

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB

**O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E A POSSIBILIDADE
DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR
POSITIVO EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR
OMISSÃO**

**Orientadora: Prof.^a Samantha Ribeiro
Meyer-Pflug**

Orientando: Giovanni Fialho Netto Júnior

Curso: Direito

Brasília, DF, 2º semestre de 2006.

Sumário

Aspectos iniciais	3
Desenvolvimento e resultado da Pesquisa.....	8
I. Origem da Teoria da Separação dos Poderes	8
II. Fins e meios do Estado e viabilização destes no mundo fático	9
III. Separação dos Poderes ou das Funções do Poder?.....	12
IV. Órgão, função e poder	15
V. Constituição: conceito	17
VI. Do Controle de Constitucionalidade	18
Aspectos preliminares	18
Conceito de controle de constitucionalidade	20
Modelos de controle de constitucionalidade	23
O Controle de constitucionalidade no Brasil: competência e instrumentos	27
VII. Da omissão inconstitucional e do seu remédio jurídico.....	31
Conceito de omissão.....	31
Conceito de omissão inconstitucional	32
Do remédio judicial para o controle das omissões do Poder Público.....	34
VIII. Da separação dos poderes versus máxima efetividade das normas constitucionais: como fica a Constituição?	37
Aspectos Finais.....	51
Referências Bibliográficas.....	53

Aspectos iniciais

Como proposto no projeto apresentado para ingresso no 4º Programa de Iniciação Científica do Centro Universitário de Brasília, o estudo que ora se desenvolve está estabelecido no ramo da ciência jurídica denominado Direito Constitucional, tendo por escopo analisar, investigar e conflitar posições doutrinárias, jurisprudenciais, legais e constitucionais, no âmbito do direito comparado e histórico, no que tange à atuação do Supremo Tribunal Federal na figura de legislador positivo quando se a Ordem Constitucional brasileira se vê diante de uma omissão do Poder Legislativo Federal.

Este estudo tem sua origem no fato de a Constituição Federal de 1988 prever as chamadas normas de eficácia limitada e as normas programáticas, que tutelam juridicamente direitos, mas dependem de lei infraconstitucional para a regulação da matéria, devendo o Poder Legislativo criar essas normas, não cumprindo ele esse desiderato.

Exemplificando esta questão, tem-se o artigo 20, da Constituição Federal de 1988, em seu § 1º, que estabelece: *“É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração”*.

Vê-se que a constituinte tutelou juridicamente o direito de os Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União participarem no resultado ou serem compensados financeiramente pela exploração de petróleo, gás natural, recursos hídricos para geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, mas não disciplinou a maneira pela qual se daria a participação ou a compensação financeira dos citados entes da administração, ou seja, não regulou a matéria, e nem seria interessante o fazer, pois a Constituição deve conter as normas gerais de um Estado, não se atendo às minúcias das diversas matérias, deixando ao legislador a competência de regulamentar e dispor sobre matérias previstas

constitucionalmente e de modificação mais fácil, mais ordinárias, adequando tais leis às necessidades sociais, podendo inclusive alterá-las de acordo com a mudança social, concedendo assim caráter atualizador da Constituição Federal.

O direito tutelado pelo parágrafo em epígrafe foi disciplinado posteriormente com a edição da Lei 7.990, publicada em 28 de dezembro de 1989. No caso em tela, o legislador cumpriu sua função, dando eficácia plena a um direito constitucional.

Entretanto, não é sempre que isso ocorre. Veja-se, por exemplo, o texto constitucional em seu artigo 98, inciso II da Constituição Federal de 1988:

“A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

II – justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.”

Este é o típico caso de total omissão no cumprimento da Lei Maior. Não existe absolutamente alguma disposição legal regulando a matéria. Quiçá haja em algum Estado-membro disposição sobre ela. Mas em nível federal absolutamente nada existe. A Constituição Federal tutela a Justiça de Paz, mas é descumprida pela omissão legislativa.

Assim, como descrito no projeto apresentado, a omissão legislativa, nesses casos, pode ser questionada perante o Poder Judiciário por duas vias processuais: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão – ADI por omissão e o Mandado de Injunção. Como esse estudo foca-se na análise do tema em face do controle concentrado de constitucionalidade, não se aborda o Mandado de Injunção, salvo a título comparativo. E é exatamente neste ponto que surge o conflito norteador que se tem pesquisado: **pode o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de uma**

ADI por omissão, ante a omissão legislativa e a necessidade de cumprimento da Carta Constitucional, investir-se na figura de legislador positivo e disciplinar a matéria até que o Parlamento exerça sua função típica?

Os efeitos dessa pesquisa estão na necessidade de a Constituição Federal ser integralmente e não parcialmente cumprida, seja pelo Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Nesse parcial relatório não se aborda em si a questão da atuação do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL como legislador positivo, mas estabelece os nortes necessários à execução da pesquisa, em outras palavras, as bases, os princípios imprescindíveis de serem estudados para que se possa iniciar o estudo mais profundo.

Assim, trata-se aqui exclusivamente dos detalhes que permitem chegar ao âmago. Como diz o brocardo popular, come-se pelas bordas a torta para se alcançar o recheio.

Como o tema é fruto de problemas jurídicos, políticos, sociais, institucionais e constitucionais, faz-se mister compreender esses temas para que a formação do âmago da pesquisa esteja completa. A principal questão analisada neste relatório diz respeito à chamada “Teoria da Separação dos Poderes”, conhecidamente elaborada por Montesquieu.

Afinal de contas, quantos Poderes co-existem num Estado? Os triviais são exatamente aqueles que existem no Brasil: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Inobstante saber-se disso, aqui mesmo no Brasil, durante o Império, havia mais um Poder, instituído pela Carta da República de 1824, o Poder Moderador, previsto no art. 10 daquela Constituição.

Na verdade, é esse o principal tema desenvolvido nesse trabalho: não há Poderes, mas simplesmente Poder. Uno. Único. Indivisível. Em verdade, existe somente um Poder, dividido em órgãos, funções e poderes, *stricto sensu*. Até porque, Poder é uma atribuição geral e abstrata outorgada a algo ou alguém por diversas pessoas, capaz de regular, genericamente, a vida desses mesmos outorgantes, impor regras e aplicar sanções.

Nada descreve melhor o objetivo geral deste trabalho do que aquele descrito no projeto apresentado: verificar a possibilidade de complementação da função

legislativa federal pelo Supremo Tribunal Federal quando houver omissão legislativa, e este for chamado a dizer o direito por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão ou se há violação do art 2º da Constituição, que prevê a Separação dos Poderes, este relatório, exatamente por ser parcial, não atingiu ainda.

Esse tema é de tal importância que o que está em jogo nesse meio é simplesmente a harmonia estatal e de suas instituições, pois se estudarão os efeitos da ausência de legalização infraconstitucional de determinadas matérias. Havendo essa omissão por parte do legislador positivo¹, e nada fazendo o Poder Judiciário, o que será então da nossa tão querida Constituição? Será um nada, um vazio, vã utopia de pseudofilósofo que algum dia pós-ditadura militar idealizaram uma “sociedade livre, justa e solidária”.²

Afinal de contas, o Supremo Tribunal Federal pode ou não pode “bater o martelo” e fazer valer sua decisão final sobre determinado(s) tema(s) protegidos pela Carta Magna de 1988, tentando estabelecer e fazer valer não só a vontade do constituinte originário, mas do povo, que é o legítimo possuidor do direito estatal, outorgante de tal poder ao constituinte, mantendo a ordem social e institucional na República Federativa do Brasil? É exatamente este o objeto deste estudo!

Em consonância com a proposta metodológica do projeto apresentado, a metodologia utilizada é e continuará a ser a dogmática ou operatória, estando sua estruturação baseada no tripé jurisprudência-doutrina-legislação, embora este parcial não esteja baseado na jurisprudência, mas tão-só na doutrina e na legislação, digo, na constituição. Analisa-se a dogmática jurídica em primeiro plano e a hermenêutica constitucional em segundo, levando-se sempre em conta a observação do mais genérico ao mais restrito.

Não há condições, pelo próprio estilo de pesquisa e de tema estudado, de se fazer estudo de campo, vez que o mais próximo que se pode chegar da realidade,

¹ Legislador positivo é o Poder Legislativo, a quem incumbe elaborar as leis e inseri-las no mundo jurídico, acrescentando a este novas normas. Por outro lado, chama-se de legislador negativo a corte judicial à qual compete o controle da constituição, vez que pode subtrair as leis do mundo jurídico, por julgá-las inconstitucionais.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

do cotidiano, nesse tipo de estudo, é análise e investigação de jurisprudência, razão essa pela qual finca-se essa em desenvolvimento técnico-teórico.

Desenvolvimento e resultado da Pesquisa

I. Origem da Teoria da Separação dos Poderes

A teoria da separação dos poderes não é nada moderna. Inicialmente foi desenvolvida pelo filósofo grego Aristóteles (384 a.c.-322 d.c.)³, discípulo de Platão, em sua obra *A Política*, onde defende que é “injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder⁴”. Contudo, não se findou aí o estudo dessa forma de organização estatal.

Estudioso político e também filósofo, o inglês John Locke (1632-1704)⁵ não só escreveu sobre o assunto em sua obra *Segundo tratado do governo civil*, como também foi o primeiro sistematizador doutrinário da teoria. Segundo Locke, baseado no Estado inglês de seu tempo, existiriam quatro funções fundamentais: função legislativa – exercida pelo Parlamento -, a função executiva – exercida pelo rei -, que se desdobrava na função de administração interna e na chamada função federativa, que tratava de guerra e paz, alianças e todas as demais questões que eram externas à nação, e a função prerrogativa, definida como “o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras⁶”. Embora não sendo absolutista, Locke também reconheceu a existência de poder discricionário a ser exercido pelo governante⁷.

Contudo, essa forte teoria foi consagrada, efetivamente, pelo francês Montesquieu (1689-1755)⁸ em sua importantíssima obra *Do Espírito das Leis*, onde se encontra a divisão de poderes e separação de competências clássica, tanto que se tornou princípio fundamental da organização política estatal e se transformou em direito positivado inicialmente através do art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁹.

³ MADJAROF, R. *Aristóteles*. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/aristoteles.htm>>. Acesso em 07 jan. 2006.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 182.

⁵ AMARAL, Manoel. *John Locke*. Disponível em: <<http://www.arqnet.pt/portal/biografias/locke.html>>. Acesso em 07 jan 06.

⁶ LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Capítulos XII, XIII e XIV in DALLARI, *op. cit.* p. 183.

⁷ DALLARI, *ob. cit.* p. 183.

⁸ AMARAL, M. *Charles-Louis de Secondat, barão de Montesquieu*. Disponível em: <<http://www.arqnet.pt/portal/biografias/montesquieu.html>>. Acesso em 07 jan 06.

⁹ MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 382-383.

Complementando as notícias históricas, José Afonso da Silva defende que o pensador Rousseau (1712-1778)¹⁰ também elencou esse princípio em sua obra *Do Contrato Social*, sendo positivado também na Constituição dos Estados Unidos de 17.09.1787¹¹.

