

OS LIMITES DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO QUANDO CONFRONTADA COM A TRIPARTIÇÃO DE PODERES¹

*THE LIMITS OF INCONSTITUTIONALITY BY OMISSION WHEN CONFRONTED WITH THE
TRIPARTITION OF POWERS*

João Paulo Goulart CLEMENTINO²

Ana Cristina GOMES³

ISSUE DOI: 10.21207/2675-0104.2020.1062

RESUMO

Como forma de assegurar o efetivo cumprimento da Constituição de 1988, esta incorporou ao ordenamento jurídico vigente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Tal instrumento constitucional permite que se declare a mora do Congresso Nacional ao não legislar sobre determinada matéria. Contudo, o controle da constitucionalidade das omissões legislativas é polêmico, uma vez que a não elaboração de leis sobre determinada matéria, em tese, encontrar-se-ia dentro da liberdade de conformação do legislador. Sendo assim a presente pesquisa busca respostas para sanar a

¹O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2019-2020) 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) 2019-2020.

³Doutora pela Universidad de Salamanca na Escuela de Doctorado – Estado de Derecho y Gobernanza Global. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho. Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Professora colaboradora da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

seguinte questão: quais os limites da inconstitucionalidade por omissão quando confrontada com a tripartição de poderes?

Palavras-chave: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Omissões Inconstitucionais. Imposições Constitucionais; Decisão Aditiva.

ABSTRACT

As a way to ensure the effective compliance with the 1988 Constitution, this incorporation into the legal system in force the Direct Action of Unconstitutionality by Default (ADO). Such a constitutional instrument allows a declaration of the National Congress to be declared by not legislating on a specific matter. However, the control of the constitutionality of legislative omissions is controversial, since the failure to produce laws on the matter provided, in theory, would be within the freedom of conformation of the legislator. Thus, this research seeks answers to resolve the following question: what are the limits of unconstitutionality by default when confronted with the tripartition of powers?

Keywords: Direct Action of Unconstitutionality by Omission. Unconstitutional omissions. Constitutional Impositions. Additive Decision.

1. INTRODUÇÃO

A evolução do estudo das constituições, possibilitou que Estados se dispusessem de diplomas escritos e rígidos que estabelecessem uma hierarquia entre as normas vigentes daquele Estado. Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco:

[...] a rigidez distingue o poder constituinte dos poderes constituídos e positiva uma hierarquia entre normas jurídicas, em que a Constituição aparece como o conjunto de normas matrizes do ordenamento jurídico, em posição de prevaência sobre todos os atos normativos que não de nela encontrar fundamento último⁴.

Desta forma, sob a égide da supremacia da Constituição, devem as leis ordinárias buscarem seu fundamento de validade nas próprias normas constitucionais, sendo certo que, caso afrontem o texto constitucional, incorrerão em flagrante inconstitucionalidade.

O legislador originário da Constituição de 1988, sabedor desta força vinculante das normas constitucionais, se utiliza de imposições constitucionais para garantir aos cidadãos brasileiros direitos antes renegados durante a longa ditadura militar que assombrou o país. Tais imposições constitucionais visam limitar a atividade discricionária legislativa com o intuito de garantir vigência a Constituição, fazendo com que o fenômeno da inconstitucionalidade não opere apenas nas situações

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 62.

em que ocorra violação positiva ao texto constitucional (ou seja, na elaboração de Leis, Decretos, etc. que firmam a Constituição) mas também nas situações em que ocorra violação negativa, ou seja omissões legislativas que firmam a vontade da Constituição.

A fim de garantir a eficácia às imposições constitucionais, trouxe o legislador originário ferramentas que permite o Judiciário operar na plena execução da Constituição, sendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção as ferramentas hábeis a controlar as omissões inconstitucionais legislativas.

Ocorre que, a declaração de mora legislativa levanta alguns questionamentos quanto a sua legitimidade, uma vez que supostamente violaria o princípio institucional da separação dos Poderes.

A temática aqui apresentada, se torna ainda mais relevante face uma polarização política tão grande que acomete o país, na qual decisões proferidas pela Suprema Corte são vigiadas a olhos de águias por toda a população, seja ela detentora de conhecimentos jurídicos ou não.

Desta forma, a presente pesquisa jurídica-científica, pretende encontrar quais são os limites do reconhecimento da mora legislativa pelo Supremo Tribunal Federal, se valendo para isto principalmente da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2. EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E NORMAS PROGRAMÁTICAS

A norma constitucional possui dois aspectos: um aspecto social que representa a aceitação e a integração daquela norma perante a sociedade em que ela está inserida e o aspecto jurídico, que representa a eficácia e a aplicabilidade daquela norma no plano fático.

