

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE DOUTORADO

**A SENTENÇA NORMATIVA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
COMO LEGISLADOR POSITIVO**

ANGELA CRISTINA PELICOLI

2007

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE DOUTORADO

**A SENTENÇA NORMATIVA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO
LEGISLADOR POSITIVO**

Doutoranda: Angela Cristina Pelicoli

Orientador: Professor Doutor José Maria Rosa Tesheiner

Co-orientador: Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet

Porto Alegre, 29 de março de 2007

P384

Pelicioli, Angela Cristina

A sentença normativa na jurisdição constitucional:
análise da atuação do Supremo Tribunal Federal como
legislador positivo / Angela Cristina Pelicioli . – Porto
Alegre, 2007.

Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito. Programa de
Pós-Graduação. PUCRS, 2007.

Orientador: Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner

1. Sentença Normativa. 2. Jurisdição Constitucional.
I. Título.

CDD 341.4651

Bibliotecário Responsável
Eni Besen
CRB 14/312

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE DOUTORADO

**A SENTENÇA NORMATIVA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO
LEGISLADOR POSITIVO**

Tese submetida à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Doutoranda: Angela Cristina Pelicioli

Orientador: Professor Doutor José Maria Rosa Tesheiner

Co-orientador: Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet

Esta tese foi julgada apta para a obtenção do título de Doutora em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Professor Doutor José Maria Rosa Tesheiner – PUC/RS
Orientador

Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet – PUC/RS Co-orientador

Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet – Coordenador do Curso

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores:

Professor Doutor José Maria Rosa Tesheiner – Orientador

Professor Doutor Almiro do Couto e Silva – Membro da Banca

Professor Doutora Samantha Chantal Dobrowolski – Membro da Banca

Professor Doutor Fábio de Andrade – Membro da Banca

Professora Doutor Araken de Assis – Membro da Banca

Porto Alegre, 29 de março de 2007

ANGELA CRISTINA PELICOLI

**A SENTENÇA NORMATIVA NA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO
LEGISLADOR POSITIVO**

Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner

Orientador

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I: A CONSTITUIÇÃO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	5
1. A Constituição.....	5
1.1. A pré-compreensão da Constituição.....	5
1.2. A Constituição no Estado Democrático de Direito.....	7
1.3. Os modelos de Constituição.....	14
1.4. Concepção normativa da Constituição.....	16
1.5. Princípio da supremacia constitucional.....	18
1.6. Os direitos fundamentais na Constituição	23
1.6.1. Direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais de prestação: Conceito.....	28
1.6.1.1. Direitos de prestação: princípio do não retrocesso.....	29
1.6.2. Relação entre os direitos fundamentais e a presença ou abstenção do Estado.....	32
1.6.3. A unidade e a interdependência dos direitos fundamentais.....	34
1.7. O princípio constitucional da separação dos poderes	41
1.7.1. A separação dos poderes: redimensionamento da tripartição dos poderes.....	41
1.7.1.1. A separação dos poderes em Aristóteles.....	42
1.7.1.2. A separação dos poderes em John Locke.....	43
1.7.1.3. A separação dos poderes em Montesquieu.....	44
1.7.1.4. A separação dos poderes em Alexis de Tocqueville.....	48
1.7.1.5. A separação dos poderes em Hans Kelsen.....	51
1.7.1.6. A separação dos poderes nos dias atuais.....	53
1.7.1.6.1. A separação dos poderes: existência de dois poderes constituintes originários.....	58
2. A jurisdição constitucional.....	60
2.1. Conceito de justiça constitucional.....	62
2.2. Conceito de jurisdição constitucional.....	65
2.2.1. Sistemas de jurisdição constitucional.....	68

