PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE

ARNALDO RICARDO ROSIM

A OMISSÃO LEGISLATIVA E AS SENTENÇAS ADITIVAS EM SEDE DE AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

SÃO PAULO

2011

ARNALDO RICARDO ROSIM

A OMISSÃO LEGISLATIVA E AS SENTENÇAS ADITIVAS EM SEDE DE AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

TRABALHO DE MONOGRAFIA JURÍDICA APRESENTADO
NO CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO *LATO SENSU* DA
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO
PAULO, COMO REQUISITO PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO
DE ESPECIALISTA EM DIREITO, NA ÁREA DE DIREITO
CONSTITUCIONAL, SOB A ORIENTAÇÃO DO PROFESSOR
DERLY BARRETO E SILVA FILHO.

SÃO PAULO

2011

FOLHA DE APROVAÇÃO

ARNALDO RICARDO ROSIM

A OMISSÃO LEGISLATIVA E AS SENTENÇAS ADITIVAS EM SEDE DE AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

TRABALHO DE MONOGRAFIA JURÍDICA APRESENTADO NO CURSO DE
ESPECIALIZAÇÃO *LATO SENSU* DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO
PAULO, COMO REQUISITO PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE ESPECIALISTA EM
DIREITO, NA ÁREA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, SOB A ORIENTAÇÃO DO
PROFESSOR DERLY BARRETO E SILVA FILHO.

Banca examinadora:

RESUMO

O presente estudo tem como tema a omissão legislativa inconstitucional, decorrente das normas constitucionais de eficácia limitada e a busca por sua efetividade.

Pretende revelar a trajetória do entendimento do Supremo Tribunal Federal no trato da omissão legislativa, por meio dos dois principais instrumentos de controle previstos na Constituição brasileira: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Aponta o emprego das sentenças aditivas para o preenchimento das lacunas constitucionais pela Excelsa Corte, inicialmente no mandado de injunção e busca analisar a possibilidade de aplicação desta espécie de decisão na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, apreciando ainda as principais objeções levantadas pela doutrina para o emprego de tal meio de defesa da Constituição.

Palavras-chave:

Direito; Constituição; Omissão; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; Sentença Aditiva

ABSTRACT

This essay is about the unconstitutional legislative omission due to constitutional patterns of limited efficacy and the search for their effectiveness.

This work aims to reveal the trajectory of the Brazilian Supreme Court concerning the legislative omission through the two principal means of control listed on the Brazilian Constitution: the injunctive writ and the direct unconstitutionality suit due to omission.

It indicates the use of the additive sentences in order to supply the constitutional omission by the Supreme Court, beginning with the injunctive writ. In addition, it intends to analyse the possibility of this type of decision application in the direct unconstitutionality suit due to omission, considering also the principal objections listed by the doctrine for the application of this kind of defense in the Constitution.

Key-words:

Law; Constitution; Omission; Direct action of unconstitutionality per omission, Additive sentence

SUMÁRIO

1. Introdução	7
2. Da omissão legislativa	9
2.1 – Conceito de omissão	9
2.2 - Principais classificações	12
2.3 – A omissão inconstitucional – norma constitucional de eficácia limitada	13
2.4 - Princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição.	16
2.5 - Breve histórico do controle judicial das omissões inconstitucionais no Direito Brasileiro	18
3. Instrumentos de proteção judicial contra omissões legislativas	22
3.1 – Mandado de Injunção – conceito, teorias	22
3.2 – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	25
3.2.1 – Conceito	25
3.2.2 – O Supremo Tribunal Federal e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	30
3.2.3 – A Lei 12.063/09	32
4. Sentenças normativas	36
4.1 – Conceito	36
4.2 - Espécies segundo classificação portuguesa e italiana	36
4.3 – Sentenças aditivas	37
4.4– Da adição no Supremo Tribunal Federal em Mandado de Injunção.....	39
4.5- Da admissibilidade das sentenças aditivas em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	40
5. Objeções doutrinárias ao emprego da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão para o suprimento das omissões legislativas.....	43
6. Conclusão	50
Referências bibliográficas	53

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho decorre dos estudos realizados no Curso de Especialização em Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo no biênio 2009/2010 e reflexões sobre o que considero o tema mais apaixonante do Direito Constitucional e que acredito ainda não suficientemente abordado, que é a omissão legislativa inconstitucional, bem como de um de seus instrumentos de ataque mais relevantes: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Inicialmente, buscarei conceituar a omissão legislativa¹, apontando ainda algumas das mais importantes classificações doutrinárias.