Sobre a eficácia das normas constitucionais, José Afonso da Silva as difere em três grupos: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada⁵.

As normas de eficácia plena são aquelas com força suficiente para disciplinar relações jurídicas, uma vez que contêm todos os elementos necessários⁶, em outras palavras: são normas autoexecutáveis.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

⁶ MENDES; BRANCO. *op. cit.* nota 1. p. 69.

As normas de eficácia contida são aquelas que possuem um grau de plena aplicabilidade, contudo, a própria norma impõe limites a sua aplicação.

Por fim, tem-se as normas de eficácia limitada, que assim são, pois, a sua simples vigência não é suficiente para garantir a aplicabilidade da norma constitucional, devendo o legislador ordinário garantir a plena eficácia da norma jurídica.

José Afonso da Silva ainda realiza uma subdivisão entre as normas de eficácia limitada, colocando de um lado *normas de princípios institutivos* que são aquelas destinadas a organizar as próprias instituições do Governo, e, do outro lado, encontram-se as *normas de princípios programáticos* que estão relacionadas a políticas sociais assumidas pelo Estado como por exemplo redução das desigualdades, proteção dos trabalhadores, da família, etc.

Sobre as normas de princípios programáticos, estas caracterizam as normas programáticas, inerentes as Constituições dirigente, que nada mais são do que normas que visam ampliar as funções estatais, trançando programas a serem cumpridos, em especial pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, com o objetivo de cumprir a Constituição.

Para isto o legislador originário se utiliza de normas abertas, devendo estas serem entendidas como dispositivos indeterminados.

Muito embora normas programáticas sejam dispositivos constitucionais de eficácia limitada, que devem ter sua plena eficácia chancelada pelos Poderes do Estado, não são todas as normas programáticas que possuem força suficiente a fundamentar um eventual reconhecimento de omissão inconstitucional, uma vez que para isto é necessário que haja uma imposição constitucional.

3. AS IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS COMO GERADORA DE OMISSÕES JURIDICAMENTE RELEVANTES

As imposições constitucionais nada mais são do que o nome técnico dado às normas diretivas concretas presentes na Constituição que orientam os fins do Estado. Classificar tais normas como “impositivas” se deve ao fato de que as normas constitucionais gozam de eficácia jurídica superior a outras normas, logo, além de segui-las, é necessário também garantir sua máxima eficácia.

As imposições constitucionais não se confundem com normas programáticas, quando se parte de uma classificação *strictu sensu*, como já argumentava Canotilho⁷.

Para o português, as normas programáticas nada mais são do que *dispositivos permanentes abstratos* que traçam as tarefas e os princípios do Estado. Por exemplo, quando nos voltamos ao artigo 3º da Constituição Brasileira⁸, estamos diante dos programas do Estado brasileiro que, embora possam ser considerados imposições, não são imposições constitucionais em seu sentido restrito

Imposições constitucionais em seu sentido mais restrito, são, na verdade, *dispositivos permanentes concretos*, ou seja, não há nas imposições constitucionais qualquer margem de subjetividade ou de abstração da norma, ou se há, seria ela quase nula. Seguindo essa lógica, pode-se dizer que a Constituição, ao prever em seu artigo 5º, inciso XLI que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”⁹ transforma tal diretiva em uma imposição constitucional *strictu sensu* por não haver o menor grau de subjetividade na norma retro citada.

Compreender o que são as imposições constitucionais e conjugá-las com o conceito de inconstitucionalidade permite aflorar a ideia de que caso uma omissão legislativa não garanta a eficácia de uma imposição constitucional, será ela inconstitucional.

Ocorre que as omissões juridicamente relevantes não se revelam compatíveis com o todo da sistemática constitucional, já que as omissões inconstitucionais apenas estão presentes nas imposições constitucionais criadas pelo legislador originário. Melhor dizendo, *só haverá omissão legislativa relevante quando a Constituição expressamente e concretamente exigir atuação positiva do legislador sob determinada matéria*. Resta evidente então que o fator preponderante para legitimar uma omissão inconstitucional é a clara distinção entre poder constituinte e poder constituído.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 314.

⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_05.10.1988/ind.asp. Acesso em: 20 maio 2020.

⁹ Id. Ibid.

4. SEPARAÇÃO DOS PODERES, DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

As razões práticas dos motivos que fundamentam uma separação dos Poderes do Estado, partem de uma concepção de mundo hobbesiana em que o homem possui uma tendência a ser corrompido quando detém o poder.

