

Limite à troca de sujeito na ação direta de inconstitucionalidade por omissão
Um caso de tensão entre a vontade fiscal e o direito do contribuinte

Imposibilidad de crudo de cambiar de tema en el juicio de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión - Un caso de tensión entre la voluntad fiscal y el derecho del contribuyente.

Renato Bernardi¹
Marcelo Fernandes Amorim Oliveira²

Resumo

O Ativismo Judicial tem sido empregado como um poderoso instrumento para concretização dos direitos fundamentais previsto na Constituição, não obstante, sofre críticas pois esbarra no princípio da separação dos poderes, da legitimidade constitucional legiferante e da própria democracia. Tais objeções ganham força e tornam evidente a grande preocupação em torno do Estado Democrático de Direito. O Ativismo Judicial advém da mudança de interpretação do papel da Constituição Federal no cenário do ordenamento jurídico brasileiro, o que vem promover na análise precípua dos princípios nela consagradas, e que devem possuir sua aplicabilidade de forma imediata. São valores positivados, que devem ser realizados, o que repercutiu supostamente em uma expansão das atribuições do poder judiciário. Não obstante esta atividade sofre limitação e no campo tributário em especial no IGF – Imposto sobre Grandes Fortunas, constata-se em flagrante impossibilidade de troca do sujeito em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois o princípio da estrita legalidade repele tal possibilidade.

Palavras Chaves: Ativismo Judicial, limites, estrita legalidade

"Resumen"

El activismo judicial ha sido empleado como un poderoso instrumento para la consecución de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, sin embargo, sufre las críticas, pues incide en el principio de separación de poderes, el órgano legislativo y la legitimidad constitucional de la democracia misma. Estas objeciones ganar fuerza y poner de manifiesto la gran preocupación por el estado de derecho democrático. El activismo judicial se deriva de la interpretación cambiante del papel de la Constitución Federal en el escenario del sistema jurídico brasileño, que tiene el deber fundamental de promover el análisis de los principios consagrados en ella, y que debe tener su aplicación inmediata. Estos valores se positivizan, que debe llevarse a cabo, lo que presumiblemente se refleja en una expansión de los poderes de la judicatura. A pesar de esta actividad se resiente en la limitación de impuestos, y en particular, IGF - Impuesto sobre Grandes Fortunas, que está en imposibilidad de crudo de cambiar de tema en el juicio de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, debido a que el principio de estricta legalidad rechaza esta posibilidad.

¹Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (1992), Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (2003) e Doutor em Direito do Estado (sub-área Direito Tributário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009). Procurador do Estado de São Paulo desde 1994. Autor de vários artigos na área jurídica e do livro “A Inviolabilidade do Sigilo de Dados”. Professor do curso de Pós-Graduação *stricto sensu* - Mestrado - da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília). Professor da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos.

² Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (2008). Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Faculdade Pitágoras (2010). Mestrando em Direito, área de concentração Teoria do Direito e do Estado, no Centro Universitário Eurípides de Marília UNIVEM, mantido pela Fundação Eurípides Soares da Rocha. Pesquisador do Grupo de Pesquisa GEP - Grupo de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas, cadastrado no diretório de grupos de pesquisa do CNPq. Advogado militante na área de Direito Administrativo, Empresarial, Trabalhista Patronal e Cível. Procurador (Assessor Jurídico) da Câmara Municipal de Lagoa Formosa-MG.

Palabras clave: activismismo judicial, los límites, la estricta legalidad

Sumário: 1. Introdução; 2. Aplicabilidade das normas constitucionais e a inconstitucionalidade por omissão na Constituição Federal de 1988; 3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão: noções propedêuticas e perda de competência como sanção a inconstitucionalidade por omissão e a troca de sujeito. Exercício de Ativismo Judicial; 4. A estricta legalidade nos campos penal e tributário; 5 Um caso concreto de flagrante impossibilidade de troca do sujeito em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão; 6. Conclusões; 7. Referencial bibliográfico.

1. Introdução

Hodiernamente, muito se discute a respeito da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, no exercício da doutrina do chamado Ativismo Judicial, diante da inércia do Poder Legislativo, implementar, de modo concreto, direitos ou institutos tipificados na Constituição Federal que dependam da edição de normas infraconstitucionais. Há quem entenda que a atividade deve ser exercida por nossa Corte Suprema, na medida em que a sociedade exige participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Outros entendem que a atuação do membro do Poder Judiciário deve pautar-se pela auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes.

Qualquer que seja a corrente adotada, não se pode negar que a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo contribuem, de maneira decisiva, para a falta de efetividade das normas constitucionais, haja vista o sem número de regramentos magnos que carecem de aplicabilidade para concretização dos direitos ou deveres por eles instituídos. É inadmissível, no contexto jurídico atual, que, a título de exemplo, inciso XXVII, do art. 7º, da Constituição Federal, que institui a proteção do trabalhador urbano e rural em face da automação, ainda não possa ser aplicado concretamente por falta de norma regulamentadora.

Assim, cresce o número de adeptos da teoria do Ativismo Judicial, ainda mais se forem considerados fenômenos como a existência de um Estado intervencionista, a intensificação do controle abstrato de normas, o neoconstitucionalismo, a principiologização do direito, a ineficiência dos Poderes, e a reconhecida assunção de atividade normativa atípica por parte do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, ainda que se comungue da idéia de que, por meio de tal atividade, busque-se a máxima efetivação normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, há que se pontuar a existência de limites à atividade ativista.

