



CURSO DE DIREITO

MATEUS SOKOLOSKI

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E O PRINCÍPIO
DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

PITANGA-PARANÁ
2019

MATEUS SOKOLOSKI

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E O PRINCÍPIO
DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de direito as Faculdades do Centro do Paraná - UCP, área da Ciências Sociais Aplicadas, como critério avaliativo da disciplina projeto de pesquisa. Professor Orientador: Rodolfo Carvalho Neves dos Santos.

PITANGA – PARANÁ
2019

S876a Sokoloski, Mateus.
Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o princípio da separação dos poderes / Mateus Sokoloski, 2019
45 f.

Orientador: Rodolfo Carvalho Neves dos Santos

Monografia (Graduação) – Faculdade de Ensino Superior do Centro do Paraná, Pitanga, 2019

1. Inconstitucionalidade. 2. Omissão. I. Faculdade de Ensino Superior do Centro do Paraná. II. Título.

Feita pelo bibliotecário Eduardo Ramanauskas
CRB9 -1813



FACULDADES
DO CENTRO DO
PARANÁ

(42) 3646 5555 - Av. Universitária s/n Pitanga DR

*Ensino
por Ideal*

FACULDADE DE ENSINO SUPERIOR DO CENTRO DO PARANÁ

TERMO DE APROVAÇÃO

MATEUS SOKOLOSKI

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E O
PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES”**

Trabalho de Curso aprovado com nota 10 (dez) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito da Faculdade do Centro do Paraná, pela seguinte Banca Examinadora:

Orientador (Presidente): **Prof. Rodolfo Carvalho Neves dos Santos**
Professor do Curso de Direito, Faculdade do Centro do Paraná

Membro 2: **Prof. Angelita Caroliny Vilela Salvador**
Professor do Curso de Direito, Faculdade do Centro do Paraná

Membro 3: **Prof. Renan Matheus Mendes**
Professor do Curso de Direito, Faculdade do Centro do Paraná

Pitanga, 5 de dezembro de 2019

A Deus, pela força e coragem que me possibilitaram chegar até aqui.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por minha vida, família e amigos. Por ter me dado força para atravessar momentos de dificuldade.

À Instituição por tornar possível esta graduação, em um ambiente adequado e agradável.

A todos os professores por me proporcionar o conhecimento técnico, necessário para o exercício da profissão, além do incentivo a ética e aos valores humanos.

Ao meu orientador Rodolfo Carvalho Neves dos Santos, pela assistência e dedicação nas correções e orientações.

Aos meus pais, pelo amparo, incentivo, dedicação e amor incondicional.

A todos que, de alguma forma, participaram da minha formação.

“Constituição Federal não é mera folha de papel”
(Lewandowski, Ricardo; **HC/152856**, 2018)

RESUMO

SOKOLOSKI, Mateus. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o princípio da separação dos poderes.** 2019. Trabalho de conclusão de curso, UCP-Faculdades do Centro do Paraná, Campus Pitanga, 2019

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o princípio da separação dos Poderes estão previstos na Constituição Federal de 1988. Existem discussões acerca da compatibilidade, ou não, da referida ação com o princípio da separação dos Poderes, no que se refere às competências dos Poderes da República. O estudo analisa os limites do Poder Judiciário, a fim de averiguar se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão fere, de alguma forma, a separação dos Poderes. Os objetivos específicos que compõem o presente estudo são: entender o instrumento processual da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; compreender o princípio da separação dos Poderes; e compreender a interpretação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão conforme o princípio da separação dos Poderes. A metodologia utilizada na pesquisa envolveu, especialmente, pesquisa bibliográfica, além da jurisprudência dos Tribunais Regionais e dos Tribunais Superiores, a Constituição Federal e artigos de revistas jurídicas. Os resultados alcançados pela pesquisa indicam que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não fere o princípio constitucional da separação dos Poderes, pelo fato da ação em estudo ter sido introduzida pelo Poder Constituinte originário, e por exigir apenas o cumprimento da regulamentação das normas constitucionais que necessitam do Poder Público para gerarem seus efeitos. Deste modo, não interferindo, o Poder Judiciário, na competência dos dois outros Poderes da República.

Palavras-chave: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Separação dos Poderes. Omissão do Poder Público.

ABSTRACT

SOKOLOSKI, Matthew. **Direct Action of Unconstitutionality by Default and the principle of separation of powers**. 2019. Course conclusion work, UCP- Central Paraná Colleges, Campus Pitanga, 2019

The Direct Action of Unconstitutionality by Default and the principle of separation of powers are provided for in the Federal Constitution of 1988. There are discussions about the compatibility, or not, of this action with the principle of separation of powers, as regards the powers of the Powers. of the Republic. The study examines the limits of the judiciary in order to ascertain whether direct action of unconstitutionality by omission in any way hurts the separation of powers. The specific objectives that compose the present study are: to understand the procedural instrument of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission; understand the principle of separation of powers; and understand the interpretation of the Direct Action of Unconstitutionality by Default according to the principle of separation of powers. The methodology used in the research involved, especially, bibliographical research, in addition to the jurisprudence of the Regional Courts and the Superior Courts, the Federal Constitution and articles of legal journals. The results achieved by the research indicate that the Direct Action of Unconstitutionality by Omission does not infringe the constitutional principle of separation of powers, because the action under study was introduced by the original Constituent Power, and because it only requires compliance with the constitutional rules that need the government to generate their effects. Thus, without interfering, the Judiciary, in the competence of the two other powers of the Republic.

Keywords: Direct Action of Unconstitutionality by Default. Separation of Powers. Omission of the Government.

Lista de abreviaturas e siglas

ADO Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

CF Constituição Federal

STF Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
1.1 JUSTIFICATIVA	11
1.1.1 Problema de pesquisa	11
1.2 OBJETIVOS	12
1.2.1 Objetivo geral	12
2 REFERENCIAL TEÓRICO	13
2.1 CONTROLE DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	13
2.2 SEPARAÇÃO DOS PODERES	23
2.3 INTERPRETAÇÃO DA ADO CONFORME SEPARAÇÃO DOS PODERES	32
3 MÉTODO	41
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

1.1 JUSTIFICATIVA

A República Federativa do Brasil tem como um dos principais princípios a separação dos Poderes, que está consagrado também no atual texto constitucional, portando deve ser seguido pelo ordenamento jurídico como um dos pilares da República. Todavia, existe alguns instrumentos previstos na legislação e na própria Constituição Federal que geram discussões acerca da compatibilidade ou não com o referido princípio. E, sem dúvida, um dos mais discutidos e polêmicos é o instrumento processual da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), que basicamente consiste em uma declaração, por parte do Supremo Tribunal Federal, que afirma a existência de uma omissão do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

Pelo fato de haver, de certa forma, uma interferência de um Poder da Republica em outro, faz-se mister a discussão em relação a contrariedade desse instrumento com o princípio da separação dos Poderes.

Ademais, o referido assunto é bastante discutido na doutrina jurídica e entre os estudiosos do direito, rendendo opiniões diversas acerca da necessidade, constitucionalidade e eficiência desse instrumento processual, que faz parte do rol de ações de defesa e exigência da aplicação dos mandamentos, princípios e das normas contidas na lei maior.

Por fim, ressaltada a importância do referido tema, o presente trabalho pretende contribuir para as discussões acerca do entendimento da ADO à luz do princípio da separação dos Poderes, com análise da doutrina e da recente jurisprudência dos Tribunais Superiores.

1.1.1 Problema de pesquisa

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), pelo fato de discutir a respeito de matéria do Poder Legislativo e do Poder Executivo, contraria o princípio constitucional da separação dos Poderes?

1.2 OBJETIVOS

1.2.1 Objetivo geral

Averiguar se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão contraria, de alguma maneira, o princípio constitucional da separação dos Poderes.

1.2.2 Objetivos específicos

Entender o instrumento processual da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Compreender o princípio da separação dos Poderes

Compreender a interpretação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão conforme o princípio da separação dos Poderes

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 CONTROLE DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Em um primeiro momento, antes de discorrer sobre o tema propriamente dito, faz-se mister analisar os conceitos, valores, objetivo e extensão de uma Constituição, além da importância de um mecanismo de controle de constitucionalidade, a fim de vincular todos os atos públicos e privados à lei maior.

Em relação à extensão, cabe ressaltar que a Constituição de 1988 é tida como analítica, tendo vista que, além de regular questões essenciais para a organização do Estado como divisão dos Poderes, formação de leis e direitos que limitam o poder do estado, também disciplinam outros diversos assuntos, diferente das constituições sintéticas. Nesse sentido Alexandre de Moraes (2017, p.10) observa que:

As constituições sintéticas preveem somente os princípios e as normas gerais de regência do estado, organizando-o e limitando seu poder, por meio de estipulação de direitos e garantias fundamentais (por exemplo a Constituição norte-americana); diferentemente das constituições analíticas, que examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do estado (por exemplo: Constituição brasileira de 1988).

Sob esta ótica, verifica-se que a Constituição brasileira de 1988 contém normas que trazem uma ideia/objetivo de direção, de encaminhamento, portanto busca organizar, inclusive, os futuros passos da nação. Em relação a isso, é pertinente lembrar do artigo 3º da CF (BRASIL,1988) que traz as seguintes normas programáticas:

Art. 3º 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.

