

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A resolução n. 23.389/2013
do Tribunal Superior Eleitoral
e a tensão entre os poderes
constituídos**

**The resolution n. 23.389/2013
of the Superior Electoral Court
and the tension between the
incorporated powers**

Bernardo Silva de Seixas

Roberta Kelly Silva Souza

Sumário

EDITORIAL	V
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL	1
APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	3
Inocêncio Mártires Coelho	
A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....	24
Luís Roberto Barroso	
O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326	52
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
Christine Oliveira Peter	
ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS	89
Ciro di Benatti Galvão	
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....	101
Humberto Fernandes de Moura	
O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....	116
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA	135
Thiago Aguiar Pádua	
A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL	170
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207

POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL224

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL239

Sílvio Dagoberto Orsatto

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO253

Antonio Henrique Graciano Suxberger

A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310

Urá Lobato Martins

BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA330

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS	362
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....	375
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	392
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	410
André Pires Gontijo	
O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....	425
Giovana Maria Frisso	
GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....	438
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.	440
Luís Inácio Lucena Adams	
A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	452
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....	480
Ivo Teixeira Gico Jr.	
A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....	501
Aléssia de Barros Chevitarese	
PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....	519
Leonardo Zehuri Tovar	
POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....	538
Saul Tourinho Leal	

DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS	553
Jefferson Carús Guedes	
A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES	588
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS	606
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL	622
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
NORMAS EDITORIAIS.....	637
Envio dos trabalhos.....	639

A resolução n. 23.389/2013 do Tribunal Superior Eleitoral e a tensão entre os poderes constituídos*

The resolution n. 23.389/2013 of the Superior Electoral Court and the tension between the incorporated powers

Bernardo Silva de Seixas**

Roberta Kelly Silva Souza***

RESUMO

As situações de lacunas normativas são inerentes às Constituições que preveem normas de eficácia limitada em seu texto permanente, no entanto, não sendo de bom alvitre se permitir que vácuos normativos, ocasionados pela inação do Poder Legislativo, resultem em inconstitucionalidade por omissão e ocasionem o descumprimento da Constituição. Assim, este ensaio enfrenta a questão da possibilidade de atribuição de competência normativa a órgãos do Poder Judiciário, com a finalidade de fundamentar a possibilidade de estes ultrapassarem os obstáculos impostos pela inércia legislativa e realizarem o cumprimento das determinações constitucionais via decisões judiciais ou atos normativos secundários. Por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, tendo como temática a atuação regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral que fixou o número de deputados federais para cada Estado-membro da Federação brasileira para as eleições majoritárias de 2014, tem-se o objetivo de fomentar o debate acerca da possibilidade da ocorrência de descentralização normativa da função legiferante do Poder Legislativo no ordenamento jurídico brasileiro, assim como do estudo das características, requisitos e limites impostos ao Poder Judiciário para exercício dessa competência normativa apta a inovar no sistema jurídico pátrio.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Omissão Inconstitucional. Função Normativa.

ABSTRACT

The situations of regulatory gaps are inherent to Constitutions which foresee limited efficacy standards in its permanent text, however, not being of good plea, the permission of normative voids, occurred by the Legislative's inaction, resulting in unconstitutionality by default and entailing in a non-compliance of the Constitution. Thusly, this paper faces the question of the possibility of granting Legislative powers to the Judiciary, in order to justify the possibility of such overcome the obstacles imposed by the Legislative inertia and accomplish the enforcement of constitutional determinations

* Recebido em 05/10/2014
Aprovado em 27/12/2014

** Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Advogado em Manaus/AM. E-mail: seixas.bernardo@gmail.com

*** Mestranda em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Especialista em Direito Processual e Direito Público pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Bacharel em Direito pela Universidade Nilton Lins. Advogada em Manaus/AM. E-mail: rkellyss@yahoo.com.br

via court decisions or secondary normative acts. Through literature and jurisprudence research, having as theme the regulatory role of the Supreme Electoral Tribunal which set the number of deputies to each member state of the Brazilian Federation for statewide elections in 2014, it has been the aim, stimulating debate about the possibility of normative decentralization of the Legislative's legislating function in the Brazilian legal system, as well as the study of the characteristics, requirements and limits imposed on the Judiciary when it comes to the exercise of such normative competence, capable of innovating the national legal system.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Unconstitutional omission. Normative Function.

1. INTRODUÇÃO

É cediço que no momento de promulgação de uma nova Constituição não se é possível prever todas as *nuances* necessárias para criação de um novo Estado, havendo, desta maneira, a utilização das normas constitucionais de eficácia limitada para que os poderes constituídos, no caso o Legislativo, escolha a decisão, por meio de processo democrático, que melhor auxilie o cumprimento das finalidades estatais.

Todavia, a não atuação do Poder Legislativo em colmatar as normas de eficácia limitada ocasionam o surgimento da inconstitucionalidade por omissão e o aparecimento de algumas problemáticas, tais como a mutação constitucional informal e a perda da força normativa da Constituição, fatos que devem ser evitados, pois geram insegurança jurídica e possibilidade de abuso de poder.

No entanto, a controvérsia maior ocorre quando diverso órgão estatal, visando cumprir com a vontade do constituinte originário, exerce a função típica que, inicialmente, pertencia ao Poder Legislativo, atuando no lugar daquele, cumprindo com obrigações constitucionais não previstas na repartição de competências contida na Constituição. Desse fato surge uma tensão entre os poderes constituídos, principalmente, entre o Legislativo e o Judiciário, haja vista que os representantes do parlamento brasileiro não editam a lei que regulamenta a norma constitucional, nem admitem, com fundamento no princípio da separação dos poderes, que outros órgãos estatais, principalmente, aqueles que compõem o Poder Judiciário, preencham um vácuo normativo ocasionado por sua inércia.

Neste cenário de displicência legislativa, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) editou a resolução n.: 23.389/2013 com escopo de regulamentar o número mínimo e máximo de deputados federais dos Estados-membros para as eleições majoritárias de 2014, conforme determinar o art. 1º, parágrafo único, Lei Complementar 78/93, no entanto foram ajuizadas ações diretas de inconstitucionalidade por omissões contra o ato normativo primário supramencionado e a resolução do TSE com fundamento na vetusta tripartição de poderes.

Desse imbróglio entre os poderes Legislativo e Judiciário, a temática que se suscita é a possibilidade ou não de exercício de função normativa por órgãos que exercem a jurisdição constitucional quando constatada omissão do órgão competente, haja vista que, se um órgão não exerce sua competência, está se descumprindo uma ordem constitucional, que deve ser reparada por outro órgão, já que não se admite inconstitucionalidades por omissão.