Nesse campo, surgem as mais diversas categorias de limites à atuação ativista do Poder Judiciário. Embora o número de limitações ao ativismo seja considerável, no presente estudo, a matéria ficará circunscrita ao princípio da estrita legalidade, campo fértil de produções no âmbito penal e tributário.

A partir da doutrina do Ativismo Judicial, cotejando-a com a estrita legalidade exigida em tais ramos da Ciência Jurídica, o presente estudo se propõe à identificação de, pelo menos, um caso concreto de impossibilidade de concretização de norma constitucional pela atividade do Poder Judiciário.

2. Aplicabilidade das normas constitucionais e a inconstitucionalidade por omissão na Constituição Federal de 1988

Dedicar-se-á inicialmente à exposição dos tipos de normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade, cuja classificação adota-se a empenhada por José Afonso da Silva³: normas de eficácia plena, contida e limitada. Não obstante, elencar-se-ão conceitos importantes exortados por outros autores que influenciaram a elaboração deste estudo. Por final tecer-se-ão comentários a respeito da inconstitucionalidade por omissão na Constituição Federal de 1988, servindo-se como arcabouço para adentrar ao assunto seguinte, qual seja a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a evolução das decisões proferidas nesse tipo de ação.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que carregam em seu bojo, desde o início vigorativo da Constituição, o poder de produzir efeitos.

A propósito, ensina Alexandre de Moraes:

³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 89-91.

São normas constitucionais de eficácia pela aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente quis regular.⁴

Exemplificando esta espécie de norma, urge apresentar a norma tipificada no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, que elucida a democracia implantada no País, na qual se propõe que todo o poder advém do povo, que o oficia através de representantes eleitos.

As normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em que o poder constituinte teve a preocupação de traçar os norteamentos específicos para sua aplicação; no entanto estabeleceu uma relação de dependência discricionária com o ato a ser praticado pelo poder público, para sua realização como norma, principalmente através da elaboração de lei infraconstitucional, que poderá restringir a abrangência da norma esboçada na Constituição Federal.

Assim, explicita José Afonso da Silva:

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos dos conceitos gerais nela enunciados.⁵

Calha ainda aduzir que esta restrição poderá advir em virtude de cumprimento de próprios dispositivos constitucionais como decretação dos estados de defesa ou de sítio que têm o condão de limitar direitos.

Como exemplo de norma constitucional de eficácia contida convém trazer didática elucidativa de Pedro Lenza:

Como exemplo lembramos o art. 5º, XIII, da CF/88, que assegura ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Ou seja, garante-se o direito do livre exercício profissional, mas uma lei, como exemplo, o estatuto da OAB, pode exigir que para nos tornarmos advogados sejamos aprovados em um exame de ordem. Sem esta

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 12.

⁵ SILVA, José Afonso da. *op. cit.* p. 116.

aprovação, infelizmente, não poderemos exercer a profissão do advogado, sendo apenas bacharéis em direito.⁶

Já as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que carregam em seu conteúdo matéria incapaz de produzir efeitos sem a existência de uma norma posterior que venha trazer e desenvolver o seu desfecho. Tais normas encontram-se em vigor no “mundo jurídico” e vinculam o legislador para a sua criação, mas não são aplicáveis por necessitar de complementação normativa, conforme ensina Ricardo Cunha Chimenti:

São as chamadas normas constitucionais de eficácia limitada, incompletas, não bastantes em si, de eficácia relativa, de integração complementável, ou seja, normas constitucionais que não são auto-aplicáveis (not-self executing provisions), que dependem de interposta lei (complementar ou ordinária) para gerar seus efeitos principais.⁷

Dentro da classificação de normas constitucionais de eficácia limitada, encontra-se duas sub-classificações, qual seja: as que possuem princípio institutivo e as que possuem princípio programático.

As normas constitucionais de eficácia limitada que possuem princípio institutivo são aquelas de estruturação de instituições, órgãos, ou entidades, *verbi gratia*, as normas estabelecidas nos artigos 18, §2º; 22, parágrafo único; 25, §3º; 33, XI; 131; 146; e 161, I da Constituição Federal.

São, pois, normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário ou estructure em definitivo, mediante lei.⁸

As normas constitucionais de eficácia limitada que possuem princípio programático são aquelas que veiculam programas a ser cumpridos pelo Estado, principalmente com o propósito de promover fins sociais.

São normas de aplicação diferida (para o futuro) que se limitam a enunciar comando-valores, as linhas diretoras que devem ser seguidas pelo Poder Público (daí serem denominadas também normas diretórias ou diretivas), mas que desde sua vigência devem ser observadas pelo legislador ordinário e pelo intérprete⁹.

⁶ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 137.

⁷ CHIMENTI, Ricardo Cunha. CAPES, Fernando. ROSA, Marcio F. Elias. SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 30.

⁸ SILVA, José Afonso da. *op. cit.* p. 126.

⁹ LENZA, Pedro. *op.cit.* 31.

Exemplo desta espécie de norma é a previsão estampada no art. 7º da Constituição Federal, na qual prevê a participação do trabalhador nos lucros ou resultados do empresário, que fora disciplinado pela Lei nº. 10.101/2000.