II. Fins e meios do Estado e viabilização destes no mundo fático

Todo Estado tem seus fins. Os do Brasil estão estabelecidos no art. 3º da Constituição Federal:

“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Contudo, para a viabilização desses fins faz-se mister a utilização de meios, que, por sua vez, saem do plano teórico-jurídico-filosófico e são materializados no plano fático através de instrumentos.

Esses instrumentos nada mais são do que a transformação do mundo teórico para o mundo fático, para que os objetivos do Estado sejam executados também nesse mundo, não ficando somente naquele. Romanceando o tema, pode-se dizer que esses instrumentos são portais, passagens entre dois mundos: o fático (real) e o teórico (filosofia do Estado ideal). São eles de diversos tipos, como os princípios, as leis, os costumes etc.

Assim, tomando-se como objeto de estudo o inciso I do citado art. 3º da Carta da República, em que se objetiva uma sociedade livre, justa e solidária, pode-se,

¹⁰ ZACHARIAS, Vera Lúcia Câmara. *Rousseau. Disponível em:* <<http://www.centrorefeducacional.com.br/rousseau.html>>. Acesso em 07 jan 06.

¹¹ SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 110.

a partir daí, buscar formas para que esse ponto seja materializado no cotidiano da nação.

A justiça, a liberdade e a solidariedade defendidas pela Carta Magna não podem ficar somente na letra fria da lei, mas serem viabilizadas. Contudo, é quase uma lei natural a existência de dificuldades quando se pretende realizar qualquer atividade (alguns mais otimistas dizem até que ao final o sabor da conquista será mais prazeroso). Também no caso de se tentar construir uma sociedade livre, justa e solidária existem empecilhos. E esses podem ser (geralmente são) originados dos próprios cidadãos integrantes da sociedade que detêm certas prerrogativas em virtude de suas atribuições sociais.

Esses cidadãos são os agentes políticos. Na definição de Hely Lopes Meirelles,

“são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao regime jurídico para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos¹²”.

Em outras palavras, são a personificação do Estado brasileiro, ou seja, os parlamentares, magistrados, chefes do executivo (federal, estadual, municipal e distrital) e seus ministros e secretários. Esses agentes têm grandes e valiosas funções públicas a desempenhar, tendo possibilidade e autoridade para tanto, ou seja, têm poder.

Poder é “1. ter a possibilidade de. 2. ter força física ou moral. 3. ter autorização para. 4. ter domínio sobre. 5. domínio; autoridade. 6. vigor físico ou moral.

¹² MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª ed. p. 72.

7. o governo¹³”. Poder, então, é quando se tem a possibilidade de, a autorização, o domínio ou a autoridade para se fazer algo.

Os próprios animais, tanto os pequenos, como os insetos, quanto maiores, como os grandes mamíferos, têm expectativas e interesses pelo poder, vez que os machos empreendem duelos para definirem quem é o mais forte e este, então, será o líder do grupo ou terá possibilidade de copular com a fêmea no período de reprodução.

O ser humano não escapou a essa vontade de ter poder e também o deseja, naturalmente. Tem-se a pretensão de ter poder para se estabelecer na sociedade e se sobressair perante os demais, vez que o homem é um ser gregário. Mas o exercício deste, por óbvio, tem e deve ser exercido com limites.

Montesquieu em sua clássica e importantíssima obra *Do espírito das Leis* escreve que “a experiência eterna nos mostra que todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo, até que encontre limites¹⁴”.

A obra de Montesquieu teve grande influência no surgimento do Estado Social: liberdade, igualdade e fraternidade.

Um chefe de governo, por exemplo, que não possua limites no seu modo de agir torna-se um déspota. Também Montesquieu, na mesma obra, desenvolvendo seu pensamento no capítulo *da natureza de três diferentes governos* (capítulo I, Livro Segundo), esclarece que “no governo despótico, um só indivíduo, sem obedecer a leis e regras, submete tudo à sua vontade e caprichos¹⁵”.

Como comentado, tem-se poder quando há a possibilidade de, a autorização, o domínio ou a autoridade. Se aquele que possui em suas mãos um desses elementos já tende a abusar do poder, o que não será capaz de fazer aquele indivíduo que possui todos eles, como os agentes políticos? E um grupo de tais agentes, então, como o parlamento, uma corte judicial etc?

¹³ HOUAISS, A. e VILLAR, M. de S. *Mini houaiss: dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 346.

¹⁴ MONTESQUIEU. *Do Espírito Das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 164.

¹⁵ *Ibidem*. p. 23.

É absolutamente inconcebível que, em um Estado democrático de direito¹⁶, um cidadão que possua poder o exerça ilimitadamente, abusando de sua autoridade, vez que estaria transpondo os limites da própria democracia ao ignorar os direitos dos demais cidadãos, sem quaisquer distinções, e submeter tudo a que tem acesso a seus caprichos e vontades.

Marçal Justen Filho define o abuso de poder (viabilizado pela autoridade) nos seguintes termos:

“O abuso de autoridade consiste no exercício reprovado de competências administrativas que traduzem o poder de coação física, de modo a produzir violação dos direitos atinentes à integridade física, à honra, ao patrimônio, à liberdade de locomoção, à inviolabilidade de domicílio, ao sigilo de correspondência, à liberdade de consciência e de crença religiosa, à liberdade de associação e de reunião, à liberdade de exercício de voto e aos direitos e garantias pertinentes ao exercício profissional¹⁷”.

Aglutinando-se esses dois fundamentos: (1) que todo homem que tem poder tende a abusar dele e (2) que o Estado democrático de direito, por sua natureza, não admite esse abuso, desenvolveu-se ao longo de vários séculos um instrumento de controle do poder estatal com o escopo de que ninguém dele abuse. É o chamado princípio da Separação dos Poderes.

III. Separação dos Poderes ou das Funções do Poder?

Tem-se que a Teoria da Separação dos Poderes foi concebida, como se a conhece hoje, por Montesquieu, alçada a dogma após sua positivação no art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na revolução francesa de 1789. Deu-

¹⁶ Estado Democrático é aquele em que há participação popular. Estado de direito é o que possui normas estabelecidas, havendo estruturação jurídica. Assim, uma tribo indígena e estado democrático, mas não de direito, enquanto uma ditadura é estado de direito, mas não democrático.

¹⁷ JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 697.

se tamanha importância ao assunto que se chegou a afirmar que *“um Estado cuja Constituição não consagrasse a teoria da separação de poderes era um Estado sem Constituição¹⁸”*.

Contudo, no próprio título da teoria inicia-se uma discussão em virtude da densidade vocabular que ele contém. Como se sabe, no direito nenhuma palavra, nenhuma vírgula é colocada à toa, pois pode ocasionar interpretações absolutamente diversas e decisões judiciais contra o próprio espírito da legislação, fazendo-se necessário analisar o real sentido da expressão então estudada com fulcro na estrutura organizacional dos Estados que a invocam, compreendidos também seus princípios e fins, e na intenção da própria lei.

Antes de se falar especificamente da separação ou não dos poderes do Estado, deve-se compreender alguns conceitos elementares, generalizando expressões e vocábulos, entendê-los e depois especificar o estudo a ser realizado em relação ao tema, para que não haja obscuridade, dúvida no que será analisado.

José Afonso da Silva, em seu livro *Curso de Direito Constitucional Positivo*, inicia o estudo de poder com a seguinte passagem:

“O poder é um fenômeno sócio-cultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins¹⁹”.

Analisando-se essa lição, pode-se definir a sociedade também como um grupo social, embora de grandes proporções, mas um grupo social no sentido que aqui

¹⁸ BASTOS, C. R. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 561.

¹⁹ SILVA, J. A. da. op. cit. p.108.

lhe é empregado, podendo, por isso, impor esforços, exigir sacrifícios e fixar limites a todos que o integram, ou seja, os cidadãos.

Estado é um ser supra-humano e abstrato originado da renúncia de cada integrante da sociedade a uma parcela de suas liberdades para a formação e existência daquele, cuja única atribuição é regular a vida desses mesmos cidadãos, sendo sua força concedida por eles para atuar como ser maior do que o povo, com legitimidade de conceder e retirar direitos e obrigações, com base nos fins a serem alcançados e orientado em princípios pré-estabelecidos. Por essas características, em consonância com o trecho de José Afonso, o Estado somente possui um poder. O Poder é uno, único e soberano.

Alexandre de Moraes nos ensina que *“o Estado constitucional de direito assenta-se na idéia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível. (...) Aliás, bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão²⁰”*.

O conceito leigo de separação já é por si só suficiente para construir uma idéia de inexistência da separação dos Poderes do Estado²¹, vez que a simples observação do funcionamento estatal demonstra que seus poderes não são independentes, mas interligados, já que são partes integrantes de um todo denominado Estado. É como se dizer que um empresa possui a diretoria administrativa, a financeira, a jurídica e a publicitária, sendo elas separadas. Mas como podem ser tais diretorias separadas umas das outras se só existem em decorrência da existência de algo maior do que cada uma, a empresa? Assim são os poderes, cada qual com suas atividades a desenvolver, mas interligados porque integram a estrutura de algo maior.

Percebe-se, então, que a “separação dos poderes” inexistente, há, sim, separação das atribuições do Poder ou descentralização das diversas funções que o Estado possui. Inobstante Montesquieu ter utilizado a expressão “separação dos poderes”, ele não quis dizer o que disse, vez que como explicado o poder é estatal, portanto único.

O Estado tem como atribuição organizar a vida social e estatal, com suas peculiaridades e diversas atividades, protegendo cada cidadão das arbitrariedades que

²⁰ MORAES, A. de. op. cit. p. 386.

²¹ O dicionário Houaiss exprime o conceito de separação como “1. divisão, partição; 2. quebra de uma união íntima”, demonstrando que separar é tornar independentes partes que eram dependentes entre si.

podem ser executadas contra ele e viabilizando a continuidade proba da máquina estatal, fazendo isso através da elaboração das leis, da administração e execução dessas leis e da solução dos possíveis conflitos que venham a ocorrer entre os particulares ou entre estes e o próprio Estado.

Contudo, para que tal se dê, faz-se mister que não haja concentração dos poderes. Em outras palavras, é necessário que haja separação das atividades que necessitam ser desenvolvidas pelo Estado, isso porque a nação brasileira está estabelecida sobre um Estado Democrático de Direito, no qual há participação popular e positividade legal (?), em que os iguais são tratados igualmente e os desiguais são tratados desigualmente, na medida de sua desigualdade, não havendo espaço constitucional para arbitrariedades.

Por essa razão e com o escopo de viabilizar essas atividades, foram elas concentradas de acordo com a especialização, se assim se pode dizer. Ficaram essas atividades então divididas em três espécies, ou três funções, cumpridas pelos respectivos órgãos: a elaboração das leis, a execução das leis e a solução dos litígios.

IV. Órgão, função e poder

Confusões são geralmente feitas com relação aos conceitos de órgão, de função e de poder. Isso ocorre também porque a própria Carta de República de 1988 se utiliza do vocábulo poder para se referir a esses três institutos. Contudo, é de grande importância diferenciarem-se os conceitos dessas palavras para que conceitos e idéias sejam trabalhados.

