

**CONTORNOS SOBRE A OMISSÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE:
TROCA DE SUJEITOS E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA**
*CONTOURS ON CONSTITUTIONAL OMISSION AND LEGITIMACY: EXCHANGE OF
SUBJECTS AND DEMOCRATIC LEGITIMATION*

Fernando de Brito Alves

Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru-SP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Graduado em Filosofia pela Universidade do Sagrado Coração e graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Especialista em “História e historiografia: sociedade e cultura” pela Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Jacarezinho. Advogado. Assessor Jurídico da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Editor da Revista Argumenta. Coordenador do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica (2014-2022). Realizou estágio de pós-doutorado no Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2013-2014). Visiting researcher na Universidad de Murcia (2019). Tem experiência na área de Filosofia Política e Direito. Paraná (Brasil).

E-mail: fernandobrito@uenp.edu.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/197599786816766>

Tiago Arantes Franco

Mestrando em Ciências Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (Campus de Jacarezinho-PR). Graduado em Direito pela Faculdade de Telêmaco Borba - FATEB. Pesquisador. Participante do Grupo de Pesquisa Democracia e Direitos Fundamentais. Paraná (Brasil).

E-mail: tiago.arantes.franco@gmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8137253201935902>

Submissão: 01.06.2020.

Aprovação: 21.03.2022.

RESUMO

A presente pesquisa tem como intuito delinear alguns pontos sobre a substituição de competência originária em casos de omissão legislativa em sede de controle de constitucionalidade. Para tanto, se utilizou do método dedutivo, consubstanciado pela pesquisa bibliográfica, por meio de livros, artigos científicos e jurisprudência. Com intuito de fazer um recorte e aproximação de teorias do direito constitucional da omissão legislativa com uma visão da separação de poderes contemporâneo e seu contexto democrático, apontando ainda possibilidades de tornar o sistema judiciário dotado de maior democraticidade.

PALAVRAS CHAVES: Omissão Constitucional. Separação de poderes. Democracia.

ABSTRACT

This research aims to outline some points on the replacement of original jurisdiction in cases of legislative omission in terms of constitutionality control. To this end, the deductive method was used, embodied in the bibliographical research, through books, scientific articles and jurisprudence. The aim was to cut out and approximate theories of constitutional law of legislative omission with a vision of the contemporary separation of powers and their democratic context, also pointing out possibilities of making the judicial system more democratic.

KEYWORDS: *Constitutional Omission. Separation of powers. Democracy.*

INTRODUÇÃO

O Estado Constitucional de Direito contemporâneo emerge alguns pontos como a proteção das minorias por meio da carta política, ainda, utiliza do judiciário como contraponto a maiorias que eventualmente possam se sobrepôr a direitos minoritários. O reconhecimento de leis constitucionais que limitem e criem proteção a todos no Estado passa a ser uma nova tônica que precisa ser observada pela separação de funções da república.

Nesse interim, a clássica separação passou por abalos sistêmicos que ensejam um acompanhamento de perto quanto aos limites e possibilidades de controle das forças institucionais que se apresentam no Estado. De um lado, poderes legitimados democraticamente pela escolha de todos e de outro, um poder eleito de forma indireta remonta a uma constante luta pela última palavra, na qual a sociedade se depara como únicos meios de se alcançar direitos ainda não efetivados.

Desse modo, a omissão legislativa, sobretudo das normas de eficácia limitada, aquelas em que com a simples entrada em vigor do texto constitucional não dão conta de tratar de todas as possibilidades que surgirão com o avanço da história e as mudanças sociais que precisam estar amparadas pelos princípios previstos na carta magna, que, portanto, se apresenta a necessidade de um controle de normas que possa dar respostas e guarnição aos direitos obstaculizados pela mora legal, bem como, pensar sobre possibilidades que possam dar novos contornos a legitimidade democrática das cortes em tais assuntos.

Para tanto, a presente pesquisa buscou delinear aspectos referentes a possibilidade de uma atuação dos tribunais mais condizente com vetores democráticos, utilizando para tanto, um diálogo com fontes de pesquisa do direito constitucional que revelam como tornar legítima a atuação das Cortes em meio a casos de omissão constitucional, sendo assim, a análise da atual estrutura de poderes e deveres limitados pelos sistemas democrático e

constitucional em voga. Com isso, por meio da análise qualitativa de método dedutivo, buscou-se responder a questão da possibilidade de uma corte legitimamente democrática para cumprir com as premissas ainda não reveladas por meio de leis constitucionais que aguardam a ação legiferante, utilizando da pesquisa bibliográfica por meio de livros, artigos científicos e jurisprudência. Com intuito de fazer um recorte e aproximação de teorias do direito constitucional da omissão legislativa com uma visão da separação de poderes contemporâneo e seu contexto democrático.

1 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Com a mudança de paradigma que desembocou no Estado Constitucional de Direito, o sistema político pode amparar-se em uma estrutura pró ativa que se desenvolve sobre seus próprios eixos, buscando responder a novos problemas que surgem na sociedade devido as novas realidades que apresentam (MARTÍNEZ, 2017, p. 168).

