido de declaração da existência de omissão inconstitucional foi verificado em três demandas, o que representa 7,7% do total de casos.

A Corte reconheceu a inércia legislativa nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão autuadas sob os números 25, 26 e 30, as quais foram julgadas procedentes em decisões proferidas pelo Plenário da Corte. A pesquisa buscou identificar o perfil das decisões que acolheram o pedido de procedência formulado nas ações declarando a existência de omissão inconstitucional, de sorte que foi realizada uma investigação minuciosa nos autos dos processos judiciais para identificar o grau de deferência da Corte aos demais Poderes quando reconhece a existência de omissão inconstitucional. Assim, o estudo traçou três possíveis posturas a serem adotadas pelo STF no julgamento de procedência da ADO, representadas pelos seguintes tipos de decisão: (i) meramente declaratória, hipótese que o Tribunal reconhece a existência de omissão inconstitucional e apenas dá ciência à autoridade competente para a edição do ato normativo faltante; (ii) declaratória com estipulação de prazo, quando o STF, além de reconhecer a omissão, fixa prazo para a instituição competente cumprir com o seu dever de legislar; e (iii) declaratória com a concretização do direito, situação em que a Corte declara a omissão e, ao lado disso, supre a omissão regulamentando por meio da decisão judicial a norma constitucional que estava com a sua efetividade prejudicada pela inércia legislativa.

Ocorre que, analisados os três casos de procedência proferidos nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão pesquisadas, concluiu-se que o STF adota uma postura deveras distante do preceituado no art. 103, §2º, da CF, pois em todos os casos decidiu além da

³ Um estudo mais pormenorizado sobre os dados pode ser realizado a partir da dissertação de mestrado intitulada “*A aplicação das teorias dos diálogos institucionais na efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário: uma análise a partir dos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão*”. A pesquisa foi desenvolvida por Ândreo da Silva Almeida e apresentada no Programa de Mestrado em Direitos Sociais da Universidade Federal de Pelotas.

mera declaração da omissão inconstitucional. À mingua de previsão no texto constitucional, a Corte fixa prazo para que o órgão legislativo competente edite a legislação faltante e, mais do que isso, utiliza da técnica das decisões aditivas para suprir a omissão no próprio provimento jurisdicional, ou seja, diante do vácuo legislativo, o STF faz as vezes do Poder Legislativo quando julga procedente uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Portanto, verificada a postura concretista do STF ao julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, tornou-se necessário perquirir se a Corte ao menos estabelece uma postura convidativa ao diálogo institucional quando decide de tal forma, visto que tal postura contribui para reduzir o déficit democrático dessas decisões proferidas em sede de ADO, as quais, em última análise, invadem a esfera de competência do Legislativo e Executivo.

A seguir a análise qualitativa das decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão n.º 25, 26 e 30.

3.1 ANÁLISE QUALITATIVA DA ADO N.º 25

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 25 foi proposta pelo Governador do Estado do Pará, imputando ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional consistente na ausência de elaboração da lei complementar à época prevista no artigo 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁴.

O Governador do Estado do Pará sustentava que a Emenda Constitucional n.º 42/03, ao instituir a norma do artigo 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, criou um sistema de compensação financeira, o qual visava beneficiar os Estados exportadores, especialmente para amenizar os prejuízos suportados por esses entes federados em decorrência da ampla desoneração de ICMS sobre operações de exportações de mercadorias e serviços realizada pela referida Emenda Constitucional responsável também por alterar a redação do artigo 155, §2º, inciso X, alínea “a”, da Constituição⁵.

⁴ Art. 91. A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semi-elaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a.

⁵ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

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

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

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

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

Entende-se que na ADO n.º 25 de fato ocorreu a adoção dos diálogos institucionais para resolver a questão atinente ao repasse de recursos aos estados membros em decorrência da

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

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

X - não incidirá:

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

desoneração do ICMS sobre produtos exportados, porquanto, após a decisão judicial, o Congresso Nacional, em resposta ao estímulo dado pela Corte, deliberou sobre o tema.

Assim, em continuação à tarefa de efetivação do direito previsto no artigo 91 do ADCT, iniciada pela decisão concretista proferida pela Corte na ADO n.º 25, o Congresso Nacional editou a Lei Complementar n.º 176, responsável por assegurar o repasse de R\$ 58 bilhões aos entes federados, condicionando essa transferência à renúncia pelos entes a eventuais direitos contra a União decorrentes do artigo 91 do ADCT, de modo que o objetivo estampado na decisão da ADO n.º 25 de construir de forma conjunta regulamentação do artigo 91 do ADCT a partir da técnica do respeito às regras procedimentais foi alcançado.⁶

3.2 ANÁLISE QUALITATIVA DA ADO N.º 26

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

Em suas razões o partido político proponente alegava que existia uma violação ao dever constitucional de legislar insculpido no art. 5º, XLI e XLII, da Constituição Federal⁷, sendo tal violação fruto da “má vontade institucional do Parlamento Brasileiro em efetivar a criminalização específica da homofobia e transfobia”. Sustentava, ademais, que, como consequência da inércia do Congresso Nacional em deliberar sobre o tema, ter-se-ia a

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

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

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

vulneração de direitos fundamentais à segurança, à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero.