Embora já se tenha falado sobre o conceito de poder, faz-se mister entender e diferenciar as diversas definições dessa palavra, aplicadas a este estudo, nos mesmos sentidos existentes na Carta da República de 1988. A primeira acepção é o poder, propriamente dito, *stricto sensu*, ou seja, a estrutura organizacional de bens e agentes, internamente hierárquica e independente das demais, com atribuições oriundas diretamente da Constituição²².

²² JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit. p. 23.

A segunda acepção dada leva em consideração sua consistência material. É o instrumento utilizado pelo Estado para se relacionar com a própria sociedade. Metaforicamente, pode-se dizer que é a maneira pela qual o Estado “fala” com os cidadãos, regulando as diversas necessidades sociais e as situações que ocorrem a esse respeito. Esse é o conceito de função. São identificadas três funções, classicamente: legislação, administração ou execução e jurisdição²³.

A terceira e última concepção é a funcional, que atribui a cada estrutura organizacional (“poder”, em sentido estrito) atribuições não exercidas por outra estrutura orgânica, sendo cada qual titular de uma competência específica. A essas atribuições chama-se função. E são três as funções típicas do Estado: o Poder Judiciário é investido da competência jurisdicional, o Poder Legislativo é o titular da competência legislativa ou legiferante e o Poder Executivo desempenha a competência administrativa ou executiva²⁴⁻²⁵.

É através dessas funções que o Estado age, atua perante seus integrantes, quais sejam, os cidadãos. Nas palavras de Celso Bastos, “*a função constitui, pois, um modo particular e caracterizado de o Estado manifestar a sua vontade*”²⁶. São essas funções distintas que, quando em conjunto, compõem o todo, ou seja, o Poder estatal.

Expostos os conceitos e estabelecidas as diferenças entre órgão, função e poder, pode-se chegar à conclusão que se as atribuições do Estado são organizadas e executadas pelos “poderes”, na primeira acepção, então na verdade não existe uma separação dos poderes, mas sim uma separação das funções do Estado. Entende-se, assim, que também Montesquieu não se referia à separação dos poderes no sentido lato, mas exatamente nesse sentido de função estatal.

“De fato, quando se pretende desconcentrar o poder, atribuindo o seu exercício a vários órgãos, a preocupação maior é a defesa da liberdade dos indivíduos, pois, quanto maior for a concentração do poder, maior será o risco de um governo

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit. p. 23-24.

²⁴ Chamam-se *típicas* porque são as funções próprias de cada “poder”, pois também exercem funções *atípicas*, quando exercem atividades teoricamente atribuídas a outro “poder”.

²⁵ JUSTEN FILHO, M. op. cit. p. 24.

²⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit. p. 558.

ditatorial. Diferentemente, quando se ignora o aspecto do poder para se cuidar das funções, o que se procura é aumentar a eficiência do estado, organizando-o da maneira mais adequada para o desempenho de suas atribuições²⁷”.

Entendidos esses conceitos e os respectivos alcances vocabulares, fica inteligível que o Estado é um, com somente um poder, dividido em estruturas organizacionais de bens e agentes, internamente hierarquizadas que exercem funções através de seus órgãos, visando-se a democracia e a eficiência, sendo essas estruturas independentes, não havendo, *a priori*, influência de uma nas outras, embora sejam harmônicas, já que trabalham em comum, “falando” em nome do Estado.

V. Constituição: conceito

A estrutura de órgãos, funções e poderes, juntos, geram um gigantesco bloco estatal que necessita de organização e normas para funcionar adequadamente, de acordo com os objetivos a que está disposto.

Como imperativo de organizar e estruturar essas instituições, concebe-se a Constituição, também chamada lei fundamental exatamente porque nela se encontram as normas básicas do Estado, elaborada pelo Poder Constituinte Originário, através de escolhas populares dos seus integrantes – isso no caso de constituições formais, pois as consuetudinárias tornam-se respeitadas pela prática reiterada de determinada práxis.

O que constitui algo é sua base, seus elementos formadores²⁸. Em sentido técnico-jurídico, é o “conjunto de princípios que se situam no vértice de qualquer sistema normativo. (...) Representariam [esses princípios] as opções essenciais referentes à forma de Estado ou regime, à organização e funções dos Poderes Públicos, e aos direitos e deveres dos cidadãos”.²⁹

²⁷ DALLARI, Dalmo. de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 182.

²⁸ Constituição é os elementos essenciais, componentes de qualquer estrutura, independente de sua natureza. Michel Temer em sua obra *Elementos de Direito Constitucional* diz: “em significado comum todas as coisas têm uma dada estrutura, um corpo, uma dada conformação. Uma constituição. Podemos examinar a poltrona e descrever a sua estrutura, o seu ser. Ao fazê-lo, indicaremos as peças componentes daquela cadeira que, somadas, perfizeram a unidade” (p. 15).

²⁹ BOBBIO, Norberto. et. al. *Dicionário Político*. Trad. VARRICLE, Carmem C. et. al.. *Dizionario di Política*. 5 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 1015.

“Em sentido mais restrito, Constituição significa o ‘corpo’, a ‘estrutura’ de um ser que se convencionou denominar Estado. Por ser nela que podemos localizar as partes componentes do Estado, estamos autorizados a afirmar que somente pelo seu exame é que conheceremos o Estado”.³⁰

“A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”.³¹

A Constituição é, então, a lei primeira, do ponto de vista jurídico, vez que a primeira a surgir estado que ela origina e primária, vez que a fonte de todas as demais normas. É da Constituição que surge a legitimidade para a edição das demais normas, com a especificidade de cada espécie, as competências diversas (administrativas, judiciais e legislativas), os fundamentos, os fins e os meios (garantias para o alcance desses. Em outras palavras, a Constituição é a base estrutura de um Estado que optou pelo regime constitucional rígido, escrito e formal.

VI. Do Controle de Constitucionalidade

A. Aspectos preliminares

Como decorrência imediata das Constituições rígidas³², a supremacia constitucional³³ ante as demais leis induz à necessidade de um efetivo controle dessas a partir da análise das diretrizes, princípios e normas constitucionais.

³⁰ TEMER, Michel. P. 15.

³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 42.

³² Rígida é a Constituição de difícil modificação pelo Poder Constituinte derivado, necessitando de um processo legislativo mais moroso e complexo do que o necessário para a aprovação de mudanças nas demais espécies normativas. Exemplo é a necessidade de a proposta de emenda constitucional ser aprovada duas vezes em cada casa legislativa, com voto de no mínimo três quintos dos membros, em cada escrutínio (art. 60, § 2º, Constituição), enquanto a lei complementar, a mais de ser aprovada, necessita de maioria absoluta (art. 69, Constituição).

Paulo Bonavides trata do assunto nos seguintes termos:

“O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma.

“As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontrastável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos.

“A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento de ‘superlegalidade constitucional’, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania”.³⁴

Em virtude dessa hierarquia normativa entre a Constituição e as demais normas jurídicas, o ordenamento jurídico e institucional (decorrentes da criação ou, os que já existiam, da recepção constitucional) necessita permanecer à sombra da Carta Magna. As leis ou atos normativos que não estiverem conforme o teor constitucional são inconstitucionais. Nas palavras de De Plácido e Silva, inconstitucionalidade

³³ Em decorrência da rigidez da constituição e por conseguinte de procedimento específico necessário para modificá-la, é incontestável a supremacia da Carta no ordenamento jurídico, razão essa pela qual é chamada de Lei das Leis ou Lei Maior, reconhecendo-se a “superlegalidade constitucional”.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pg. 296.

*“serve para exprimir a qualidade do que é inconstitucional ou contravém a preceito, regra ou princípio instituído na Constituição. A inconstitucionalidade, pois, é revelada por disposição de lei ou decreto, ou por ato emanado de autoridade pública, que se mostrem contrários ou infringentes de regra fundamental da Constituição”.*³⁵

Inobstante ser o Legislativo o órgão tipicamente responsável pela elaboração das leis, também o é derivado da Constituição da República, não podendo produzir leis que afrontem o instituído na Lei Maior, pois “essas leis se reputariam nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida”.³⁶

Nessa análise, uma pergunta é indissociável: sendo o Legislativo originado da Constituição, como pode querer afrontá-la, através da inobservância de seus princípios e diretrizes, modificando-lhe a estrutura? É absolutamente inconcebível essa situação, vez que, do ponto de vista jurídico-político, algo maior (Carta) não pode ser alterado por algo menor (poder legislativo), seja pela ação, seja pela omissão.

Conceito de controle de constitucionalidade

Como já dito, as leis editadas pelo Poder Legislativo que não atenderem aos requisitos constitucionais ou disciplinarem matéria em dissonância com o estatuído na Constituição são inaplicáveis, inválidas, por serem espúrias ao regime jurídico existente. Contudo, em face do princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do poder público, faz-se mister a declaração formal da afronta da lei ou do ato normativo à Constituição Federal para que seja jurídica e constitucionalmente inconstitucional, o que é feito através do “controle de constitucionalidade”.

A história constitucional brasileira demonstra que a evolução do instrumento de preservação da supremacia constitucional desemboca na Carta Política de 5 de outubro de 1988, onde foi ampla e efetivamente instituído o controle de

³⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Volume II. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 449.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 297.

constitucionalidade, com o escopo de analisar se as regulamentações editadas pelo poder público encontram-se açabarcadas pelas diretrizes maiores da estrutura estatal positivada.

Henrique Savonitti Miranda diz que

*“O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos consiste no conjunto de ações e caminhos pelos quais a Constituição permite o controle do exercício do Poder Constituinte derivado e da elaboração do ordenamento infraconstitucional. São meios ofertados pela Carta Magna para garantir sua própria supremacia, o que se manifesta em não se admitir que leis ou atos normativos que a contrariem possam produzir efeitos”.*³⁷

Manoel Gonçalves Ferreira Filho diz que

*“controle de constitucionalidade é, pois, a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos requisitos substanciais – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico”.*³⁸

Nas palavras de Alexandre de Moraes, “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.³⁹

Por sua vez, Gisela Maria Bester diz que é

³⁷ MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*. P. 125.

³⁸ FERRERA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. P. 40.

³⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. P. 600.

*“o conjunto de instrumentos previstos pela Lei Maior para a salvaguarda de sua própria supremacia, de sua própria superioridade, fundando-se na necessidade de preservar a soberania do poder constituinte originário em face de qualquer outro poder por ele constituído, inclusive o próprio poder de reforma, que insere as ditas normas secundárias no texto constitucional”.*⁴⁰

Pode-se definir então controle de constitucionalidade como a análise, pelo órgão competente, de lei ou ato normativo impugnado em face da Constituição, verificando-se se fere as diretrizes e os princípios desta, podendo o mesmo órgão proscrever do mundo jurídico o ato declarado inconstitucional.