Desta forma, o choque de ideias e ideologias ocorre nas sociedades, em que cada grupo busca “reconhecimento e recompensas”, surgindo minorias que buscam identidade, liberdade e justiça por exemplo. E disto, o conflito passa a ser uma constante da condição humana, e sua solução ou pelo menos alguma forma de controle deve ser presente (BEATTY, 2014, p. 2).

As constantes discórdias levaram a um destacamento das soluções e negociações nessa era de conflitos sociais, frutos da mudança de paradigma governamental, antes, pautada em relações eclesiásticas, monárquicas e de divindades, que reforçavam a ideia de força e autoridade tanto aos reis como ao clero, até sua substituição pelo processo democrático de representação e o reconhecimento da soberania do povo (BEATTY, 2014, p. 2).

A nova realidade jurídica e política passou a comportar além de um controle de normas constitucionais, isso é, aquele que tem como parâmetro a Constituição, o controle normativo de leis e tratados internacionais ratificados pelo Estado, assim o novo paradigma também pode ser chamado de Estado Constitucional e Convencional de Direito e Direitos (MARTÍNEZ, 2017, p. 168).

Para tanto, em um Estado Democrático de Direito, se deve ainda, prezar pela vontade coletiva de sua sociedade, que se organiza politicamente por meio de seus representantes, em uma estrutura política na qual, a Jurisdição possa regular as atuações dos particulares e do Estado, com a finalidade de assegurar na medida do possível a harmonia coletiva e uma convivência pacífica (BENAVIDES, 2012, p. 460).

Porém, mesmo com a instauração de processos democráticos, como a representação, não foram suficientes para afastar os perigos do jogo de poder, como as vivenciadas na figura de democracias “fascistas e populares” do século XX, que pode demonstrar que maiorias podem abusar da autoridade quando ausentes mecanismos de controle, revelando um abismo entre a segurança e o caos, mesmo diante de governos eleitos, que fazem com que não somente os bens, mas a dignidade humana possa ser denigrada, a ponto de reafirmar a máxima que, nenhum poder pode controlar políticos que são inclinados a se opor a razão em ambientes que prezam pela soberania da lei da maioria de forma “absoluta e incondicional” (BEATTY, 2014, p. 2).

Para que isso não ocorra, o núcleo do sistema político e jurídico passa contar com uma constituição política como base e estrutura fundamental para regular as atuações dos órgãos do Estado e dos particulares sob as mesmas leis hierarquicamente alojadas abaixo da Constituição (BENAVIDES, 2012, p. 460).

Observa-se que ao longo das últimas décadas o Poder Judiciário passou a estar sobrecarregado, sobretudo as Cortes jurisdicionais, e que, em alguns casos como no Brasil, passaram a exercer o monopólio da última palavra em questões funcionais. Com isso, as cortes são acusadas de subverterem a clássica separação de poderes, pois passam a atuar como legisladores, não se impondo um limite político ao transpassar um poder sobre os demais (ALVES, 2014, p. 501).

Surge então o apelo aos tribunais para que estes passem a limitar e julgar as ações dos poderes do governo, com essa limitação, a sociedade também passou a atribuir uma grande confiança as Cortes, para que estas solucionassem casos complexos e controversos, com intuito que esses julgadores possam afirmar se os próprios direitos da sociedade estão ou não sendo legítimos (BEATTY, 2014, p. 3).

Quanto à finalidade do atual modelo, pode se dizer que tem a pretensão de fazer do direito uma prática real, que não se baseia apenas nas garantias dadas pela carta política, mas que vai além, buscando efetividade em sedes jurisdicionais, e, por meio dos operadores jurídicos vir a materializar a jurisdição normativa, para uma superação da carta programática para uma vinculante, não como um novo modelo, mas como uma evolução do mesmo processo, buscando portanto, a materialização da sua essência ideológica e moderna num contexto constitucional moderno, que ao invés de reduzir os poderes públicos, busca por meio da eficiência destes, garantir de forma real os direitos e deveres juridicamente consagrados (MARTÍNEZ, 2017, p. 168).

CONTORNOS SOBRE A OMISSÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE: TROCA DE SUJEITOS E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA

O constitucionalismo passou a permitir que, em defesa dos direitos e garantias fundamentais, o acesso a ferramentas mandamentais a qualquer sujeito, bem como, a força imperativa dessa constituição reside tanto na “aplicação da justiça como na produção normativa por parte das diversas instâncias estatais” (MARTÍNEZ, 2017, p. 168).

Porém, o Estado que não reconhece ou, não cumpre com seus postulados supremos, não reconhece a sua própria essência e torna omisso seus próprios conceitos fundamentais, que torna incompatível com a ideia de evolução do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito, visto que, seria uma forma de não reconhecer o texto constitucional em seus direitos nas gerações os quais foram conquistados (BENAVIDES, 2012, p. 460).