2.2.1.1. Sistema difuso de jurisdição constitucional.....	73
2.2.1.1.1. Estados Unidos da América.....	76
2.2.1.2. Sistema concentrado de jurisdição constitucional.....	76
2.2.1.2.1. Áustria.....	76
2.2.1.2.2. Alemanha.....	79
2.2.1.2.3. Itália.....	82
2.2.1.3. Sistema misto de jurisdição constitucional.....	85
2.2.1.3.1. Portugal.....	85
2.2.1.3.2. Venezuela.....	87
2.2.1.3.3. Peru.....	88
2.2.1.3.4. Brasil.....	90
2.2.1.3.4.1. Considerações históricas sobre a jurisdição constitucional no Brasil.....	90
2.2.1.3.4.1.1. Constituição de 1891.....	90
2.2.1.3.4.1.2. Constituição de 1934.....	94
2.2.1.3.4.1.3. Constituição de 1937.....	95
2.2.1.3.4.1.4. Constituição de 1946.....	96
2.2.1.3.4.1.5. Emenda Constitucional n. 16/65.....	97
2.2.1.3.4.1.6. Constituição de 1967.....	97
2.2.1.3.4.1.7. Constituição de 1988.....	98
2.2.1.4.2.2. A jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal.....	99

CAPÍTULO II: FUNÇÕES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXERCIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....108

1. Considerações iniciais	108
2. A mudança da função jurisdicional constitucional: a criação do Tribunal Constitucional.....	110
2.1. As teorias unitária e pluralista dos Tribunais Constitucionais.....	111
3. Os tipos de funções na jurisdição constitucional.....	114
3.1. A função de controle de constitucionalidade.....	115
3.1.1. Conceito e pressupostos do controle de constitucionalidade.....	115
3.1.2. Os sistemas de controle de constitucionalidade.....	117
3.1.2.1. O controle político de constitucionalidade.....	117

3.1.2.2. O controle jurisdicional de constitucionalidade.....	120
3.1.2.2.1. Considerações históricas.....	120
3.1.2.2.1.1. Controle jurisdicional de constitucionalidade inglês.....	120
3.1.2.2.1.2. Controle jurisdicional de constitucionalidade norte-americano.....	122
3.1.2.2.2. O controle difuso de constitucionalidade: via incidental.....	126
3.1.2.2.3. O controle concentrado: via direta.....	128
3.1.2.2.4. Controle de constitucionalidade efetivado pelo Supremo Tribunal Federal.....	128
3.1.2.2.4.1. Meios de acesso ao controle difuso de constitucionalidade.....	129
3.1.2.2.4.1.1. O recurso extraordinário.....	129
3.1.2.2.4.1.2. As ações constitucionais: controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário.....	133
3.1.2.2.4.1.3. As ações constitucionais: controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, em instância originária.....	136
3.1.2.2.4.1.3.1. Mandado de injunção.....	137
3.1.2.2.4.1.4. Os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso. O art. 52, X, da Constituição Federal.....	151
3.1.2.2.4.2. Meios de acesso ao controle concentrado.....	154
3.1.2.2.4.2.1. A ação direta de inconstitucionalidade.....	154
3.1.2.2.4.2.1.1. Tipos de ação direta de inconstitucionalidade: por conduta comissiva e/ou omissão relativa.....	155
3.1.2.2.4.2.1.2. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.....	158
3.1.2.2.4.2.2. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....	160
3.1.2.2.4.2.2.1. Tipos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão: total e parcial.....	160
3.1.2.2.4.2.2.2. Conseqüência jurídica da inconstitucionalidade por omissão.....	163
3.1.2.2.4.2.3. Ação declaratória de constitucionalidade.....	163
3.1.2.2.4.2.3.1. Requisitos da ação declaratória de constitucionalidade...	164
3.1.2.2.4.2.3.2. Os efeitos da declaração de constitucionalidade.....	165
3.1.2.2.4.2.4. Argüição de descumprimento de preceito fundamental.....	166
3.1.2.2.4.2.4.1. O preceito fundamental.....	168
3.2. A função interpretativa.....	171
3.2.1. A função interpretativa com efeito vinculante.....	174