Justifica-se essa temática em virtude da frequência de confrontos e indisposições entre o Poder Judiciário e Legislativo no cenário político brasileiro, que ocasiona instabilidade político-institucional entre os órgãos que exercem o poder no Estado brasileiro, mencionando que essa problemática decorre, como evidente, de uma conduta proativa do Poder Judiciário e da falta de vontade política do Parlamento pátrio tomar as decisões políticas em assuntos polêmicos que possam acarretar prejuízos à sua imagem perante o eleitorado.

Da temática proposta, surgem os seguintes questionamentos: é possível, no ordenamento jurídico brasileiro, que outro órgão estatal possa cumprir a função normativa em situações de inconstitucionalidade por

omissão? Essa atuação afronta o princípio da separação dos poderes? Há uma aproximação da forma de atuar da jurisdição constitucional com a atividade do legislador?

Visando responder aos questionamentos supramencionados, realizando-se pesquisa na forma dedutiva, bem como analisando referências bibliográficas e jurisprudências sobre o tema, tem-se a finalidade de alcançar o objetivo geral, qual seja a viabilidade teórica-jurídica de que um órgão judicial legisle via decisão judicial para colmatar uma norma constitucional de eficácia limitada e os seguintes objetivos específicos, verificação das hipóteses em que é possível o exercício de função normativa por órgãos judicantes e se há limites que possam restringir essa atuação atípica do Poder Judiciário.

Para cumprir os desideratos apontados, propõem-se a discutir, em primeiro momento, sobre a omissão do legislador em regulamentar o número máximo e mínimo de deputados federais, conforme determina o art. 45, § 1^a da Constituição Federal de 1988 (CF/88), bem como suas consequências para o ordenamento jurídico pátrio.

Posteriormente, no segundo capítulo, analisa-se, propriamente dita, a resolução n. 23.389/2013, bem como os argumentos suscitados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para julgar a inconstitucionalidade desse instrumento normativo expedido pela justiça especializada eleitoral.

No derradeiro capítulo, analisa-se a questão do exercício de função normativa por órgão estatal diverso do Poder Legislativo, verificando sua viabilidade, doutrina jurisprudencial que a embasa, previsão no ordenamento jurídico brasileiro, bem como suas consequências para determinados princípios fundamentais do Estado brasileiro, tais como a separação de poderes e o princípio democrático.

Por fim, visa-se alcançar com esse trabalho uma forma de resolver a questão do vácuo normativo ocasionado pelo Poder Legislativo, que não cumpre com seu dever de regulamentar as normas constitucionais, ressaltando-se, desde já, que o correto seria não haver a ocorrência de vácuos normativos e que cada órgão estatal se restringisse a cumprir suas competências típicas.

2. A CONDUTA OMISSIVA DO LEGISLADOR

A Constituição Federal de 1988, sob a ótica de uma classificação doutrinária, é uma constituição rígida, portanto, sua modificação pelo Poder Constituinte Derivado deve seguir um procedimento especial, mais rigoroso, previsto no próprio texto constitucional, que se difere do processo legislativo das leis ordinárias e complementares.

Essa rigidez decorre da posição que ocupa o texto constitucional no ordenamento jurídico pátrio, pois a Constituição é a lei suprema no ordenamento jurídico positivo, sendo o ápice do sistema jurídico pátrio, fundamento em que todas as leis infraconstitucionais extraem sua validade. Nesse sentido leciona Dimoulis e Lunardi¹

A rigidez-imutabilidade expressa a supremacia (primazia) constitucional. A Constituição é o conjunto dos dispositivos supremos no ordenamento jurídico, é a “suprema lei do país”, a “superlei”, a “lei das leis”. Essas expressões indicam sua posição de superioridade em relação às demais fontes do ordenamento jurídico, que devem estar em consonância com ela. Utilizando a imagem comum, as Constituições estão no topo da hierarquia normativa ou da pirâmide das fontes do direito, sendo o “Paramount law”.

Destarte, a Constituição, sendo o ápice do ordenamento jurídico pátrio, um de seus principais objetivos é servir de parâmetro para que o legislador, no exercício do seu poder legiferante, confeccione leis infraconstitucionais válidas. Assim, devem os parlamentares verificar a compatibilidade dos projetos de lei apresentado

1 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 18.

perante o Congresso Nacional com a Constituição Federal, sob pena daquele vir a ser declarado inválido, após o término do trâmite processual legislativo, perante o ordenamento jurídico e ser extirpado do mundo jurídico por decisão do Poder Judiciário ou pelo Presidente da República, por meio do veto presidencial.

Diversos são os motivos para a existência da incompatibilidade entre o ato normativo e a Constituição apontados pela doutrina, no entanto, este ensaio se restringirá à classificação da inconstitucionalidade que se refere a sua causalidade. Nessa segmentação a incompatibilidade pode ocorrer tanto por ação como por omissão.

A incompatibilidade por ação ocorre quando um ato afronta os ditames constitucionais, sendo que este ato pode ter origem tanto no Poder Legislativo, como no Executivo ou no Judiciário. Assim, a inconstitucionalidade por ação pressupõe uma atividade estatal contrária às normas constitucionais.

Por sua vez, a inconstitucionalidade por omissão surge quando o Poder Legislativo ou a Administração Pública não cumprem com as determinações contidas nas normas de eficácia limitada contidas na Constituição Federal. Essa modalidade de inconstitucionalidade se caracteriza por uma inércia do Legislativo, na sua função precípua de legislar, e do Poder Executivo, quando tem que regulamentar determinada legislação infraconstitucional. Sobre essa modalidade de inconstitucionalidade, cita-se a lição de Daniel Wunder Hachem²

A omissão estatal inconstitucional poderá dizer respeito a qualquer das funções do Estado (legislativa, política ou de governo, administrativa e jurisdicional). Basta, para tanto, que haja um dever constitucional de agir somado à inércia em atender ao mandamento da Constituição.

Faz-se imprescindível, todavia, fazer menção quando surge essa modalidade de inconstitucionalidade, pois, no caso da inconstitucionalidade por ação, esta ocorre no momento em que a legislação infraconstitucional entra em vigor. No entanto, no estudo da inconstitucionalidade por omissão, a tarefa de constatar o momento de que a inércia do legislador ou do administrador se tornou danosa ao texto constitucional é de difícil constatação, pois seria leviano apontar que o Poder Legislativo, principal responsável pela omissão inconstitucional, seria transgressor do texto constitucional em 06 de outubro de 1988 em relação às normas de eficácia limitada contida na Constituição Federal, haja vista que o processo legislativo de criação de leis é complexo, demanda debates políticos, reflexões sociais, dentre outras características, que permeiam o consenso democrático necessário para confecção de uma lei, que visa, sobretudo, conceder legitimidade ao texto infraconstitucional.