A Constituição não se limita a representação de uma unidade política, pois ela vai além, ao tratar da unidade jurídica no interior de cada Estado, isso revela a importância e da possibilidade de relacionar a outros sistemas além da jurisdição, como sistema social, político, econômico, religioso, cultural entre outros (BENAVIDES, 2012, p. 461).

Portanto, a vinculação do texto constitucional sobrepõe aos mecanismos legais, a fim de garantir com que se cumpram as premissas superiores por meio dos aparatos estatais. Com isso, o desconhecimento de uma norma superior, pode infringir danos ao sistema, pois sua desobediência afeta diretamente o sistema jurídico e político, o que gera um duplo conflito ao não seguir as normas supremas, primeiro pela ilegalidade das atuações dos órgãos públicos e segundo, pela “ilegitimidade no exercício do poder” (BENAVIDES, 2012, p. 461).

Com isso, a inobservância das leis superiores pode gerar uma forma de desacato à carta política, inclusive pelo poder legislativo, que detém a função de fazer as leis conforme o mandamento constitucional, ao criar leis contrárias ou, ao deixar de fazê-las (BENAVIDES, 2012, p. 460).

2 SUBSTITUIÇÃO LEGISLATIVA

A substituição legislativa ou troca de sujeitos¹ nos casos de omissão da lei constitucional compreende um tema delicado, que, sob o viés do Estado Democrático de Direito e pelo Princípio da Separação dos Poderes que integram a formação política e

¹ A troca de sujeitos se trata de um tema debatido pelo Professor Dr. Walter Claudius Rothenburg, aponta a possibilidade da troca de sujeito responsável para sanar mora legislativa decorrente da inercia do legislativo, chamando para judiciário a competência de validar a carta política constitucional. ROTHENBURG, Walter.C. Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

procedimental do país necessitam de um delineamento adequado e crítico sobre a temática, que envolve uma ação atípica entre as esferas de poderes para se sanar tais defeitos.

Em casos de omissão, provenientes da inconstitucionalidade, as cortes podem ser chamadas para legislar de forma suplente e precária quando o legislador não cumpre com sua tarefa de regular matérias legislativas, sendo necessário atentar para alguns pontos sensíveis a serem aplicados na construção histórica dos tribunais como legisladores em caso de inconstitucionalidades (SAGÜES, 2019, p. 71).

A jurisdição constitucional, de forma breve, não foi projetada inicialmente para atuar na reparação da inconstitucionalidade por omissão, e sim, para não aplicar regras inconstitucionais nos casos concretos, como no famigerado caso *Marbury vs. Madison*. Depois, graças a construção teórica de Hans Kelsen, permitiu-se diretrizes para atuar como legislador negativo, com a derrogação de normas inconstitucionais. E, somente mais tarde, se adotou o papel de legislador positivo, ao promover a sanção de novas normas (SAGÜES, 2019, p. 78).

Com a mudança de postura adotada pelo tribunal alemão no fim dos anos de 1960, a inconstitucionalidade por omissão passou a ser enfrentada com a produção de normas gerais, com as quais os juízes deveriam atentar para, ao assumir a postura positiva, mostrar uma mensagem constitucional do incumprimento decorrente do tempo que se passou sem que a norma fosse obedecida, e, propôs como possibilidade ao poder judiciário, o cumprimento material e jurídico da lacuna legislativa proveniente do legislativo (SAGÜES, 2019, p. 77).

Por fim, passou-se a atender a inconstitucionalidade por omissão por meio da produção de normas gerais, atuando nas lacunas diretamente aos casos concretos, impulsionado ainda as sanções de normas ausentes, tomando para si, a tarefa de produção normativa em face do legislador ocioso, não somente criando diretrizes, mas estabelecendo reparação para os afetados pela “mora legislativa genérica” (SAGÜES, 2019, p. 78).

Nesse sentido ainda, Sagües (2009), infere que, na última etapa alternativa de mudança dos tribunais constitucionais, caberia uma nova conduta, como as soluções de “Chiapas y Equador”, propondo uma gestão de um “tribunal constitucional como legislador suplente y precario”, atuando na resolução de sanções das normas gerais ausentes ou omissas, quando quem deveria ter elaborado, não as tenham feitas de forma efetiva (SAGÜES, 2019, p. 78).

Para Rothenburg (2005), a ausência de norma reclamada, infere a perda da competência do poder titular para um outro, qual seja nesse caso o judiciário, que melhor poderia tratar do assunto, assumindo para tal a postura normativa, ocorrendo, portanto, um

deslocamento de competência afim de cumprir com a Constituição (ROTHENBURG, 2005, p. 91).