3.2.1.1. Considerações históricas.....	174
3.2.1.2. O conceito de efeito vinculante.....	176
3.2.1.3. Súmula vinculante.....	181
3.3. A função normativa.....	183
3.3.1. Precedentes da função normativa exercidos pelo Poder Judiciário...184	
3.3.1.1. A função normativa dos tribunais por meio dos regimentos internos	188
3.3.1.1.1. A função normativa exercida pelo Supremo Tribunal Federal por meio de seu regimento interno.....	190
3.3.1.2. A função normativa exercida pelos tribunais eleitorais por meio de suas instruções e resoluções.....	193
3.3.1.2.1. Considerações iniciais.....	193
3.3.1.2.2. O caráter normativo das instruções e resoluções na jurisdição eleitoral.....	196
3.3.1.3. A função normativa exercida pelos tribunais e juízes do trabalho por meio de sentença.....	201
3.3.1.3.1. A função normativa na jurisdição do trabalho.....	201
3.3.1.3.2. A influência italiana no modelo de função normativa trabalhista.....	205
3.3.1.3.3. A sentença normativa na jurisdição do trabalho.....	209
3.3.1.3.3.1. As características e efeitos da sentença normativa trabalhista.....	211
3.3.2. A função normativa na jurisdição constitucional.....	216
3.3.2.1. A função normativa do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo: crítica à concepção de legislador negativo de Kelsen.....	222
3.3.2.1.1. O papel do juiz constitucional como legislador positivo na sistemática nacional.....	229
4. A legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo.....	231
4.1. Da defesa dos direitos fundamentais.....	232
4.2. Da existência de um segundo poder constituinte originário.....	237
4.3. Do redimensionamento dos poderes em funções estatais.....	240
CAPÍTULO III: A SENTENÇA NORMATIVA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	243

1. A sentença normativa na jurisdição constitucional: conceito.....	243
2. Sentença normativa no direito comparado.....	247
2.1. Relevância do direito comparado.....	247
2.2. Sentença normativa na Itália.....	248
2.2.1. As fases das sentenças no Tribunal Constitucional italiano.....	251
2.2.2. A tipologia das sentenças normativas no Tribunal Constitucional....	254
2.2.2.1. Sentença aditiva.....	255
2.2.2.2. Sentença aditiva de princípio.....	257
2.2.2.3. Sentença substitutiva.....	259
2.2.2.4. Sentença monitória.....	261
2.2.2.5. Observações pertinentes.....	262
2.3. Sentença normativa na Venezuela.....	264
2.4. Sentença normativa no Peru.....	267
3. Os requisitos da sentença normativa.....	271
3.1. Omissão ou edição de lei ou ato normativo que contrarie a Constituição.....	272
3.1.1. A omissão de lei ou ato normativo contrário à Constituição.....	272
3.1.2. A edição de lei ou ato normativo contrário à Constituição.....	281
3.1.2.1. Manipulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade...	281
3.1.2.2. Interpretação conforme à Constituição.....	283
3.1.2.2.1. A interpretação conforme à Constituição propriamente dita e a interpretação conforme à Constituição com redução teleológica.....	286
3.1.2.3. A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, por meio de interpretação conforme à Constituição com redução teleológica.....	293
3.2. Observância da realidade histórica e do resultado possível.....	295
3.2.1. A realidade histórica.....	295
3.2.2. O resultado possível: disponibilidade de recursos.....	298
3.2.3. Alcance da observância da realidade histórica e do resultado possível como condição para a prolação de sentença normativa.....	304
4. Característica da sentença normativa.....	311
4.1. Norma geral e abstrata.....	311
5. O fundamento da sentença normativa.....	320
5.1. O princípio da efetividade.....	321
5.2. A teoria dos poderes implícitos.....	322

6. A natureza definitiva da sentença e a não vinculação do legislador.....	324
7. As sentenças normativas no Supremo Tribunal Federal.....	325
7.1. Casos de sentenças normativas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.....	328
7.1.1. Manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.....	329
7.1.1.1. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.022.....	329
7.1.1.2. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.615.....	332
7.1.1.3. Manipulação dos efeitos reconhecida no controle difuso de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. Não configuração de sentença normativa.....	333
7.1.2. A interpretação conforme à Constituição com redução teleológica da declaração de inconstitucionalidade e de constitucionalidade.....	338
7.1.2.1. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.685.....	341
7.1.2.2. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.395.....	343
7.1.2.3. Argüição de descumprimento de preceito fundamental n. 54.....	347
7.1.2.4. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.854.....	353
7.1.3. Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, por meio de interpretação conforme à Constituição com redução teleológica...	355
7.1.3.1. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.946.....	355
7.1.3.2. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.652.....	357
CONCLUSÕES.....	359
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	364
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS.....	381