Assim, vê-se que para a garantia do cumprimento da Constituição faz-se mister que haja uma efetiva análise, pelo órgão competente, e da forma definida, da adequação das leis e dos atos normativos à Constituição, com a finalidade de defendê-la e, por conseguinte, defender o Estado de Direito, pois a indefensabilidade da Carta Magna pode gerar sua inexistência progressiva, uma vez que a Norma Maior será paulatinamente descumprida e esquecida pelos interesses políticos, eleitoreiros e, pior, pessoais dos integrantes do Poder Legislativo, podendo-se chegar, inclusive, a desconsiderar os direitos e garantias fundamentais.

Demonstrando a importância do controle de constitucionalidade no moderno direito constitucional, onde a grande maioria das constituições é rígida, Paulo Bonavides é fulgente e crucial, alertando para as conseqüências da inexistência de tal análise:

“Sem esse controle [de constitucionalidade], a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos

⁴⁰ BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional*. Pgs. 325-326.

*órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental”.*⁴¹

Em suma, o controle de constitucionalidade é o meio de defesa criado pela Constituição para o exercício de sua defesa, já que é a Lei Fundamental. Metaforicamente, é o escudo do guerreiro, o meio utilizado para salvaguardar-se.

Modelos de controle de constitucionalidade

São três os tipos de controle de constitucionalidade repressivo⁴²: o difuso (também chamado concreto ou por via de exceção ou incidental), o concentrado (também chamado abstrato ou por via de ação) e o misto.

No primeiro, o difuso, desenvolvido nos Estados Unidos da América, qualquer órgão judicial chamado a dizer o direito pode declarar a inconstitucionalidade de lei, desde que sejam atendidos dois requisitos: (1) a existência de um processo comum, independente da matéria e da competência, vez que inexistente ação específica para se analisar a norma questionada⁴³, e, (2) pelo princípio da inércia judicial, que seja a matéria invocada pelas partes, demonstrando-se que a aplicação da norma supostamente inconstitucional possa trazer prejuízo aos jurisdicionados do caso concreto, havendo, então, relevância entre a possível inconstitucionalidade da lei e a solução daquele conflito específico⁴⁴.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. p. 297.

⁴² Diz-se repressivo porque é realizado após a edição da lei. Mas há também o controle preventivo, antes da edição da lei, realizado por órgãos internos do Legislativo (Comissão de Constituição e Justiça, v.g.) e até pelo Executivo, quando do momento do veto ou sanção presidencial.

⁴³ Exatamente por se chamar “por via incidental”, esse controle é caracterizado primordialmente pela inexistência de ação específica para processar e julgar uma inconstitucionalidade levantada, sendo esse questionamento um mero incidente normativo suscitado com o escopo de o órgão julgador declarar inconstitucional a lei na qual poderá se basear para decidir o caso concreto. Como não possui especificidade de ação, qualquer processo judicial é meio hábil e idôneo para o questionamento da constitucionalidade da lei, desde que pertinente com o caso concreto, seja cível, tributário, criminal, administrativo, trabalhista etc.

⁴⁴ Como decorrência do princípio da presunção de constitucionalidade, em que os atos do poder público presumem-se de acordo com a Carta Magna até que haja declaração formal pelo órgão competente em sentido contrário, se houver em algum processo a possibilidade de aplicação de uma lei inconstitucional, não sendo tal violação suscitada por alguma das partes, não poderá o magistrado declará-la *ex officio*, mesmo que indubitavelmente seja a norma confrontante com os preceitos superiores.

Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nessa espécie de controle, aufere-se que em decorrência da necessidade de existência de um processo judicial e de sustentação da tese de inconstitucionalidade de norma possivelmente aplicada, os efeitos são exclusivamente para aquele caso concreto, ou seja, *inter partes*, não havendo declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*. Disso se entende que o mesmo julgador, ao julgar dois litígios idênticos, poderá dar sentenças absolutamente diversas em face de em um dos processos haver sido invocada tese de afronta à Lei Maior.

Nas palavras de Paulo Bonavides,

*“sem o caso concreto (a lide) e sem a provocação de uma das partes, não haverá intervenção judicial, cujo julgamento só se estende às partes em juízo. A sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente á sua não-aplicação ao caso particular, objeto da demanda”.*⁴⁵

O segundo modelo de controle é o concentrado, também denominado austríaco, vez que teve seu berço na Constituição austríaca de 1920 pela influência do jurista Hans Kelsen, espalhando-se depois pela Europa, onde hodiernamente quase todos os países o adotam. Nessa espécie, somente um tribunal, criado pela própria Lei Maior, é competente para analisar se a lei ou ato normativo vai de encontro ao teor constitucional.

Canotilho entende que o

“controlo abstracto significa que a impugnação da constitucionalidade de uma norma é feita independentemente de qualquer litígio concreto. O controlo abstracto de normas não é um processo contraditório de partes; é, sim, um processo que visa sobretudo a defesa da constituição e da legalidade

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. p. 302.

*democrática através da eliminação de actos normativos contrários à constituição”.*⁴⁶

Diferentemente do controle incidental, o abstrato independe da existência de um litígio para que haja discussão do amparo constitucional da lei ou do ato normativo. Isso porque o tribunal ao qual é afeita tal análise tem como competência a guarda da Carta Maior, podendo analisar a lei em si, e não como via de defesa somente. Por tal motivo é essa modalidade denominada abstrata, pois o órgão julgador não se encontra adstrito a um caso concreto que possui como preliminar uma argüição de inconstitucionalidade da norma possivelmente aplicada, mas analisa a lei ou o ato normativo em si, sua situação no plano jurídico-constitucional, em outras palavras, analisa a própria abstração da lei em face de outra abstração hierarquicamente superior e anterior: a Constituição.

O segundo elemento dessa espécie de controle é que somente um tribunal especificado na própria Constituição é o órgão competente para analisar as questões invocadas, tanto podendo ter competência única – Tribunal Constitucional – como ser uma de suas competências por ser o órgão de cúpula do Poder Judiciário – um Tribunal Superior aos demais.

Assim explica esse tipo de verificação de constitucionalidade Alexandre de Moraes:

*“por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais. A declaração de inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação”.*⁴⁷

Paulo Bonavides diz que

⁴⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. p. 835.

⁴⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 627.

“o sistema de controle por via de ação permite o controle da norma in abstracto por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional. Trata-se, como se vê, ao contrário da via de exceção, de um controle direto. Nesse caso, impugna-se perante determinado tribunal uma lei, que poderá perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada erga omnes (com relação a todos).

*Caracteriza-se esse processo por seu teor sumamente enérgico, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta”.*⁴⁸

Em uma visão mais pragmática, Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica que

*“o controle por via de ação tem a grande virtude de pôr termo de uma só vez a toda a discussão sobre a inconstitucionalidade de um ato, especialmente se esse ato for uma lei cuja validade duvidosa causará embaraços graves aos cidadãos. De fato, essa forma normalmente implica a concentração da decisão, em mãos do mais alto tribunal e se a decisão tiver efeito – como é justo – geral, suspendendo a execução do ato inconstitucional mesmo em relação aos que não foram partes na demanda”.*⁴⁹

Enquanto no controle difuso o efeito da declaração de inconstitucionalidade é somente *inter partes*, no controle concentrado o efeito é *erga omnes*, ou seja, a todas as pessoas, sendo ou não partes de alguma demanda que se baseie na dita ilegalidade maior, como observa Canotilho:

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. p. 307.

⁴⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. p. 42.

*“o juiz ordinário controla a constitucionalidade dos actos normativos desaplicando as normas eventualmente não conformes com a constituição; o Tribunal Constitucional controla a legitimidade constitucional, anulando os actos legislativos contrários à lei fundamental”.*⁵⁰

Por fim, o controle misto de constitucionalidade nada mais é do que a existência tanto do controle difuso quanto do concentrado. Nesses casos, assim como os magistrados têm competência e legitimidade para, no dizer de Canotilho, *desaplicar* uma norma considerada inconstitucional no caso concreto, há também um tribunal constitucional ou é competente o órgão de cúpula do Judiciário para julgar abstratamente a constitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo em face da Constituição.

O Controle de constitucionalidade no Brasil: competência e instrumentos

O Brasil adotou em sua última Carta Política o sistema misto de controle de constitucionalidade. A Constituição é clara ao prever essas duas hipóteses de guarda da Carta. Contudo, apesar de adotar ambos os modelos de controle, impõe requisitos para que haja a efetiva declaração de inconstitucionalidade.

Inicialmente, por uma tradição histórico-cultural, o controle incidental permanece em nosso ordenamento jurídico, previsto no art. 97 da Lei Maior, que dispõe:

“Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

A Constituição foi inequívoca ao prever a competência dos tribunais (todos eles, independente de matéria ou grau de jurisdição) para, ante o caso concreto, deixar

⁵⁰ CANOTILHO, J.J. GOMES. p. 827.

de aplicar lei ou ato do Poder Público que, em seu julgamento, viole a Constituição Federal. Porém, exige a Carta o cumprimento da chamada *cláusula de reserva de plenário*, a qual exige o voto da maioria absoluta dos membros do plenário ou do órgão especial⁵¹, para que a declaração de inconstitucionalidade tenha validade no mundo jurídico. Entende-se, entretanto, que essa norma não impede a declaração de constitucionalidade (ratificação da presunção) por quaisquer dos órgãos fracionários dos tribunais⁵².

Contudo, essa norma de número mínimo de votos só se aplica aos tribunais, ou seja, órgãos colegiados de 2º grau de jurisdição ou de jurisdição superior, da maneira especificada, mas não aos magistrados de 1º grau, que, como já consolidado⁵³, têm competência para julgar espúria, por afrontar a Carta Maior, lei ou ato normativo do Poder Público e desaplicá-la ao caso em julgamento, vez que, como se diz no jargão jurídico “o juiz é o ser mais solitário no momento de sentenciar”.

O controle concentrado de constitucionalidade também foi abraçado pela Carta de 1988 em seu artigo 102, I, “a”, que dispõe, *in verbis*:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I- processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

Vê-se incontestavelmente que foi conferida ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL a função de guardião máximo da Constituição Federal – diz-se máximo porque os juízes e tribunais também são guardiões da Carta, através do controle

⁵¹ O Órgão Especial foi criado pelo artigo 93, XI da Constituição, que dispõe: “nos tribunais com números superiores a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por Antigiuidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno”.

⁵² MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 1400.

⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 179170 – CE, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 09-06-1998; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AI-AgR 145395 – SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29-03-1994.

incidenter tantum - cabendo a ele, quando provocado por um dos legitimados para a propositura da ação abstrata, arrolados no art. 103 da Constituição, processar e julgar a existência ou não de afronta à Carta Magna, definitivamente.

É latente o entendimento de que foi outorgada ao órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional a competência para processar e julgar abstratamente, ou seja, a lei em si, independente de caso concreto, arguições de violação da Carta Magna pela via abstrata.