No entanto, esta prática pelos tribunais precisa estar em compasso com algumas observações pragmáticas, provenientes de apontamentos críticos que surgem ao assumir essa posição, com: a) argumento técnico, que surge da necessidade de reconhecer a diferenciação da atuação como tribunal e legislar, de um lado a produção de sentenças e de outro a formação de normas gerais. Estas, precisam de tecnicidade para elaboração das normas, que se assumidas pela Corte, necessitaria de um corpo especializado em legislação de forma interna; b) argumento político, que reside na ausência da deliberação e multirepresentação social, como ocorre na via legislativa; c) argumento funcional, que se refere a capacidade das cortes, como as situadas na América do Sul, as quais, possuem um número de trabalho demasiado, diferenciando-se por exemplo da Corte Estadunidense, a qual possui um fluxo muito reduzido de trabalho por ano. Assim, assumindo a posição de corte legislativa, se torna necessário atentar para a quantidade de casos os quais tenha que decidir daqueles que tenha que atuar como legislador, a fim de que, não se assuma uma tarefa materialmente impossível e torne ambas funções ineficientes (SAGÜES, 2019, p. 75-77).

3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Perante a possibilidade das cortes atuarem como substituto ao poder legislativo, sanando e corrigindo lacunas ou omissões legislativas, alguns pensadores se colocam contra tal possibilidade, que inicialmente remonta a configuração de poderes e capacidade representativa, como, ao argumentar pela não possibilidade de escolha de juízes, seria uma afronta ao sistema de representação, uma vez que, não atende aos desenhos democráticos nem atende ao consenso popular pelo fato de serem escolhidos de forma indireta (ÁLVAREZ, 2003, p. 3).

Outro argumento defendido contra a ação das cortes em sede de substituição de sujeitos, se apresenta na crítica ao controle de judicial ser antidemocrático, pelo fato de quem exerce o poder judicial, não poderia atuar como sensor dos demais poderes, uma vez que, esse não teria sido eleito de forma direta pelo povo, somando ainda que, em muitos textos, o *judicial review* não está expressamente positivado nas cartas constitucionais, que por sua vez, passam a ser autorregulados pelos próprios julgadores (ÁLVAREZ, 2003).

Nesse sentido, buscando a superação da crítica relacionada a atuação das cortes como responsáveis pelo controle judicial de leis de forma não democrática, Fernando D. Alvarez

Álvarez (2003), com base nas modificações da lei argentina, com foco nos Decretos 222/03 e 558/03, passa a demonstrar possibilidades de tornar as Cortes membros qualificados dentro do sistema democrático constitucional, argumentando no sentido de superar a crítica de que os órgãos constitucionais julgadores seriam antidemocráticos (ÁLVAREZ, 2003).

O primeiro argumento se sustenta na legitimidade republicana do *judicial review*, remontando ao início da formação do sistema Federalista de justiça norte americano, em que dois princípios se unem para formar o novo Estado, o princípio democrático e o republicano, que resultaram no Constitucionalismo estadunidense, baseado em uma ideia liberal. No entanto, tal casamento não foi de todo feliz, uma vez que para instaurar a nova constituição, foi necessário que o poder democrático tivesse limitações, como a impossibilidade de participar de todos os atos do sistema político de governo. De outro lado o republicanismo trouxe mecanismos de controle de poder constituinte e constituído, supremacia constitucional, divisão de poderes, bem como os freios e contrapesos, que passaram a limitar o governo. Assim, o modelo estadunidense apresenta dois controles de poder, horizontal e vertical, esse último operando pelo *checks and balances* e o primeiro pelo federalismo (ÁLVAREZ, 2003, p. 9).²

Outro argumento seria a legitimidade democrática da Constituição, que surgiria no momento em que os juízes invalidam ou questionam uma lei ou decreto com base no texto maior, trazendo à tona, a soberania popular expressa na Carta Constitucional. Isso se liga a ideia de identificação da constituição histórica como expressão da mais alta soberania popular, sendo sua vontade representada pela assembleia constituinte, como consequência dessa identidade, “el control judicial de constitucionalidad se desprende logicamente de la legitimidad democrática” (ÁLVAREZ, 2003, p. 10).

Seguindo a linha de argumentação de Fernando Álvarez (2003), informa a questão da ausência de outras alternativas a quem possa realizar o controle de normas constitucionais, ao questionar qual poder legitimamente democrático poderia exercer esta função, e, na ausência de uma resposta plausível para uma possível legitimidade, pois ao se considerar que o próprio congresso realizasse tal atividade, como tratar da crise de representação instaurada pelos partidos políticos? Dessa forma o judiciário assume uma postura contra majoritária que o

² No início nos Estados Unidos, o perfil republicano se sobressaia ao democrático, no entanto, mesmo assim, foi possível uma institucionalização do controle de leis constitucionais nas mãos dos juízes. Como proposto no julgamento do caso Marbury vs. Madyson pelo juiz Marshall, com o qual, a corte pode tomar para si o papel de último intérprete da Constituição. ÁLVAREZ, Fernando D. Alavarez. Legitimidad Democrática y control Judicial de Constitucionalidad. (Refutaciones al carácter contramayoritario del poder judicial). Dikaion, v. 17, n. 12, p. 1–31, 2003. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72001208>>. Acesso em 16 abr. 2020. p. 9.

permite que inclusive possa realizar respostas a omissões legislativas (ÁLVAREZ, 2003, p. 25).³

Conforme avança em seu pensamento, e seus argumentos, Fernando Álvarez (2003) ainda propõe que o argumento da proteção dos direitos individuais, no qual a corte deve proteger a todos o direito de exercer seus direitos, nesse caso, os juízes como barreiras a posturas majoritárias, ou seja, garantir direitos das minorias (ÁLVAREZ, 2003, p. 11-20).