Ocorre que, permitir que os Poderes sejam totalmente independentes não evitaria que houvessem abusos, sendo impossível crer em uma separação absoluta dos Poderes. Desta forma, é de fundamental importância que o próprio poder limitasse o poder.

Neste contexto se inere a sistemática dos freios e contrapesos, idealizada pelo Estado liberal, em que cada um dos três Poderes, quais sejam Executivo, Legislativo e Judiciário, possuem cada qual ferramentas capazes de limitar eventual extrapolação das funções exercidas por membros dos outros Poderes.

A consolidação do sistema de freios e contrapesos, além de fundamental para a consolidação de um Estado sem arbitrariedades dos detentores de seus cargos, se revela como requisito fundamental para um Estado Democrático de Direito visando a garantia dos direitos fundamentais.

Não obstante a autonomia e independência de cada Poder, não se pode olvidar que tais prerrogativas advém outorgadas pela própria Constituição, sendo nela encontradas as razões de legitimidade e validade dos atos praticados por cada um dos órgãos. Isso significa dizer que não podem seus detentores fazerem algo contrário à Constituição.

Tome-se como base o Poder Legislativo. A ele compete a elaboração das leis, de forma que esta lei elaborada não fira dispositivos constitucionais.

Do mesmo modo, é também dever do Legislativo, atender as normativas constitucionais de eficácia limitada.

Nestes casos, o legislador apenas pode não concretizar se houver razões de inviabilidade prática daquele preceito constitucional, todavia, quando tal inviabilidade cessar, será obrigado o legislador a atuar positivamente na concretização daquela imposição.

Isto permite dizer que a discricionariedade legislativa encontra óbice na própria Constituição, uma vez que esta limita a atuação do legislador sobre determinadas matérias.

Quando deixa de atender as imposições constitucionais, o Legislativo se vê sujeito ao controle de constitucionalidade de seus atos pelo Supremo Tribunal Federal, podendo esta instituição declarar o Congresso Nacional omissor por não respeitar uma ordem constitucional.

Importante ressaltar que, ao outorgar ao Judiciário a competência de jurisdição constitucional, não quis o legislador originário dar maior importância hierárquica a este Poder em detrimento aos outros, tampouco significa haver uma exceção a separação dos Poderes, ao contrário, ao criar um Poder específico e um órgão específico para o exercício da jurisdição constitucional, nada mais racional do que submeter a matéria sujeita ao crivo da constitucionalidade a este órgão.

Neste sentido, alinha-se o Ministro Celso de Mello, no Mandado de Segurança n. 23.452-1 RJ, prolatando brilhante voto que convém transcrever parcialmente:

A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes [...] ¹⁰.

Deste modo, exercer a jurisdição constitucional através dos mecanismos de controle das ações legislativas, é valorar a conduta omissa do órgão legiferante diante do espectro constitucional, analisando

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança n. 23.452-1/RJ*. Comissão parlamentar de inquérito. Poderes de investigação (CF, art. 58, §3º). Limitações constitucionais. Legitimidade do controle jurisdicional. Possibilidade de a CPI ordenar, por autoridade própria, a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico. Necessidade de fundamentação do ato deliberativo. Deliberação da CPI que, sem fundamentação, ordenou medidas de restrição a direitos. Mandado de segurança deferido. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 16 set. 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em: 21 maio 2020.

primeiramente se a suposta omissão reflete na inaplicabilidade direta do direito presente na Constituição e, posteriormente, partir da análise da praticidade daquela medida ser adotada, afinal, como já dito em outro momento, diante de razões de inaplicabilidade prática do dispositivo constitucional, se torna irrelevante o exercício do controle de constitucionalidade da omissão legislativa.

Pensamento contrário a legitimidade do Judiciário em controlar inclusive tais omissões, seria o mesmo que permitir uma fraude à Constituição.

5. AS LIMITAÇÕES AO RECONHECIMENTO DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS NO PROCESSO CONSTITUCIONAL

As decisões de reconhecimento das omissões inconstitucionais em sede de processo constitucional, podem possuir duas naturezas diversas: *decisões declaratórias (que se subdividem em informativas e mandamentais)* e *decisões normativas aditivas*.

A decisão declaratória com efeito informativo, será aquela em que a Corte Constitucional se limitará a proferir decisão declarando determinado lei ou atuação legislativa inconstitucional, reconhecendo uma inconstitucionalidade por omissão, dando ciência ao órgão omissor de sua inconstitucionalidade¹¹.

A decisão proferida com efeito mandamental é aquela em que o Tribunal não se limita apenas em comunicar o órgão acerca de sua omissão inconstitucional. Na decisão mandamental *exige-se* que o órgão atue de forma positiva para sanar sua omissão.