O conceito geral de Constituição para Hans Kelsen é “a ideia de um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento” (1981 apud MENDES; BRANCO, 2013, p. 1001).

No entanto, apesar de haver um paradigma ou uma ideia geral, o conceito de Constituição não é uno, tendo em vista que pode haver diferenças de acordo com a

construção histórica e a ótica que é observada, que pode ser sociológica, política, jurídica, entre outras possibilidades. Portanto há uma diversidade de conceitos. (MENDES; BRANCO, 2013)

A Constituição brasileira (como outras Constituições) está no topo do ordenamento jurídico, acima de qualquer ato ou lei infraconstitucional. Além disso, cabe ressaltar, que a atual Constituição é entendida como rígida, no sentido de que para ser alterada é necessário um grande esforço legislativo. Para José Afonso da Silva (2017, p.47) “da rigidez emana, como principal consequência, o princípio da supremacia da Constituição”.

Além de ser rígida e suprema, é necessário a uma Constituição, para haver efeito vinculativo, um mecanismo de controle, a fim de afastar qualquer ato ou lei que contraria a lei maior. Portanto, o controle de constitucionalidade é de extrema importância para tornar vinculante as normas constitucionais, caso contrário a lei mais importante de País/Estado não passaria de um diploma normativo sem muita importância. (MENDES; BRANCO, 2013)

O controle constitucionalidade, como já visto, é uma ferramenta de controle de normas, atos e omissões infraconstitucionais, no intuito de assegurar que a lei máxima do estado/país (Constituição) seja cumprida e respeitada sob pena de punição, ou seja a ideia do controle é tornar as normas constitucionais vinculantes.

Em um breve relato sobre a história do controle constitucionalidade no Brasil é relevante destacar, de início, que a primeira Constituição brasileira (1824), chamada de Constituição do Império, não possuía qualquer mecanismo de controle, trazendo apenas a atribuição para o Congresso editar e revogar leis. Ademais, havia, neste período da história o chamado Poder Moderador que dava ao Imperador um poder quase ilimitado. (BRASIL, 1824)

O controle de constitucionalidade passou a existir no Brasil a partir da Constituição de 1891, sendo o Supremo Tribunal Federal (STF) o legítimo competente para a realização do controle. No entanto não havia controle difuso, que só veio a ser inserido no ordenamento jurídico brasileiro a partir da reforma de 1926, concentrando, até essa data a competência apenas ao STF. Dessa forma este mecanismo foi evoluindo conforme a elaboração de outras constituições até chegarmos no sistema atual, regulamentado pela Constituição de 1988. (TAVARES, 2012)

No controle de constitucionalidade brasileiro existe, basicamente, dois modos de controle: o controle difuso, incidental ou concreto e o controle abstrato ou concentrado.

O controle difuso se dá nas relações judiciais entre partes, ou seja, em um caso concreto e, para solucionar o caso, o magistrado precisa decidir uma questão incidental sobre a constitucionalidade ou não de uma norma. Esta decisão, que declara um ato normativo inconstitucional, no controle difuso, tem efeitos inter partes, ou seja, os efeitos da decisão só afasta a norma no caso em questão, sem afetar a sua eficácia, de modo que poderá ser aplicada em outros casos. Este controle pode ser realizado em qualquer instância judicial, por qualquer juiz, bastando haver, no caso concreto, uma dúvida sobre a constitucionalidade de uma norma utilizada por uma das partes. (MORAES, 2017)

Em relação ao controle concentrado, este ocorre em um caso abstrato, de modo que, diferente do controle concreto, não haverá um conflito judicial entre partes, mas sim uma demanda de algum órgão legitimado no rol do artigo 103 da cf/88. Os efeitos da decisão que declara alguma norma inconstitucional em sede de controle concentrado são erga omnes, de sorte que a norma é retirada do ordenamento jurídico, não podendo ser utilizada. Ademais, importante ressaltar, que o controle concentrado de constitucionalidade é de competência exclusiva do plenário do Supremo Tribunal Federal.(MORAES, 2017)

Para melhor ilustrar, é relevante trazer as considerações de Gilmar Ferreira Mendes e Gonet Branco (2013, p.1066) sobre as diferença dos modos de controle

Nos modelos concentrados, entre o controle concreto e abstrato assenta-se, basicamente, nos pressupostos de admissibilidade. O controle concreto de normas tem origem em uma relação processual concreta, constituindo relevância da decisão pressuposto de admissibilidade. O chamado controle abstrato, por seu turno, não está vinculado a uma situação subjetiva ou qualquer outro evento do cotidiano.

Portanto, de forma sintética, o controle de inconstitucionalidade por ação, diferente do controle por omissão, que ainda será visto, ocorre quando um ato ou uma norma jurídica contraria o texto constitucional, ou até mesmo, valores e princípios constitucionais. Este controle é realizado tanto em sede de controle concreto como em controle abstrato. Um dos meios mais vistos, nos últimos tempos, de controle por

ação é a chamada ação direta de inconstitucionalidade (ADI), impetrada por um órgão legitimado e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos vinculantes.

Enfim, passa-se ao objeto de estudo do presente trabalho, que será o controle de constitucionalidade por omissão e os meios formais para demandar no Judiciário, a fim de impugnar qualquer omissão de ato ou norma que esteja, de alguma forma, ferindo a Constituição.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) é um instrumento inovador que ainda merece muito estudo e aperfeiçoamento, tendo em vista que, ao contrário da ADI que visa afastar um ato ou uma norma que fere a Constituição, a ADO, por sua vez, tem o objetivo de apontar como inconstitucional a omissão de lei ou ato do Poder Executivo

O referido instrumento processual encontra-se previsto no parágrafo 2º do artigo 103 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) com a seguinte redação

“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 30 dias”.

Analisando o citado dispositivo constitucional, conclui-se que o instrumento constitucional em questão visa tornar mais expressivas as normas de eficácia limitada previstas na Constituição. Nesse sentido Flavia Piovesan (apud Tavares, 2012, p. 338) traz as seguintes considerações “objetiva, a ação de inconstitucionalidade por omissão, em última análise, permitir que toda norma constitucional alcance eficácia plena, obstando que a inação do legislador venha a impedir o exercício de direitos”

Como já dito, no presente trabalho, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão é um fato um tanto quanto novo nas constituições, portanto não é tarefa fácil para as instituições entender qual o real objetivo da ação, ou ainda, qual os efeitos de uma decisão que declara inconstitucional a omissão de um órgão Legislativo ou Executivo. Nesse aspecto, faz-se necessário trazer as seguintes palavras de Gilmar Ferreira Mendes e Gonet Branco (2013, p. 1152)

É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno. Ele envolve não só o problema concernente a concretização da constituição pelo legislador e todas as questões atinentes a eficácia das normas constitucionais. A ADI desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob a perspectiva estrita

do processo constitucional. Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da corte constitucional que firma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as consequências jurídicas da sentença que firma inconstitucionalidade por omissão?

O instrumento processual em análise não tem como objetivo proteger da omissão legislativa ou governamental partes de um caso concreto, tendo em vista que não se trata de uma ação para tutelar um caso subjetivo com efeitos limitados, mas sim de um meio para proteger a coletividade, o interesse público, portanto trata-se de um controle abstrato, sem haver um caso específico a ser tutelado, como ocorre no já mencionado controle de constitucionalidade difuso que, por sua vez, tutela um caso específico (MORAES, 2017)

Em relação ao interesse de agir, a questão é um tanto quanto embaraçosa, pois o constituinte não previu a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão na cabeça do artigo 103 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que traz o rol de legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade. O referido caput menciona apenas a ação direta de inconstitucionalidade por ação e a ação de constitucionalidade por omissão, deixando, portanto, uma lacuna sem mencionar quem realmente são os legitimados para propor a ação de inconstitucionalidade por omissão, sobrando, para o interprete, como única solução a aplicação do artigo 103 também nos casos de ação de inconstitucionalidade por omissão. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes e Gonet Branco (2013, p. 1157) trazem as seguintes considerações:

Diante da indefinição afigura-se possível admitir, com base mesmo no princípio de hermenêutica que recomenda a adoção da interpretação que assegure maior eficácia possível a norma constitucional, que os entes ou órgãos legitimados a propor ação direta contra ato normativo – desde que sejam contempladas as peculiaridades e restrições mencionadas- possam instaurar o controle abstrato da omissão.

As restrições que se refere o citado autor é em relação ao fato de que não é possível, por exemplo, um órgão legislativo propor uma ação por omissão para obrigar o próprio órgão a elaborar o ato normativo que deveria existir para contemplar a constituição. Por fim, a questão ficou mais clara com a promulgação da lei 12,063/2009, (BRASIL, 2009) que traz como legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão as autoridades e órgãos presentes no caput do art 103 da CF (BRASIL, 1988).