Quanto a ampliação do objeto de controle de constitucionalidade, a tutela judicial do processo político democrático como fator de legitimidade dos juízes, pautado nos estudos de John Hart Ely, como uma forma de tornar o juiz uma espécie de árbitro do processo democrático, com aplicação de regras constitucionais no sistema político, partindo também do fundamento do *checks and ballances*, no qual prevê que, o órgão que controla não seja controlado por si mesmo, atuando ainda na postura pró-minorias em face de eventuais majorias por meio do melhoramento de controles que visem evitar essas ocorrências (ÁLVAREZ, 2003, p. 11-20).

Bem como, a representação simbólica como argumento dos juízes no novo sistema representativo, baseando-se na observação de Marcel Gauchet, a qual preveria aplicação idêntica aos casos europeus na América Latina. Assim, com a crescente preocupação da população com os direitos e liberdades individuais, o controle judicial passa a ser uma ferramenta de controle do sistema representativo em sentido simbólico, pois os magistrados não são eleitos diretamente, mas passam a ter o papel de completar o sistema representativo, de forma a qual seriam os juízes os guardiões do princípio da composição social, com intuito de resguardar as condições que fazem seu poder soberano (11-20).

Em relação ao uso do controle judicial de constitucionalidade como promotor do equilíbrio entre os poderes, como os moldes erigidos pelos Federalistas, ao reconhecer o judiciário como poder mais fraco, o qual dependeria do braço executivo para que suas decisões fossem eficazes. Assim, a corte passa a atuar como controladora do processo político, com fito em equilibrar a relação de poderes, para efetivar uma cooperação e não o bloqueio entre as funções, bem como evitar a expansão de poderes em face dos demais (ÁLVAREZ, 2003, p. 11-20).

³ Fernando A. Álvarez propõe uma espécie de adoção de modelo de tribunal constitucional aos moldes europeu, mas com um sistema de votação popular que possa escolher os membros do judiciário, trazendo contornos democráticos ao exercício da justiça, como nos moldes da Justiça Argentina, que fora alterada por meio dos decretos 223/03 e 588/03. ÁLVAREZ, Fernando D. Alavarez. Legitimidad Democrática y control Judicial de Constitucionalidad. (Refutaciones al carácter contramayoritario del poder judicial). *Dikaion*, v. 17, n. 12, p. 1–31, 2003. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72001208>>. Acesso em 16 abr. 2020. p. 25.

Por sua vez a faculdade do controle de constitucionalidade como poder limitado, que se divide em: limitação ao controle de constitucionalidade, efeitos limitados de controle, a auto restrição ou *self restraint* judicial e a remoção dos juízes por juízo político ou impeachment (ÁLVAREZ, 2003, p. 11-20).

Por fim, a estrutura do argumento da estrutura do raciocínio prático e sua conexão com a distinção entre autoridade e poder como forma de controlar a realização do controle de constitucionalidade, partindo do reconhecimento da Constituição como legitimadora normativa, e, a atividade potestativa do juiz que surge como atuação do saber e não pela escolha direta, que ao atuar pelo seu conhecimento se torna sua fonte de legitimação. No mesmo sentido, a ideia de que somente o poder poderia refrear outro poder torna-se passada, vez que o judiciário se seja visto como um poder estatal de acordo com as constituições modernas, assim, o freio de poder diante do legislativo e executivo, deve ser dar por meio da autoridade e não do poder pelo poder (ÁLVAREZ, 2003, p. 11-20).

Com esses argumentos em prol de uma legitimidade democrática em torno do controle judicial e da constitucionalidade de normas, cumpre apontar alguma decisão judicial em torno de direitos sem previsão legal, mas que se adequam aos direitos fundamentais, como o recente caso dos julgamentos ADO 26 e no MI 4733, que tratam da criminalização da homotransfobia.

4 A CORTE E O PAPEL JURISDICIONAL

O presente levantamento aqui não tem como intuito debater sobre a divergência do julgamento das ações propostas, uma sendo sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e a outro pelo Mandado de Injunção (MI). Enquanto o primeiro se trata de uma ação que visa notificar o Legislativo ou Executivo acerca de uma omissão com base na interpretação sendo necessária a interpretação conjunta dos arts. 102 e 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal, da Lei 9.868/99, e pela Lei 12.063/09, a qual possua ainda a existência de uma norma constitucional de eficácia limitada que seja garantidora de direitos, liberdades ou prerrogativas e ainda a impossibilidade de se exercer direitos, liberdades ou prerrogativas por falta de norma infraconstitucional regulamentadora (BARROSO, 2009, p. 255).