Feitas tais considerações é oportuno, principalmente quanto as normas constitucionais de eficácia limitada, dizer que quando não há por parte do Estado o cumprimento de seu mister legiferante, haverá inconstitucionalidade por omissão, pois não está o mesmo estabelecendo a devida eficácia a um comando constitucional que fora limitado pelo poder constituinte.

Esta inconstitucionalidade poderá ser total ou parcial, conforme elucida Gilmar Ferreira Mendes: “Tem-se omissão absoluta ou total quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional.”¹⁰

Cumprir dizer e reforçar que a inconstitucionalidade por omissão não estará tão somente abrangendo atos legislativos, mas também atos políticos ou de governo, de revisão constitucional, além das mais variadas medidas administrativas existentes.

A a inércia do Estado constitui flagrante atentado ao princípio democrático da supremacia da Constituição, que vem atrelado ao juízo de apreciação sobre qual o início do tempo para que o Estado devesse produzir, em especial no caso do legislador, a devida efetivação da norma constitucional de eficácia limitada, haja vista, que na grande maioria das vezes, não está estipulado na Constituição um prazo razoável para a sua realização.

Não se pode olvidar também que pode haver a situação de que a própria efetivação da norma possa depender de outro dispositivo constitucional que também não seja auto-aplicável.

Assim, podem-se vislumbrar dois pontos colidentes que obtemperam a inconstitucionalidade por omissão: o fato que o legislador possui discricionariedade para a

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1185.

oportunidade que exercerá seu ofício se contrapondo com o comando constitucional dentro dos limites estabelecidos.

Deve haver um sopesamento quanto a estes dois pontos, pois a discricionariedade do legislador não pode justificar sua inércia; lado outro, não pode haver um cisma da democracia a ponto de abalar o princípio da separação dos poderes.

O próprio ordenamento jurídico, ante a inconstitucionalidade surgida com a omissão do Estado, tratou de disciplinar a criação de instrumentos capazes de combater a inércia legislativa e originar plena eficácia de norma constitucional não auto-aplicável. São exemplos disso o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. No presente trabalho cuidaremos, tão somente, do segundo instrumento.

3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão: noções propedêuticas e perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão e a troca de sujeito. Exercício de Ativismo Judicial.

Foram incorporados na Constituição Federal de 1988 os denominados direitos e garantias fundamentais, fazendo assim, surgir uma grande preocupação do constituinte quanto a possíveis omissões legislativas, haja vista disciplinar, no § 1º do art. 5º da Constituição Federal, a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Ao lado da ação direta de inconstitucionalidade criou-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão que, tal como a primeira, tem como objetivo primordial a defesa da ordem constitucional contra atos inconciliáveis para com a mesma.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se dedica à defesa de casos individuais ou mesmo de anseios subjetivos, mas sim, procura a proteção da ordem jurídica. Portanto, tem por função, zelar pela efetividade dos dispositivos constitucionais que estão sujeitos à complementação infraconstitucional. Logo, é admissível a aplicação de referido instituto quando o poder público se nega a exercer seu precípua mister elencado na Constituição.

Importante aduzir que, não se verifica aqui a única preocupação de criar normas reguladoras das mais diversas relações, mas de amparar sua legitimidade através da sanção por órgãos constitucionalmente eleitos.

É cediço que a consolidação da ordem fundamental disciplinada na Constituição Federal escasseia, nas linhas essenciais, de lei, trazendo assim para as instâncias políticas e, como corolário, ao legislador, a missão de construção do Estado constitucional.

Pela natureza de a Constituição não ser exequível por si mesma, têm o órgão legislativo em suas esferas o poder/dever de conferir ajustamento à realidade social. A omissão legislativa caracteriza, portanto, objeto fundamental da ação direta de inconstitucionalidade em apreço.

Lado outro, tendo o instituto sido consagrado e tipificado na Lei nº. 9.868/99 com as inovações advindas da Lei nº. 12.063/09 verifica-se o problema de compelir o órgão legislativo de cumprir seu ofício de legislar, haja vista o princípio da separação dos poderes impedir que um órgão tenha poderes capazes de se colocar em situação de superioridade em face do outro.

Em virtude destas considerações, seguir-se-á uma análise do significado e natureza da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, assinalando as principais disposições elencadas na Lei de regência. Apresentar-se-ão, ainda, argumentos críticos quanto a eficácia das decisões na ação direta de inconstitucionalidade por omissão e por final serão analisadas as lições de Walter Clausius Rothenburg quanto à possibilidade da perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão e conseqüente troca de sujeito.

Em conformidade com o art. 103, § 2º, da Constituição Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como dito alhures, tem o condão de realizar o cumprimento da norma constitucional, incumbindo, assim, ao Poder competente a adoção das providências necessárias.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão fora inspirada no art. 283 da Constituição Portuguesa de 1976, que à época visava a diminuir os grandes problemas acarretados da omissão do Poder Legislativo, para fazer cumprir a vontade da constituição.

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.
2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

Mensura-se que pretendeu o constituinte de 1988, ao aqui introduzir o instituto, conceder plena eficácia às normas constitucionais, que estivessem em relação de dependência de elaboração de legislação infraconstitucional.