Assim, ao se analisar o estudo dessa modalidade de inconstitucionalidade, deve-se observar, necessariamente, o fator tempo, devendo aquele que seja competente para julgar uma omissão inconstitucional verificar se houve um transcurso razoável de tempo para as discussões políticas, de maneira que às matérias mais complexas previstas no texto constitucional devem-se conceder maior lapso temporal para o trâmite legislativo do que aquelas matérias menos complexas, visando que seja concedido aos parlamentares um interregno de tempo razoável para que cheguem ao consenso democrático sobre determinada matéria.

Prosseguindo no estudo da omissão inconstitucional, faz-se necessário saber o que, realmente, caracteriza uma omissão legislativa, haja vista que este conceito é fundamental para ajuizamento das ações constitucionais que visam suprir essas lacunas normativas. Para tanto, cita-se os ensinamentos da doutrinadora portuguesa Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu³

Uma omissão legislativa não é só o efeito que surge da inércia legislativa ou da inexistência de normas jurídicas a regular uma determinada matéria; trata-se de uma situação em que, sendo expectável, porque imposto juridicamente, que se atuasse num determinado sentido, nada foi realizado. A omissão configura-se, por isso, como um comportamento que, apesar de passivo, não é de forma alguma neutro,

2 HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012., p. 66

3 ABREU, Joana Rita de Souza Covelo de. *Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento: a inércia do legislador e suas consequências*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 99.

gerando consequências de índole diversa, de acordo com o ramo do ordenamento em que se tenha verificado, com o concreto dever de agir violado ou com a sua natureza intencional ou não intencional.

Do conceito citado, abstrai-se os elementos configuradores de uma omissão legislativa, quais sejam, dever de legislar previsto no texto constitucional, um comportamento passivo, um *non facere*, do legislador e impossibilidade de fruição do direito fundamental por seu titular.

Pode-se apontar como prejuízos da inconstitucionalidade por omissão a afronta ao texto constitucional de forma negativa, perda da força normativa da Constituição e não fruição de direitos fundamentais contidos na Constituição Federal. Ademais, essa inércia legislativa causa o fenômeno de mutação informal da Constituição, que ocasiona oscilação na aplicação do texto constitucional pelos poderes da República e resulta em insegurança jurídica nas relações sociais e na aplicação do Direito. Sobre essas consequências para o texto constitucional, cita-se o comentário de André Puccinelli Júnior⁴:

Por entrever na inércia das casas legislativas um pernicioso processo de corrosão dos valores tutelados pelo constituinte [...] presente-se que a indiferença do legislador, na medida em que estanca a aplicação da Lei Maior, deflagra sem alarde o fenômeno da mutação informal da Constituição, com desastrosas consequências a longo prazo. Vale dizer, à semelhança de um costume *contra legem*, como é o caso do desuso ou costume negativo, esta abstenção condenável investe contra a normatividade constitucional e dela faz letra morta, impedindo sua aplicação. Em vez de contribuir com a atualização semântica da Constituição, este *non facere* culmina por erodir seu quadro de valores, fazendo pouco caso de sua força normativa.

Desta feita, em virtude das diversas consequências dessa modalidade de inconstitucionalidade, devem todos os agentes públicos, que detenham competência para saná-las, envidar esforços para extingui-las do ordenamento jurídico, fazendo uso dos meios judiciais, quando for detentor de legitimidade constitucional processual – arts. 5º, LXXI e 103, CF/88 – ou políticos, por exemplo, a propositura do projeto de lei por iniciativa popular.

Este trabalho aborda a questão da omissão do legislador em regulamentar de maneira satisfatória o art. 45, §1º, CF/88 já que este determina que Lei complementar irá prever o número máximo e mínimo dos deputados federais das unidades da Federação brasileira proporcional à população de cada Estado-membro.

Ressalta-se que a Lei Complementar 78/93 somente prevê a quantidade máxima de deputados federais que irá compor a Câmara Baixa, não disciplinando a forma do reajuste do número de representantes de cada Estado-membro da Federação, nem o número de deputados federais como determina o dispositivo constitucional. Nesse diapasão, percebe-se que a atuação do Parlamento brasileiro foi falha, gerando, mesmo que tenha ocorrido a promulgação da lei, uma omissão inconstitucional, pois o ato normativo primário deve regulamentar todas as situações fáticas necessárias para implementação da norma constitucional.

Dessa forma, como o ato normativo é falho, o Tribunal Superior Eleitoral expediu a resolução n. 23.389/2013 que regulamentava o dispositivo constitucional que prevê a limitação quantitativa do número de representantes do povo de cada Estado-membro, fato que gerou consequências em âmbito nacional — com a redução de algumas bancadas de Estados-membros na Câmara dos Deputados — e regional com o aumento de número de cadeiras em algumas Assembleias Legislativas, gerando um entrave entre o Congresso Nacional e o Tribunal Superior Eleitoral que teve quer ser dirimido pelo Supremo Tribunal Federal.

4 PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 121.

3. A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O art. 45, § 1º, CF/88 é expresso ao determinar que o número total de deputados e a representação por Estado e pelo Distrito Federal será estabelecido por lei complementar. O quantitativo total de deputados federais encontra-se regulamento pela Lei Complementar n. 78 de 1993, que determina que o número de deputados federais não ultrapassará o total de 513 (quinhentos e treze) representantes populares, no entanto não é omissa quanto ao número de deputados federais para cada unidade federativa autônoma, delegando-se a competência de realizar os cálculos de atualização do número de deputados federais para cada eleição ao TSE posteriormente ao recebimento do quantitativo populacional de cada Estado-membro, com base no senso demográfico.

Todavia, em eleições pretéritas, o TSE não realizava a atualização do numerário de deputados, no entanto, esse fato ocorreu para eleição majoritária de 2014, por meio de Resolução n.: 23.389/2013, em que se definiu o número de deputados federais e o quantitativo de deputados estaduais para cada Assembleia Legislativa dos Estados-membros, tendo em vista a realização do senso demográfico em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

A finalidade da resolução 23.389/2013 era determinar o número máximo e mínimo de deputados federais de cada Estado-membro da Federação brasileira para as eleições majoritárias de 2014, modificando, com base no critério quantitativo da população auferido pelo senso demográfico realizado IBGE, o número de representantes do povo na Câmara dos Deputados, aumentando o número de representantes — como no caso do Amazonas, Pará, Ceará, Minas Gerais e Santa Catarina —, ou reduzindo como no caso de Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Alagoas e Rio Grande do Sul.

Todavia, foram ajuizadas ações diretas de inconstitucionalidade, n.: 4947/DF, 5020/DF, 5028/DF, 5130/DF, relatoria do Ministro Gilmar Mendes e 4.963 e 4.965, relatoria Ministra Rosa Weber, contra o expediente normativo do TSE, assim como o Congresso Nacional expediu o decreto legislativo n. 424/2013, visando suspender os efeitos da resolução n. 23.389/2013 do TSE, com argumento de que cabia ao Poder Legislativo, e não ao Tribunal Superior Eleitoral, determinar o número de deputados federais.