Em seguida, traçarei breve esboço sobre o princípio da efetividade e sua importância no estudo da omissão inconstitucional.

Ato contínuo, tecerei breves comentários acerca das duas principais ações constitucionais aptas a enfrentar o tema das omissões², iniciando pelo mandado de injunção e, finalmente, abordando diretamente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, suas características e algumas questões relevantes³.

Depois, discorrerei brevemente sobre as sentenças aditivas, em busca do suprimento das omissões.

Após, apontarei as principais objeções da doutrina majoritária à utilização da ação direta para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais.

Finalmente, defenderei a possibilidade de aplicação de sentenças aditivas no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de forma a unir os assuntos abordados.

Desconheço trabalho que traga abordagem integral sobre o tema.

Com efeito, escolhemos os livros de Flávia Piovesan ("Proteção Judicial contra Omissões Legislativas"), Elival da Silva Ramos (Aspectos paradigmáticos do

¹ Conforme ensina Luis Roberto Barroso (*O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 4ª edição, 2009, São Paulo, Saraiva, página 32), a omissão inconstitucional pode decorrer da atuação de qualquer dos Poderes estatais. Por isso, entendi necessária a maior delimitação do tema.

² Embora admita em tese a possibilidade de defesa das omissões parciais por meio de exceção, não será objeto de análise no presente estudo.

³ A argüição de descumprimento de preceito fundamental, embora aceita por Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas como instrumento apto a ser utilizada para provocar o Supremo Tribunal Federal nos atos comissivos e omissivos violadores de preceitos fundamentais (*A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatária*, Revista Jurídica Virtual, Brasília, n. 8, jan. 2000), não será abordada neste trabalho.

Ativismo Judicial) e o texto de Carlos Blanco de Moraes (“As Sentenças com efeitos Aditivos”) como obras norteadoras do presente estudo.

Espero que estas singelas linhas sirvam de estímulo para trabalhos mais aprofundados sobre os temas e quiçá, ajude de alguma forma a tornar mais efetivas as sentenças proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

2. DA OMISSÃO LEGISLATIVA

2.1 Conceito de omissão

Não se pode olvidar que o ato de legislar, em regra, é uma faculdade do órgão legislativo.

Porém, em alguns casos, a Constituição impõe ao legislador o dever de editar norma a fim de regular um preceito constante de seu texto. Não cumprindo o órgão competente o seu mister, dá-se a omissão legislativa inconstitucional.⁴

Conforme ensina Jorge Miranda, a omissão ocorre “sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo acto ou certa actividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem conseqüências mais ou menos adequadas.”⁵

Para gerar uma inconstitucionalidade, a omissão legislativa “deve conexionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar.”⁶

A omissão legislativa não decorre obrigatoriamente da inação do Poder Legislativo, mas da inatividade na elaboração do texto necessário ao exercício de direitos fundamentais por qualquer ente apto a produzir atos normativos.

Jorge Miranda elenca como pressupostos da inconstitucionalidade por omissão os seguintes:

- a) Que o não cumprimento da Constituição derive da violação de certa e determinada norma;
- b) Que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma;
- c) Que se trate de norma não exequível prescritiva, e não meramente permissiva;

⁴ Doutrina Regina Maria Macedo Nery Ferrari que “a omissão inconstitucional se liga a uma exigência constitucional de ação, não sendo fundamentada pelo simples dever geral de elaboração normativa” em *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 5ª edição, 2004, São Paulo, RT, página 362.

⁵ *Manual de Direito Constitucional, tomo VI – 3 edição*, Coimbra, 2008, Coimbra Editora, página 305.

⁶ Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª edição, Lisboa, 1999, Almedina, página 967.

d) Que, nas circunstâncias concretas da prática legislativa, faltem as medidas legislativas necessárias para tornar exeqüível aquela norma.”⁷

Extrai-se dos ensinamentos do mestre lusitano que não basta a violação geral do texto constitucional, no tocante aos seus princípios e disposições em sentido amplo, mas sim de norma certa e determinada positivada constitucionalmente.

A inércia legislativa é considerada como processo informal de mutação constitucional (Anna Cândida da Cunha Ferraz, citada no voto do Ministro Celso de Mello no Mandado de Injunção 542), o que traduz inaceitável desprezo da autoridade da Constituição.