A natureza jurídica do processo em que tramita esta ação é a de processo objetivo, uma vez que visa referido instituto promover a proteção de direito objetivo, já que haveria violação ao ordenamento constitucional pela omissão do legislador.

È dizer: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por finalidade a defesa da integralidade da vontade constitucional, sendo o procedimento apropriado para a declaração de mora do legislador, com o conseqüente desencadeamento, por iniciativa do órgão remisso, do processo de supressão da omissão inconstitucional¹¹.

Urge dizer, também, que existe uma preocupação quanto à inação do poder público; nesta conduta negativa que consiste a inconstitucionalidade. O ordenamento constitucional adverte sobre a realização de uma conduta positiva, visando a tutelar a aplicabilidade e a eficácia da norma.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é cabível para a suplementação de medida necessária para tornar efetiva norma constitucional. O parâmetro do controle de constitucionalidade abstrato consiste em norma constitucional de eficácia limitada, declaratória de princípio institutivo ou princípio programático, que tenha o dever constitucional de legislar violado.

Observa-se, assim, que as hipóteses de ajuizamento desta ação não decorrem de toda e qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas sim daquelas omissões relacionadas com as normas constitucionais de eficácia limitada de caráter mandatório, em que a sua plena aplicabilidade está condicionada à ulterior edição dos atos requeridos pela Constituição¹².

¹¹ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 245.

¹² PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional Descomplicado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 805.

O objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão corresponde à medida de natureza normativa. Esta medida vem trazer uma maior amplitude dos atos, como bem assevera Manoel Jorge e Silva Neto:

Diversamente do objeto da Adin comissiva, que só pode ser lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a/CF), o significado da expressão medida, com explícita referência no § 2º, do art. 103 CF, deve ser o mais amplo possível. Torna-se possível que atos normativos secundários devam ser implementados para tornar efetiva norma constitucional, como regulamentos, instruções ou até portarias, todos de competência de autoridade administrativa¹³.

É neste contexto que se inicia uma pequena abordagem sobre as disposições legais advindas da Lei nº. 12.063/09, que alterou a Lei nº 9.868/99, para regulamentar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A Lei referida apresenta-se dividida em três seções, que tratam, respectivamente: dos requisitos de admissibilidade e do procedimento (Seção I); dos tipos e das formas de medidas cautelares (Seção II); e da decisão na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (Seção III).

Inicialmente, prescreve os legitimados à propositura de referida ação, sendo aqueles que também podem propor a ação declaratória de constitucionalidade, qual seja: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Apesar de o elenco acima exposto demonstrar os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, urge dizer que deve ser analisado no caso concreto, em especial o ato omissivo, uma vez que não poderá ajuizar ação a autoridade que é a própria competente para iniciar o processo legislativo.

¹³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 205.

Revela ainda o rol de requisitos que deverá conter em uma petição de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sendo a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; o pedido, com suas especificações.

Para exemplificar as omissões que podem ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cita-se José Afonso da Silva:

A Constituição, por exemplo, prevê o direito de participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão da empresa, conforme definido em lei, mas, se esse direito não se realizar por omissão do legislador em produzir a lei aí referida e necessária à plena aplicação da norma, tal omissão se caracterizará como institucional. (...) Outro exemplo: a Constituição reconhece que a saúde e a educação são direitos de todos e dever do Estado (arts. 196 e 205), mas, se não se produzirem atos legislativos e administrativos indispensáveis para que se efetivem tais direitos em favor dos interessados, aí teremos também uma omissão inconstitucional do Poder Público que possibilita a interposição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.¹⁴

Referido instrumento de controle de constitucionalidade também pode determinar providência de índole administrativa, conforme leciona Marcelo Alexandrino:

Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se restringe à omissão legislativa, alcançando também, a omissão de órgãos administrativos que devam editar atos administrativos em geral, necessários a concretização de disposições constitucionais. Destarte, a inconstitucionalidade por omissão verifica-se naqueles casos em não sejam praticados atos legislativos ou administrativos normativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais, já que muitas desta requerem um ato ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática.¹⁵

Dispõe, ainda a lei de regência, que a petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator, cuja decisão é passível de agravo. Calha ainda aduzir que na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se admitirá desistência, em virtude do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Não obstante, não ser possível a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, poderá o relator, considerando a relevância da matéria e

¹⁴SILVA, José Afonso da. *op. cit.* p. 48.

¹⁵PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *op. cit.* 803.

a representatividade dos postulantes, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, sendo tal participação denominada *amice curiae*.

A disciplina introduzida pelo legislador admite expressamente a participação, na condição de *amice curiae*, dos demais titulares do direito de propositura da ADO. Poderão, assim, apresentar manifestação escrita e apresentar memoriais. Embora o texto legal não seja expresso é razoável admitir que dentre as faculdades asseguradas aos *amice curiae* está, igualmente, o direito de efetivar a sustentação oral¹⁶.

Discute-se se fica facultado ao relator solicitar a manifestação do Advogado Geral da União, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 dias; uma vez que o artigo 103, parágrafo 3º, da Constituição, impõe tal manifestação apenas para defesa de lei ou ato normativo (já existentes), ou seja, no âmbito da inconstitucionalidade por ação. Não obstante, nos casos de omissão parcial, é possível prever que o relator fará uso desse poder e requisitará a participação do Advogado Geral da União na defesa do ato normativo.