A omissão inconstitucional será evidente quando, não somente a inércia legislativa seja presente, bem como, a omissão seja qualificada, portanto, se faz necessário que haja um dever constitucional de agir de forma específica, bem como a omissão esteja caracteriza de forma imprudente. E no caso, de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), nem toda

CONTORNOS SOBRE A OMISSÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE: TROCA DE SUJEITOS E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA

omissão poderá ser objeto de seu rito, portanto, essa precisa ser normativa, caso em que há um dever específico para edição de norma para que integre um comando constitucional, pois essa caracteriza como uma normal constitucional de eficácia limitada, que, portanto, não há aplicação imediata (ROTHENBURG, 2005, p. 141-142).

Outra característica da ADI reside no fato da legitimidade prevista em rol apertado, sendo apenas algumas personas aptas para sua proposição, além disso, caso resulte positivo o intento, a ação terá duas finalidades, se for julgamento de competência do legislativo ou executivo, a Suprema Corte notificara e cientificará, para que o responsável tome as devidas providencias. Caso se trata de competência de órgão administrativo, a Corte fixara prazo de trinta dias (o prazo também poderá ser convencionado de forma diversa pelo Tribunal) conforme o art. 12-H, caput e § 1º, da Lei 9.868/1999, para que a pauta em questão seja sanada levando em conta o interesse público (BRASIL, LEI 9.868/1999).

O MI por seu turno se caracteriza, conforme previsão constitucional no Art. 5º, LXXI, sempre que houver “que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania” (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988). Ainda, tem como função de fazer valer o direito do interessado, conforme as prerrogativas constitucionais, o qual esteja inviabilizado de se realizar pela ausência de regulamentação (SILVA, 2015, p. 161).⁴

Ressai da norma constitucional que o mandado de injunção constitui instrumento processual destinado a viabilizar, diante de falta de norma infraconstitucional, o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A norma institui evidente relação de causalidade entre a falta ou insuficiência de lei (v. art. 2.º da Lei 13.300/2016) e o exercício de direito. Assim, o mandado de injunção objetiva dar tutela a um direito subjetivo, constituindo mecanismo que permite a fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão (SARLET, 2018, p. 1295).

Sobre a norma constitucional de eficácia limitada, integram a tríplice base de normas constitucionais, diferenciadas em normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada ou reduzida, e diferente das demais, as limitadas não produzem efeitos desde que passa a vigorar, pois, o constituinte não estabeleceu matéria ou uma normatividade, que seria uma tarefa posterior do legislador originário ou de outro órgão estatal (SILVA, 2015, 82).

⁴ Ainda nesse sentido, o Mandado de Injunção como remédio constitucional recebeu ao longo da história constitucional inúmeras críticas, pois passou a se tratar apenas de um meio de declaração de omissão constitucional pelo Supremo Tribunal. SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. Ed. 8º. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. P. 161.

CONTORNOS SOBRE A OMISSÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE: TROCA DE SUJEITOS E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA

Logo, inúmeros direitos que integram a base prevista pelo mandado de injunção são ou melhor estão a mercê de uma ação legislativa para enquadrar uma normatividade para garantir o exercício pleno de direitos quer sejam, da nacionalidade, soberania ou da cidadania. Portanto, os recentes embates sobre os direitos em torno da proteção das pessoas contra discriminações sobre sua opção sexual, se trata de uma aparente ausência normativa que vige desde a adoção do texto constitucional de 1988, pois, trata-se de um direito personalíssimo a cidadania, bem como, da dignidade da pessoa humana, a qual merece ter reconhecida proteção legal, afim de garantir sua convivência social com integridade.

Embora se trate de uma postura inovadora do Tribunal e que pode novamente colocar em descrédito o instituto do Mandado de Injunção, como dito acima, tratam-se de ações diferentes quanto seu rito e conteúdo, o julgamento em si se torna algo sensível a críticas quanto a possível postura legislativa pela Corte, uma vez que, ao reconhecer os direitos e fazer produção normativa, estaria o STF legislando, que acarretaria num desvio de função, no entanto, o próprio pedido de auxílio por meio de ambas as ações se trata do evidente inercia legislativa que deve ser sanada e nesse contexto, os Juízes não podem deixar de apreciar a investida por reconhecimento de direitos, visto que, estes atuam pelo princípio da inafastabilidade do controle judicial, previsto no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal, o qual prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988).

Assim, todo aquele que se encontre impedido de exercer seus direitos, como no caso omissão, deve ter acesso ao poder judiciário e poder buscar a sua tutela juridicamente, na qual, o juiz não pode se eximir da responsabilidade de julgar e buscar assegurar a efetividade material do direito lesado, inclusive ao tempo em que se busca a judicialmente, que o Estado preste adequadamente a tutela, sendo próprio esse princípio a ser aplicado também no mandado de injunção em sua decisão que surge da “inafastabilidade do controle jurisdicional” (REIS, 2019).