Veja que é o Supremo Tribunal Federal o responsável por guardar a Carta Magna, é ele o responsável por julgar todas as espécies de reclamação de inconstitucionalidade pela via abstrata. E no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro são cinco os tipos de reclamação de inconstitucionalidade pela via direta: a ação direta de inconstitucionalidade genérica, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A primeira, também chamada de ação direta de inconstitucionalidade por ação, prevista no art. 102, tem por finalidade o confronto da lei ou do ato normativo em face da Carta Magna, dizendo o Supremo Tribunal Federal se fere ou não a Lei Maior. “Visa-se obter a invalidação da lei, em tese, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais”⁵⁴. É chamada de “por ação” em virtude de confrontar uma norma (genericamente) editada e inserida no mundo jurídico, ou seja, decorrente da ação, da atitude do poder competente.

Outro modelo de controle é a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, prevista no art. 36, III da Carta Magna⁵⁵, de finalidade política e jurídica e que tem por escopo resguardar os princípios sensíveis da Constituição Federal, previstos no artigo 34, VII⁵⁶ da Carta Magna.

⁵⁴ MORAES, Alexandre de. P. 628.

⁵⁵ Dispõe o artigo 36: “A decretação da intervenção dependerá: (...) III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do procurador-Geral da república, na hipótese do art. 34, VII”.

⁵⁶ O art. 34, VII, estabelece: “A união não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a

A terceira forma de controle constitucional é a ação declaratória de constitucionalidade, não existente na redação originária do artigo 102, I, “a” da Constituição, inserida por meio da Emenda Constitucional nº. 03, de 17 de março de 1993, via pela qual se requer a manifestação do Supremo Tribunal Federal para declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo sobre a qual há controvérsia, corroborando judicialmente a sua constitucionalidade, já que a presunção de adequação dos atos do Poder Público à Carta Magna é relativa.

A mais controvertida das vias de controle, embora não seja o objeto deste estudo, é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, prevista no artigo 102, § 1º, Constituição, que dispõe *in verbis*: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental será, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.⁵⁷ Na definição de Dirley da Cunha Junior, ADPF é a

“ação judicial especial destinada a provocar a jurisdição constitucional concentrada do Supremo tribunal federal para a tutela da supremacia dos preceitos mais importantes da Constituição Federal. Vale dizer, é uma ação específica vocacionada a proteger exclusivamente os preceitos constitucionais fundamentais, ante a ameaça ou lesão resultante de qualquer ato ou omissão do poder público”⁵⁸.

Por último, existe o controle concentrado das omissões institucionais, realizado por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por ser esse o modelo de controle de constitucionalidade objeto do presente estudo, é tratado com mais profundidade nos tópicos seguintes.

proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde”.

⁵⁷ Lei nº. 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

⁵⁸ CUNHA, Dirley da. *Controle judicial da omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 562.

VII. Da omissão inconstitucional e do seu remédio jurídico

Conceito de omissão

Antes da análise de uma inconstitucionalidade pela via omissiva, faz-se mister o entendimento do conceito de *omissão*. E nada melhor para entender tal sentido do que se valer das definições do direito penal, onde inclusive há crimes tipificados exatamente pela omissão. Assim, define Heleno Cláudio Fragoso:

“Omissão é abstenção de atividade que o agente podia e devia realizar. Omissão, em conseqüência, não é mero não fazer, mas sim, não fazer algo que, nas circunstâncias, era ao agente imposto pelo direito e que lhe era possível submeter ao seu poder final de realização. (...) O dever de agir é essencial à omissão”
(...)

“A omissão não consiste na conduta diversa que o agente realiza enquanto omite. A omissão consiste na abstenção da atividade devida, ou seja, na não realização da conduta positiva que o agente tinha o dever jurídico e a possibilidade de realizar. A possibilidade de agir é pressuposto indispensável do dever jurídico de agir”.⁵⁹

Verifica-se, com base no conceito fornecido, que os elementos da omissão são (1) ordem legal impondo a realização de certa atividade, (2) possibilidade de concretização da tal atividade e (3) inércia do agente competente no cumprimento da ordem imperativa.

⁵⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 10 edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 238.

Conceito de omissão inconstitucional

Trazendo-se para o plano constitucional, onde se situa esta pesquisa, verifica-se a perfeita combinação dos elementos fornecidos por Heleno Cláudio Fragoso: (1) a ordem legal é a norma constitucional que ordena a elaboração de determinada lei, (2) a possibilidade de realização da atividade é decorrente da competência emanada da própria Carta para realizar a dita atividade e (3) a inércia é o não cumprimento da ordem constitucional e a conseqüente ausência regulamentar. Assim, preenchidos todo esses requisitos, tem-se a omissão considerada inconstitucional.

Essa omissão, contudo, é denominada inconstitucional em virtude de o imperativo legal decorrer da Carta Magna. Assim como a realização de um ato que afronte a Lei Maior é tida inconstitucional, a não realização de determinada conduta imposta pela própria Lei também é inconstitucional, decorrente, contudo, de outro fato gerador: a inércia.

Dirley da Cunha Junior diz que

*“o conceito de omissão não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples ‘não fazer’. Omissão inconstitucional somente é aquela que consiste numa abstenção indevida, ou seja, em não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de norma ‘certa e determinada’. De observar-se que a inconstitucionalidade por omissão não se afere em face do sistema constitucional em bloco, mas sim em face de uma certa e determinada norma constitucional, cuja não exeqüibilidade frustra o cumprimento da constituição”.*⁶⁰

⁶⁰ CUNHA JUNIOR. Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 118.

Quando a Constituição determina especificamente⁶¹ a elaboração de um regulamento ou o exercício de certa atividade (e aqui está presente uma das características: a especificidade do regulamento a ser elaborado) e o agente que deveria cumprir tal determinação (que, só por estar em tal cargo, tem condições para tanto) não o faz, incorre em uma omissão que afronta a Lei Maior, por isso denominada de omissão inconstitucional.

O Direito não só é violado pela ação, mas também pela omissão, deixando de fazer o que ele ordena. Em virtude dessa dupla possibilidade, tanto se pode violar a Constituição pela ação como pela omissão, quando os Poderes Legislativo e Executivo ficam inertes, ou seja, não elaboram a legislação ou outra medida administrativa exigida pelo texto constitucional⁶².

Contudo, essa omissão somente pode se dar quando se trata, na classificação de José Afonso da Silva, de norma constitucional de eficácia limitada⁶³, pois nem as de eficácia plena⁶⁴ nem as de eficácia contida⁶⁵ têm possibilidade de serem afrontadas em decorrência de uma omissão, pois não têm a brecha para que o Poder Legislativo seja inerte.

Ressalte-se que inobstante alguns doutrinadores classifiquem as omissões do Poder Público em até cinco espécies⁶⁶, esta pesquisa científica restringe-se, como disposto nos aspectos iniciais, às omissões do Poder Legislativo.

⁶¹ Especificamente, porque não basta o dever genérico de legislar, v.g.. É necessária uma imposição constitucional para a regulamentação de determinado direito.

⁶² BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional*, v. 1. São Paulo: Manole, 2005. p. 363.

⁶³ Aquelas que por determinação constitucional não têm aplicabilidade até ulterior regulamentação legislativa. Embora haja a previsão, a Carta vinculou-as a entendimentos delegados, independente do motivo, ao legislador ordinário.

⁶⁴ Plena é a norma constitucional assim considerada em virtude de não necessitar de complementação (mesmo que procedimental) infraconstitucional, bastando por si mesma e entrando em vigor imediata e automaticamente com o início da vigência da constituição.

⁶⁵ Embora também sejam normas auto aplicáveis, produzindo efeitos jurídicos imediatos, independente de regulamentação legal, podem ser objeto de legislação ulterior, pois assim previsto, para ter sua eficácia restringida. Contudo, enquanto não haja tal restrição de eficácia, essas normas são imediatas e absolutas.

⁶⁶ Dirley da Cunha Junior em seu *Controle judicial das omissões do Poder Público* defende a existência das seguintes omissões inconstitucionais: (1) de atos normativos, quando o legislador não elabora a norma determinada na Carta (é essa a omissão objeto do ora estudo), (2) de atos políticos, v.g., quando não se nomeiam pessoas para assumir os cargos previstos na Carta, (3) de revisão ou reforma constitucional, quando não se realiza reforma ou revisão do texto constitucional, havendo previsão constitucional, (4) de medidas administrativas e (5) de decisão judicial, que seria a denegação da atividade jurisdicional.

Do remédio judicial para o controle das omissões do Poder Público.

1. Do Mandado de Injunção

Previsto no art. 5º, LXXI da Constituição⁶⁷, o Mandado de Injunção é “o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania”.⁶⁸

Dirley da Cunha Junior define esse remédio constitucional como

“ação especial de controle concreto ou incidental de constitucionalidade das omissões do poder público, quando a inércia estatal inviabiliza o desfrute de algum direito fundamental. Condiciona-se, portanto, à existência de uma relação de causalidade entre a omissão do poder público e a impossibilidade do gozo de um direito fundamental. Desse modo, só se admite a impetração desse writ se, em decorrência da falta de norma regulamentadora (causa), tornar-se inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (efeito)”.⁶⁹

Assim, Mandado de Injunção é uma ação judicial de controle de constitucionalidade pela via incidental, onde se questiona a inexistência de regulamentação de um direito previsto constitucionalmente, uma vez que essa regulamentação é indispensável à fruição desse direito. O efeito da decisão é *inter partes* e exige ausência total de lei.

⁶⁷ Dispõe o art. 5º, LXXI da Carta: “conceder-se-á mandado de injunção sempre 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”.

⁶⁸ BACHA, Sergio Reginaldo. *Mandado de Injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 45.

⁶⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 513.

Por ser modelo incidental de controle de constitucionalidade, o Mandado de Injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa⁷⁰ que tenha seu direito constitucional violado por uma omissão do Poder Público, não sendo de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, mas também a outros órgãos jurisdicionais⁷¹.

2. Da ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADI por omissão tem seu amparo constitucional no art. 102, I, “a”, conjugado com o art.103, § 2º., que dispõe, *in verbis*:

“§ 2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Pela simples leitura da norma constitucional, percebe-se que foi criada uma espécie de controle de constitucionalidade pela via concentrada - nos moldes do modelo adotado na Europa -, onde cabe ao Supremo Tribunal Federal⁷² processá-la e julgá-la, e, se verificada a ausência normativa, declarando a inconstitucionalidade pela via omissa, notificando ao Poder competente para que este tome as medidas necessárias.

A ADI por omissão é uma variante da ação direta de inconstitucionalidade, somente podendo ser ajuizada pelas mesmas pessoas⁷³, seguindo o mesmo rito⁷⁴ e,

⁷⁰ Obviamente, desde que preenchidas as condições da ação e os pressupostos processuais.

⁷¹ O art. 105, I, “h”, da Constituição, v.g., confere ao Superior Tribunal de Justiça a competência nos casos ali especificados.

⁷² Embora o § 2º não diga expressamente que compete ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL o julgamento dessa ação, o referido parágrafo encontra-se localizado no artigo 102 da Constituição, que trata da competência da Suprema Corte.

⁷³ Dispõe o art. 103 da Constituição: “podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da

por ser ação do controle concentrado de constitucionalidade, de competência privativa da Suprema Corte nacional seu processamento e julgamento.