Cumprida ainda revelar que, na existência de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 dias.

A medida cautelar poderá consistir, tão somente, na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

Sobre as consequências da suspensão do processo judicial ou administrativo em virtude da medida cautelar, cumpre trazer à lume o entendimento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

È certo que, em muitos casos, a suspensão de aplicação das normas, em sede da cautelar, acarretará, inevitavelmente, a suspensão de processos judiciais ou administrativos que demandem aplicação da norma controvertida. Em alguns casos, é provável que a medida cautelar acabe por adquirir o significado especial de uma tutela antecipada em relação à decisão de mérito, que poderá revestir de uma declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; em outros casos,

¹⁶MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. Branco, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.* 1364.

poderá o Tribunal determinar a suspensão de uma norma. A possibilidade de que o Congresso venha a aprovar lei sobre o tema pode justificar tal suspensão¹⁷.

Após a concessão da medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União, a parte dispositiva da decisão no prazo de 10 dias, devendo solicitar as informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão inconstitucional.

Quanto à decisão na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, urge dizer que declarada a inconstitucionalidade, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido. Não adotadas as medidas cabíveis, acarretará em tese, indenização a ser cumprida pelo órgão omissor, desde que fique demonstrado o nexo de causalidade entre o dano e a inércia administrativa.

Já em relação à omissão imputável a órgão legislativo a Constituição Federal, quando adotou o instituto objeto desta análise, não obteve êxito na luta contra o silêncio transgressor, a inércia operativa do legislador, responsável direto pela ineficiência da Carta Magna. Sentenciada a ação o Poder Legislativo é apenas cientificado para que adote os procedimentos necessários; o Supremo Tribunal Federal não poderá estabelecer prazo para cumprimento do quanto decidido. Como não há previsão de prazo, o Poder Legislativo não pode ser responsabilizado pela própria desídia.

Uadi Lammêgo Bulos cita o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Entendimento do STF: segundo jurisprudência pacífica do Pretório Excelso, quando ele declara, absoluta ou parcialmente, a inércia legiferante, faltam-lhe poderes para fixar o prazo dentro do qual o legislador deverá sanar a omissão (STF, ADIn 529/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ, 146:424, 1993). Assim, prepondera o entendimento de que não compete à Corte expedir provimentos normativos visando suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente (STF ADIn 1.458-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 20-9-1996). “Contudo, assiste ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, em face dos próprios limites fixados pela Carta

¹⁷idem. *op. cit.* 1367.

Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103 §2º), o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional (STF ADIn 1458/DF, Rel. Min. Celso de Mello, RDA, 206:248). “O reconhecimento dessa possibilidade implicaria transformar o STF, no plano do controle concentrado de constitucionalidade, em legislador positivo, condição que ele próprio se tem recusado a exercer” (STF, ADIn 267-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 19-5-1995, p 13990)¹⁸.

O Supremo Tribunal Federal tem encontrado dificuldades de aplicar o instituto, haja vista encontrar obstáculo no exercício das funções dos poderes e da convivência harmônica.

Verifica-se que pode ser fixado prazo ao órgão administrativo e não ao órgão legislativo, uma vez que em virtude do princípio da separação dos poderes, não pode o Poder Judiciário obrigar o Poder Legislativo a cumprir seu mister. No entanto fica determinada por sentença a fixação da data da ocorrência da omissão, com efeitos retroativos *ex tunc e erga omnes*, facultando a responsabilização, por perdas e danos, da pessoa jurídica de direito público interno a qual pertença o órgão omissor, se ocorrer prejuízo advindo da inércia:

2. Poder Legislativo: ciência para adoção das providências necessárias, sem prazo preestabelecido. Nessa hipótese, o Poder Legislativo tem a oportunidade e a conveniência de legislar, no exercício constitucional de sua função precípua, não podendo ser forçado pelo Poder Judiciário a exercer seu múnus, sob pena de afronta a separação dos Poderes, ficada pelo art. 2º da Carta Constitucional. Como não há fixação de prazo para a adoção das providências cabíveis, igualmente, não haverá possibilidade de responsabilização dos órgãos legislativos. Declarada, porém, a inconstitucionalidade e dada ciência ao Poder Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos *ex tunc e erga omnes*, permitindo-se sua responsabilização por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal, se da omissão ocorrer qualquer prejuízo¹⁹.

A decisão na ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem caráter obrigatório ou mandamental, pois o que se pretende constitucionalmente é a obtenção de uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado.

Mesmo sendo de natureza mandamental, tem-se que admitir que a sentença proferida em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, seja a omissão legislativa ou administrativa, reveste-se de notória precariedade, sendo incapaz de abarcar o complexo fenômeno da omissão inconstitucional.

¹⁸BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 336.

¹⁹MORAES, Alexandre de. *op. cit.* p. 771.

O prazo razoável de 30 dias não é suficiente, quando se tratar de ato administrativo de caráter regulamentar; também demonstrando ser exíguo, em se tratando de medidas administrativas concretas como é o caso de construção de escolas, postos de saúde, estabelecimentos prisionais etc.

Já nos casos da omissão legislativa, o Poder judiciário garante que o ato deverá ser direcionado a corrigir a omissão inconstitucional em caráter retroativo, devendo a extensão de referida decisão ser mensurada no caso concreto.