Em defesa da Resolução expedida pelo TSE, consta a manifestação do Ministro Roberto Barroso⁵

[...] prestigiar a interpretação literal do art. 45, § 1º, da CF conduziria a inconstitucionalidade, pois o cumprimento da Constituição não poderia depender exclusivamente do processo político majoritário, da vontade ou não, do Congresso Nacional de tratar da matéria por Lei Complementar. Assevera-se que a omissão do Congresso, em editar a lei complementar referida no art. 45, §1º, da CF mantém a representação populacional inalterada de maneira indevida e, por consequência, frustra direitos políticos fundamentais e essenciais ao princípio democrático, tais como o cumprimento da proporcionalidade da representação política e o da igualdade entre os eleitores. Nesse sentido, a atuação do TSE é válida, pois oriunda de órgão imparcial e institucionalmente mais adequado do que o sistema político, que seria autointeressado.

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou inconstitucional a resolução do TSE, pelos seguintes argumentos: é de competência de lei complementar a fixação dos números totais de representantes do povo, bem como o quantitativo de representantes de cada entidade federativa de forma específica.

Por uma maioria, ampla, de 08 (nove) votos a 03 (dois) votos para o deferimento do pedido contido nas ADIs, foi-se declarada a inconstitucionalidade na resolução do TSE e do art. 1º, da Lei Complementar 78/93, todavia a celeuma ocasionada por essa atuação do órgão de cúpula eleitoral brasileiro deve ser analisada com maior parcimônia, bem como não se extinguir tão somente em virtude da decisão do STF,

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4947/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo751.htm>>. Acesso em: 23 set. 2014.

tendo em vista que ocasionou desconfortos e tensão entre os órgãos estatais, principalmente, o Judiciário e o Legislativo.

A intenção dos ministros do TSE foi tão somente regulamentar o art. 45, § 1º, CF/88, tendo em vista que a Lei Complementar 78/93 não estabelece o número máximo e mínimo de deputados federais que irão compor a Câmara dos Deputados. Com a declaração de inconstitucionalidade, retornou-se ao *status* de vácuo normativo, tendo em vista que não há qualquer ato infraconstitucional que determine qual o atual número de deputados federais para cada Estado-membro que represente, fielmente, sua população para as eleições majoritárias de 2014, sendo que essa posição terá que ser tomada pelo Congresso Nacional mediante expedição de Lei Complementar antes de todas as eleições majoritárias.

Percebe-se, portanto, que a atuação do Tribunal Superior Eleitoral visou regulamentar uma questão necessária para melhor desenvolvimento da democracia brasileira, mesmo que, para cumprir tal objetivo, tenha se valido de competência normativa, função que será analisada a seguir, todavia, o Supremo Tribunal Federal, ao invés de ratificar o posicionamento do TSE e concretizar as determinações constitucionais, preferiu declarar a inconstitucionalidade da resolução normativa 23.389/2013, inviabilizando que Estados-membros com maior população tenham mais representantes no Congresso Nacional.

4. A FUNÇÃO NORMATIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Verificado que a Resolução n. 23.389/2013 do TSE visou ultrapassar o óbice imposto pela inação do Poder Legislativo, faz-se necessário um estudo da possibilidade de exercício de função normativa por órgãos que exercem a jurisdição constitucional, meio utilizado pela Corte eleitoral para ultrapassar óbices impostas pela inércia do legislador. Ressalta-se, contudo, que o exercício dessa função atípica transforma concepções dogmáticas referente à tradicional teoria do legislador negativo teorizada por Kelsen para as cortes constitucionais e da própria tripartição de poderes, modificando substancialmente a forma de atuar dos órgãos que exercem a justiça constitucional. Nesse sentido André Ramos Tavares revela que⁶

A superação da teoria do legislador negativo é, portanto, não apenas um capricho acadêmico, mas uma imposição decorrente da evolução ocorrida na realidade (inclusive normativo-constitucional, mas também jurisprudencial) da Justiça Constitucional. Impõe-se a tarefa doutrinária de aprimorar conceitos, institutos e a própria teoria subjacente à atuação cada vez mais sensível da Justiça Constitucional. A manutenção de uma teoria de separação rigorosa entre “poderes” servirá apenas para mascarar uma realidade totalmente diversa, formando-se uma teoria desajustada e incompleta em sua função de oferecer respostas adequadas às dificuldades emergentes do modelo.

Entende-se que essa modificação dogmática possa ser alcançada com a viabilidade de que um órgão estatal que cumpra as competências da jurisdição constitucional exerça a função normativa, típica do Poder Legislativo, em situações de inércia, além de ser uma forma de desconcentrar o poder sem que ocorra violações ao princípio da separação dos poderes.

Com a inclusão de normas de eficácia limitada na Constituição Federal, há a necessidade de que o Poder Legislativo atue no cenário político para cumprir com todas as determinações do Poder Constituinte Originário. No entanto, tem-se observado inúmeros casos de letargia do Congresso Nacional brasileiro, tendo em vista que há dispositivos constitucionais que ainda, mesmo após vinte e cinco anos de promulgação da Constituição Federal de 1988, dependem de lei infraconstitucional para surtir os efeitos almejados pelo constituinte brasileiro.

6 TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 4, n. 15, p. 117-130, jul./set. 2010. p. 118.

Contra a inércia do Poder Legislativo, tem-se verificado uma conduta proativa do Poder Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal, de impor determinações ou de concretizar o próprio direito subjetivo contido na norma constitucional. Surge, dessa maneira, uma novel função da jurisdição constitucional, qual seja, a função normativa.

A atuação das Cortes Constitucionais exercendo função normativa consistiria na hipótese de, por meio de uma sentença com força normativa, ocorrer a regulamentação da norma constitucional de eficácia limitada. Sobre a função legislativa dos Tribunais Constitucionais, leciona Anderson Sant'Ana Pedra⁷:

Cobra relevo registrar de partida que, inquestionavelmente, é o Legislativo que detém a competência titular (originária) para legislar. Suas escolhas jurídico-políticas gozam de legitimidade ótima. Contudo, defende-se que o Tribunal Constitucional exerça função legislativa *stricto sensu* quando a atuação do Legislativo se mostrar insuficiente ou omissa. Não se está a defender a possibilidade do Tribunal Constitucional atuar como um legislador positivo (*stricto sensu*) de forma primeira e original, mas sim em substituição provisória ao titular. As decisões do Tribunal Constitucional, quando oriundas do exercício da função legislativa *stricto sensu* devem ser compreendidas como decisões tipicamente derivadas de uma distribuição constitucional de competências, em que cada “órgão constitucional de soberania” respeite as competências dos demais, inadmitindo-se a ideia de que com a atuação do Tribunal Constitucional ocorreria a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão, já que não se está defendendo a perda de competência, mas sim uma substituição provisória da função de legislar. Após estas observações primeiras, pode-se afirmar que a natureza jurídica das decisões do Tribunal Constitucional, quando no exercício da função legislativa *stricto sensu*, ombréia-se com a função legislativa exercida comumente pelo Legislativo quando atua como legislador positivo. A atuação do Tribunal Constitucional na função legislativa *stricto sensu* dá-se tão somente em substituição provisória ao Legislativo titular. Por consequência lógica, o enunciado normativo editado pelo substituto (Tribunal Constitucional) não pode ter natureza jurídica distinta da atuação do substituído (Legislativo).