Contudo, nenhuma outra decisão proferida em sede de omissões inconstitucionais é tão controversa quanto as de natureza normativa. Isto porque o Tribunal Constitucional não se limitará apenas em declarar a omissão inconstitucional, tampouco ordenará que esta seja sanada. Nas decisões normativas com efeito aditivo¹², uma vez encontrada a omissão

¹¹ Art. 103, §2º da Constituição (BRASIL. op. cit. nota 5)

¹² Gabriela Costa e Silva em seu artigo “Efeitos as Decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: da possibilidade de prolação de sentenças criativas no controle abstrato das omissões do poder público” entende haver uma segunda espécie de decisão normativa, qual seja a decisão normativa de solução. (SILVA, Gabriela Costa e; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Efeitos das decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão: da possibilidade de prolação das sentenças criativas no controle abstrato das omissões do Poder Público. Revista de Direito Brasileira, São Paulo, vol. 19, n.

inconstitucional, a própria decisão proferida se encarregará de sanar a lacuna existente.

Georges Abboud conceitua as decisões aditivas da seguinte forma:

As sentenças aditivas propriamente ditas são aquelas que o Tribunal Constitucional adiciona algo ao texto legal incompleto para transformá-lo em plenamente constitucional. [...]a finalidade da sentença aditiva, em sentido estrito, consiste em controlar e integrar as omissões legislativas inconstitucionais, ou seja, mediante o ato de adição, evitar que uma lei crie situações contrárias aos princípios e valores constitucionais¹³.

Desta forma, uma vez reconhecida a omissão, passa o julgador a integrar esta com o ordenamento jurídico vigente, não podendo esta integração ser confundida com a atividade legiferante, uma vez que não há criação de nova lei, mas mera reinserção de determinada situação constitucional ao texto constitucional vigente e a lei também vigente.

5.1 O LIMITE A PROLAÇÃO DE DECISÃO ADITIVA

As decisões aditivas, quando aplicadas em âmbito do Direito Penal e/ou Direito Tributário, demandam maior atenção do julgador, dado que ambas áreas do direito possuem como regra a estrita legalidade, ou seja, não há crime sem lei anterior que o defina tampouco há novo tributo sem lei anterior que o institua.

Acerca da importância da reserva legal, é interessante trazer os ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes, sem embargos de que se estenda o mesmo ensinamento para o âmbito tributário:

Essas disposições encontram fundamentos vinculados à própria ideia de Estado de Direito, baseados especialmente no princípio liberal e nos princípios democrático e da separação dos Poderes. De um lado enuncia-se que qualquer intervenção no âmbito das liberdades há de lastrear-se em uma lei. De outro, afirma-se que a decisão sobre a criminalização de uma conduta somente pode ser

8, p. 395-418, jan./abr. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servico_s_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Bras_v.19_n.8.25.pdf. Acesso em: 29 ago. 2020)

¹³ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. n.p.

tomada por quem dispõe de legitimidade democrática. [...] Em outros termos, a prática de um ato, ainda que reprovável de todos os pontos de vista, somente poderá ser reprimida penalmente se houver lei prévia que considere a conduta como crime¹⁴.

Sendo assim, nos casos em que a prolação de decisão aditiva venha a ferir a reserva legal, o ideal é que haja uma ponderação entre princípios, de forma que o reconhecimento da omissão inconstitucional não suprima por completo a reserva da lei, direito fundamental previsto expressamente na Constituição nos artigos 5º, incisos XXXIX e 151, inciso I da Constituição Federal¹⁵.

Destaca-se que a matéria esteve em voga recentemente através do julgamento da ADO 26¹⁶ que criminalizou a homofobia, sendo ela julgada procedente por 8 votos a 3, optando o Supremo Tribunal Federal em proferir decisão aditiva, aplicando os crimes previstos na Lei n. 7.716/89¹⁷ à as condutas homofóbicas e transfóbicas.

Embora o reconhecimento da mora legislativa, ao não punir todas as práticas discriminatórias contra direitos e liberdades individuais, conforme prevê o art. 5º, incisos XLI e XLII da Constituição Federal¹⁸ seja digna de aplausos, não agiu a Suprema Corte com a ponderação que se esperava, vez que suprime por completo a reserva de lei, quando poderia alcançar os mesmos afeitos almejados através da prolação de uma decisão declaratória informativa ou até mesmo mandamental.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fixar a Constituição como norma hierarquicamente superior e lhe dar força normativa vinculante, constitui herança do constitucionalismo.