Em virtude destas considerações é razoável reconhecer que o Supremo Tribunal Federal deve adotar uma postura positiva/imperativa quando da prolongada duração do estado da omissão, criando providências passíveis de regular a matéria objeto da omissão por prazo determinado ou enquanto o Poder Legislativo não elabore norma apta a suprir a inconstitucionalidade por omissão.

Em caso de omissão que se protraí no tempo, Walter Claudius Rothenburg faz alusão à possibilidade da perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente troca de sujeito.

Walter Claudius Rothenburg²⁰ aborda o câmbio de legitimidade decorrente da perda de competência constitucional como modalidade de sanção por omissão inconstitucional.

Não se pode olvidar que tal pensamento encontra-se óbice quando se esbarrar no fato de que o Poder Judiciário não seja um corpo eleito, legítimo, instituído pelo poder constituinte para cumprir a função legislativa; assim, haveria uma destituição de poder, não do Poder Legislativo, mas sim do povo; lado outro, conforme suscita Walter Claudius Rothenburg, a legitimidade do Poder Legislativo pode desaparecer em razão da sua inação ou mesmo inaptidão:

Se é certo que a atribuição originária de competência a determinado sujeito para que se desincumba de tarefas constitucionais beneficia-se de uma presunção de legitimidade advinda da manifestação do constituinte, não é menos certo que essa

²⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito:** (a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 93

legitimidade pode, no limite, desaparecer por inércia ou inaptidão desse titular, desautorizando-o a atuar constitucionalmente²¹.

Busca ainda, Walter Claudius Rothenburg²², na própria democracia fundamento para troca de sujeito, aduzindo que o pluralismo da sociedade contemporânea tem exigido a proteção e o firmamento de valores constitucionalmente previstos, e a garantia de direitos mínimos em face da opressão da maioria.

Assim, a alteração da atribuição constitucional estabelecida pelo poder constituinte seria justificada por uma interpretação sistemática e teleológica, com a finalidade de guarnecer a imposição constitucional original de realização.

Enfim, o câmbio de sujeito constitucional competente para realizar determinações constitucionais significa uma reintegração da vontade constituinte e, certamente, um afastamento excepcional do desenho original de distribuição de competências e respectivos titulares. Contudo, haverá de significar, em primeiro lugar, uma tentativa de respeito à intenção originária de ver cumpridas as imposições constitucionais, com o que a legitimidade constituinte é antes retomada e reforçada que abandonada²³.

Outro fundamento apontado por Walter Claudius Rothenburg²⁴ é o próprio princípio da separação dos poderes, segundo o qual poderia haver troca de sujeito em razão de declaração de inconstitucionalidade por omissão, haja vista a existência do chamado sistema de freios e contrapesos.

A doutrina da troca do sujeito é claro exemplo de Ativismo Judicial. A idéia de Ativismo Judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.²⁵

Desenvolvendo atividade jurisdicional ativista, o juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política. Assim solucionaria conflitos de interesse na seara política por

²¹ *idem.* p. 98.

²² *ibidem.* p. 109.

²³ *ibidem.* p. 118.

²⁴ *ibidem.* p. 120.

²⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 01/05/2010.

critérios jurídicos. Isto se dá dentre outras razões, pelo desprestígio da lei, pela ineficiência da política, dificuldade da própria administração, premência social e outros fatores.

4. A estrita legalidade nos campos penal e tributário

Exclusivamente lei, em sua acepção mais estrita, pode disciplinar crimes e estabelecer penas, pois cabe ao Estado manifestar sua vontade expressamente.

Da assertiva acima, pode-se abstrair que toda vez que surgem nova tipificação criminal, ou mesmo a revogação de tipos penais, tem-se a consciência de que a sociedade assim o determinou, seja pela inclusão de comportamentos que se tornaram temerários para o convívio social, seja pelo fato da customização aceita daquela conduta anteriormente reprimida.

Cezar Roberto Bitencourt ressalta a importância de referido princípio:

O princípio da legalidade ou da reserva legal constitui efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da reserva legal por meio da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça; somente os regimentos totalitários os tem negado²⁶.

Salientam-se nesse sentido as próprias lições de Feuerbach, citado por Luis Regis Prado:

I) Toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nullum poena sine lege*). Por isso, só a cominação do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena. II) A imposição de uma pena está condicionada à existência de uma ação cominada (*nulla poena sine crimine*). Por fim, é mediante lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário. III) O fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consequentemente, o mal, como consequência jurídica necessária, será vinculado mediante lei a uma lesão jurídica determinada²⁷.

Assim, deve-se ter em mente que das fontes do Direito, somente a lei, emanada pelo Poder Legislativo, pode criar tipos e penas, pois a reserva da lei é absoluta. Inclusive, a Constituição Federal deixou explícita a impossibilidade de o Poder Executivo editar medidas

²⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo, 2004. p. 2.

²⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p.75

provisórias sobre matéria de direito penal e processual penal, conforme art. 62, §1º, I, b; contudo.

Isto porque o fundamento da proibição constitucional está arrimado no princípio da reserva legal, cuja origem está vinculada à sua função de proteção política do cidadão contra o arbítrio do poder punitivo estatal, inviabilizando incursões autoritárias e unilaterais no direito de liberdade individual. Ora, se a medida provisória veicular matéria benéfica ao acusado, não se justificam as restrições materiais trazidas pela norma constitucional, depois de sua conversão em lei²⁸.