Nesse âmbito, as cortes geralmente são classificadas de acordo com sua postura, seja de interpretar ou não as normas, assim, são acusados ao longo da história de deturpar a separação de poderes clássica, no entanto, reide uma maior dificuldade em alinhar o apelo popular às cortes ao não interpretacionismo das normas constitucionais, como forma de responder as demandas sociais que chegam ao direito em um estado democrático (ALVES; BREGA FILHO, 2015).

Contudo, o papel das constituições ainda parece ser o de proteger as minorias, ao passo que ao legislativo cabe uma parte do direito e não o todo, os juízes representam a

garantia complexa do direito e justiça no Estado Constitucional, a ponto de que o controle jurisdicional tenha se tornado uma *condicio sine qua non* para a existência num estado democrático e republicano (ALVES; BREGA FILHO, 2015).

Contudo, existem severas oposições quanto a um controle de normas por parte do judiciário, no entanto, parece ser viável que, se observe em algum grau a posição da Corte como um sistema antitruste (ELY, 2010, p. 137), ou seja, atuar de forma paralela e, apenas atuar quando o sistema principal (legislativo) esteve indo mal, e não atuando em dar respostas de valores substantivos, muito menos considerar que pontos divergentes com o atual quadro político em vigência (ALVES; BREGA FILHO, 2015).

Com relação ao julgamento da ADO 26 e MI 4733, como já dito, não cumpre aqui uma análise quanto a técnica de decisão sobre o julgamento das duas formas processuais distintas, cabe aqui sinalizar sobre o direito em questão suprimido, ou no caso, omissão, como da criminalização dos atos contrários as pessoas que decorrem de suas opções sexuais, que reside em uma inércia ou mora legislativa, e, que cumpre com “a perda de competência constitucional como modalidade de sanção por omissão inconstitucional, com a substituição do sujeito originariamente legitimado a realizar comandos constitucionais” (ROTHENBURG, 2005, P. 93).

Quanto a questão do monopólio da última palavra, função a qual sugere que o judiciário defina sobre algum tema resultante das ações ou omissões do legislativo, denota um certo receio, pela ação de um órgão não eleito diretamente perante órgãos legitimamente democráticos. Pois, enquanto o primeiro consiste em um órgão escolhido de forma indireta, pelo chefe do executivo, os demais poderes, são escolhidos de forma direta, bem como podem ser retirados por meio de eleições (ALVES; BREGA FILHO, 2015).

Resta com isso, apontar a necessidade de um órgão com poderes de dar respostas finais e respostas de acordo com a constituição, livres e independentes politicamente, nesse ponto a ação contra majoritária junto a outras características parece ser fundamental para se entender a necessidade do controle judicial para o sistema democrático (ALVES; BREGA FILHO, 2015).

Contudo, a preferência pela última palavra do poder judiciário não parece representar algo imutável e pronto, uma vez que, em outras situações já se decidiu de foram a regredir direitos pela interpretação posta em um caso, motivo pela qual, tanto o poder legislativo pode rever a decisão por meio de uma nova legislação que traga os benefícios ou supra o retrocesso

em questão.⁵ Nesse ponto, da mesma forma como a inércia pode inferir um novo sujeito, no caso de uma decisão por parte do judiciário, essa técnica parece ser viável de igual forma, o que afasta uma preferência pela detenção da última palavra quanto aos direitos.

Nesse sentido, a abertura de procedimentos entre os poderes, como canais de comunicação (ALVES; BREGA FILHO, 2015), ou mesmo a adoção de uma mudança pela qual se possa ter uma participação mais direta da população em volta da escolha dos juizes da corte como ocorre na Argentina, seria uma alternativa para superar o poder exclusivo do executivo sobre a escolha dos magistrados que compõem a corte e traria mais independência e um sentido democrático a instituição, que poderia reverter em um acréscimo ao estado democrático.

Em tempo, a utilização de meios dialógicos entre poderes, previstos pela própria Constituição em seu Art. 60, §4º, pode sugerir a atuação limitada do judiciário em certos temas, e deixando outros para a análise legislativa, ademais, o controle da última palavra pela Corte, vai contra a ideia de Estado Democrático e se faz necessário que se discuta-se por novos contornos a esse embate de funções, principalmente nos temas sociais que chegam aos poderes para serem regulados pela interpretação constitucional, na busca por meios mais efetivos não só de diálogo entre funções do Estado, como entre sociedade e Poderes, a fim de se aproximar de uma democracia no sentido substantivo (ALVES, 2012).

CONCLUSÃO

As novas configurações trazidas pelo Estado Constitucional de Direito estabeleceram limites legais, bem como, instaurou o judiciário como um ponto de fuga para possíveis atentados contra as minorias.