Como já visto a omissão (objeto da ADO) poderá ser de um órgão do Executivo ou do Legislativo. Quando se fala em omissão legislativa, é de extrema importância entender o princípio da legalidade, previsto no artigo 5º inciso II da Constituição (BRASIL, 1988) com redação “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Diante deste texto constitucional, cabe dizer que conforme o princípio da legalidade, é por lei que a maior parte dos atos governamentais se legitimam, no sentido de que é necessário um ato normativo para que os governos realizem as atribuições que lhes foi conferida pela Constituição. Ademais, algumas garantias constitucionais previstas no artigo 5º da lei maior também necessitam de regulamentação para a expressão integral de seus efeitos. Portanto, tendo em vista que nem todas as normas constitucionais são de eficácia plena por precisar de regulamentação, conclui-se que para a concretização e a eficácia da Constituição o legislativo tem um papel fundamental. (MENDES; BRANCO, 2013)

Portanto, diante de tamanha importância, faz-se extremamente necessário um mecanismo afim de alertar o órgão legislativo que não elabora leis de regulamentação necessários para o exercício de direitos da coletividade, desde que não fira a separação dos Poderes.

Um dos problemas sobre omissão legislativa é a demora dos órgãos legislativos de pautar matérias importantes que, muitas vezes ficam engavetadas na presidência desses órgãos. Sobre tal problema Gilmar Ferreira Mendes e Gonet Branco (2013, p. 1159) discorrem as seguintes considerações:

Questão que ainda merece melhor exame diz respeito à inércia deliberandi (discussão e votação) no âmbito das casas legislativas. Enquanto a sanção e o veto estão disciplinados, de forma relativamente precisa, no texto constitucional, inclusive no que concerne a prazos (art. 66), a deliberação não mereceu do constituinte, no tocante a esse aspecto, uma disciplina mais minuciosa. Ressalvada a hipótese de utilização do procedimento abreviado previsto no art. 64 parágrafos 1º e 2º, da Constituição, não se estabeleceram prazos para a apreciação dos projetos de lei. Observe-se, que mesmo nos casos desse procedimento abreviado, não há garantia quanto à aprovação dentro de determinado prazo, uma vez que o modelo de processo legislativo estabelecido pela Constituição não contempla a aprovação de decurso do prazo.

Ainda sobre omissão legislativa, pode-se constatar a omissão legislativa parcial que se configura no momento em que o legislador, ao elaborar e aprovar uma lei que regulamenta uma garantia ou direito constitucional, o faz deixando de tratar de um ou outro assunto que merecia regulamentação. Diante disso, cabe ao Supremo

Tribunal Federal averiguar e declarar a inconstitucionalidade por omissão parcial (MENDES, 2013). Tal possibilidade é importante tendo em vista que não basta o legislador regulamentar a matéria constitucional, sendo necessário que o texto regulamentador trate de todo o necessário para a total efetividade e eficácia da norma constitucional, de modo que os direitos e garantias constitucionais atinjam com eficiência a coletividade.

O controle de inconstitucionalidade por omissão não atinge apenas a esfera Legislativa, mas também a esfera Executiva, haja vista que algumas matérias constitucionais, em especial as normas de eficácia limitada ou até mesmo as programáticas, necessitam também da ação governamental para a concretização dos direitos ali contidos. Um exemplo é o inciso III do artigo 3º da Constituição (BRASIL, 1988) com a seguinte redação “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. O referido artigo traz os objetivos da República, portanto se tratando de uma norma programática

Com efeito, observa-se a importância do instrumento de controle por omissão atingir também o Executivo, a fim de incentivar o poder governamental a direcionar condutas no sentido aplicar mandamentos constitucionais.

O controle por omissão em face do Poder governamental não ocorre apenas no Brasil, pois, devido a importância para a concretização de normas fundamentais, é utilizado em vários outros países, como é o caso dos Estados Unidos. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes e Gonet Branco (2013, p.1166) discorrem sobre o seguinte caso do direito comparado:

No direito comparado, tem-se o clássico exemplo do caso *Brown v. Board of education of topeka*, da Suprema Corte americana, de 1955, quando se reiterou a inconstitucionalidade da discriminação racial nas escolas públicas, proferida na decisão de 17-05-1954, determinando-se as leis federais, estaduais e municipais fossem ajustadas a essa orientação. Confiou-se a execução do julgado aos tribunais de distrito que deveriam guiar-se por princípios de equidade, tradicionalmente concretizados “pela flexibilidade prática na determinação de remédios e pela facilidade de ajustar e conciliar as necessidade públicas e privadas”. Todavia, esse tribunais deveriam exigir das autoridades escolares “um pronto e razoável” início da execução, competindo-lhes verificar a necessidade de que se outorgasse um prazo adicional para a conclusão das reformas exigidas. Essa jurisprudência teve continuidade em outras decisões que exigiam ou determinavam a concretização de reformas em presídios e instituições psiquiátricas.

Como visto, é de extrema importância que o controle de inconstitucionalidade por omissão, se constitucional, abarque também o Executivo, pois sem esse alcance o referido instrumento de controle o Poder governamental ficaria desvinculado da Constituição Federal, algo que, de certa forma, enfraqueceria o estado democrático direito, que necessita do respeito às leis para existir de fato.

No tocante ao procedimento da ação de inconstitucionalidade por omissão, cabe lembrar, de início, que, quanto aos legitimados, o entendimento é de que utiliza-se o mesmo rol do artigo 103 da Constituição Federal que, em princípio, traz os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade em face de um ato normativo ou ação administrativa, pois a CF não traz, de modo claro, em seu texto quem é competente para propor a ação em análise. Em relação a petição inicial, o que diferencia a ADO da ADI é basicamente o fato de que na ADO a inicial deverá conter a omissão inconstitucional e os fundamentos que classificam-na como tal. Caso não esteja devidamente fundamentada, o relator poderá declarar como inepta e pedirá para que seja sanado as eventuais irregularidades. (MENDES; BRANCO, 2013)

Ainda sobre a parte procedimental, muito se falou sobre a cautelar no processo de ação direta por omissão. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entende não ser possível a cautelar em sede de ação direta por omissão. No entanto, como já dito no presente trabalho, há a possibilidade de controle por omissão parcial, e nesse caso é possível afastar um ato normativo que esteja eivado de inconstitucionalidade por omissão parcial, com efeito, se há uma norma a ser afastada e não apenas um estado de coisas como ocorre na omissão total, poderá caber, conforme o caso uma cautelar em sede de controle por omissão parcial. (MENDES; BRANCO, 2013)

Em suma, não é possível cautelar em ação direta por omissão total, inclusive com entendimento do STF, admitindo-se apenas nos casos de omissão parcial, tendo em vista que, nesse caso, haverá uma norma a ser afastada, enquanto que no outro há apenas um estado de coisas, ou, não existe um ato para ser objeto de cautelar, motivo pelo qual não se admite tal recurso.

Por fim, passa-se a analisar os efeitos da decisão que julga procedente o pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade por omissão. Trata-se de um dos temas mais pertinentes do direito constitucional, haja vista que diferente da decisão em sede de ADI que afasta uma norma ou ato governamental que desrespeita a Constituição

Federal, no caso da omissão não há nenhum ato concreto, palpável a ser afastado, pois se trata de uma omissão.(MENDES; BRANCO, 2013) Dessa forma, pela lógica, poderia ser possível concluir que os efeitos são a obrigação do órgão Legislativo de elaborar a norma necessária para sanar a inconstitucionalidade por omissão, ou, no caso do executivo, tomar as medidas governamentais necessárias. Entretanto, caso isso de fato ocorresse, poderia haver um desrespeito a um dos princípios básicos da República qual seja a separação dos Poderes previsto no artigo 2º da lei maior (BRASIL, 1988) com a seguinte redação “ são poderes da união, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário” .

André Ramos Tavares (2012, p. 344) discorre o seguinte sobre o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal:

Este posicionamento restritivo do STF parece extremado e inadequado. Não se deve esquecer que seu principal fundamento é retórico (clausula da separação de poderes, que não deixa de ser uma clausula interpretada pelo próprio STF). Ademais, caso se continue a emprestar esse entendimento restritivo à ADIn por omissão, a consequência será transportar para a ADPF a capacidade que, em sua origem, deveria ser da ADIn por omissão. Se esta não é meio eficaz de sanar a lesividade, nos termos da Lei n. 9.882/99, então a ADPF surge no cenário como meio alternativo e eficaz, a ser utilizado para combater também a omissão inconstitucional. Alias, foi exatamente esse o raciocínio feito no julgamento de admissibilidade da ADPF n.4.

Como visto, de um lado está o princípio essencial de toda República qual seja a separação dos Poderes, de outro a necessidade de tornar as importantes normas constitucionais aplicáveis. No entanto, no sentido formal, esta questão já está pacificada com o entendimento do STF, no sentido de que a decisão favorável em sede de ação direta por omissão tem como efeito a mera declaração de inconstitucionalidade, ficando, dessa forma, sob a discricionariedade do legislativo em sanar ou não a omissão ora inconstitucional. (MENDES; BRANCO, 2013)

Após a análise da ação direta de inconstitucionalidade, passa-se ao estudo sobre um outro instrumento de controle de constitucionalidade por omissão, o chamado mandado de injunção.

Como analisado, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é um controle abstrato de inconstitucionalidade, pois versa sobre uma questão de direito e não sobre um caso subjetivo. Em contrapartida, o mandado de injunção é um mecanismo de controle difuso de inconstitucionalidade por omissão, portanto o objetivo do referido instrumento é tutelar um caso em concreto, ou seja, quando um

indivíduo se sente lesado pela falta de regulamentação ou de um ato da administração que, conforme a Constituição deveria existir, este poderá recorrer a este instrumento constitucional.