Verifica-se que o princípio da estrita legalidade vem incutir ideia no sentido de que o Estado não pode impor seu poder de castigo a um comportamento que não esteja previsto em lei. A lei penal vem garantir a própria liberdade do indivíduo, conforme explica Damásio E. de Jesus:

À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse para os punir, condutas lícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador²⁹.

O princípio da estrita legalidade no campo penal é reflexo da noção de Estado de Direito, pois não se pode vislumbrar a existência do segundo sem a retirada do poder absoluto das mãos do soberano, em razão da subordinação de todos perante a lei.

Cabe ainda aduzir que o princípio da estrita legalidade proíbe o emprego da analogia *in malam partem*, na qual supostamente poderia estabelecer-se prejuízo ao agente, seja através da criação de crimes, seja majorando a pena. Inexistindo previsão do legislador, não pode o operador do Direito lançar mão da analogia com o escopo de englobar situações similares aos tipificados em prejuízo do infrator.

Outro ponto importante combatido pelo princípio da estrita legalidade é a tipificação de condutas vagas ou imprecisas conforme assevera Rogério Greco:

Obriga, ainda, que no preceito primário do tipo penal incriminador haja uma definição precisa da conduta proibida ou imposta, sendo vedada portanto, com base em tal princípio, a criação de tipos que contenham conceitos vagos ou imprecisos. Alei dever, por isso, taxativa³⁰.

²⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva 2005. p. 44

²⁹ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 62.

³⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2008. p. 97

Feita pequena revisitação ao princípio da estrita legalidade no campo penal, passa-se a abordar o mesmo na seara tributária.

Historicamente, o princípio da estrita legalidade no que tange ao campo tributário, apareceu na Carta Magna inglesa, de 1215, do Rei João Sem Terra, quando se requereram exigências por parte da nobreza e da plebe, quanto à excessiva carga tributária imposta pelo rei.

Volta-se novamente à noção de Estado de Direito, que repercute na possibilidade de se instituir tributos somente por meio de lei, estabelecendo assim, o convívio harmônico entre contribuinte e fisco.

Na Constituição Federal, o princípio da estrita legalidade no campo tributário, está disciplinado no art. 150, inciso I, demonstrando que o legislador constituinte teve a intenção de vedar a criação ou o aumento de tributo sem previsão legal.

Deve-se observar ainda, que a análise não se atém tão somente à criação ou à majoração de tributos, mas também na necessidade de uma lei, para extinção (isenções, remissões etc.) ou redução de exações, conforme art. 150, §6º da Constituição Federal.

Nesse sentido, Eduardo Sabbag ensina:

É imperioso destacar que a tarefa de “instituir o tributo”, conquanto unilateral na forma, não o é na essência. É que a instituição pressupõe consentimento popular – consoante asseverou em linhas anteriores -, uma vez que este ato, sendo reflexo, aponta que o destinatário do tributo está disposto a aceitar a invasão patrimonial privada em prol de interesses coletivos, pagando-se tão somente aquilo que consentir a quem o exigir³¹.

Como regra, a instituição de tributo pode ser veiculada por lei ordinária; contudo, a própria Constituição Federal enumerou tributos que somente podem ser criados por meio de lei complementar, como é o caso do Imposto sobre grandes fortunas, dos empréstimos compulsórios, dos impostos residuais e das contribuições social-previdenciárias residuais.

³¹ SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63

Dispositivo fundamental que preceitua a estrita legalidade com campo tributário é o art. 97 do Código Tributário Nacional, que estabelece que fica reservada à lei a criação de tributos; suspensão, extinção e exclusão do crédito tributário; cominação de penalidade; fixação de alíquota e de base de cálculo; definição de fato gerador e do sujeito passivo.

Ponto importante a ser aventado é a desnecessidade de lei para estabelecer obrigações acessórias, entendidas essas como obrigações de se fazer, deixar de fazer ou tolerar que o fisco faça ações tendentes à fiscalização e arrecadação tributárias, conforme explica Eduardo Sabbag:

Nesse passo, as obrigações tributárias acessórias, consistentes nas prestações positivas ou negativas, de interesse de arrecadação e fiscalização dos tributos, podem ser previstas em atos infralegais (portarias, circulares, instruções normativas, entre outros), e não necessariamente em lei – esta sim, necessária a veiculação dos deveres patrimoniais, ínsitos à obrigação tributária principal³².

Não obstante o princípio da estrita legalidade ser aplicado ao campo tributário, existe, por disposição de lei, a possibilidade de alteração da alíquota de alguns impostos (Imposto sobre Importação, Exportação, produtos Industrializados; sobre operações de crédito, câmbio e seguros, contribuição de intervenção no domínio econômico – combustível, e imposto sobre circulação de mercadorias e serviços – combustível) por meio de ato do Poder executivo. Não se trata de exceção, mas de mitigação de referido princípio, devendo-se, sempre observância aos limites mínimo e máximo para estabelecimento da alíquota, limites tais que, obrigatoriamente, devem ser veiculados por lei.