Para melhor entendimento dessa função diferenciada da jurisdição constitucional, deve-se salientar no que consiste a função normativa. Na concepção clássica sobre a separação de funções, a função legislativa, para Dimitri Dimoulis⁸ consiste na

Criação de normas jurídicas que, via de regra, são gerais e abstratas, no intuito de regulamentar determinadas relações ou situações, vinculando os demais órgãos estatais. O ato típico da função legislativa é a lei que pode ser definida como: ato jurídico; dotado de alto grau de generalidade e abstração; elaborado e promulgado por autoridades competentes em virtude de previsão constitucional, conforme procedimentos constitucionalmente fixados; objetivando regulamentar a organização da sociedade; estabelecendo regras para o futuro (natureza prospectiva).

Nesse ínterim, a função normativa da jurisdição constitucional ocorre quando um órgão do Poder Judiciário expede decisões judiciais com caráter amplo e genérico com o escopo de regulamentar normas constitucionais que necessitam de lei infraconstitucional para serem efetivadas, sendo observadas por todos aqueles que desejam usufruir do direito previsto na norma constitucional. Desta feita, ao invés do Poder Legislativo, com sua legitimidade democrática, regulamentar os dispositivos constitucionais quem o faz é um órgão diverso, qual seja, o Poder Judiciário. Sobre este aspecto é a lição de Kelly Cristina Vieira de Souza⁹

Face à lacuna legislativa e permissiva do Poder Legislativo, o Poder Judiciário tem tomado para si a responsabilidade de ampliação do conteúdo da norma para garantir a aplicação da Justiça, muito embora a decisão não pareça tão justa, mas o magistrado precisa garantir o benefício da justiça a quem dela necessita. Ao aplicar a norma segundo uma valoração de sua extensão, e diante da omissão legislativa, o Poder Judiciário traz modificações à estrutura do Estado Democrático de Direito, lançando as bases

7 PEDRA, Anderson Sant'Ana. Parâmetros para a verificação da omissão legislativa inconstitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, p. 181-210, out./dez. 2011, p. 183.

8 DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação dos poderes. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 149.

9 SOUZA, Kelly Cristina Vieira de. A teoria de separação de poderes proposta por Montesquieu e o modelo de separação no Brasil. In: Moraes, Filomeno (Org.). *Teoria do poder*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 187.

para um novo constitucionalismo, atribuindo à função ora desempenhada características de ativismo judicial. A Corte Constitucional precisa acompanhar as evoluções históricas e a nova dimensão exigida do Judiciário, para julgar ações as quais o Estado não disciplinou ou não as previu adequadamente, incorporando as novas concepções jurídicas à norma positivada.

Exercendo essa função atípica, a atuação da Corte Suprema liberta-se da função de legisladora negativa para exercer atividade normativa positiva, regulamentando fatos jurídicos tal qual uma lei proveniente do Poder Legislativo. Dimitri Dimoulis¹⁰ critica a utilização do termo atípico para designar o exercício de função estatal por outro órgão, assevera que “[...] atípico, isto é excepcional, é o fato de integrantes de um poder exercer uma função normalmente atribuída a outro”, logo não é a função que é atípica, mas sim o órgão que a exerce que é estranho à competência.

Em que pese haver divergências sobre os termos adequados, há necessidade de exercício de funções diferenciadas pelos órgãos estatais para cumprimento integral das determinações constitucionais. Essa modificação de atuação do Judiciário deve-se, na esteira de Rui Medeiros¹¹, à crise das instituições democráticas e falência do Estado Liberal.

A crise apontada nas instituições democráticas diz respeito à falta de representatividade do Poder Legislativo frente à sociedade. Esta pode ser compreendida, na verdade, não como uma crise das instituições, mas sim uma crise da própria Democracia indireta, tendo em vista que os representantes do povo, ao serem eleitos, não observam mais os anseios da sociedade, distanciam-se dos debates políticos e temas polêmicos com receio de não conseguir mais se eleger na próxima legislatura, sendo que, no decorrer da legislatura, os cidadãos não encontram mais seus representantes no Parlamento, mas tão somente um político que luta por seus próprios interesses, somente se lembrando do eleitor no momento da campanha eleitoral, sendo que, no resto do mandato, em sua grande maioria, legisla ou em interesse próprio ou de uma minoria dominante.

A falência do Estado Liberal decorreu, sobretudo, da existência de um Estado mínimo, que não se importava com o bem-estar das pessoas ou de conceder políticas públicas para concessão de vida digna para aqueles, mas tinha em consideração, tão somente, a não regulamentação da economia pelo Estado, assim como a livre manifestação da vontade dos indivíduos sem nenhuma intervenção estatal que lhe restringisse a liberdade.

Com o surgimento do Estado Social, em que o Estado realiza prestações positivas em prol da coletividade, impondo obrigações de fazer aos agentes públicos, seja por meio de leis ou previsões constitucionais, houve a modificação das determinações contidas nas normas constitucionais. Analisando as transformações estatais decorrentes da falência do Estado Liberal e sua modificação para o Estado Social, Gina Vidal Marcílio Pompeu¹² expõe que:

Com a intensificação da produção legislativa para atender as crescentes demandas dos direitos sociais, especialmente a partir do primeiro quartel do século XX, período que dá nascimento ao denominado *Welfare State* (Estado do Bem-Estar Social), gerou-se a ampliação da conduta do Estado nas áreas econômica e administrativa, bem como, o agigantamento (*Big Government*) de suas atividades. O Estado necessitou aprimorar alguns instrumentos, também, de controle da iniciativa privada e de desenvolvimento da máquina burocrática. A ampliação da participação do legislativo deu-se por meio do processo legiferante requerido pela demanda de novos direitos e pela exigência de intensa atuação nos debates em torno de questões políticas; já o Executivo multiplicou funções, por conta dos deveres constitucionais delineados por normas programáticas que apontavam objetivos claros a serem alcançados pelo Estado e exigidos pelos indivíduos.

10 DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação dos poderes. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 153.