Para Gilmar Mendes *et alli*, a omissão legislativa pode resultar tanto de comandos explícitos como implícitos na Constituição.⁸

Note-se que na maioria das vezes, a omissão resulta de violação ao princípio da isonomia,⁹ mais especificamente nos casos de omissão parcial, exigindo-se, para tanto, a comparação de ao menos duas situações distintas.

Boa parte da doutrina inclina-se, nestes casos, a ampliar o campo de incidência da norma, a fim de solucionar a lacuna legal, mesmo ciente do risco à configuração tradicional dos poderes.

Questão relevante diz respeito à configuração da mora legislativa.

O simples transcurso do prazo constitucionalmente assinalado já é suficiente para a configuração da mora legislativa.

Percebe-se que o constituinte não se preocupou, em regra, em fixar o lapso temporal para a configuração da inércia legislativa ensejadora da omissão constitucional. Temos na hipótese do artigo 12, parágrafo 2º das Disposições Constitucionais Transitórias uma exceção. E nem poderia ser diferente.

Não apenas o tempo, mas ainda a relevância e complexidade da matéria, bem como as condições materiais para a implementação são variáveis a serem

⁷ Obra citada, página 317.

⁸ *Curso de Direito Constitucional*, 4ª edição, São Paulo, 2009, Saraiva-IBDP, página 1239.

⁹ Para Celso Antonio Bandeira de Mello, “é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto” em *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 2ª edição, São Paulo, 1984, Editora Revista dos Tribunais, página 49.

consideradas pelo Excelso Tribunal para a aferição da razoabilidade da demora do legislador.¹⁰

Não se pode aceitar a idéia que o órgão legislativo disponha de uma discricionariedade infinita em editar a norma legislativa faltante, pois a omissão normativa é violadora da ordem constitucional.

Com propriedade, Carlos Gonçalves Junior disserta que

se não é legítimo atribuir ao Poder Legislativo um prazo determinado e terminativo para que encontre o consenso de uma maioria parlamentar para aprovar as leis integrativas que a Constituição impõe e a sociedade anseia, também não é legítimo que se aguarde de forma indeterminada e insensata pela manifestação legislativa.¹¹

Tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal entendia que iniciado o processo legislativo, não se poderia falar em omissão inconstitucional (Ação Direta de Inconstitucionalidade 2495 – Ilmar Galvão). Porém, existindo projetos legislativos e ocorrendo *inertia deliberandi* (na discussão e votação), ou seja, não sendo estes projetos apreciados em prazo razoável, cabível a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (Ação Direta de Inconstitucionalidade 3682 – Gilmar Mendes).

Cabe anotar o decidido no Mandado de Injunção 361-1: “A mora – que é pressuposto de declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa – é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo decorrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para edição do ato legislativo necessário à efetividade da Lei Fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento para o dever de legislar nem a pendência de projeto de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar.”

¹⁰ Junior, Carlos Gonçalves, *A omissão legislativa inconstitucional no contexto da Republica Federativa do Brasil*, Dissertação de Mestrado – PUC/SP, São Paulo: 2007, páginas 71/72.

¹¹ Obra citada, página 70.

Finalmente, assinalo que, embora os mais visíveis exemplos de omissão inconstitucional se dêem em matéria de direitos fundamentais, neles não se esgotam, podendo inclusive afetar a autonomia dos entes federados.

Para ilustrar tal afirmação, segue excerto de Derly Barreto da Silva Filho:

...ao atingirem a autonomia das unidades da Federação, as omissões inconstitucionais da União repercutem nos direitos fundamentais, na medida em que os Estados ficam total ou parcialmente impedidos de cumprir os seus encargos constitucionalmente previstos.¹²

Este mesmo autor revela que a preocupação com as omissões inconstitucionais em nosso País não é recente, remontando a Pimenta Bueno, ao comentar a Constituição de 1824. Pela importância histórica do texto, transcrevo integralmente o trecho citado:

Convém e é justo contar sempre com a razão pública, desenvolver o sistema constitucional, não parar na inação, promover a confecção das leis, das instituições, dos melhoramentos necessários (...), isto é, deduzir as conseqüências lógicas das promessas constitucionais, para que não permaneçam só em letras mortas.¹³

2.2 Principais classificações

A omissão total ou absoluta decorre da completa ausência de norma necessária para a aplicação dos preceitos constitucionais.