André Ramos Tavares (2012, p. 1019) em relação ao conceito de mandado de injunção escreve o seguinte:

O mandado de injunção é uma ação judicial, de berço constitucional, com caráter especial, que objetiva combater a morosidade do poder público em sua função legislativa-regulamentadora, entendida em sentido amplo, para que se viabilize, assim, o exercício concreto de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais previstos.

O mandado de injunção está previsto no inciso LXXI do artigo 5º da atual Constituição Federal da República (BRASIL, 1988) com a seguinte redação “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”

A referida ação (que serve como controle de constitucionalidade por omissão) é tida como remédio constitucional, ao lado de habeas data, habeas corpus, mandado de segurança. Os remédios constitucionais são instrumentos previstos na Constituição como forma de garantias, afim de assegurar a aplicabilidade dos direitos fundamentais previstos na constituição. (MORAES, 2017)

O autor do mandado de injunção pode ser qualquer indivíduo, bastando atender os requisitos constitucionais necessários. Em contrapartida, caracteriza-se como réu o órgão público competente para a regulamentação necessária para o exercício do direito constitucional. Importante ressaltar que particulares não são legítimos para atuarem no polo passivo de uma ação de mandado de injunção, tendo em vista que os responsáveis para a regulamentação das normas constitucionais são os órgãos públicos competentes. Partindo do ponto de vista de que o interesse pela ação de mandado de injunção poder partir de vários indivíduos e sobre a mesma pretensão, o supremo tribunal federal vem permitindo o mandado de injunção coletivo. (TAVARES, 2012)

Em relação ao efeito da decisão que julga procedente mandado de injunção (individual ou coletivo) segundo André ramos Tavares (2012, p. 1022)

A decisão poderá ser utilizada como título executivo para eventual indenização por danos decorrentes da omissão. É que no caso de

decorrer da omissão legislativa alguma sorte de dano, o prejudicado poderá buscar sua reparação nas instancias ordinárias. Trata-se aqui de aplicação da regra de responsabilidade do estado por ato ou omissão.

Não obstante, as decisões em sede de mandado de injunção esbarram, de certo modo, no princípio da separação de poderes. Com efeito, é evidente que há um limite (como na ação direta de inconstitucionalidade por omissão) também no mandado de injunção no tocante aos efeitos da decisão que julga procedente.

2.2 SEPARAÇÃO DOS PODERES

No segundo capítulo do presente trabalho de pesquisa, à luz da Constituição e do entendimento doutrinário, elaborar-se-á um estudo acerca do princípio constitucional da separação dos Poderes, a fim de compreender sua estrutura, os Poderes de que se trata, os limites impostos pelo tal modelo e sua importância e necessidade, além da abordagem do possível empasse com alguns pontos do controle de constitucionalidade por omissão (ADO).

O princípio da separação dos Poderes, conforme mostra a história das civilizações, nem sempre foi utilizado para organizar a estrutura do poder que governaria tais sociedades. Não obstante, observa-se que a ideia de separação dos Poderes já encontrava adeptos nos séculos antes de Cristo. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari (2009, p. 217) evidencia que:

O antecedente mais remoto da separação dos poderes encontra-se em Aristóteles, que considerava injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando mencionou a impossibilidade prática de que um só homem previsse tudo o que nem a lei pode especificar.

Como visto, desde os tempos antigos já havia, de certa forma, um pensamento no sentido de que o poder concentrado num só órgão não seria a melhor alternativa por diversos motivos, entre eles o da eficiência. Mas, a divisão de Poderes só seria de fato elaborada na Idade Moderna com os pensamentos de Montesquieu conforme as seguintes considerações de Dalmo de Abreu Dallari (2009, p. 216):

A teoria da separação dos poderes, que através da obra de Montesquieu se incorporou ao constitucionalismo, foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos. Com efeito, diz o próprio Montesquieu que, quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, pois que se pode esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Proposta

essa ideia de maneira sistemática no século XVIII, com o fim exclusivo de proteção da liberdade, mais tarde seria desenvolvida e adaptada a novas concepções, pretendendo-se então que a separação dos poderes tivesse também o objetivo de aumentar a eficiência do Estado, pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados.

O modelo de separação dos Poderes foi se aperfeiçoando aos poucos ao longo da história. Como visto, a ideia começou nos tempos da Idade Antiga com o pensador Grego Aristóteles e concluiu-se com a elaboração mais aceita de Montesquieu na Idade Moderna. Na prática, tal modelo também se aperfeiçoou no passar da história, de modo que no Brasil não seria diferente.

Com a independência do Brasil em 1822 o país pensava na elaboração de uma Constituição com um modelo de separação de Poderes, tendo em vista que a tradição do poder absoluto havia sido, de certa maneira, deixada de lado com as revoluções que ocorreram no século XVIII. No início pensava-se numa Constituição promulgada, portanto elaborada por uma assembleia constituinte, no entanto algumas ideias que poderiam ser incorporadas na Constituição desagradavam o Imperador, de modo que a Constituição acabou sendo outorgada pelo Imperador em 1824. O modelo de separação fora contemplado, todavia não o consagrado por Montesquieu. A Constituição Imperial estabeleceu quatro Poderes, o Poder Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o Moderador, sendo este último o poder que possibilitava, ao Imperador, a interferência em todos os outros. Portanto, apesar de conter direitos de liberdade a Constituição 1824 ainda permitia, de certa forma, a concentração de poder na figura do Imperador. O modelo de Montesquieu só foi incorporado pelas Constituições seguintes. (TAVARES, 2017)

A atual Constituição da República, promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte, consagra em seu artigo 2º (BRASIL,1988) o seguinte texto: “ São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Portanto a Constituição de 1988 aderiu ao modelo idealizado por Montesquieu. Nota-se, ao ler o citado artigo 2º da lei maior, que os Poderes são independentes, mas também harmônicos. Nesse sentido, faz-se mister lembrar das considerações de J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 573)

O padrão básico subjacente às articulações organizatórias dos estados constitucionais democráticos é o padrão da divisão de poderes. Quando se fala de divisão ou separação de poderes não se coloca em crise, como já se acentuou, a unidade do estado, pois, mesmo numa democracia pluralista integrada em comunidades políticas mais amplas, não está em causa a indivisibilidade da estadualidade ou estatalidade. Dividir ou separar é uma questão

atinente ao exercício de competências dos órgãos de soberania e não um problema de divisão do poder unitário do Estado. Nesse contexto se deve compreender também as ideias de freios e contrapesos, checks and balances, separação e independência, tradicionalmente associados ao princípio da separação dos poderes

Quando o artigo 2º da Constituição da República diz serem harmônicos os Poderes, há uma expressão, portanto, no sentido de que tais Poderes devem trabalhar de forma a contribuir harmonicamente para o bom funcionamento da República. No entanto, como a própria carta traz no mesmo artigo a ideia de independência, é evidente que há limites a serem respeitados, ou seja, cada Poder tem suas funções específicas conferidas pela própria Constituição, de maneira que um não deve interferir na competência do outro, salvo as exceções contidas na própria carta magna, todavia, em muitos casos, é difícil saber exatamente onde está a linha limite que demonstra o excesso ou o não excesso de um Poder da República em relação ao outro.

Por esse motivo que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão torna-se um instituto tão polêmico e discutido entre juristas e estudiosos do direito. É fato que a Constituição Federal prevê tal instituto, porém o limite desta ação de inconstitucionalidade traz para a discussão uma certa dificuldade que será analisada no presente trabalho de pesquisa, no entanto, por ora, é necessário debruçar-se sobre o conceito, extensão e competências dos três Poderes da República, a fim de compreendê-los melhor.

Em um primeiro momento, é importante ressaltar que os três Poderes, portanto Legislativo, Executivo e Judiciário, possuem funções típicas e funções atípicas previstas na Constituição, de maneira que em casos específicos a norma constitucional permite que um Poder realize de maneira atípica uma função típica de outro Poder. Por exemplo, em alguns casos, o Executivo pode regulamentar determinadas matérias. Porém, como dito, a função atípica é exercida apenas nos casos autorizados pela própria Constituição Federal (MORAES, 2017)

Em relação ao Poder Legislativo, a Constituição da República, como já dito, atribui funções típicas e atípicas ao legislador, que, conforme relação de Alexandre de Moraes (2018, p. 447) são as seguintes:

As funções típicas do poder legislativo são legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento. Dessa forma, se por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro lado, determina que a ele compete a

fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do executivo (CF, art. 70).

As funções atípicas constituem em administrar e julga. A primeira ocorre, exemplificativamente, quando o Legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; enquanto a segunda ocorre, por exemplo, no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade.

Portanto, extrai-se da Constituição, que é atribuído ao Legislativo a importante função de legislar, além de fiscalizar. Tal função é extremamente relevante, porque, além de outros motivos a Constituição Federal traz, no artigo 5º inciso II (BRASIL, 1988) a seguinte redação: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Com efeito, percebe-se que o Poder Legislativo tem a competência e a possibilidade de controlar as ações das pessoas, no entanto, obviamente, esta competência deve ser exercida com respeito a Constituição da República, que tem, como será observado na análise do Poder Judiciário, como guardião o Supremo Tribunal Federal.