RESUMO

Nesta tese objetiva-se examinar um tipo de atuação excepcional do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, consistente em proferir decisão criadora de norma geral e abstrata, transformando, adequando, modificando e integrando o texto de lei ou ato normativo, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais e o princípio da igualdade previstos na Constituição. O modelo kelseniano do controle de constitucionalidade restrito ao desempenho do papel de legislador negativo, autocontido, se por um lado ressalta a razoável preocupação com a possibilidade do decisionismo judicial, que deve ser combatida, por outro lado, no caso brasileiro, dificulta a compreensão da real atividade exercida pelo Supremo Tribunal Federal em hipóteses envolvendo, por exemplo, a interpretação conforme à Constituição com redução teleológica ou a manipulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, além de impedir o desenvolvimento de atividades típicas de guardião da Constituição, notadamente em hipóteses que envolvam a inobservância do princípio da igualdade em direta afronta às prerrogativas da dignidade humana. Desse modo, não limitando a jurisdição constitucional a mero controle de concordância da atividade dos Poderes Legislativo e Executivo com as condições procedimentais do regime democrático, a legitimidade propriamente democrática do papel de legislador positivo exercido pelo Supremo Tribunal Federal pode e deve ser racionalmente justificada, em termos de justificação pública, a partir da convicção de que a guarda da Constituição não prescinde da concretização de seu conteúdo material. Embora o objeto desta tese seja a sentença normativa na jurisdição constitucional brasileira, dúvida não há de que o exame aqui desenvolvido é válido a sistemas constitucionais que têm em comum com o Brasil o modelo de Estado Democrático de Direito, razão por que, como fundamentação teórica, socorre-se, sobretudo, da doutrina italiana das sentenças constitucionais, dando-se especial ênfase à obra de Gustavo Zagrebelsky.

INTRODUÇÃO

O tema “A sentença normativa na jurisdição constitucional” versa sobre um tipo de atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, consistente em proferir decisão criadora de norma geral e abstrata, transformando, adequando, modificando e integrando o texto de lei ou ato normativo, com o objetivo de concretizar a Constituição. A escolha do termo “sentença normativa”, para identificar este tipo de atuação, própria de legislador positivo, se justifica em razão de seu caráter elucidativo, designando justamente seu significado, qual seja, a decisão proferida, em sede de controle concentrado abstrato, capaz de criar norma geral e abstrata, tendo como objetivo primordial a garantia dos direitos fundamentais e do princípio da igualdade estipulados na Constituição.

Embora o objeto desta tese seja a sentença normativa na jurisdição constitucional brasileira, dúvida não há de que boa parte das reflexões aqui desenvolvidas possuem validade em sistemas constitucionais que comungam com o Brasil o modelo de Estado Democrático de Direito. Como contrapartida, esta tese muito se vale da doutrina produzida na Itália, que há muito vem se dedicando ao tema. Certamente, na Itália, a reflexão a respeito da sentença normativa tem tido uma importância superior à que se tem atribuído no Brasil, pois a Corte Constitucional italiana assumiu o papel de legislador positivo de maneira clara e pública. No Brasil, diferentemente, o Supremo Tribunal Federal profere sentença normativa, mas oculta este fato, mesmo após a entrada em vigor, por meio das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99, dos mecanismos que legitimam essa atuação.

O método de trabalho adotado nesta tese limitou-se ao exame da doutrina e da jurisprudência pertinentes. No que concerne à abordagem metodológica, o delineamento de seu objeto exigiu uma pesquisa dogmática, nas três dimensões do termo: analítica, empírica e normativa. A dimensão analítica correspondeu à precisão dos conceitos envolvidos no trabalho. A dimensão empírica ocupou-se do direito vigente na visão dos tribunais – objeto privilegiado desta investigação. E a dimensão normativa se propôs a sugerir algumas possíveis soluções aos problemas enfrentados. Enfim, “é essa multidimensionalidade que expressa o caráter prático da pesquisa. Não se cuida aqui de análise puramente teórica. Pretende-se, pelo contrário, não só

contribuir para a discussão sobre os direitos fundamentais, mas também fornecer subsídios para a atividade jurisprudencial.”¹

Para tratar da sentença normativa na jurisdição constitucional, dividiu-se esta tese em três capítulos.

