

COMENTÁRIO

OMISSÕES CONSTITUCIONAIS ENTRE O NORMATIVO, O INSTITUCIONAL E O DESCRITIVO

Luiz Fernando Gomes Esteves

A criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO) e do Mandado de Injunção (MI) pela Constituição de 1988 deu início a uma disputa jurisprudencial e acadêmica sobre quais seriam os efeitos produzidos pela procedência de tais ações. Essa disputa sempre se colocou em termos jurídicos, por vezes até mais específicos, com análises próprias do direito processual.

Na época, como bem pontuado, várias posições se formaram, entre aquelas concretistas – individual ou geral –, que defendiam que, julgadas procedentes as ações, o Judiciário deveria suprir a omissão inconstitucional garantindo desde logo o direito ao impetrante (na posição concretista individual) ou a todos naquela mesma situação

(na posição concretista geral) (BARROSO, 1993; MESQUITA, 1989), e aquelas que defendiam que caberia ao Judiciário apenas cientificar o órgão omissor, para que suprisse a omissão (COELHO, 1989). Como bem pontuado pela autora, durante muito tempo a posição que prevaleceu nos tribunais foi a que não conferia efeitos concretos às ações, mas essa discussão parece ter sido encerrada, pelo menos no que toca ao MI, pela promulgação da lei 13.300/16, que dispôs sobre o seu procedimento.

Essa primeira fase do debate, portanto, foi marcada por uma perspectiva normativa, em que as perguntas levantadas sobre os institutos eram do tipo i) como deveriam atuar os tribunais no julgamento de tais ações?; ii) qual é a interpretação correta do texto constitucional? Cuidava-se, portanto, de refletir sobre o que dizia o direito e quais seriam as consequências aplicáveis.

Em paralelo com essa discussão, uma segunda fase destinava sua atenção para o papel do Judiciário na implementação de políticas públicas, e discutia a existência de ativismo judicial, o que também tocava o tema das omissões inconstitucionais (BENVINDO, 2012). Nesse caso, as perguntas ganhavam outra feição, de questionar qual era o papel do Judiciário em um arranjo de separação de poderes, por exemplo: i) os tribunais têm capacidade institucional para proferir decisões que interfiram em políticas públicas?; ii) o Judiciário tem legitimidade para proferir decisões que tradicionalmente são de competência dos poderes eleitos?

A essas duas perspectivas normativas, Karina Denari de Mattos acrescenta mais uma lente de análise: a descritiva. A partir de uma análise marcadamente de Ciência Política, a autora analisa como decidiram os juízes em processos em que foram confrontados com omissões inconstitucionais. Nessa análise, em que houve a incursão marcada da literatura sobre comportamento judicial, as perguntas são de natureza descritiva, e abordam basicamente: i) como decidem os juízes em casos de omissões inconstitucionais?; ii) o que influencia os juízes na tomada de tais decisões?

Essas perguntas foram respondidas a partir de três conjuntos de teorias diferentes (INATOMI, 2020). Para o modelo atitudinal, os juízes decidiriam de acordo com suas ideologias. Para isso, as pesquisas empíricas normalmente verificam a atuação pretérita do juiz ou o partido do presidente que o indicou, e comparam essas informações com o sentido dos votos proferidos nos julgamentos. Outro modelo, denominado legalista, indica que as decisões tomadas pelos juízes seriam fruto de uma análise jurídica ampla, que compreenderia o texto legal, uma cultura de respeito aos precedentes, ou mesmo a formação jurídica. Por fim, os modelos estratégicos se guiam por diferentes aspectos para avaliar as decisões tomadas pelos juízes, analisando, por exemplo, se os juízes tomam decisões influenciados por outros poderes, ou pela dinâmica interna de deliberação do tribunal, ou mesmo por influência da opinião pública e da imprensa.

A originalidade do trabalho de Karina Denari de Mattos é notável ao empregar elementos dos três diferentes tipos de perspectivas para a análise das omissões incons-

titucionais. Em primeiro lugar, discute juridicamente as consequências das omissões na doutrina e na jurisprudência. A seguir, debate, a partir as perspectivas descritivas, que o silêncio do Judiciário pode ter um viés estratégico, seja para evitar o desgaste junto à opinião pública, seja para evitar que suas decisões sejam descumpridas. Por fim, em suas conclusões, ao indicar a “inevitabilidade do silêncio estratégico”, parece chamar a atenção para uma perspectiva normativa de cunho institucional, em que destaca que a omissão inconstitucional dificilmente seria suprida por uma atuação do Judiciário que fosse descolada da política e da relação com os outros poderes.