O estabelecimento de limites pela carta política, passaram a regular tanto os direitos, como os sociais, quanto os poderes que atuam na representação do Estado. As mudanças que se encaminharam com o passar do tempo, levaram o judiciário a ser apelado por direitos ainda não previstos ou não legislados pelo poder legiferante. Assim cortes constitucionais também se ocuparam de ouvir tais demandas.

⁵ Nesse sentido, Fernando de Brito Alves e Vladimir Brega Filho, apontam a decisão do julgamento do MS 26310-5/DF, que tratava do tratamento igualitário quanto aos portadores de necessidades especiais em concursos públicos, no qual teve sua decisão um aparente retrocesso quanto a legislação até então aplicada. ALVES, Fernando de Brito; BREGA FILHO, Vladimir. Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 124-134, ago. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/948/966>. Acesso em: 10 maio 2020.

CONTORNOS SOBRE A OMISSÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE: TROCA DE SUJEITOS E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA

Com isso, um abalo a clássica divisão de poderes pode ser visualizada pela postura das cortes, que em alguns casos extrapolavam a sua função, mas também, pode ser notada a atitude em prol da defesa de minorias no Estado Democrático.

Para tanto, a necessidade de substituição legislativa passa a ser debatida como forma de entender os limites do judiciário e, que casos poderiam exigir uma possível ação em prol da defesa do ordenamento jurídico e político social.

As mudanças observadas em outras jurisdições passam a fornecer possíveis ideias para enfrentamentos de obstruções e mudanças sistêmicas para conferir maior grau democrático a atuação da Corte, principalmente na resolução de casos de omissão e mora legislativa que envolvem uma busca por respostas mais céleres em virtude de seu conteúdo e previsão constitucional, que em tese, tem legitimidade pela adoção de mecanismos próprios como o Mandado de Injunção.

Assim, cumpre a discussão da legitimidade democrática da Corte frente aos casos de mora dos atores políticos, em que pese, são diretamente escolhidos em virtude do sistema representativo, mas que, por motivos lógicos não compreendem a representação da totalidade social.

Ainda, o papel da Corte na resolução de demandas omissas, cumpre se apontar medidas e alcances de sua atividade, bem como possibilidades frente a casos concretos, como o recente caso da ADO 26 e MI 4733, no qual o judiciário foi chamado a apontar um direito e por princípios constitucionais, deve uma resposta jurídica adequada, pela evidente necessidade de alteração de sujeitos para superar a desequilíbrio normativo apresentado.

Por fim, a exposição de motivos para se chegar ao julgamento, ou melhor a efetivação de direitos, sempre que em sede do tensionamento entre poderes, reside em apontar possibilidades para superação de quaisquer obstáculos que coloquem em descrédito o sistema democrático. Assim a ideia de última palavra pode ser alterada e distribuída entre as funções, na busca por melhor diálogo não somente entre as funções do estado, mas também, entre essas e a sociedade.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Fernando D. Alvarez. Legitimidad Democrática y control Judicial de Constitucionalidad. (Refutaciones al carácter contramayoritario del poder judicial). *Dikaion*, v. 17, n. 12, p. 1-31, 2003. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72001208>>. Acesso em 16 abr. 2020

CONTORNOS SOBRE A OMISSÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE: TROCA DE SUJEITOS E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA

ALVES, Fernando de Brito. *Jurisdição Constitucional E Participação Popular: Sobre a Possibilidade De Novas Relações Entre O Judiciário E O Legislativo*. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 2, p. 497-524, 2014.

ALVES, Fernando de Brito. Democracia e desconfiança. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 16, p. 267-281, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/223>. Acesso em: 31 maio 2020.

ALVES, Fernando de Brito; BREGA FILHO, Vladimir. Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 124-134, ago. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/948/966>. Acesso em: 10 maio 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Ed. 9ª. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

BEATTY, David M. *A Essência do Estado de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BENAVIDES, M. S. V. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas en el Derecho en el contexto del Estado social de derecho. *Revista Facultad de Derecho y ciencias políticas*, v. 43, n. 117, p. 455–479, 2012.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Art. 5º, LXXI. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 mar. 2020.

BRASIL. *Lei no 9.868/1999*. Art. 12-H, caput e § 1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em 12 mar. 2020.

ELY, J. H. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010.

MARTÍNEZ, Orlando Pardo. Activismo constitucional en America Latina: La jurisdicción normativa. *Revista Jurídica Piélagus*, v. 16, n. 1, p. 167–178, 2017.

REIS, Deyvison Heberth dos. *Ativismo judicial em matéria penal: uma crítica à luz da hermenêutica constitucional*. Dissertação (Mestrado) — UENP/Campus Jacarezinho/Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica - Mestrado e Doutorado, 2019.

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

SAGÜES, Néstor Pedro. Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: La corte constitucional de Equador como Legislador suplente y precário. *Estudios Constitucionales*. Ano 7. nº 2, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CONTORNOS SOBRE A OMISSÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE: TROCA DE
SUJEITOS E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.