Celso Ribeiro Bastos descreve sucintamente a função da ADI por omissão, ao dizer que *“a sua função é reprimir a omissão por parte dos poderes competentes que atentem contra a Constituição”*.⁷⁵

Dirley da Cunha Junior diz que

“a ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve ser compreendida como um efetivo instrumento de controle concentrado-principal das omissões do poder público, destinado a suprir, de forma geral e abstrata, a inércia inconstitucional dos órgãos de direção política, em débitos na atividade de realização das imposições constitucionais. Assim, deve-se ter em conta que, com essa ação de controle abstrato das omissões, o constituinte quis superar, em favor da supremacia e efetividade da Constituição, o estado de inconstitucionalidade decorrente das omissões do poder público”.⁷⁶

Alexandre de Moraes, a respeito da ADI por omissão, diz que *“o objetivo pretendido pelo legislador constituinte de 1988 (...) foi conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional”*.⁷⁷

Em seus comentários à Constituição, Nelson Nery Costa e Geraldo Magela Alves traça palavras ao § 2º do art. 103, dizendo que a ADI por omissão é decorrente da inércia do Poder Público na edição de medida a efetivar a norma constitucional de eficácia limitada, causando ou podendo causar danos aos

Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”..

⁷⁴ Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999

⁷⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 655.

⁷⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 539-540.

⁷⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 654.

administrados, que têm a faculdade de exigir que o Supremo Tribunal Federal supra a ausência de norma.⁷⁸

A ADI por omissão é medida judicial para efetivar a aplicabilidade da Constituição, em decorrência da omissão legislativa e Executiva. Contudo, como já comentado, o presente estudo restringe-se à análise das omissões do Poder Legislativo, na ausência de normas regulamentares.

VIII. Da separação dos poderes versus máxima efetividade das normas constitucionais: como fica a Constituição?

A Constituição Federal concede ao Supremo Tribunal Federal a autoridade como seu guardião, seu protetor, órgão ao qual compete o controle de constitucionalidade e, por conseqüência, seu intérprete final, cabendo a ele a última palavra a respeito das controvérsias surgidas em âmbito constitucional.

Quando se trata de ação direta de inconstitucionalidade por ação, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL interpreta a norma impugnada em face dos preceitos constitucionais e caso a entenda dissonante em relação à Carta Política, declará-la inconstitucional e afasta seus efeitos do mundo jurídico, podendo, inclusive, utilizar-se de uma das formas de controle de constitucionalidade⁷⁹ para adequar a norma infratora à Carta, resguardando, assim, o ordenamento jurídico como decorrente do ordenamento constitucional.

No que tange à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal tem se orientado estritamente pelo disposto no parágrafo 2º do art. 103 da Carta, tão-só comunicando formalmente ao Legislativo sua decisão declaratória, ciência essa inócua, vez que, como asseverado por Aylton Barbosa, *“tendo em vista o princípio da separação dos poderes – art. 2º, CF -, não ocorrerá obrigatoriedade ou prazo para que a ordem seja cumprida”*.⁸⁰

⁷⁸ COSTA, Nelson Nery, ALVES, Geraldo Magela. *Constituição Federal anotada e explicada*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁷⁹ São formas modernas de controle de constitucionalidade, com origem alemã, v.g., a interpretação conforme a constituição e a declaração de inconstitucionalidade se a presença de nulidade.

⁸⁰ BARBOSA, Aylton. *Noções de direito constitucional*. 2. ed. Brasília: Vestcon, 2005. p. 274.

Volta-se, neste diapasão, ao problema da presente pesquisa: pode o Supremo Tribunal Federal, ante a inércia legislativa, em controle concentrado de constitucionalidade, regulamentar a aplicação da norma constitucional ou tal atitude fere o princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal? Não regulamentando, qual medida poderia ser adotada? Trancamento da pauta do Congresso Nacional, tal qual ocorre com as medidas provisórias? Incidência de crime de desobediência? Crime de responsabilidade?

Inicialmente, tem-se que avaliar que a Carta é, no dizer de Hans Kelsen, a norma legitimadora das demais normas, fundamento da existência do Estado (em seu aspecto formal), estando, por isso, acima das leis, das instituições e dos “poderes”, sendo todo esse complexo estrutural dela decorrente, devendo toda a estrutura jurídica e estatal estar de acordo com os princípios e diretrizes constitucionais.

A conformidade da harmonia legal ante a Constituição é realizada objetivamente pelo Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele analisar assim tanto a ação como a omissão tida inconstitucional, concedendo a ambas, até por determinação constitucional e legal o mesmo tratamento, com a observância dos Preceitos Maiores.

Pode-se até argumentar que a regulamentação constitucional dessas duas modalidades de ação é distinta, em decorrência da necessidade de o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, quando entender a existência de omissão, comunicar ao Poder considerado omissor para este suprir a falta, e sendo órgão administrativo para o fazer no prazo de trinta dias. *Data venia*, a especificidade contida no § 2º do art. 103 da Constituição Federal nada mais é do que uma imposição à Corte Suprema para que haja formal comunicação ao omissor poder na tentativa de assegurar a máxima aplicabilidade da Carta, por meio do exercício das respectivas funções típicas. Mas não há determinação constitucional para que cesse nesse momento a função atribuída ao Supremo Tribunal Federal de Corte Constitucional. A Carta simplesmente atribui uma *fase processual* a mais no julgamento de uma espécie de ação de inconstitucionalidade: a direta por omissão.

Por outro lado, como ficou consignado ao longo do relatório desta pesquisa, alguns doutrinadores⁸¹ e o próprio Supremo Tribunal Federal⁸², até o

⁸¹ BARBOSA, Aylton. *Noções de direito constitucional*.

momento, entende que realizar algo mais além da mera comunicação ao poder omissivo é afronta ao princípio da separação de poderes, previsto no art. 2º da Carta Política. Entretanto, tem-se que consignar que o referido dispositivo da Norma estabelece que “são poderes da união, independentes e harmônicos entre si o Executivo, o Legislativo e o Judiciário”. A norma é expressa ao definir que inobstante serem Poderes distintos, são “independentes e autônomos entre si”, não podendo um interferir no outro, sob pena de afronta aos pilares estruturais na República e, por conseguinte, da perda da autonomia no exercício de suas funções. Contudo, a norma constitucional diz que tal independência e tal autonomia só o é entre os próprios poderes, mas não ante a Carta, que eles mesmos (todos) têm autonomia e legitimidade (nas suas respectivas atribuições) para defender, tanto que existe o controle prévio de constitucionalidade das leis, realizado em regra pelas Comissões de Constituição e Justiça de ambas as casas legislativas e pelo veto presidencial.

Isso significa que em face da supremacia da Constituição, não têm os “poderes” independência, devendo *fundirem-se*, ou melhor, atuarem como Estado, em unidade, para a defesa absoluta do interesse constitucionalmente previsto, pois acima de todos está a Carta, até, inclusive, em atendimento à *harmonia* prevista como existente entre eles. Contudo, esse raciocínio só é decorrente da premissa de ser o Supremo Tribunal Federal órgão do Judiciário.

Quando um Estado adota como controle de constitucionalidade o modelo por via de ação, cria uma corte para analisar as impugnações às normas, com o escopo único de harmonizar as esperanças constitucionais e fazer cumprir o texto elaborado pela constituinte. Essa corte tanto pode ser um Tribunal Constitucional, como uma Corte Suprema, órgão de cúpula do Judiciário, qual o caso brasileiro.

Considerando-se que o Poder Constituinte Originário não possui limites para regulamentações e criações da estrutura estatal, poder-se-ia argumentar que se o constituinte quisesse ter criado um órgão cuja função precípua fosse a jurisdição constitucional, teria criado, não havendo controvérsias quanto à questão.

Data venia, não há dúvidas que o Supremo Tribunal Federal, além de órgão de cúpula do Poder Judiciário, é o órgão competente para o exercício da

⁸² ADI-MC 267-DF; ADI 19-AL.

jurisdição constitucional, vez que o Poder Constituinte Originário, bebericando nas águas do direito constitucional europeu onde se adota o controle por via de ação de constitucionalidade, não quis criar um Tribunal com esta única finalidade em decorrência da cultura histórica não só brasileira, mas também latino-americana, em que se atribui a defesa constitucional ao órgão de cúpula do Judiciário, investindo-o dessa atribuição quando do julgamento de modelos concentrados de constitucionalidade, conforme se aúfere da análise das normas constitucionais locais (art. 102, I, “a”, §§ 1º e 2º e art. 103, todos da Lei Maior), vez que, como sabido, as mudanças sociais e políticas, em regra, ocorrem com o passar de tempo.

Por outro giro, pode-se entender que embora seja o Supremo Tribunal Federal órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, tanto que inclusive previsto como tal no art. 92, I da Carta Magna⁸³, só exerce função de corte jurisdicional quando do julgamento dos demais feitos de sua competência (art. 102, II em diante da Carta), mas não integra a estrutura do Judiciário quando se trata de ação argüente de inconstitucionalidade, em outras palavras, quando julga ações constitucionais em abstrato, é o Supremo Tribunal Federal órgão de defesa da Carta, exercendo a Jurisdição Constitucional.

Um Tribunal Constitucional é instituição desvinculada de qualquer dos demais poderes (inclusive do Judiciário), estando acima da clássica divisão tripartida, tendo tão-só a atribuição de *defender a Constituição*, assegurando o cumprimento e a aplicabilidade *máxima* das normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais⁸⁴.

Partindo-se do princípio de ser o Supremo Tribunal Federal órgão do Judiciário, maior celeuma surge quando se trata da possibilidade de regulamentação de direito constitucional afrontado pela omissão, vez que se esbarraria na teoria tripartida do art. 2º da Constituição Federal, pois tal análise é positivada.

A par dessa divergência, tem-se como possível solução pode-se argumentar que se o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de uma conduta omissiva do legislativo, poderiam os administrados que se julgarem

⁸³ Artigo inserido no Capítulo III – Do poder Judiciário – do Título IV – Da Organização dos Poderes.

⁸⁴ JAYME. Fernando G. *Tribunal Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 25.

prejudicados ingressar ou com ação indenizatória em desfavor do Poder Público ou ainda com Mandado de Injunção requerendo a regulamentação *inter partes* da norma.

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 1442 – DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, ficou consignado que

“As situações configuradoras de omissão inconstitucional, ainda que se cuide de omissão parcial, refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado - além de gerar a erosão da própria consciência constitucional - qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança ilegítima da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário

(...)

A violação negativa do texto constitucional, resultante da situação de inatividade do Poder Público - que deixa de cumprir ou se abstém de prestar o que lhe ordena a Lei Fundamental - representa, notadamente em tema de direitos e liberdades de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), um inaceitável processo de desrespeito à Constituição, o que deforma a vontade soberana do poder constituinte e que traduz conduta estatal incompatível com o valor ético-jurídico do sentimento constitucional”.