5 Um caso concreto de flagrante impossibilidade de troca do sujeito em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão

O IGF – Imposto sobre Grandes Fortunas previsto pela primeira vez na Constituição Federal de 1988 como de competência da União, demanda lei complementar para a sua regulamentação³³ que não foi aprovada até hoje, existindo projetos de lei tramitando lentamente no Congresso Nacional. Este imposto foi e é utilizado em alguns países com

³² *idem. op. cit.* p. 70.

³³ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

...

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

...

várias justificativas, entre elas o de tornar o sistema tributário justo com a incidência de um tributo que atinja os mais afortunados cidadãos, exprimindo de forma bastante satisfatória, o princípio da capacidade contributiva.

Pois bem, havendo previsão constitucional, ausente legislação regulamentadora, questiona-se a possibilidade, em tese, da prática do Ativismo Judicial tendente à regulamentação de tal exação, a ponto de se instituir o tributo por meio de decisão judicial.

Partindo-se das premissas acima tratadas, fosse a intenção do Poder Executivo Federal a instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas, ausente vontade dos membros do Congresso Nacional, viável o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão junto ao Supremo Tribunal Federal. A Corte Suprema, ecoando o desejo do Executivo Federal, no exercício da doutrina ativista, estaria autorizada a, mediante a troca de sujeito, concretizar a espécie tributária em comento?

Que nos parecer que, embora academicamente a hipótese seja passível de visualização, sua implementação encontraria óbice intransponível na estrita legalidade tributária.

O contrário configuraria rompimento de vigas mestras da limitação ao poder constitucional de tributar, fazendo ruir o pilar da estrita legalidade.

Ao se admitir como possível hipótese acima versada, faltariam argumentos para discordar de Elival da Silva Ramos, que qualifica o Ativismo Judicial como uma disfunção da Justiça.

O texto constitucional existe para ser interpretado. Se for feito de uma maneira evolutiva, dentro da norma, é bastante positivo. Mas, quando o juiz resolve transcender essa norma para sobrevalorizar princípios constitucionais, ele invade a sua competência e desprestigia o Poder Legislativo.

...

Goste ou não, o Congresso é quem tem competência para legislar. O Judiciário não é o órgão adequado para fazer isso. Isso é destruição do Estado de Direito.³⁴

³⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial estica limites da Justiça**. Entrevista concedida a Gláucia Milício. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/ativismojudicial-ainda-causa-polemica-comunidade-juridica>>. Acesso em: 20/10/2012.

Em razão disso, Ramos sugere a aplicação de um positivismo que denomina de moderado ou renovado, no qual o que prevalece é a vontade da lei, não no sentido de um pressuposto prévio, pronto e acabado, que o juiz tenha que meramente atender, mas no de que o texto normativo objeto de exegese contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado, embora constitua apenas um limite no trabalho de construção da norma de decisão em que também conta a vontade do intérprete.³⁵

6. Conclusões

A Doutrina diverge quanto à possibilidade de realização do Ativismo Judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, mesmo diante da inércia do Poder Legislativo.

Para corrigir a inconstitucionalidade surgida, há, na Constituição Federal, instrumentos capazes de provocar a prática de efeitos a normas constitucionais de eficácia limitada, tais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visando primordialmente à defesa da ordem constitucional, na busca de garantir-lhe a devida supremacia.

Lado outro, se mesmo com a decretação da inconstitucionalidade por omissão o Poder com atribuição regulamentadora constitucional se mantiver inerte, nasceria a possibilidade de decretação da perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão e, por conseguinte, teria lugar a troca de sujeito, entendimento pelo qual, estaria o Poder Judiciário autorizado a suprir, de forma abstrata, a inércia regulamentadora da disposição constitucional.

Em contrapartida, urge aduzir que, mesmo em se aceitando como possível a doutrina do ativismo judicial na modalidade de troca do sujeito, o princípio da estrita legalidade consubstancia regra intransponível para a regulação infraconstitucional por meio do Poder Judiciário.

Do mesmo modo que somente a lei pode disciplinar crimes e estabelecer penas, só existe a possibilidade de instituir tributos por meio de lei, essa entendida como fruto do

³⁵ idem. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308.

trabalho do Poder Legislativo, nos exatos termos do disciplinado no art. 150, inciso I, da Constituição Federal.

Alfim, restou demonstrado um caso concreto de flagrante impossibilidade de troca do sujeito em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na medida em que se demonstrou ser impossível a instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas, por meio de decisão judicial decorrente da troca do sujeito legiferante em face o óbice intransponível da estrita legalidade tributária.

7. Referencial bibliográfico.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. (trad.). HECK, IUIZ Afonso. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008

BARROSO, Luis Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 01/05/2010.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In _____ BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A Nova interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: (O triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas...** Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 2^a. ed. São Paulo, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 8^a. ed. São Paulo: Saraiva 2005.

CASTRO, Marcos Faro de, apud VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. CAPEZ, Fernando. ROSA, Marcio F. Elias. SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional**. 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de BORGES, Luis Carlos. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional Descomplicado**. 3^a. ed. São Paulo: Método, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial estica limites da Justiça. Entrevista concedida a Gláucia Milício. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/ativismojudicial-ainda-causa-polemica-comunidade-juridica>>. Acesso em: 20/10/2012.

_____. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sansão à inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2007.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 6^a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.