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

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

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

É possível enquadrar a decisão proferida como a materialização da teoria dialógica do aconselhamento judicial, uma vez que a Corte, sem a intenção de vincular o Legislativo à solução provisória indicada (aplicação da Lei n.º 7.716/89), estabeleceu a necessidade de o Congresso Nacional criminalizar a homofobia e transfobia com base nos mandamentos de criminalização estampados nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal,

indicando que tais condutas devem ser interpretadas de forma semelhante às aquelas reprimidas pela Lei n.º 7.716/89, porquanto a Corte considerou a homofobia e a transfobia como manifestação do racismo na sua dimensão social.

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

3.3 ANÁLISE QUALITATIVA DA ADO N.º 30

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

Em suas razões, o autor da ADO n.º 30 sustentava que o artigo 1º, inciso IV, da Lei Federal n.º 8.989/95⁸, ao especificar as deficiências ensejadoras do benefício fiscal de isenção

⁸ Art. 1º Ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável ou sistema reversível de combustão, quando adquiridos por: (Redação dada pela Lei nº 10.690, de 16.6.2003) [...] IV – pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal; (Redação dada pela Lei nº 10.690, de 16.6.2003) [...] § 1º Para a concessão do benefício previsto no art. 1º é considerada também pessoa portadora de deficiência física aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com

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

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

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

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

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

deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções. (Incluído pela Lei nº 10.690, de 16.6.2003)

Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que no ordenamento jurídico brasileiro ostenta status de emenda constitucional.

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

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

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

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

Art. 2º do Projeto de Lei de Conversão, na parte em que altera o inciso IV do caput do art. 1º da Lei n.º 8.989, de 24 de fevereiro de 1995

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

Razões do veto

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

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

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

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

Inegável, assim, que, ao declarar a inconstitucionalidade por omissão e suprir a lacuna legislativa provisoriamente com a indicação de tratamento igualitário entre os deficientes auditivos e aqueles já protegidos pela Lei n.º 8.989/95, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu um diálogo com o Legislativo e o Executivo. Ademais, no caso em análise, o diálogo foi realmente profícuo, vez que, conforme demonstrado acima, os parlamentares consideraram as razões expostas pela Corte quando da aprovação do Projeto de Lei n.º 5.149/2020. Igualmente em relação ao Executivo, pois, em vez de vetar a solução aprovada pelo Legislativo que consagrava o decidido na ADO n.º 30, apresentou comportamento diverso, sancionando o referido projeto de lei e, mais do que isso, aprimorando a efetivação do direito com a edição do Decreto n.º 11.063/2022.

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

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar se as teorias dos diálogos institucionais são efetivamente utilizadas pela jurisdição constitucional brasileira nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão para resolver os conflitos que envolvem a materialização de direitos sociais com o fito de propiciar maior espaço de deliberação democrática do judiciário neste tipo de matéria.

Conclui-se que as teorias do diálogo quanto ao método judicial podem contribuir consideravelmente para que a Jurisdição Constitucional possa alcançar patamares satisfatórios de concretização de direitos sociais nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Essa afirmação resulta das três ações analisadas no âmbito desta investigação.

Constatou-se na ADO n. 25 a ocorrência dos diálogos institucionais para resolução de questão condizente ao repasse de recursos aos Estados em decorrência da desoneração do ICMS sobre produtos exportados, visto que, após decisão judicial, o Congresso Nacional, em resposta ao impulso dado pelo STF, deliberou sobre o assunto e editou a Lei Complementar n. 176 que foi responsável por assegurar o repasse de R\$ 58 bilhões aos entes federados, condicionando essa transferência à renúncia pelos entes a eventuais direitos contra a União decorrentes do art. 91 do ADCT, de modo que a finalidade esculpida na decisão da ADO n. 25 de construir de forma conjunta regulamentação do artigo 91 do ADCT, a partir da técnica do respeito às regras procedimentais foi alcançado.

No contexto da ADO n. 26, verificou-se que a decisão proferida no sentido de declarar a mora constitucional na criminalização da homofobia e transfobia e autorizar, até que seja criada lei específica emanada do Legislativo, a aplicação dos preceitos primários de incriminação definidos na Lei n. 7.716/89 (Lei Antirracismo) para punir condutas homofóbicas e transfóbicas, representa apenas uma etapa do processo dialógico de construção da decisão “correta” acerca do complexo e delicado assunto. Logo, ao indicar que a homofobia e a transfobia merecem receber um tratamento repressivo nos mesmos moldes da Lei n. 7.716/89, o STF adota a teoria do aconselhamento judicial e utiliza a técnica dos roteiros constitucionais, já que, além de pronunciar a inconstitucionalidade por omissão do Congresso Nacional, aponta um razoável caminho a ser perquirido pelo Congresso Nacional, visto que, ao criminalizar essas condutas, o Tribunal apresentou um horizonte para a regulamentação do tema que pende de proteção legislativa específica.

No que diz respeito ao julgamento da ADO n. 30, é possível concluir que o diálogo institucional se estabeleceu por meio da técnica do aconselhamento judicial, uma vez que os poderes Legislativo e Executivo aderiram aos argumentos suscitados pela Suprema Corte na

decisão da referida ação constitucional. Destaca-se, ademais, que essa relação interinstitucional ocorreu de forma voluntária, sem que a Corte impusesse os seus argumentos de autoridade na interpretação constitucional, pois, por força do princípio da separação dos poderes, tanto o Legislativo como o Executivo poderiam ter decidido a matéria de forma distinta da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 30/DF**, Relator Ministro Dias Toffoli, Plenário, Brasília, 24 de agosto de 2020. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4732377>>. Acesso em: 20 de março de 2022.

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

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

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

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

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

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