O primeiro capítulo discorre sobre a Constituição e a jurisdição constitucional. Parte-se do pressuposto de que o Brasil, com a Constituição de 1988, por meio do poder constituinte originário, se propôs a concretizar os direitos fundamentais, estabelecendo os alicerces sociais do Estado Democrático e os direitos que o caracterizam. O primeiro capítulo dedica-se a demonstrar que a jurisdição constitucional consiste no meio através do qual o Poder Judiciário deve resolver os conflitos de interesses para obter a justiça constitucional. Assim, a jurisdição constitucional é um caminho através do qual se interpreta e se aplica a Constituição para se chegar à justiça constitucional. Como cada Estado Democrático de Direito, dependendo de sua realidade histórica, detém um sistema de jurisdição constitucional, que configura um modelo para a função de controle das suas leis e atos normativos, o capítulo primeiro analisa os seguintes: a) o sistema difuso de jurisdição constitucional, que se exemplifica através dos Estados Unidos da América; b) o sistema concentrado de jurisdição constitucional, cujos exemplos são a Áustria, a Alemanha e a Itália; e c) o sistema misto de jurisdição constitucional, em que se vislumbram os sistemas de Portugal, da Venezuela, do Peru e do Brasil. Por fim, neste primeiro capítulo, são feitas as considerações históricas sobre a jurisdição constitucional brasileira, desde a Constituição de 1891 até a Constituição de 1988.

No capítulo segundo são analisadas as funções da jurisdição constitucional exercidas pelo Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional, que se dividem em: a) função de controle de constitucionalidade; b) função interpretativa com efeito vinculante; e c) função normativa. Quanto à função de controle de constitucionalidade, esta foi subdividida nos meios de acesso ao controle difuso e nos meios de acesso ao controle concentrado. Quanto à função interpretativa com efeito vinculante, discute-se a extensão de sua obrigatoriedade não só à parte dispositiva, mas também aos fundamentos determinantes da decisão. A

¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito. São Paulo: USP, 2004. (tese de Livre Docência). p.24.

súmula vinculante também é analisada neste segundo capítulo. Quanto à função normativa, o capítulo segundo investiga os precedentes desta função exercida pelo Poder Judiciário nacional, por meio dos regimentos internos dos tribunais, das instruções e resoluções dos tribunais eleitorais e das sentenças normativas dos tribunais e juízes do trabalho. Sobre a função normativa na jurisdição constitucional, o capítulo segundo explora o papel de legislador positivo do Supremo Tribunal Federal e critica a concepção de legislador negativo de Kelsen. Finalizando o capítulo, demonstra-se a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo sob três aspectos: a) a defesa dos direitos fundamentais; b) a existência de um segundo poder constituinte originário; e c) o redimensionamento dos poderes em funções estatais.

O terceiro capítulo trata da sentença normativa na jurisdição constitucional e da atuação do Supremo Tribunal Federal. Neste capítulo, analisa-se a sentença normativa no ordenamento italiano, definem-se as fases e a tipologia dessa sentença no Tribunal Constitucional, confrontam-se os exemplos de sentença normativa no ordenamento venezuelano e peruano e examinam-se os requisitos da sentença normativa, que são: a) a omissão ou edição de lei ou ato normativo que contrarie a Constituição; e b) a observância da realidade histórica e do resultado possível. No capítulo terceiro, distingue-se claramente *lei* de *norma*, para se evitar equívocos entre o dispositivo emanado do Poder Legislativo – lei – e a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal – norma. O terceiro capítulo explicita, ainda, os fundamentos material e formal da sentença normativa. Por fim, são analisados os casos de sentenças normativas já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e suas conseqüências no ordenamento jurídico.

Cumprindo assinalar, finalmente, que todas as citações são traduções da autora feitas dos textos referidos na pesquisa, cujos dados bibliográficos, inclusive as páginas das quais extraídas, estão indicadas nas notas de rodapé constantes de cada capítulo. E, nas referências bibliográficas, além das obras citadas no corpo do trabalho, mencionam-se outras também utilizadas para sua elaboração.