11 MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica. p. 493-494.

12 POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MAIA, Clarissa Fonseca. A separação dos poderes revisitada: entre a judicialização da política, o ativismo judicial e a retração do legislativo. In: JORNADA INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 6., 2013, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza: Unifor, 2013. p. 16.

Essas transformações ocorridas na gênese estatal também tiveram reflexo no Poder Judiciário, com a consequente modificação na forma de exercer o controle de constitucionalidade das normas constitucionais, logo, houve a necessidade de se exercer a função estruturante de forma diferenciada, ou seja, não apenas declarando-se a norma infralegal incompatível com a Constituição, mas sim, em determinadas situações, tomando decisões políticas com o escopo de cumprimento da Constituição Federal.

O exercício de funções típicas realizados por poderes estranhos à competência é, em determinadas situações, previsto na Constituição Federal, logo, nessas hipóteses, o órgão que a exerce não afronta o princípio da separação dos poderes. Cita-se, como exemplo, o julgamento político pelo Senado Federal dos crimes cometidos pelo Presidente da República ou a possibilidade de expedição de Medidas Provisórias pelo chefe do Poder Executivo quando preenchidos os requisitos previstos na Constituição Federal.

No caso do Poder Judiciário e da função normativa, pode-se verificar na Constituição Federal dispositivos constitucionais que expressamente possibilitam a realização desse exercício de função típica por órgão diferenciado, podendo-se citar a possibilidade de expedição de súmulas vinculantes (art. 103 – A, CF/88) ou quando o próprio Supremo Tribunal Federal edita seu regulamento interno (art. 96, I, a, CF/88) ou quando se prevê que as decisões oriundas da ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade produzirão efeitos vinculantes e serão eficazes contra todos (art. 102, § 2º, CF/88).

Corroborando a existência expressa da função normativa no texto constitucional o escólio de Lenio Luiz Streck¹³ quando enfatiza, mesmo que contrário à ideia, que:

[...] ao editar uma súmula vinculante, oponível erga omnes, o Supremo Tribunal Federal assume funções legiferantes, agregando ao produto legislado a sua prévia interpretação.

No mesmo sentido de reconhecer a viabilidade dessa função normogênica da Jurisdição Constitucional, Mauro Cappelletti¹⁴ afirma que os juízes

[...] operam com competência legislativa, e não judiciária, quando exercitam, como na hipótese das cortes supremas dos países da Europa Oriental, o poder de emanar “diretivas” genéricas em tema de interpretação, vinculantes para os tribunais inferiores e emitidas sem qualquer conexão com determinado caso concreto.

Dessa maneira, verifica-se que a própria Constituição Federal, de forma expressa, legitima a atuação normativa da jurisdição constitucional em casos excepcionais, no entanto, o fato que se deve salientar, e que causa dúvidas sobre sua legitimidade, é que o Supremo Tribunal Federal transcende, por meio da interpretação constitucional, os limites impostos pelo legislador constituinte originário quando exercer tipicamente função legislativa seja por via de decisões em mandado de injunção — já que regulamenta norma constitucional de eficácia limitada que ainda não foi objeto de regulamentação pelo Poder Legislativo — ou via decisão aditiva, quando amplia a aplicação de uma lei ao fato não previsto na sua hipótese de incidência pelo legislador sem que exista autorização expressa para tanto.

No entanto, em que pese haver uma aparente incompatibilidade entre esta conduta proativa do Supremo com o princípio da separação dos poderes, tal forma de agir deve ser fomentada, haja vista que, com o transcorrer da evolução social e do próprio Estado, a teoria de Montesquieu também evoluiu, não mais sendo adequado defender uma intransigente separação de funções entre os órgãos, mas sim entendendo que qualquer órgão estatal tem o dever de cumprir com as determinações constitucionais quando diverso órgão não cumpre com suas obrigações prevista na Constituição.

Portanto, entende-se legítimo que o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, atue no combate às omissões inconstitucionais ocasionadas pela inércia do Poder Legislativo, expedindo sentenças normativas com o escopo de regulamentar as normas constitucionais de eficácia limitada, pois tal conduta se encontra sendo exercida, visando cumprir as determinações contidas na Constituição.

13 STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 13.

14 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 81.

Analisando a questão das lacunas inconstitucionais, André Ramos Tavares¹⁵ ensina que o Tribunal Constitucional exercer tipicamente função legislativa no combate às omissões inconstitucionais. Essa concepção é corroborada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal ao determinar que as decisões oriundas do mandado de injunção têm caráter genérico e abstrato, havendo a possibilidade de serem aplicadas em demandas diversas daquelas em que a decisão foi tomada, suscitando a característica abstrata-objetiva da decisão injuncional.

Ademais, essa função normativa se torna mais nítida quando no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o juiz constitucional, no julgamento de uma omissão parcial, ao invés de declarar a inconstitucionalidade da norma, estende os efeitos para categoria não prevista pelo Poder Legislativo (decisão aditiva), ampliando a hipótese de incidência de norma, regulamentando, assim, uma situação fática de forma genérica e abstrata sem a participação democrática do Parlamento brasileiro.

Nesse sentido, reconhece-se que a possibilidade do Supremo Tribunal Federal de controlar as omissões do legislador é combater, em última instância, o controle que o Legislativo detém para regulamentar a Constituição, haja vista que se não houver atuação dos legisladores para regulamentar o texto constitucional haverá a indesejável concentração de poder nas mãos dos Parlamentares. Sobre o poder de regulamentar, a Constituição e a omissão no exercício deste dever indica Walter Claudius Rothenburg¹⁶

[...] a ausência de iniciativa [legislativa] pode, em casos extremos, escapar a qualquer justificativa razoável, traduzindo um excesso de poder em sentido negativo (omissivo). O ordinário respeito que se deve ter pelas formalidades — constitucionalmente definidas — do processo legislativo choca-se com a intolerável omissão do titular da iniciativa, tendo-se de optar entre o obséquio à sua vontade caprichosa e a realização do comando constitucional material. Em tais casos-limites, atribuir a iniciativa legislativa a outrem pode representar a saída para uma regulamentação adequada da situação.

Destarte, em virtude da inércia do dever de legislar do Legislativo, *Verfassungsjatrag*, deve o Poder Judiciário, quando instado para tanto, exercer função normativa que vise regulamentar a Constituição Federal, haja vista que se perdurar o vácuo legislativo estará se retirando a força normativa da Constituição, fato que torna as normas constitucionais ineficazes e inviabiliza o programa institucional promovido pelo legislador originário ao conceber uma constituição dirigente. Nesse viés de entendimento, Guilherme Peña de Moraes¹⁷ afirma que:

Os organismos de justiça constitucional detêm uma função legislativa, exteriorizada pela criação de normas dotadas de abstração, generalidade e autonomia, apta a inovar o sistema jurídico. [...] a função propriamente legislativa da justiça constitucional coadunar-se-ia com o fenômeno da “descentralização da produção normativa”, que se baseia na negação do postulado do monopólio da criação do Direito pelo Poder Legislativo, em ordem a aproximar, ao máximo possível, os sujeitos produtores dos destinatários das normas jurídicas [...].