Contudo, inobstante esse acórdão demonstrando o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da impossibilidade de manutenção da omissão legislativa e da necessidade de intervenção do Judiciário para o cumprimento das exigências constitucionais, o próprio Pretório Excelso distorce sua posição e coloca em dúvida seu entendimento, pois quando há necessidade de agir como Corte Maior e de fazer respeitar a vontade constitucional, volta atrás da possibilidade de exercício dessa atividade, como se verifica na leitura do acórdão proferido na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 267-DF, também de relatoria do Min. Celso de Mello:

“O reconhecimento dessa possibilidade implicaria transformar o S.T.F, no plano do controle concentrado de constitucionalidade, em legislador positivo, condição que ele próprio se tem recusado a exercer. - o Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da

Republica, atua como verdadeiro legislador negativo, pois a declaração de inconstitucionalidade em tese somente encerra, em se tratando de atos (e não de omissões) inconstitucionais, um juízo de exclusão, que consiste em remover, do ordenamento positivo, a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo jurídico-normativo consubstanciado na carta política”.

Foram ajuizadas até então aproximadamente 60 (sessenta) ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, das quais aproximadamente 25 (vinte e cinco) versavam sobre servidores públicos, em especial em decorrência da alteração produzida pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. De todas essas ações por omissão, em nenhuma a Corte agiu como se espera para conceder a efetividade e a aplicabilidade das normas constitucionais frutos da espúria omissão legislativa.

Percebe-se, com a leitura dos enxertos dos acórdãos supra, que o Supremo Tribunal Federal assume a impossibilidade de a omissão inconstitucional se perpetuar no mundo jurídico, mas no julgamento de uma ação em que haja efetiva necessidade de o tribunal impor-se como Corte Constitucional, pisam os ilustres Ministros no freio da isonomia e da máxima efetividade das normas constitucionais e deixam ao bel-prazer do legislador a edição ou não da regulamentação necessária à fiel e proba aplicação democrático-constitucional.

O Supremo Tribunal Federal não é somente, como já narrado, órgão de cúpula do poder Judiciário brasileiro, mas é a Corte de defesa e de aplicação da Constituição. Nesse sentido, não há afronta ao art. 2º da Carta, pois no momento de julgamento de arguições de inconstitucionalidade deixa o Supremo Tribunal Federal de ser tribunal judicial e sobrepõe-se, metafisicamente, acima da estrutura tripartida das funções estatais e exerce sua máxima atividade: a jurisdição constitucional, vale dizer, é incumbido de defender mediatamente a Carta, e imediatamente a instituição estatal nacional, sua estrutura, seus princípios, sua organização política-administrativa, seus fundamentos e seus fins. Em outras palavras, é o Guardião da ordem democrática e jurídica.

Por outro lado, caso o egrégio Supremo Tribunal Federal entenda por bem se manter afastado de sua atuação precípua, a Guarda da Carta Maior, como tem ocorrido, existem alguns raciocínios jurídicos a oferecer hipóteses de resguardo do acovardamento do Supremo Tribunal Federal e de tentativa de aplicação da Lei Maior.

Em primeiro plano, uma vez declarada inconstitucional abstratamente uma omissão do Poder Público, em especial a legislativa, extinguir-se-ia nesse instante a atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, cabendo ao administrado que se sentisse prejudicado ajuizar ação de indenização em desfavor do Estado ou Mandado de Injunção para que tenha seu direito regulamentado, como previsto na Carta.

Ante essas soluções apontadas, construindo-se duas possibilidades de solução do litígio, sérios inconvenientes surgiriam como efeito da adoção dessas correntes. Primeiramente, ação indenizatória busca a reparação pecuniária pela realização de um fato indevido ou pela não realização de um fato determinado. Mas mesmo que seja o pedido julgado absolutamente procedente e, o que é difícil de acreditar, o Poder Público pague o valor determinado, a omissão continuará a existir, a afrontar a Constituição e a prejudicar os administrados, ou seja, será inócua essa ação de indenização.

Comparativamente, pode-se relacionar essa situação com a ação de fazer ou de não fazer, em que pode o magistrado, a pedido, atribuir multa pecuniária diária pela realização ou não realização de determinado ato, as chamadas *astreintes*. Assim como as *astreintes*, a ação de indenização ajuizada em desfavor do Estado não é o objeto principal do litígio, mas secundário, em decorrência da não realização de um ato determinado judicialmente, qual seja, na ação cível, fazer ou deixar de fazer algo, na ação de indenização pela omissão inconstitucional, a não edição de norma prevista na Carta, conforme decisão do Pretório Excelso.

Por outro lado, na hipótese de impetração de Mandado de Injunção pelos administrados que se considerarem prejudicados, inobstante a declaração de inconstitucionalidade pela via omissa emitida pela Corte Maior seja vinculada a todo o Poder Judiciário, deixar a regulamentação da norma constitucional à autoridade julgadora do *writ* é deixar nas mãos dos aproximadamente 14.000 (catorze mil) juízes

brasileiros a complementação da decisão da Corte Constitucional, decisão essa exclusivamente de matéria constitucional, concordando o Supremo Tribunal Federal ou não com o entendimento dos juízes, vez que já finda sua atuação.

Em segundo lugar, é causa de afronta ao princípio da segurança jurídica, pois inobstante a uniformização de que os magistrados deverão tão-só dizer a regra a ser aplicada no caso em comento, não cabendo a eles decidir o mérito da questão, já analisado em sede abstrata, cada *mandamus* implicará em uma *lei judicial*, ingressando-se em absoluta heterogeneidade jurídica, ao alvitre do magistrado. Por último, como o Mandado de Injunção é instrumento do controle incidental de constitucionalidade, caberia ingresso dos recursos previstos em nosso ordenamento processual até que se chegue em sede de recurso extraordinário ao próprio Supremo Tribunal Federal, cabendo à Suprema Corte, ao final, regulamentar a norma constitucional, o que seria prejuízo judicial e social, vez que afrontaria o princípio da economia processual e da razoável duração do processo⁸⁵.

Noutro giro, com a comunicação da Suprema Corte ao legislativo em face da declaração de inconstitucionalidade via omissão, o Pretório Excelso seria tão somente corte declaratória. Mas não tem o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL competência exclusivamente declaratória, mas também (e principalmente) protetiva e até integrativa⁸⁶, ante a Constituição.

Gomes Canotilho, a respeito da integração constitucional, diz que

*“A densificação dos princípios constitucionais não resulta apenas da sua articulação com outros princípios ou normas constitucionais de maior densidade de concretização. Longe disso: o processo de concretização constitucional assenta, em larga medida, nas densificações dos princípios e regras constitucionais feitas pelo legislador (concretização legislativa) e pelos órgãos de aplicação do direito, designadamente os tribunais (concretização judicial), a problemas concretos”.*⁸⁷

⁸⁵ Esse último princípio, previsto no inciso LXXVIII do art. 5º da Carta, foi acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

⁸⁶ Integrativa é a função de fusão da teoria (constituição formal) com a situação prática (constituição material). É o real cumprimento da Carta.

⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1108/1109.

A não integração constitucional pelo órgão legislativo implica na impostergável concretização constitucional pelo órgão judicial competente, o Supremo Tribunal Federal, quando invocado a se manifestar, em decorrência do princípio da inércia jurisdicional.

Não é pelo fato de ser o Supremo Tribunal Federal órgão integrante da estrutura do poder judiciário que quando do exercício de corte constitucional não possa exercer firmemente sua função de guardião da Constituição. Até porque, como decorrência de Constituições rígidas, é indispensável a existência de uma corte constitucional para o controle real e absoluto dos interesses, princípios e diretrizes da Carta. Um Estado com a Lei Maior designada rígida que não possua efetivo controle de constitucionalidade está fadado à espúria mutação constitucional, ou seja, processo de transformação dos preceitos e diretrizes constitucionais com escopo de alterar vagarosa e substancialmente o corpo constitucional, de maneira não autorizada no próprio Texto.

A contenção dessa alteração paulatina (ou não) da Estrutura Maior do Estado compete ao órgão de controle da Carta, no caso brasileiro, ao Supremo Tribunal Federal.

Infelizmente tem o tribunal, como já comentado, mantido o entendimento de que a ele só compete comunicar o resultado do julgamento, a omissão, cabendo ao legislativo elaborar a lei, vez que a corrente dominante no Supremo Tribunal Federal é de que a atuação da corte como *legislador* positivo implicaria em afronta ao princípio da separação dos poderes.

Contudo, tem o Supremo Tribunal Federal evoluído paulatinamente em seu entendimento da suposta interferência do Judiciário no Legislativo. Tanto que o min. Celso de Mello, o mesmo que relatou a ação direta de inconstitucionalidade 267-DF, *supra* citada, proferiu recente voto que foi unanimemente aprovado no plenário da Suprema Corte, em que diz:

“Não se diga, por isso mesmo, na perspectiva do caso em exame, que a atuação do Poder Judiciário, nas hipóteses de lesão, atual ou iminente, a direitos subjetivos amparados pelo ordenamento jurídico do Estado, configuraria intervenção ilegítima dos juízes e Tribunais no âmbito de atuação

do Poder Legislativo. Eventuais divergências na interpretação do ordenamento positivo não traduzem nem configuram situação de conflito institucional, especialmente porque, acima de qualquer dissídio, situa-se a autoridade da Constituição e das leis da República. Isso significa, na fórmula política do regime democrático, que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do Estado - situe-se ele no Poder Judiciário, ou no Poder Executivo, ou no Poder Legislativo – é imune à força da Constituição e ao império das leis. Uma decisão judicial - que restaura a integridade da ordem jurídica e que torna efetivos os direitos assegurados pelas leis - não pode ser considerada um ato de interferência na esfera do Poder Legislativo

(...)

*A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes”.*⁸⁸

Como resultado dessa evolução do entendimento da questão pelo Supremo Tribunal Federal, em decorrência, inclusive, da profunda alteração da composição da Corte⁸⁹, no dia 07-06-2006 os Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau proferiram, respectivamente, voto-vista no Mandado de Injunção nº 670-ES e voto no Mandado de Injunção nº 712-PA, ambos sobre direito de greve dos servidores públicos, insculpido no art. 37, VII da Constituição, no sentido de enquanto

⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; Mandado de Segurança 25.668-1 – DF; Rel. Min. Celso de Mello; Julgamento em 23-3-2006.

não for a norma constitucional regulamentado em âmbito legal, que seja aplicada para o caso em comento a Lei Federal nº 7.783/1989, relativa ao direito de greve dos empregados da iniciativa privada.

São votos indubitavelmente de vanguarda, e de tão profunda modificação no entendimento até então da Corte Suprema, que houve imediato pedido de vista de ambos os processos pelo Min. Ricardo Lewandowski, aguardando-se, assim, o pronunciamento do ministro nos feitos.

A necessidade de regulamentação de direitos previstos constitucionalmente é latente, vez que várias decisões em controle difuso de constitucionalidade podem se dar, gerando-se, assim, como já narrado, *normas judiciais inter partes*, havendo necessidade de a Corte Suprema, já que se trata de matéria constitucional, uniformizar a jurisprudência nacional. Como exemplo, no caso do direito de greve dos servidores públicos, que se encontra em discussão no plenário Pretório Excelso, já há algumas decisões sobre a matéria nos diversos juízos, v.g., o Mandado de Segurança individual nº 2006.34.00.020751-8, em que o Juízo de Direito da 21ª Vara Federal de Brasília- DF concedeu em 31-07-2006 antecipação dos efeitos da tutela para determinar ao requerido, Presidente do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, que se abstenha de descontar do pagamento dos servidores do órgão que preside os dias que não trabalharam em virtude de deflagração de greve.