CONCLUSÕES

1. A Constituição, tanto analisada sob o ponto de vista procedimental quanto materialmente examinada, é a lei suprema que estabelece os alicerces da convivência social, organizando o exercício do poder político e declarando os direitos fundamentais, cuja proteção e promoção constituem o arcabouço da legitimidade democrática. O sentido normativo da Constituição, num Estado Democrático de Direito, exige então que seu texto deva ser dia-a-dia atualizado pelos mecanismos de concretização constitucional, mas não ridicularizado por reformas constitucionais inconseqüentes, uma vez que a vontade política da maioria governante do momento não pode prevalecer contra a vontade do povo expressa pelo poder constituinte originário.

2. No Estado Democrático de Direito, a pessoa humana é destinatária, através da Constituição, não apenas de direitos fundamentais de defesa, direitos subjetivos da pessoa humana – intrinsecamente relacionados com a liberdade e com o direito de participação –, mas também de direitos fundamentais de prestação, direitos ao mínimo de condições materiais para assegurar sua dignidade.

3. No plano da efetividade constitucional, fato incontestado é que os Poderes Executivo e Legislativo se descuidaram, no Brasil, da implementação dos direitos fundamentais. Quanto ao Poder Executivo, as razões são várias, dentre elas: a falta de competência do administrador público, a falta de organização de receitas e despesas, a falta de prioridade nos planos de governo e, conseqüentemente, a falta de orçamento do ente público. Quanto ao Poder Legislativo, os motivos são: a omissão em legislar infra-constitucionalmente como devem ser concretizados os direitos fundamentais, assim como o fato de legislar, em muitos casos, contrariamente a esses direitos. Com isso, o Poder Judiciário passou a ter reconhecida uma função de maior destaque, assumindo, por determinação constitucional, tarefas de equilíbrio e de controle entre os Poderes Legislativo e Executivo.

4. O princípio da separação dos poderes, atualmente envolto com as idéias de equilíbrio e controle, deve ser analisado não só em relação à tripartição entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mas também sob a perspectiva da existência de dois poderes constituintes originários e de um poder constituinte derivado. Isto porque, após a elaboração da Constituição, surgem dois novos poderes constituintes e não apenas um: o constituinte derivado e o segundo constituinte originário. O poder constituinte derivado consiste na atribuição ao Poder Legislativo do poder de emendar o texto constitucional, enquanto que o segundo poder constituinte originário é aquele que atualiza a Constituição, através das decisões do Tribunal

Constitucional. O segundo poder constituinte originário não desampara a Constituição depois de feita, para que seu texto não seja implementado pelos aproveitadores de ocasião e fique desatualizado; pelo contrário, as decisões do Tribunal Constitucional atualizam e rejuvenescem a Constituição. Tanto o poder constituinte derivado quanto o segundo poder constituinte originário produzem modificações constitucionais por meio de sua função normativa, redimensionando o princípio da separação dos poderes e redefinindo a função que compete ao Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais.

5. Conforme demonstrado ao longo da investigação, a ordem constitucional não é garantida pela harmonia entre os Poderes, mas pelo seu conflito, razão pela qual a própria Constituição impõe ao Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional, a incumbência de atuar como efetivo defensor dos direitos fundamentais. Para efetivar esta atribuição, conforme ao compromisso do Estado Democrático de Direito, o Supremo Tribunal Federal exerce além da função jurisdicional, comum a todo o Poder Judiciário, a função de controle de constitucionalidade, a função de interpretação com efeito vinculativo e a função normativa.

6. O Supremo Tribunal Federal, cômico de sua função de guardião da Constituição, deve ter como ponto mediano, para estabelecer o equilíbrio e o controle dos demais Poderes, o compromisso do Estado Democrático de Direito com a implementação dos direitos fundamentais, não restringindo sua atuação de Tribunal Constitucional à fiscalização da inconstitucionalidade das leis e atos normativos, mas também agindo, em casos excepcionais, como legislador positivo.

7. Através da função normativa do Supremo Tribunal Federal surge a possibilidade da integração judicial do ordenamento, que consiste na criação judicial de norma geral e abstrata pela ausência de lei provocada pelos poderes políticos e/ou pelo próprio Supremo Tribunal Federal com a declaração de inconstitucionalidade. Sem a função normativa do Supremo Tribunal Federal, ter-se-ia, em variadas situações, o esvaziamento de direitos reconhecidos na Constituição.