O artigo 1º da Constituição da República (BRASIL, 1988) consagra o sistema federalista, de modo que o Poder Legislativo Federal, que é representado pelo Congresso Nacional, é bicameral, ou seja, o Congresso é constituído por uma Câmara de Deputados e um Senado Federal. A Câmara dos Deputados representa o povo, portanto o número de representantes é proporcional ao número de representados em cada Estado da Federação, observando um limite máximo e mínimo estabelecido na lei maior. Já o Senado Federal, devido ao sistema federalista, adotado pela Constituição, recebeu da Constituição, a função de representante dos entes federados, ou seja, dos Estados, de maneira que o número de representantes de cada Estado é três, não podendo ser mais nem menos, não importando o tamanho da população do ente federativo, a fim de estabelecer a igualdade entre os Estados. (TAVARES, 2017)

Compete ao Legislativo, como já lembrado, se valendo de uma das funções atípicas, processar e julgar o Presidente da República entre outras autoridades, conforme dispõe o artigo 52 inciso I e II da Constituição Federal (BRASIL, 1988)

Artigo 52 cf: compete privativamente ao Senado Federal: I – processar e julgar o Presidente e o vice Presidente da república nos crimes de responsabilidade, bem como os ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II – Processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o

Ao observar o citado artigo da Constituição é possível perceber que o poder Legislativo interfere, de certa forma, no poder Judiciário, uma vez que cabe a este exercer a jurisdição no território brasileiro. Portanto, apesar de ser totalmente constitucional por estar na própria Constituição, é uma forma de interferência permitida. Com isso, observa-se que a função atípica, estabelecida na constituição, é uma espécie de autorização para que, em casos específicos, um Poder, de maneira moderada, atue numa função típica do outro. No entanto, obviamente, tal interferência deve ocorrer conforme os princípios e valores Constitucionais, sem, portanto, ferir a separação dos Poderes. Todavia, na Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão é mais complexo saber onde fica a linha limite de interferência, pelo fato da Constituição dar mais espaço para a hermenêutica, merecendo um estudo mais aprofundado, no sentido de conhecer exatamente quais as competências dos Poderes da União para, assim, melhor examinar o problema da presente pesquisa.

Após a análise da estrutura e das atribuições do Poder Legislativo, faz-se necessário examinar as atribuições do Poder Executivo.

O Poder Executivo está previsto no artigo 2º da Constituição da República (BRASIL, 1988) como um dos Poderes do Estado. Para uma noção introdutória, José Afonso da Silva (2017, p. 548) traz os seguintes ensinamentos:

A expressão Poder Executivo é de conteúdo incerto. Em nossa Constituição, ora exprime a função (art. 76), ora o órgão (cargo e ocupante, artigo 2º). Seu conteúdo envolve poderes, faculdades e prerrogativas da mais variada natureza. Pode dizer-se, de modo geral, que se trata de órgão constitucional (supremo) que tem por função a prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração.

Portanto entende-se que o Poder Executivo tem a chefia de estado, de governo e de administração. Tais funções no Brasil, conforme a Constituição, são exercidas pelo Presidente da República. O artigo 76 da Constituição (BRASIL, 1988) tem a seguinte redação: “o Poder Executivo é exercido Presidente da República, auxiliado pelo Ministros de estado”.

Ao observar que o Executivo, que compreende a função de Chefe de Estado, Chefe de Governo, e de administração, é exercido, no Brasil, pelo Presidente da República e não por um primeiro ministro que chefia o governo com outra figura sendo Chefe de Estado, chega-se a conclusão óbvia de que o sistema adotado pela Constituição Federal de 1988 é o sistema presidencialista de Governo. Em relação as

características do sistema presidencialista André Ramos Tavares (2017, p. 1084) faz os seguintes comentários:

A característica principal do Presidencialismo é a autonomia do Presidente da República perante o Congresso, isto é, o Presidente não necessita do apoio do Congresso para manter-se no poder. É importante ressaltar, no entanto, que o êxito de sua política governamental na direção do País vai depender de um bom relacionamento com o Legislativo, único meio que lhe pode assegurar a efetividade de seus programas, uma vez que estes dependem, em Estado de Direito, de leis e da aprovação de verbas que custeiem a realização das metas assinaladas.

Outras características que podem ser assinaladas são: 1ª) O Presidente exerce o papel de Chefe do Estado e de chefe do governo concomitantemente; 2ª) os Ministros são meros auxiliares do Chefe do Executivo e demissíveis por ele a qualquer momento; 3ª) O Presidente não tem grande participação no processo legislativo; 4ª) O povo é quem elege, direta ou indiretamente, o Chefe do Executivo para o cumprimento de um mandato, e não o Parlamento

Desse modo, as competências do Executivo não são divididas, concentrando, portanto, mais competências na figura do Chefe do referido Poder, de modo que as competências típicas e atípicas do Poder Executivo, são exercidas por um único representante que, no âmbito federal, é Presidente da República, conforme o já citado artigo 76 da Constituição.

Como já anotado o Presidente da República acumula as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo. Como Chefe de Estado o Presidente tem a função de representar o país perante a comunidade internacional, nas relações internacionais, negociando e fechando acordos, participando de reuniões com outras soberanias, além de participar de discussões acerca de tratados internacionais, enfim, cabe ao Chefe de Estado defender os interesses de seu país diante de outros Estados soberanos. Ao Chefe de Governo, por sua vez, cabe a representação interna, de maneira que a ele compete resolver questões políticas internas, como propor projeto de lei, articular com o Poder Legislativo para a resolução de problemas, além de governar, resolvendo questões administrativas. (MORAES, 2017)

Para melhor ilustrar, tendo em vista que o Executivo é exercido pelo Presidente da República, anota-se a seguinte classificação das atribuições do Presidente da República de José Afonso da Silva (2018, p. 555)

(1) Chefia do Estado, com as matérias relacionadas no artigo 84, VII, VIII, IX, segunda parte (convocar e presidir o conselho de defesa Nacional), XIV (apenas no que se refere à nomeação de Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, por ser função de Magistratura suprema), XV (nomeação de um terço dos membros do TCU – órgão não executivo – nomeação sujeita ao controle do Senado, por isso ato nem da chefia do Governo, nem da chefia da

Administração), XVI, primeira parte (nomeação de magistrados: TRF, TRT, TRE, órgãos de outro Poder), XIX, XX, XXI e XXII;

(2) chefia do Governo, com as matérias indicadas no artigo 84, I, III, IV, V, IX, X, XI, XII (“ conceder anistia e comutar pena” é atribuição de magistratura suprema da nação, sempre encarnada no Chefe de Estado, mas a Constituição autorizou a sua delegação, o que a desqualifica para mera função de governo), XIII, XIV (menos quanto à nomeação do Ministros do STF e dos tribunais Superiores), XVII(nomear membros do conselho da República, não ato de mera chefia da administração porque alguns são eleitos pelo Senado e pela Câmara de Deputados), XVIII, primeira parte (convocar e presidir o Conselho da República), XXIII, XXIV, e XXVII;

(3) Chefia da Administração federal, com as matérias previstas no artigo 84, II, VI, XVI, segunda parte (nomeação do Advogado-Geral da União, órgão do poder Executivo), XXIV (também é em certo sentido ato de administração) e XXV.

Um dos dispositivos constitucionais citados na classificação de José Afonso da Silva, incisos IV do artigo 84 (BRASIL, 1988), traz o seguinte texto:

Art. 84 compete privativamente ao Presidente da República: IV – sancionar, publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Ao observar a redação do dispositivo constitucional citado, observa-se que a lei maior permitiu que o Chefe do Poder Executivo regulamentasse algumas matérias previstas em leis, de maneira que, nesse caso, ocorre uma das hipóteses de prática de uma função atípica do Poder Executivo. Tal atribuição constitui, na prática, um exemplo de harmonia dos Poderes, previsto artigo 2º da Constituição que diz: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). Portanto, não há, nesse caso, a interferência de um poder em outro, pois o Executivo só está regulamentando uma lacuna deixada pela legislação, e, como já dito, contribuindo para a harmonização dos Poderes da República.

Um outro artigo previsto na Constituição que traz a discussão acerca da interferência ou não do Poder Executivo nas atribuições do Legislativo é o artigo 62 (BRASIL, 1988) que apresenta a redação que segue: “Em casos de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso nacional”. No caso previsto pelo dispositivo constitucional, o Presidente exerce, por um momento específico, uma das funções do Poder Legislativo. Portanto, utiliza-se de uma das funções atípicas atribuídas, pela Constituição, ao Poder executivo. Como o exercício de algumas funções atípicas são permitidas pela Constituição não há de se falar em abuso de poder nesses casos, contanto que os limites constitucionais sejam respeitados. Limites estes que podem fazer com que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por

Omissão fira ou não fira o consagrado princípio da separação dos Poderes, que, como já analisado, está presente na maioria das Constituições modernas.

Após a análise do Poder Legislativo e Executivo, passa-se a averiguar o terceiro Poder da República, o Judiciário, a fim de compreender a sua estrutura, funções e limites. A compreensão do Poder Judiciário é de extrema importância, tendo em vista que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que é o objeto central da presente pesquisa, é analisado e julgado, conforme ditames constitucionais, pelo Poder Judiciário.

Para uma compreensão introdutória do Poder Judiciário é relevante trazer as considerações iniciais de Alexandre de Moraes (2017, p. 543)

O Poder Judiciário é um dos três Poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrados como poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois, como afirma Sanches Viamonte, sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente os princípios da Legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornar-se-iam vazios. Esta concepção resultou da consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas na solução de conflitos.