Contudo, enquanto não atua o Supremo Tribunal Federal como efetivo Guardião da Constituição, que é, aguardando-se inclusive a decisão nos citados Mandados de Injunção, há dúvidas suscitadas a respeito de ações a serem realizadas com o fim de mitigar a inconstitucionalidade causada pela omissão legislativa.

Primeiramente, se o Supremo Tribunal Federal concedesse prazo para a edição da Lei e não fosse esse observado, seria hipótese de caracterização do crime de desobediência? O crime de desobediência está previsto no art. 330 do Código penal brasileiro, que dispõe, *in verbis*: “*desobedecer a ordem legal de funcionário público. Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa*”. Nessa hipótese, a grande dificuldade é que não se trata de uma pessoa, de um agente político, mas de

⁸⁹ Desde que tomou posse, em 01-01-2003, o Presidente Luis Inácio Lula da Silva já nomeou 06 ministros para o Supremo Tribunal Federal.

um ou dois colegiados de parlamentares, havendo, por isso, nos termos do art. 53, § 3º da Constituição Federal a possibilidade de a respectiva casa legiferante sustar o andamento processual. Assim, seria inócua essa medida, vez que como todos os parlamentares seriam indiciados pelo crime de desobediência, todos teriam seus processos sustados.

Com maior conforto, pode-se cogitar que tal hipótese é mais adequada à omissão consignada pelo Presidente da República ou Governadores de Estado, quando, inclusive, há previsão de prazo no art. 103, § 3º da Constituição Federal, qual seja, de 30 (trinta) dias.

Também só seria possível a configuração de crime de responsabilidade nessa mesma hipótese, e somente contra o Presidente da República. E não por conveniência e acordos dos parlamentares, mas por determinação legal e constitucional. A Lei 1.079/1950 traz em seu art. 4º que “*são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal*”. Como se trata de Lei promulgada sob o amparo da Lei Fundamental de 1946, há necessidade de verificação do tema na atual Lei Maior, que traz no *caput* de seu art. 85 exatamente a mesma redação que a citada Lei, não havendo, assim, dúvida quanto à configuração do crime de responsabilidade pelos parlamentares.

Essa segunda situação é compreensível em decorrência de ser o crime de responsabilidade um julgamento exclusivamente político, sem qualquer mérito penal, realizado pelo Senado Federal com o voto de dois terços de seus membros, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal⁹⁰, após autorização da Câmara dos Deputados, dada também com voto de dois terços dos membros⁹¹. Tanto é somente político o julgamento, que sua possível consequência é a perda do cargo com inabilitação por oito anos para o exercício de função pública⁹².

Uma saída a ser adotada é a fixação de prazo, findo o qual sobrestar-se-iam todas as demais deliberações legislativas até que se ultime a votação plenária, em outras palavras, dar-se-ia o popularmente chamado *trancamento das pautas* das Casas

⁹⁰ Art. 52, I, II e parágrafo único da Constituição Federal.

⁹¹ Art. 86 da Constituição Federal.

⁹² Art. 52, parágrafo único da Constituição Federal.

Congressuais até a votação do plenário sobre a matéria, nos moldes aplicados às medidas provisórias, com fulcro no art. 62, § 6º da Constituição Federal.

Contudo, entende-se que tal possibilidade só poderia se dar com previsão constitucional, assim como ocorre com as medidas provisórias editadas pelo Executivo. Isso porque o *trancamento das pautas* é medida última a ser adotada, vez que a fixação de prazo pelo Supremo Tribunal Federal e a previsão pela Corte dessa medida é agressiva ao princípio da separação dos poderes – art. 2º, CF -, pois é regulamentação *interna corporis*. Seria o mesmo que o legislativo determinasse administrativamente o trancamento da pauta do Supremo Tribunal Federal, ou seja, o sobrestamento dos julgamentos dos demais processos enquanto não analisasse feito em que é parte o legislativo, v.g., Mandado de Segurança sendo requerida a Mesa ou Comissão Parlamentar de Inquérito de uma das Casas.

Isto posto, a mais adequada solução para a omissão legislativa é a regulamentação de direito previsto constitucionalmente pelo Supremo Tribunal Federal quando não atendido o prazo estabelecido pela Corte no ato da declaração da inconstitucionalidade pela via omissiva.

Isso porque a não regulamentação de direito previsto na Lei Maior é uma das maiores ofensas ao Estado Democrático e Constitucionalizado, vez que o povo, de onde emana todo o Poder⁹³, legitimou a Assembléia Constituinte de 1988 para disciplinar seus direitos e garantias, não podendo o legislativo, função criada pela própria Constituição, passar por cima da Carta e deixar de regulamentar um direito nela previsto.

Tal omissão é causador inclusive de insegurança jurídica, expressamente afastada no *caput* do art. 5º da Carta de 1988⁹⁴. A respeito da importância do princípio da segurança jurídica para o direito e para o Estado, Helmut Goings diz que

“o objetivo da ordem jurídica é a segurança. A segurança que o direito garante está fundamentada na sua inviolabilidade. O que é determinado legalmente

⁹³ Art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal.

⁹⁴ Diz o referido artigo: *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurado aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”*.

deve ser excluído da arbitrariedade; nem aquela que determina o direito, nem aquela ao qual o direito se dirige, deve violá-lo".⁹⁵

Como o vocábulo "lei" citado acima não se refere à espécie normativa, restritivamente falando, mas a regulamentação e normatização editada pelo poder Público, então Constituição também se enquadra na hipótese. Nesse contexto constitucionalizado, a omissão inconstitucional é hipótese de violação da lei, vez que atentadora aos desejos da Carta Magna.

Toda norma constitucional tem sua aplicabilidade, mesmo que seja mínima, dependendo de regulamentação ulterior, como é prevalente no estudo ora realizado. *"Ao esvaziar-se o conteúdo de uma norma constitucional estar-se-á levando a cabo uma flagrante violação ao próprio Texto Constitucional"*.⁹⁶

Por previsão constitucional, é o Supremo Tribunal Federal o intérprete último da Carta. E como tal, enquadra-se nas palavras de Samantha Meyer:

"O intérprete deve, portanto, adotar uma solução que confira à norma constitucional a máxima efetividade, ou seja, a plena operatividade e eficácia. Ressalte-se que este princípio é utilizado para a interpretação de todas as normas constitucionais, sendo de grande valia, principalmente em face das normas programáticas e de direitos fundamentais".⁹⁷

Assim, percebe-se que como guardião da Constituição e por expressa previsão da própria Carta, é o Supremo Tribunal Federal o órgão competente para a análise das omissões legislativas que afrontem a Lei das Leis, cabendo ao Pretório Excelso a proteção aos direitos constitucionais, devendo conceder a maior efetividade e aplicabilidade possível às normas constitucionais, garantindo-se, assim, a supremacia Constitucional, a segurança jurídica e a concretização das vontades populares, formalizadas na Lei Fundamental.

⁹⁵ GOING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio, 2002. p. 190.

⁹⁶ MEYER, Samantha. *Das especificidades da interpretação constitucional in Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 60.

Aspectos Finais

A conclusão de uma pesquisa científica tem por escopo avaliar se o desenvolvimento e os resultados obtidos encontram-se de acordo com os objetivos e com as perguntas levantadas quando do projeto, para que se possa analisar a dedicação e o comprometimento do pesquisador e a direção tomada pelo estudo.

Assim, verifica-se que inicialmente a pesquisa tendeu a tomar rumo diverso do planejado, o que, nas palavras do avaliador do relatório parcial é absolutamente normal em se tratando de pesquisa científica. Contudo, com a participação da orientador, tentou-se conduzir a pesquisa á análise das propostas iniciais, o que se entende realizado em absoluto.

Contudo, entende esse pesquisador iniciante que alguns objetivos não foram atingidos, quais sejam, (1) o que se referia à análise detalhada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que no relatório ora apresentado percebe-se que foi analisada, mas não como deveria, ou seja, foi superficial o estudo jurisprudencial e (2) o estudo das Ordens Constitucionais brasileiras anteriores, em pesquisa comparada com o atual modelo de controle de constitucionalidade.

Inobstante a pesquisa não ter alcançado esses objetivos, entende-se extremamente positiva, vez que se trata de Programa de Iniciação Científica, oportunidade na qual o estudante entra em contato com o trabalho científico pela primeira vez.

Com relação aos objetivos alcançados, verifica-se que alguns o foram, como a análise da opinião dos constitucionalistas, em especial os brasileiros e os alemães, não se focando muito nos portugueses, como previsto inicialmente no projeto.

Em que pese a parca análise do entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal a respeito do tema da pesquisa, houve uma início de estudo, compreensível pela situação do pesquisador de incipiente em estudos técnicos.

⁹⁷ MEYER, Samantha. op. cit.p. 61.

Com relação aos objetivos gerais traçados, houve conclusão no sentido de que sim, além e ser cabível a atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo é democraticamente necessária, para a máxima aplicação das normas constitucionais.

Em suma, erros houve, deslizes de tema, idem. Mas considerando-se a iniciação científica do pesquisador, tais situações são absolutamente normais, considerando-se, inclusive, que o trabalho trouxe todos os pontos propostos, inobstante não aprofundados como de se desejar.

Entretanto, a pesquisa científica ora realizada foi de grande importância para o início do estudo temático e para a formação acadêmica e mais, abertura de entendimentos e análises científicas do estudante, sendo de grande relevância o trabalho realizado.

Referências Bibliográficas

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BOBBIO, Norberto. et. al. *Dicionário Político*. Trad. VARRICLE, Carmem C. et. al.. *Dizionario di Política*. 5 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____, ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988* Brasília, 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 28 agosto 2006.
- _____. *Decreto-Lei N.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 28 agosto 2006.
- _____. *Decreto-Lei N.º 2.848, de 7 de dezembro de 1941*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940 Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 28 agosto 2006.
- _____. *Lei N.º 1.079/1950, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Rio de Janeiro, 1950. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 28 agosto 2006.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- COSTA, Nelson Nery, ALVES, Geraldo Magela. *Constituição Federal anotada e explicada*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GOING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Trad. ANTONUK, Elisete. *Grundzüge der rechtsphilosophie*. Porto Alegre: Sergio Antonio, 2002.

HOUAISS, Antonio, VILLAR, Mauro de Salles. *Mini Houaiss*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Tribunal constitucional: exigência democrática*. Belo horizonte: Del Rey, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELES, H. L.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*.

_____, TAVARES, André Ramos, SILVA MARTINS, Ives Gandra (coord). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, H. Savonetti. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Senado Federal, 2004.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad MELVILLE, Jean. *De l'Esprit des Lois*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Constituição do Brasil interpretada*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Volume II. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Franco. et. al. *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.