¹⁴ MENDES; BRANCO. op. cit. nota 1. p. 511-512.

¹⁵ BRASIL. op. cit. nota 5.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF*. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 13 jun. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 21 maio 2020.

¹⁷ BRASIL. *Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 21 maio 2020.

¹⁸ BRASIL. op. cit. nota 5.

Assim, passou-se distinguir o ordenamento jurídico em normas constitucionais e normas infraconstitucionais.

Ocorre que, nem todas as normas constitucionais possuem igual eficácia entre elas, necessitando que haja atuação harmônica entre os Poderes com o fim de dar máxima aplicabilidade às normas constitucionais de eficácia limitada.

Muitas destas normas de eficácia limitada se tratam de imposições constitucionais que devem possuir máxima exequibilidade, sendo necessário auxílio do Executivo e principalmente do Legislativo para isso.

As imposições constitucionais não se confundem com as normas programáticas, típica das constituições dirigentes. Enquanto as normas programáticas traçam os objetivos e os programas de Estado dando margem para a discricionariedade legislativa, as imposições constitucionais são dispositivos permanentes e concretos com baixo grau de discricionariedade do legislador.

Diante do baixo grau de discricionariedade, as imposições constitucionais podem dar azo a uma flagrante omissão legislativa que fraudava a Constituição, uma vez que estar-se-ia ignorando a supremacia desta norma. Desta forma, mediante controle abstrato de constitucionalidade, deve o Judiciário, na figura de seu Tribunal Constitucional, sanar esta omissão inconstitucional.

O controle abstrato de constitucionalidade (em especial o controle das omissões inconstitucionais), possui seu fundamento de validade na própria Constituição Federal de 1988, que outorga ao Supremo Tribunal Federal, a competência para proceder com estes julgamentos. Sendo assim, o simples fato de declarar a mora legislativa, não configura invasão desarrazoada na esfera legislativa por parte do Judiciário.

Isto não significa dizer que a Suprema Corte goza de poder ilimitado no controle de constitucionalidade, ao contrário, o próprio texto constitucional limita as decisões em controle abstrato, uma vez que tais decisões não podem violar direitos fundamentais, tampouco romper com princípios institucionais que sedimentam o Estado Democrático de Direito.

Uma decisão que reconheça uma omissão inconstitucional, deve se fundamentar em critérios que partem desde a análise da existência ou não de uma imposição constitucional até um estudo dos meios adequados para efetivação do texto constitucional. Este meio adequado se exterioriza pela natureza da decisão proferida pela Corte, podendo ela ser declaratória informativa, declaratória mandamental ou decisão normativa aditiva.

Das três espécies de decisão, a que mais gera controversas é a aditiva, uma vez que esta permite que o julgador integre a omissão inconstitucional com o ordenamento jurídico vigente, devendo ela ser usada com cautela pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente quando se tratam de matérias do âmbito Penal e Tributário, uma vez que tais áreas se norteiam pelo princípio da legalidade estrita, logo, o direito que fundamenta a omissão não pode se sobrepor a tal princípio.

A não observância dos critérios para identificação de uma omissão inconstitucional bem como a supressão total da estrita legalidade, rompem com o princípio institucional da separação dos Poderes, tornando-se o Judiciário legislador positivo.

Portanto, é dever do Supremo Tribunal Federal garantir a máxima eficácia da Constituição de 1988. Todavia, o reconhecimento de uma omissão inconstitucional, não pode se basear em dispositivo abstrato do texto constitucional tampouco pode, ao reconhecer a omissão, romper com a estrita legalidade na prolação da decisão, sob pena de tornar-se o julgador legislador positivo, ferindo a separação dos Poderes.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. n.p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_05.10.1988/ind.asp. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF*. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 13 jun. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. *Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança n. 23.452-1/RJ*. Comissão parlamentar de inquérito. Poderes de investigação (CF, art. 58, §3º). Limitações constitucionais. Legitimidade do controle jurisdicional. Possibilidade de a CPI ordenar, por autoridade própria, a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico. Necessidade de fundamentação do ato deliberativo. Deliberação da CPI que, sem fundamentação, ordenou medidas de restrição a direitos. Mandado de segurança deferido. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito.

Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 16 set. 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em: 21 maio 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 314.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 62.

SILVA, Gabriela Costa e; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Efeitos das decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão: da possibilidade de prolação das sentenças criativas no controle abstrato das omissões do Poder Público. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, vol. 19, n. 8, p. 395-418, jan./abr. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Bras_v.19_n.8.25.pdf. Acesso em: 29 ago. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.