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis.

Portanto, nota-se a fundamental importância do Poder Judiciário na estrutura do Estado, pois, sem ele, de fato, não faria muito sentido a separação dos Poderes, visto que ao Judiciário compete a fundamental guarda da Constituição, sem a qual, como anotado no início deste capítulo, seria difícil garantir que os limites de cada poder fossem respeitados.

No que se refere a estrutura e organização do Poder Judiciário, este leva em consideração a forma federativa, de modo que é organizado em Justiça Estadual e Justiça Federal. A Justiça Federal se divide em Justiça comum e especializada, sendo que a especializada é constituída pela Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral e Justiça Militar. Como a Justiça Federal, salvo exceções, é taxativa cabe à Justiça Estadual a competência das demais matérias. É importante ressaltar que a Justiça Estadual se debruça principalmente a julgar conforme as leis federais, tendo em vista que, no Brasil, como dispõe a Constituição Federal, as leis civis, penais e processuais, além de outras, são de competência do Congresso Nacional, portanto tratam-se de leis federais. Ademais, no Brasil, há as chamadas instâncias judiciais, a fim de garantir o consagrado princípio do duplo grau de jurisdição. As instâncias se dividem em primeira

instancia, exercidas pelos juízes de direito e juízes federais, em segunda instância pelo Tribunais de Justiça, no âmbito estadual e pelos Tribunais Regionais Federais, no âmbito da Justiça Federal, e, por fim, em Tribunais Superiores. Os Tribunais Superiores, por, sua vez, se dividem em Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Militar e, por último, o Supremo Tribunal Federal. (TAVARES, 2017)

Superada a análise da estrutura do Poder Judiciário, observa-se, de maneira sintética e clara, as diferenças básicas entre as competências do Poder Judiciário para as competências do Poder Legislativo, conforme as seguintes anotações de José Afonso da Silva (2018, p.560):

Não é difícil distinguir jurisdição e legislação. Esta edita normas de caráter geral e abstrato e a jurisdição se destina a aplicá-las na solução das lides. Veja-se, por exemplo, um ato jurisdicional típico: a sentença. Esse ato, em termos muito simplificados, declara: “Condeno fulano a restituir a beltrano determinado imóvel, e mais os honorários do advogado e os frutos do imóvel pelo tempo que indevidamente o ocupou”. Está aí o dispositivo de uma sentença. Dirige-se a determinada pessoa, com determinada ordem individualizada e concreta sobre um bem especificado. Compara-se com o ato legislativo, a lei, que diz, por exemplo: “Aquele que por vinte anos, independentemente de justo título e boa-fé, possui o imóvel como seu, adquirir-lhe-á o domínio”. Dirige-se, indistintamente, a todas as pessoas. Não dá nada a ninguém especificamente. Confere a todos um direito abstratamente, e aquele que vier a encontrar-se na situação de fato descrita no texto da lei terá em direito subjetivo ao objeto nela indicado.

Ao longo do presente capítulo analisou-se as competências típicas e atípicas dos Poderes Legislativo e Executivo, evidenciando esta necessidade para o bom funcionamento do estado, mas que, também, há limites, de maneira a impedir a invasão de funções. Com o poder Judiciário não é diferente, tendo em vista que a Constituição também confere a este Poder a realização de funções típicas e funções atípicas.

O ordenamento jurídico conferiu ao Judiciário, como função típica, exercer a jurisdição, de maneira que cabe a este Poder da República, conforme as leis elaboradas pelo parlamento e a Constituição, aplicar o direito resolvendo um conflito de interesses no caso concreto, ou seja, há a interferência do Estado, na figura do Poder Judiciário, para resolver questões de natureza particular, além dos casos abstratos. No que se refere às funções atípicas do Poder Judiciário há as de natureza administrativas e as de natureza legislativa. Em relação às de natureza administrativa observa-se, por exemplo promover cargos de juiz de carreira, conceder férias aos

membros e servidores entre outras. São funções atípicas do Poder Judiciário, de natureza legislativa, a elaboração dos regimentos internos do Poder Judiciário, conforme as exigências constitucionais (MORAES, 2017)

O Supremo Tribunal Federal é a mais alta corte brasileira, de modo que o artigo 102 da Constituição Federal traz a seguinte redação acerca de sua competência (BRASIL, 1988) “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Portando a função primordial do STF é a proteção das normas, princípios e valores constitucionais. Desse modo, cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar as causas abstratas, encontrando-se entre elas a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão prevista no parágrafo 2º do artigo 103 da Constituição com a seguinte redação:

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

Como anotado, os três Poderes da República possuem funções atípicas, que permitem a execução da função típica de outro, mas a ADO não é uma função atípica do poder Judiciário. No entanto, mesmo assim, causa discussão acerca de sua possível interferência inadequada em outro Poder, tendo em vista que emite um comando de ação, de forma vinculada ou não, para outro Poder. Por outro lado, os demais Poderes tem o compromisso de aplicar e regulamentar questões constitucionais. O presente impasse será melhor analisado no capítulo seguinte, que estudará a interpretação do limite de interferência do poder Judiciário, com a ADO, em outros Poderes.

2.3 INTERPRETAÇÃO DA ADO CONFORME A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Após o estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do princípio da separação dos Poderes nos capítulos um e dois do presente trabalho de pesquisa, passa-se, agora, neste terceiro capítulo, à análise da interpretação da ADO à luz do princípio da separação dos Poderes. Tal estudo tem o objetivo de compreender em que medida o referido mecanismo de controle de constitucionalidade (ADO) fere ou não fere o princípio da separação dos Poderes, no sentido de entender qual é a linha limite desta ação, ou até onde o Poder Judiciário pode avançar sem

entrar na competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. Ademais, pretende-se averiguar os comandos constitucionais, de que maneira estes devem ser interpretados, e que tipo de interpretação sobre a matéria pode, ou não, ser considerado ativismo judicial ou judicialização.

Antes de entrar no tema, propriamente dito, deste terceiro capítulo, faz-se necessário recapitular, de maneira resumida, os conceitos e funções dos dois objetos estudados neste trabalho, quais sejam a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão e o princípio da separação dos Poderes, ambos contidos na Constituição Federal de 1988.

Em relação ao princípio da separação dos Poderes, este, como sabido, está presente, na maioria das Constituições, como é o caso da Constituição Brasileira que o traz em seu artigo 2º, (BRASIL, 1988) com a seguinte redação “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Conforme a redação do citado artigo, conclui-se que os Poderes são harmônicos, mas tem funções ou atuações distintas. Cabendo ao Legislativo, se utilizando da representatividade, elaborar leis e códigos ou modificá-los conforme regras estabelecidas na Constituição. Ao poder Executivo compete administrar, nos limites das regras estabelecidas pelo Legislativo e pela Constituição. E, por fim, cabe ao Judiciário interpretar as normas de direito e decidir conforme estas, ademais compete a este Poder da República, também, realizar o controle de constitucionalidade, que pode ocorrer tanto pelo modelo difuso de constitucionalidade como pelo modelo abstrato que, por sua vez, é realizado pelo STF (BRASIL, 1988)

O sistema de separação dos Poderes que na atualidade compõe o constitucionalismo não era empregado, nos tempos passados, na estrutura de um Estado, tendo em vista que a ideia foi incorporada pelo filósofo/ escritor Montesquieu. Em relação a isso Dalmo de Abreu Dallari (2009, p. 216) evidencia que:

A teoria da separação dos poderes, que através da obra de MONTESQUIEU se incorporou ao constitucionalismo, foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos. Com efeito, diz o próprio MONTESQUIEU que, quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, pois que se pode esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Proposta essa ideia de maneira sistemática no século XVIII, com fim exclusivo de proteção da liberdade, mais tarde seria desenvolvida e adaptada a novas concepções pretendendo-se então que a separação dos poderes tivesse também o objetivo de aumentar a eficácia do estado, pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados.

Como visto a separação dos poderes tem o objetivo, entre outros, de evitar que apenas um Poder do Estado detenha toda legitimidade de decisão, acarretando, em um Estado com poder descontrolado sem os necessários limites para evitar abusos de poder.

No que se refere à ADO, cabe ressaltar, primeiro, que a Constituição Federal traz a possibilidade de um controle de constitucionalidade, a fim de que as normas constitucionais sejam vinculantes e aplicadas na prática. Caso contrário, a Constituição não passaria de um texto simbólico.

Entre as modalidades de controle, que em sua maioria presta a atacar ação normativa, encontra-se também neste rol o Controle de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) que analisa a morosidade ou a ausência de normas necessárias para o cumprimento da Constituição. Nesse sentido Alexandre de Moraes (2017, p. 830) discorre o seguinte:

O objetivo pretendido pelo legislador constituinte de 1988, com previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional. Assim, tem cabimento a presente ação, quando o poder público se abstém de um dever que a constituição lhe atribuiu.

Como visto, a referida ação tem o objetivo atacar uma omissão do Poder Público, portanto o objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão é a não elaboração de uma norma infraconstitucional, mas existe uma complexidade em relação a que normas ou assuntos se encaixariam no objeto da ação em análise. Em relação a isso, J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 1021) traz as seguintes considerações:

Discute-se, na doutrina e na jurisprudência constitucionais, o conceito, o sentido e a extensão do chamado silêncio legislativo. O conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples não fazer, a um simples conceito de negação. Omissão, em sentido jurídico constitucional, significa não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever legal de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.