Sem dúvidas há contribuição para o debate, ao sugerir que suprir omissões inconstitucionais é tarefa muito mais difícil do que indicariam aquelas correntes com foco no direito e nos efeitos das decisões, e que seria necessário questionar o que se caracteriza como omissão, e também a necessidade de decisões dialógicas entre as instituições. No entanto, a análise ainda deixa algumas questões em aberto.

Em primeiro lugar, quais seriam os parâmetros para avaliar a solução que os tribunais deveriam adotar em cada tipo de omissão. Isto é, todas as omissões seriam iguais? Omissões em casos que envolvessem direitos fundamentais, a exemplo da recente ação que levou à criminalização da prática de homofobia, seriam equiparáveis a omissões que envolvessem de forma mais geral a organização do Estado, como no exemplo citado da omissão na edição da lei para a criação de municípios?

Além disso, a autora parece indicar que, em muitos casos, é difícil caracterizar a omissão, uma vez que os poderes competentes buscavam, nas vias próprias, uma solução para o impasse colocado pela determinação constitucional de elaboração das normas. Como exemplos, cita os casos do Fundo de Participação e da lei complementar de criação de municípios, para dizer que, no último caso, houve aprovação de projeto de lei complementar por comissão, e que o documento aguardaria votação em plenário. Na mesma linha da pergunta anterior, faltam parâmetros para indicar o que caracteriza ou não uma omissão inconstitucional. Em outras palavras, toda e qualquer ação dos poderes políticos seria suficiente para descaracterizar a existência de omissão?

Por fim, restam dúvidas de que há atuação estratégica em todos os poderes, inclusive no poder Judiciário, se adotarmos uma noção ampla de estratégia. Como apontado pela autora, não é raro que os ministros do Supremo Tribunal Federal utilizem técnicas processuais para controlar o tempo do processo, inclusive com vistas a atingir determinada decisão. Os principais exemplos são as liminares monocráticas, o controle da liberação do processo para julgamento e a indicação do ambiente decisório – se presencial ou virtual – pelos relatores, a definição da pauta de julgamento pelo presidente, e os pedidos de vistas que podem ser formulados pelos demais ministros.

As questões que aqui são colocadas se dirigem à avaliação dessas estratégias. Isto é, a constatação descritiva de que as estratégias são utilizadas levaria necessariamente à sua aceitação e à atribuição de legitimidade ao seu uso?

Para responder a essas perguntas, invariavelmente a análise deve ter como pressuposto uma teoria normativa, e, a depender da lente escolhida, as respostas podem apontar para caminhos diferentes. Por exemplo, teorias que concebem cortes constitucionais como interlocutoras em um diálogo podem admitir diferentes níveis de estratégias, dentro de determinadas condições (BICKEL, 1986; FRIEDMAN, 2009; MENDES, 2015; SUNSTEIN, 2001). Mas outras teorias para as quais cortes são fóruns de princípios podem não autorizar ou não conceber esse tipo de análise estratégica por parte dos juízes e tribunais (BARBOSA, 2020; DWORKIN, 1986).

Isso para dizer que, apesar da relevância e da indispensabilidade das contribuições trazidas pelas análises descritivas e institucionais, que são marcantes no trabalho da autora, ainda há desafios a serem enfrentados, pois se mostra imprescindível a análise normativa, para verificar se as perspectivas descritivas e institucionais se adequam à ideia que se tem do direito.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, A. L. P. *Decidindo (não) decidir: Instrumentos de influência individual na definição da agenda e do tempo dos julgamentos no STF*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo/SP: Universidade de São Paulo, 2020.
- BARROSO, L. R. Mandado de injunção – Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, p. 1-13, 1993.
- BENVINDO, J. Mandado de Injunção em Perigo: Os Riscos da Abstração de seus Efeitos no Contexto do Ativismo Judicial Brasileiro. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 5, n. 2011, 2012.
- BICKEL, A. M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Yale University Press, 1986.
- COELHO, I. M. Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandato de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 104, p. 43-58, dez. 1989.
- DWORKIN, R. *A matter of principle*. OUP Oxford, 1986.
- FRIEDMAN, B. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Farrar, Straus and Giroux, 2009.
- INATOMI, C. C. *As análises políticas sobre o poder judiciário: lições da ciência política norte-americana*. Campinas: Editora Unicamp, 2020.
- MENDES, C. H. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford New York: Oxford University Press, 2015.
- MESQUITA, J. I. B. Mandado de injunção: anteprojeto de lei. *Estado de São Paulo*, 26 out. 1989.
- SUNSTEIN, C. R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass. London: Harvard University Press, 2001.