8. Para aqueles que afirmam que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, não pode legislar positivamente, pois esta não é sua função, caracterizando uma interferência indevida nos Poderes Executivo e Legislativo, a resposta é que a separação dos poderes, como princípio, há muito tempo foi redimensionada. Além do mais, a sentença normativa já é praticada pelo Supremo Tribunal Federal, quando se trata da edição de uma lei ou ato normativo eivado de inconstitucionalidade, em que a Corte, para manter seu texto, evitando um vazio normativo: a) manipula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, transformando a lei ou ato normativo inconstitucional que seria nulo em anulável; para tanto, utiliza-se do material normativo pré-existente, recriando norma geral e abstrata retroativamente, para que esta produza

efeitos em período no qual a lei ou ato normativo não era válido no mundo do direito (art. 27, da Lei n. 9.868/99 e art. 11, da lei n. 9.882/99); b) interpreta conforme à Constituição com redução teleológica, criando norma geral e abstrata com algo a mais ou com sentido diverso daquele originariamente determinado no texto da lei ou ato normativo (art. 28, parágrafo único da Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99); e c) declara a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, por meio de interpretação conforme à Constituição com redução teleológica, criando norma geral e abstrata com algo a mais ou com sentido diverso do texto da lei ou ato normativo, nos moldes da hipótese anterior (art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99).

9. Quando se trata de omissão de lei ou ato normativo contrário à Constituição, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não pode utilizar-se da sentença normativa para resolver os conflitos levados a seu conhecimento em sede de controle concentrado abstrato de constitucionalidade. Certo é que a Constituição de 1988 determina, em seu art. 103, § 2º, que, “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.” Desta forma, não é admissível sentença normativa nos casos de omissão total ou absoluta e de omissão parcial. No entanto, quando tratar-se de omissão relativa, na hipótese em que a afronta ao princípio da igualdade implica diretamente violação da dignidade humana, cabe ao Supremo Tribunal Federal proferir sentença normativa.

10. Uma objeção recorrente diz respeito à reserva do possível. Ora, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - por meio de sentença normativa - que possam gerar despesas públicas, se são o resultado de imposição direta da Constituição, não são discricionárias, mas tornam-se um dever. Uma vez que se diga que a despesa é constitucionalmente obrigatória, o legislador não pode contrariar as decisões da Corte em nome da própria discricionariedade política. Cumpre lembrar que os requisitos da sentença normativa são: a) omissão ou edição de lei ou ato normativo que contrarie a Constituição, obedecidos os critérios estabelecidos pelas Leis n.º 9.868/99 e 9.882/99; e b) a observância da realidade histórica e do resultado possível. Assim sendo, é preciso que o Supremo Tribunal Federal, quando proferir sentença normativa, não desconsidere a reserva do possível, cercado-se de todos os cuidados para saber quais são seus reflexos nas contas públicas. Estes cuidados dar-se-iam através da análise das leis orçamentárias: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual dos entes estatais envolvidos na causa, além de estudos elaborados por técnicos orçamentários, peritos contadores, médicos, psicólogos, estes dois últimos nos casos que envolvam os direitos à

vida e à integridade física e psíquica da pessoa humana, etc., valendo-se a Corte, para tanto, inclusive de audiência pública, conforme determina o art. 9º, §§ 1º e 3º, da Lei n. 9.868/99, e art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.882/99.

11. O caráter inovador da sentença normativa tem como fundamento material o compromisso da jurisdição constitucional com a efetividade dos direitos fundamentais. Não possuindo expressa previsão na Constituição que se propõe a concretizar, o exercício da função normativa pelo Supremo Tribunal Federal se fundamenta formalmente na teoria dos poderes implícitos, pois, a quem se atribui a função de guardião da Constituição, devem ser conferidos os meios para guardá-la tanto formal quanto materialmente. Em consequência, caso os Poderes Executivo e Legislativo violem a Constituição, seja por ação, seja por omissão, o Supremo Tribunal Federal pode proferir sentença normativa para guardar a ordem constitucional.