A referida ação de controle de inconstitucionalidade enquadra-se no modelo de controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade, portanto trata-se de uma análise, a respeito da constitucionalidade, feita pela Suprema Corte, de maneira abstrata, ou seja, o que se analisa é um caso objetivo, sem haver conflitos subjetivos de partes a ser analisado em um caso concreto (TAVARES, 2017)

Não obstante o fato de que a ADO se enquadra na modalidade concentrada de controle de constitucionalidade, encontra-se também, no ordenamento constitucional uma espécie de controle de inconstitucionalidade por omissão na modalidade difusa ou concreta de constitucionalidade, que está previsto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal da República (BRASIL, 1988) com a seguinte redação: “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 a nacionalidade, a soberania e a cidadania”. O referido inciso do artigo 5º trata-se do mandado de injunção que, por sua vez, garante que, em via difusa, qualquer juiz possa apontar a falta de uma norma regulamentadora, de modo que torna-se correto dizer que o controle de inconstitucionalidade por omissão não é monopólio da Suprema Corte, fortalecendo, assim, o Poder do Judiciário em face da política de elaboração de normas do Legislativo ou da aprovação de medidas do Executivo.

No que concerne ao procedimento da ação em estudo, em primeiro lugar, cabe ressaltar, que esta se submete, no que couber, às regras estabelecidas para a regulamentação e disciplina da ação direta de inconstitucionalidade genérica, ou seja, a chamada ADI que visa atacar lei, em sentido amplo, que confronta a Constituição. Seguindo em relação as regras, uma peculiaridade da ADO é o fato de que Advogado Geral da União, em regra, não precisa realizar a oitiva, tendo em vista que não há ação a ser impugnada, no entanto verifica-se a necessidade da manifestação do Procurador Geral da República (MORAES, 2017)

Após esta breve recapitulação do conceito e das peculiaridades abordadas no capítulo um e dois, passa-se ao estudo da necessidade do objeto de estudo deste trabalho de pesquisa.

Nesse sentido, vale ressaltar que a atual Constituição da República traz em seu texto diversas normas com aplicabilidades distintas. O parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988) diz que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ou seja, estas normas serão aplicadas imediatamente. Todavia, nem todas as normas contidas na Constituição contem esta característica.

O direito americano classifica as normas constitucionais em normas autoexecutáveis e não autoexecutáveis, de modo que a primeira tem eficácia jurídica imediata, ou seja, a norma já contém o necessário para surtir efeitos de modo a

vincular imediatamente o ordenamento jurídico infraconstitucional. No entanto, as normas não autoexecutáveis, apesar trazerem um direito, necessitam de uma norma infraconstitucional regulamentadora, ou seja, cabe ao parlamento completar o direito instituído pelo Constituinte. (CUNHA JÚNIOR, 2004)

No Brasil a classificação mais aceita é a célebre classificação de José Afonso da Silva que divide as normas constitucionais em normas de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada. Sendo que a norma de eficácia plena tem a capacidade para gerar todos os seus efeitos jurídicos logo após a promulgação, sem a necessidade de regulamentação. Já a norma de eficácia contida, apesar de gerar todos os efeitos depois da promulgação, poderá, conforme dita a Constituição, admitir restrições que serão elaboradas pelo Poder Público. A norma de eficácia limitada, por sua vez, traz aplicabilidade indireta, reduzida e mediata, tendo em vista que só geram efeitos se houver, posteriormente, uma lei infraconstitucional que regule a matéria contida nesta norma. (MORAES, 2017)

Diante do exposto, conclui-se que compete ao Poder Público, nos casos das normas de eficácia limitada, a fundamental missão de regulamentar, através de uma norma ou ato infraconstitucional, algumas das normas contidas na Constituição da República. Portanto é justamente para a exigência da existência de uma norma regulamentadora que serve a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Nesse sentido, José Afonso da Silva (2009, p. 47) faz as seguintes considerações acerca da aplicação da ADO:

Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, requerem um lei ou uma providência administrativo ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na pratica. A constituição, por exemplo, prevê o direito de participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão das empresas, conforme definido em lei, mas, se esse direito não se realizar, por omissão do legislador em produzir a lei aí referida e necessária à plena aplicação da norma, tal omissão se caracterizará como inconstitucional. Ocorre, então, o pressuposto para a propositura de uma ação de inconstitucionalidade por omissão, visando obter do legislador a elaboração da lei em causa. Outro exemplo: a constituição reconhece que a saúde e a educação são direitos de todos e dever do estado (arts. 196 e 205), mas, senão se produzirem os atos legislativos e administrativos indispensáveis para que se efetive tais direitos em favor dos interessados, ai também teremos uma omissão inconstitucional do poder público que possibilita interposição da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103)

Portanto, como tentativa de evitar a negligência do Poder Público, a própria Constituição da República traz em seu texto a possibilidade do Poder Judiciário

informar, ao menos, a existência de tal omissão, afim de, no mínimo, conscientizar o Poder Público. O referido dispositivo é o parágrafo 2º do artigo 103 da Constituição (BRASIL,1988), que traz a seguinte redação:

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.

Como se vê, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão está prevista na própria Constituição de 1988. Tal dispositivo traz um comando mais severo no que se refere ao órgão administrativo, pois exige providências, no sentido de sanar a inconstitucionalidade, num prazo de trinta dias. Entretanto, em relação ao Poder Legislativo, conforme o parágrafo citado, é exigido, apenas, que seja dada ciência ao órgão competente.

A referida ação de controle, como visto, faz parte do rol das normas constitucionais, no entanto, a depender da maneira que é usada em relação aos seus efeitos e alcance, poderá sim, ser considerada, para aquele caso, inconstitucional por extrapolar os limites da separação de Poderes consagrado na Constituição. O exagero no uso da referida ação poderá ser considerado ativismo judicial. Sobre isso, em revista jurídica, João Monteiro de Castro (2019) traz os seguintes ensinamentos:

Quanto à separação de Poderes em contraste com o ativismo judicial, o foco estará no avanço do Poder Judiciário para cima de competências expressamente asseguradas para os outros dois Poderes, alterando e rompendo a engenharia constitucional traçada pela Constituição Federal.

Se o Poder Judiciário sai da neutralidade na avaliação das leis e passa a ter um comportamento positivo, há que, de alguma forma, incluí-lo no cardápio das limitações recíprocas enfrentados pelos Poderes Legislativo e Executivo na feitura das leis. Lembrar que a atividade legislativa do Estado é a cristalização da soberania popular e sofre os mais variados meios de controle recíprocos para tentar, tanto quanto possível, evitar erro. O ativismo judicial, decorrente do desbalanceamento funcional da divisão de Poderes, pode sucumbir à “descida escorregadia” e enveredar para a justificação ou produção de atos e decisões cujos efeitos nem sempre podem ser benéficos para a sociedade.

Deste modo, como dito, não cabe ao Poder Judiciário ter atitude positiva, no sentido de construir algo, mas sim de aplicar as regras e princípios jurídicos. Caso contrário estará extrapolando as suas funções estabelecidas pela Constituição Federal. Tal regra, por óbvio, deverá ser aplicada ao mecanismo de controle de inconstitucionalidade por omissão.

Como sabido, entretanto, o Poder Judiciário, conforme a própria Constituição, deve agir quando há um desrespeito ao ordenamento jurídico, tendo em vista que este Poder da República cumpre a função, dentre outras, de exigir dos outros Poderes o respeito à Constituição e as leis. Deste modo, é importante fazer uma distinção entre judicialização e o fenômeno do ativismo judicial. Sobre isso, Luís Roberto Barroso (2012, p. 6) faz os seguintes comentários:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Portanto, evidencia-se, de acordo com o citado autor, que quando o Poder Judiciário age de modo a cumprir suas funções estabelecidas pela Constituição, este está realizando a judicialização. Em vista disso, não há que se falar em desrespeito ao princípio da separação dos Poderes, pois a própria Constituição exige tal atuação do Poder Judiciário. Todavia, o fenômeno do ativismo judicial deverá ser evitado, tendo em vista que neste caso haverá uma interferência desrespeitosa do Poder Judiciário em outros Poderes da República.

Ainda no que se refere ao ativismo judicial, em acórdão judicial, da relatoria do Desembargador Paulo Sérgio Velten Pereira (BRASIL, 2019), observa-se as seguintes considerações acerca do tema:

EMENTA- DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO NÃO PREVISTO EM LISTA DO SUS. DESATENDIMENTO A PARÂMETROS MÍNIMOS. 1. Em matéria de políticas públicas o ativismo deve ser contido, pois não é recomendável que o Judiciário substitua o administrador público na implementação de políticas em curso, privilegiando uns em detrimento de muitos, com quebra da isonomia. 2. Não é possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído nas listas oficiais, se inexistente nos autos a comprovação da inefetividade ou impropriedade dos medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS. 3. A determinação judicial de fornecimento de fármacos não pode desprezar a necessidade de registro na Anvisa. 4. Apelos conhecidos e providos. Unanimidade.