Em relação à descentralização normativa Clèmerson Merlin Clève¹⁸ revela que:

A descentralização legislativa — fenômeno que vem se desenvolvendo de uma maneira impressionante — consiste na possibilidade de criação de atos normativos, sob a forma de lei ou não, por outros órgãos que não propriamente o Legislativo (neste passo compreendido enquanto plenário). Ou seja, identifica-se com o exercício de uma função normativa, definida quer seja sob o ponto de vista formal (lei) ou material (regulação heterônoma de interesses particulares — regra de direito — ou regulação genérica e abstrata — norma geral)

Dessa maneira, é possível que a competência de regulamentar a Constituição Federal, principalmente as normas de eficácia limitada, possa ser exercida pelos demais funções estatais e não somente se concentrar

15 TAVARES, André Ramos. Teoria da Justiça Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 331.

16 ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 39.

17 MORAES, Guilherme Peña de. Justiça constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2012. p. 64-65.

18 CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do Poder Executivo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 76-77.

essa prerrogativa nas mãos do Poder Legislativo, principalmente, no cenário político atual em que os representantes do povo se encontram, tão somente, preocupados com seus próprios interesses e não atuando em prol da coletividade.

No entanto, em que pese haver argumentos doutrinários que legitimam a função legislativa da Jurisdição Constitucional, há quem entenda pela sua inviabilidade no ordenamento jurídico por colocar em risco o princípio democrático. Assim, José Joaquim Gomes Canotilho¹⁹ menciona que:

O Tribunal Constitucional desempenha e não pode deixar de desempenhar fundamentalmente a função de jurisdicção; não é um legislador. Ora, quando os tribunais constitucionais usam e abusam de decisões aditivas corre-se sempre o risco de as folgas democráticas de apreciação política serem restringidas a ponte de os tribunais constitucionais merecerem a censura de se arvorarem em “superlegisladores”.

No discurso retromencionado, há coerência, pois ocorreria a modificação dos debates políticos do Parlamento, representantes eleitos diretamente pelo povo, para um Tribunal, onde seus componentes não recebem qualquer legitimidade popular, todavia comunga-se do entendimento que, se não há atuação do Poder Legislativo em cumprir com suas determinações em um lapso temporal razoável, é possível que o Poder Judiciário atue no cenário político, haja vista que a crise na Democracia indireta e na representatividade daqueles que exercem o poder não pode inviabilizar o cumprimento das determinações constitucionais, impedindo as transformações sociais veiculadas na norma constitucional.

Ademais, refuta-se o entendimento que as cortes constitucionais não detenham legitimidade para legislar, pois, na realidade, o que não há é legitimidade social indireta no órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, já que não há eleições para ministros do Supremo Tribunal Federal, contudo, não se pode defender que não há legitimidade social no órgão que exercer a jurisdição constitucional brasileiro, defende-se que a legitimidade social do Supremo Tribunal Federal decorre, diretamente, do Poder Constituinte Originário, haja vista que é um órgão previsto na Constituição Federal em normas constitucionais originárias, logo, como a Constituição Cidadã foi promulgada por um órgão democraticamente eleito, não há como não conceder este *status* ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, deve-se entender que a possibilidade do Supremo Tribunal Federal colmatar as normas de eficácia limitada da Constituição Federal, por meio do mandado de injunção ou pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é mais uma forma de exercício do método de freios e contrapesos, inserido na teoria da separação dos poderes. Oportunamente, ressalta-se que foi o próprio legislador originário que previu a existência dos dois instrumentos para sanar a inércia do legislador, logo, não há como os instrumentos processuais da jurisdição constitucional criado pelo próprio Poder Constituinte Originário ser incompatível com o princípio da separação de funções, pois vige o entendimento, no Brasil, de que não há inconstitucionalidade nas normas constitucionais originárias.

Portanto, a possibilidade de exercício de função legislativa pelo órgão que efetuar a jurisdição constitucional não afronta o princípio da separação de funções insculpido no art. 2º da Constituição Federal, tendo em vista que esta somente se exerce quando o legislador não cumpre com seu dever de legislar, sendo, portanto, uma atuação excepcional, precária e subsidiária, desde que legitimada pelo uso dos meios disponíveis na Constituição Federal para colmatar as omissões inconstitucionais, quais sejam, o mandado de injunção ou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Oportunamente, ressalta-se que essa atuação do Supremo Tribunal Federal não o caracteriza como ativista, pois, esta, apenas se judicializando uma questão política não resolvida pelo órgão competente, corrobora este entendimento os ensinamentos de Gina Vidal Marcílio Pompeu²⁰

19 CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge (Org). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 882-883.

20 POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MAIA, Clarissa Fonseca. A separação dos poderes revisitada: entre a judicialização da política, o ativismo judicial e a retração do legislativo. In: JORNADA INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 6., 2013, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza: Unifor, 2013. p. 18.

A judicialização é suportada pelo Estado de Direito, pois ocorre quando configurada a omissão do Poder Legislativo no cumprimento do dever de regular determinada matéria garantidora de direitos fundamentais ou configuradora de princípios fundamentais. Nesta hipótese, o Judiciário não será ativista, porque, sendo excepcional, não estará descaracterizando a função típica do Poder Legislativo, nem estará se sobrepondo ao resultado normativo dessa função.

Todavia, mesmo respeitando as imposições postas pelo Direito, torna-se necessária a imposição de limites ao Supremo Tribunal Federal no momento em que exerce essa competência diferenciada da tradicional forma de defesa da Constituição, haja vista que, na eventualidade, de se permitir uma atuação de forma livre dessa função haveria, tão somente, a modificação da concentração de poder do órgão legislativo para o órgão judiciário, permitindo-se abusos ou deturpação do próprio poder pelo Judiciário. Assim, Gina Vidal Marcílio Pompeu e Clarissa Fonseca Maia²¹ afirmam que:

Os riscos e as nefastas consequências de abuso do poder judicial são reais e por vezes confrontam-se diante da observância dos parâmetros teóricos da separação dos poderes [...] não se entende que o Judiciário ou a jurisdição constitucional deva se omitir da pauta de realização dos direitos fundamentais, desde que seja resguardado o cerne da limitação de funções típicas para que não se promova o agigantamento de um poder em detrimento de outro, nem mesmo comprometa-se a legitimidade das decisões formuladas.

Nessa esteira, faz-se necessária a imposição de limites ao próprio Poder Judiciário no exercício da função legislativa, tendo por finalidade a criação de óbices para impedir que aquele sopesse os demais órgãos estatais.

Um limite que se impõem é a observância da necessidade de esta função ser exercida tão somente quando houver a constatação da omissão inconstitucional, seja por meio do controle difuso, seja por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, observando-se o Estado de Direito imposto pelo constituinte originário, haja vista que ambos os institutos se encontram previsto na Constituição Federal de 1988. Desse limite imposto, se abstraem o caráter da excepcionalidade e subsidiariedade da atuação normativa da jurisdição constitucional, pois não se pode exercer tal função quando houver a regular atuação do Poder Legislativo no cumprimento de sua obrigação constitucional.

Ademais, entende-se que a normatividade imposta pelo Poder Judiciário deva ter a característica da transitoriedade, sendo, portanto, sua decisão ser tão somente um remédio contra a omissão estatal, devendo perder seus efeitos jurídicos regulamentares no momento em que o Poder Legislativo publique a lei infraconstitucional que regulamente o dispositivo constitucional objeto da regulamentação judicial. Desse obstáculo abstrai-se a característica da provisoriedade da decisão judicial, pois o Poder Judiciário não substitui o legislador na obrigação de regulamentar a Constituição Federal, tão somente atua para extinguir o vácuo normativo. Corroborar esse entendimento a lição de Anderson Sant'Ana Pedra²²

As decisões do Tribunal Constitucional, quando oriundas do exercício da função legislativa *stricto sensu* devem ser compreendidas como decisões tipicamente derivadas de uma distribuição constitucional de competências, em que cada órgão constitucional de soberania respeite as competências dos demais, inadmitindo-se a ideia de que com a atuação do Tribunal Constitucional ocorreria a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão, já que não se está defendendo a perda de competência, mas sim uma substituição provisória da função de legislar.

Destarte, crer-se na viabilidade da atuação normativa do Supremo Tribunal Federal nos casos de omissões inconstitucionais, todavia, esta atuação deve se encontrar pautada pelo Estado de Direito, que possa ocorrer de tal forma que não afronte o princípio da separação dos poderes, sendo exercida de forma subsidiária, precária e provisória.

Portanto, a atuação do Tribunal Superior Eleitoral, ao editar a resolução 23.389/2013, foi válida, não afrontando nenhuma disposição constitucional, principalmente, a tripartição dos poderes, pois, tão somen-

21 POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MAIA, Clarissa Fonseca. A separação dos poderes revisitada: entre a judicialização da política, o ativismo judicial e a retração do legislativo. In: Jornada internacional de direito constitucional, 6., 2013, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza: Unifor, 2013.

22 PEDRA, Anderson Sant'Ana. *Tribunal Constitucional como órgão de normaçaõ positiva*: condições e limites para a edição de enunciados normativos. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2011. p. 142.

te, atuou de forma subsidiária, haja vista que a Lei Complementar 78/93 regulamenta o art. 45, § 1º, CFF/88 de maneira falha, já que não prevê o número mínimo e máximo de deputados federais para cada Estado-membro e não disciplina a forma de se ajustar os numerários de representantes em cada eleição majoritária.

5. CONCLUSÃO

O presente ensaio analisou questões referentes ao conceito e características da omissão inconstitucional, debruçando-se perante a resolução n. 23.389/2013, TSE, argumentando que esta, tão somente, foi um ato jurídico que tinha o escopo de concretizar a determinação constitucional contida no art. 45, § 1º, CF/88 e, por fim, esmiuçou-se a função normativa da jurisdição constitucional, advogando a tese de que a possibilidade de sentenças normativas é viável no ordenamento jurídico pátrio, respeitados alguns requisitos, tais como excepcionalidade e transitoriedade.

O fato de existirem vácuos normativos promovidos pelo Poder Legislativo deve ser combatido de todas as formas pelo Poder Judiciário, utilizando-se todos os meios permitidos pelo ordenamento jurídico, sejam legalmente admitidos ou jurisprudencialmente aceitos, haja vista que a ocorrência de inconstitucionalidades por omissão inviabiliza a vontade do poder constituinte originário e, no caso fático analisado neste trabalho, ocasiona prejuízos para própria democracia brasileira, pois determinados estados-membros não detêm a representatividade adequada ao número total de sua população na Câmara dos Deputados, situação que causa desequilíbrio de força política entre as unidades da Federação e desrespeito ao princípio da isonomia eleitoral.

O entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal não se compatibiliza com a proposta do Poder Constituinte Originário, haja vista que com a declaração de nulidade do ato normativo secundário do TSE houve o retorno ao estado de omissão total, reforçando-se o prejuízo democrático para os Estados-membros que se encontram com déficit na representação na Câmara dos Deputados. Dessa maneira, defende-se que a concepção adotada pelo Supremo Tribunal Federal em declarar a inconstitucionalidade da resolução n. 23.389/2013 não foi a melhor opção tomada pela Suprema Corte brasileira, tendo em vista que com a cessação dos efeitos daquela houve retorno ao *status quo ante* de vácuo normativo que ocasiona prejuízos na representatividade popular, com prejuízos à democracia brasileira e afronta ao princípio da igualdade eleitoral.

Conforme demonstrado o exercício de função normativa por órgãos diversos do que o Legislativo é viável no ordenamento jurídico pátrio, mesmo que tal ocorrência ocasione tensões institucionais entre os poderes constituídos, desta feita, o Supremo deveria ter ratificado o entendimento do TSE, pois assim estaria sinalizando para o Legislativo — e para seus componentes — que este deve tomar as decisões políticas necessárias para o desenvolvimento do Estado brasileiro, assumindo o ônus democrático de decisões polêmicas, porém necessária para o desenvolvimento do Estado e da sociedade brasileira, não se omitindo e transferindo a responsabilidade para outro órgão, que, na eventualidade de este ser comprometido com os ditames constitucionais, irá ultrapassar barreiras para cumprir com todas as determinações constitucionais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Joana Rita de Souza Covelo de. *Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento: a inércia do legislador e suas consequências*. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4947/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo751.htm>>. Acesso em: 23 set. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação dos poderes. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica.

MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Parâmetros para a verificação da omissão legislativa inconstitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v.5, n. 20, p. 181-210, out./dez. 2011.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. *Tribunal Constitucional como órgão de normação positiva: condições e limites para a edição de enunciados normativos*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2011.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MAIA, Clarissa Fonseca. A separação dos poderes revisitada: entre a judicialização da política, o ativismo judicial e a retração do legislativo. In: JORNADA INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 6., 2013, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza: Unifor, 2013.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

SOUZA, Kelly Cristina Vieira de. A teoria de separação de poderes proposta por Montesquieu e o Modelo de Separação no Brasil. In: Moraes, Filomeno (Org.) *Teoria do poder*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 4, n. 15, p. 117-130, jul./set. 2010.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.