Como analisado, verificou-se, então, que o Poder Judiciário deve ter cautela no que se refere à interferência em outros Poderes, tendo em vista que a Constituição Federal autoriza tal interferência em alguns casos, caracterizando a judicialização, no entanto proíbe, conforme o princípio da separação dos Poderes, a interferência ativa, ou seja, sem esta autorização.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, conforme verificado ao longo do trabalho, é utilizada nos casos de negligência do Poder Público em relação a uma norma prevista na Constituição que necessita de regulamentação, ou seja, quando se tratar das chamadas normas de eficácia limitada, pois estas só geram efeitos quando regulamentadas por uma lei ou ato infraconstitucional. Nesse sentido, em acórdão de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2019) observa-se a seguinte decisão:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL. FUNDO DE UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES (FUST) CRIADO POR NORMA INFRACONSTITUCIONAL QUE REGULAMENTA OUTRA LEI (LEI 9.998/2000). PEDIDO SUBSIDIÁRIO. CONVERSÃO DA ADO EM ADI. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. DESCABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. I - As razões recursais não são capazes de afastar a conclusão a que chegou a decisão agravada no sentido de que não ficou demonstrada omissão constitucional a ser impugnada pela via da ação direta. II - A ação direta de inconstitucionalidade por omissão só pode ser proposta para buscar a efetividade de norma constitucional que prescreva as medidas a cargo do Poder Público para viabilizá-la, nos termos do disposto no art. 103, § 2º, da Constituição Federal. III - A previsão de universalizar os serviços de telecomunicações decorre diretamente da Lei 9.472/1997 (Título II, Capítulo I) e não do texto da Constituição Federal de 1988. IV - A Lei 9.998/2000, ao instituir o FUST, com a finalidade de proporcionar recursos para o cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, disciplinou o disposto no art. 81, II, da Lei Geral das Telecomunicações (Lei 9.472/1997), o que demonstra a ausência de omissão legislativa. V – Incabível o apelo ao legislador e a conversão do feito em ADI. Pedidos subsidiários indeferidos. Precedente. VI - Agravo regimental a que se nega provimento.

Portanto, como se vê, de acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão só deve ser aceita se haver uma negligência em relação a uma norma constitucional, não sendo admitida nos casos diversos. Isto posto, conclui-se que se tal ação for utilizada a fim de atacar a omissão de matéria não prevista na Constituição Federal, ficará constatado um excesso do Poder Judiciário em relação às competências do Poder Legislativo e do Poder Executivo, caracterizando, em vista disso, ativismo judicial, o

que não é saudável para um Estado com divisões de Poderes, como é caso do Brasil que consagra, em sua Constituição, o princípio da separação dos Poderes.

Após o estudo acerca do limite da ADO, é importante ressaltar que a referida ação de controle foi introduzida na Constituição Federal pelo Poder Constituinte originário. Nesse sentido, em relação às normas originárias, Alexandre de Moraes (2017, p. 787) traz os seguintes ensinamentos:

As cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias inferiores em face de normas ou princípios constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado reformador, não englobando a própria produção originária.

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar a incondicional superioridade normativa da Constituição Federal, portanto, não adota a teoria alemã das normas constitucionais inconstitucionais (*verfassungswidrige verfassungsnormen*), que possibilita a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais positivadas por incompatíveis com os princípios constitucionais não escritos e os postulados da justiça (*Grundentscheidungen*).

Assim, não haverá possibilidade de declaração de normas constitucionais originárias como inconstitucionais.

Por conseguinte, tendo em vista que a ADO faz parte do rol das normas constitucionais originárias, verifica-se que tal ação não poderia, de acordo com os próprios limites constitucionais, ser considerada inconstitucional através de uma ação de controle de constitucionalidade.

Por fim, diante do conteúdo analisado nos dois últimos capítulos do presente trabalho, sobre a ADO e o princípio da separação dos Poderes, e, neste último, sobre os limites do alcance da referida ação à luz do referido princípio, conclui-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não contraria o princípio constitucional da separação dos poderes.

Tal conclusão fundamenta-se nos seguintes fatos: a ADO foi colocada na Constituição pelo Poder Constituinte originário, de modo que não poderá ser declarada inconstitucional através de ação de controle. Além disso, tal ação só poderá ser utilizada para atacar omissão do Poder Público em relação a normas constitucionais que necessitam de regulamentação, portanto não permitindo o ativismo judicial, cobrando apenas o que a Constituição estabelece. Deste modo, a ADO, com as atribuições previstas na Constituição, não se caracteriza ativismo judicial e, por consequência, não contraria o princípio constitucional da separação dos Poderes.

3 MÉTODO

O método utilizado é o dedutivo, tendo em vista que, no presente projeto de pesquisa analisa-se uma premissa maior que no caso é o princípio da separação dos Poderes, e uma premissa menor que, no caso, é a questão da ADO, se tal procedimento fere ou não tal princípio, e disso extrai-se uma conclusão.

Do ponto de vista da natureza a pesquisa seria a básica, tendo em vista que a finalidade é discutir se a ADO fere ou não o princípio da separação dos Poderes .

Do ponto de vista da forma de abordagem do problema a pesquisa é qualitativa

Do ponto de vista dos objetivos a pesquisa é exploratória

Do ponto de vista dos procedimentos a pesquisa é bibliográfica.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de pesquisa analisa a Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o princípio constitucional da separação dos Poderes. Tal análise torna-se necessária pelo fato de que a ação estudada possibilita que o Poder Judiciário aponte a inconstitucionalidade de uma possível omissão dos dois outros Poderes da República e, deste modo, causa uma discussão acerca da compatibilidade da referida ação de controle com o princípio da separação dos Poderes.

Dessa maneira, o objetivo geral deste trabalho de pesquisa foi averiguar se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão fere, de algum modo, o princípio, contido na Constituição, da separação dos Poderes, pelo fato de interferir, de alguma maneira, nos trabalhos do Poder Executivo e do Legislativo.

Para alcançar o referido objetivo, tornou-se necessário o estudo do princípio da separação dos Poderes, a ação que visa declarar a omissão do Poder Público, por meio do controle abstrato, e, por fim, a interpretação desta ação à luz do mencionado princípio constitucional.

No estudo da ADO, no primeiro capítulo, foi analisado, primeiramente o conceito e a sistemática do controle de constitucionalidade, no sentido amplo. Posteriormente passou-se ao estudo da ADO, a fim de entender a parte procedimental e suas peculiaridades.

No segundo capítulo, analisou-se o princípio da separação dos Poderes, a fim de compreender o a origem e o conceito do referido princípio constitucional. Ademais, averiguou-se, também, o conceito e as funções dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Por fim, após o estudo da ADO e do princípio da separação dos Poderes, no terceiro capítulo passou-se a analisar a compatibilidade da referida ação com a separação dos Poderes. Para isso, foi necessário examinar os limites das atribuições do Poder Judiciário, ou seja, até onde o Judiciário poderá avançar sem acabar invadindo as funções dos outros dois Poderes da República. Além disso, houve a análise das diferenças entre judicialização e ativismo judicial, das omissões que a ADO, conforme a Constituição, poderia atacar e, por fim, o significado das normas constitucionais originárias, tendo em vista que a ADO se enquadra neste rol.

Após o estudo realizado ao longo do presente trabalho, concluiu-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não contraria o princípio constitucional

da separação dos Poderes, tendo em vista que esta ação de controle serve para declarar inconstitucional apenas a omissão em relação às normas constitucionais que necessitam do Poder Legislativo ou do poder Executivo para produzirem efeitos, ou seja, a ADO não configura abuso do poder Judiciário em relação aos outros Poderes, podendo ser interpretada apenas como judicialização e não como ativismo judicial. Além do mais, verificou-se que a referida ação foi colocada na Constituição Federal pelo Poder Constituinte originário e, por consequência, não poderá ter a sua constitucionalidade questionada, fato este que contribui para a conclusão de a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não fere o princípio da separação dos Poderes.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Rev. Acadêmica (Syn) thesis.**, v.5, n. 1, p. 23-32. 2012.. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 1988.
Link: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm
- BRASIL, Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Brasília: 1824. Link: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Agravo Regimental ADO 0062243-32.2016.1.00.0000 DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 17 de maio de 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768195508/agreg-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-agr-ado-37-df-distrito-federal-0062243-3220161000000?ref=serp>.
- Brasil, Tribunal de Justiça do Maranhão, **Apelação Civil 00022597720138100027 MA 0332532018**. Apelante: Estado do Maranhão e Município de Barra do Corda. Apelado: Wesley Andrade Santos. Relator: Desembargador Paulo Sérgio Velten Pereira, Maranhão, 1 de outubro de 2019. Disponível em: <https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765410091/apelacao-civel-ac-22597720138100027-ma-0332532018?ref=serp>.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**: 5ª ed. Almedina: 2003.
- CASTRO, João Monteiro de. Ativismo judicial, separação dos poderes e a experiência brasileira recente. **Rev. Consultor Jurídico.**, jul. 2019 . Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jul-28/joao-monteiro-ativismo-judicial-separacao-poderes-brasil>
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**: 28ª ed. Saraiva:2009.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha; **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**: 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORAES, Alexandre. **Curso de direito Constitucional**: 34ª ed. São Paulo: Atlas: 2017.
- SILVA, Jose Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**: 41ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

SILVA, Jose Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**: 33^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito Constitucional**: 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito Constitucional**: 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.