Para Carlos Blanco de Moraes, “as omissões relativas implicam que um dado regime jurídico normativo viole, através de um silêncio redutor ou não inclusivo,

¹² *As omissões inconstitucionais e suas implicações no regime federativo brasileiro – RT 713/7*

¹³ Obra citada.

princípios reitores do sistema de direitos fundamentais.”¹⁴ Assevero, inclusive, que estas podem decorrer da alteração das situações fáticas, que provoquem uma inconstitucionalidade superveniente. Já Wessel entende que a omissão relativa decorre da violação do princípio da igualdade, sendo objeto de fiscalização de inconstitucionalidade, enquanto a absoluta, não.¹⁵

Gomes Canotilho diferencia a omissão legislativa decorrente de “violação de preceitos constitucionais concretamente impositivos”, do descumprimento derivado das normas-fim e normas-tarefa (abstratamente, buscam a consecução de certos objetivos).¹⁶

Jorge Miranda aponta que as omissões, sejam elas constitucionais ou legais, podem decorrer de atos de conteúdo normativos ou não, abrangendo não apenas com a função legislativa, política ou de governo, mas também com a função administrativa e, até mesmo, com a função jurisdicional, além da omissão da revisão constitucional.¹⁷

Ressalto ainda a diferenciação empreendida pela Corte de Justiça do Estado da Geórgia, nos Estados Unidos, que aponta duas modalidades de omissão: o vazio legal (legal gap) e a omissão legal (legal omission), a qual objetiva delimitar o âmbito de atuação do Poder Judiciário. No primeiro caso, seria possível a aplicação da analogia para a colmatação da omissão. Na segunda, haveria o silêncio intencional e imperfeito do legislador, para o qual não caberia suprimento judicial.¹⁸

2.3 A omissão inconstitucional – norma constitucional de eficácia limitada

¹⁴ *As sentenças com efeitos aditivos em As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*, coordenador: Carlos Blanco de Moraes, Lisboa, 2009, AAFDL, página 28.

¹⁵ Citado por Francisco Fernández Segado - *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas* - Estudios Constitucionales, Año 7, Nº 2, 2009, página 15. O mesmo texto aponta a discordância de Mortati sobre a impossibilidade de controle das omissões absolutas e que o controle das omissões relativas não se restringiria às violações do princípio da igualdade.

¹⁶ Obra citada, página 967.

¹⁷ Obra citada, página 305.

¹⁸ Leal, Roberto Gesta. *As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teóricos-práticos da experiência norte-americana e brasileira* em “Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias. Coordenação: Rogério Gesta Leal e Mônia Clarissa Hennig Leal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, página 02.

Ponto que a omissão inconstitucional se dá nas denominadas normas constitucionais de eficácia limitada. Com efeito, necessária uma breve abordagem da evolução do pensamento doutrinário sobre o assunto.

A doutrina italiana foi a que mais contribuiu para o desenvolvimento da eficácia das normas constitucionais.

Gaetano Azzaritti, segundo presidente da Corte Constitucional Italiana, na década de 50, classificava as normas constitucionais como diretivas e preceptivas. As primeiras prestavam-se a nortear o legislador infraconstitucional, não possuindo qualquer eficácia. Consequentemente, não opunham resistência à sua violação pela legislação inferior. Dotadas de alto grau de abstração, eram dirigidas ao legislador e impunham-se sobre os comportamentos estatais. As normas preceptivas, por sua vez, eram normas completas e concretas, dispunham do atributo de imperatividade, sendo de observância obrigatória e aplicabilidade imediata ou não. Incidiam sobre as relações privadas e eram dirigidas aos cidadãos e ao juiz.

A classificação proposta por Vezio Crisafulli inovou ao dotar todas as suas modalidades de eficácia. Dividiu as normas constitucionais em imediatamente preceptivas ou constitutivas, diferidas e programáticas. As primeiras, diretamente regulam diretamente as relações entre os particulares. As segundas são aquelas que regulam imediatamente a matéria, permitindo atuação do legislador inferior para a efetivação prática do dispositivo, dispondo a nova legislação sobre os meios técnicos ou instrumentais, dirigindo-se, portanto, aos Poderes, cidadãos e aos órgãos estatais.¹⁹ As últimas, por sua vez, dependem de complementação, mas ao contrário do tratamento anteriormente recebido, têm o condão de vincular o legislador infraconstitucional.²⁰

O mais influente trabalho pátrio sobre o assunto, sem dúvida, foi elaborado por José Afonso da Silva.

Segundo este autor, as normas constitucionais se dividem em três distintas categorias: as normas de eficácia plena, as de eficácia contida e as de eficácia limitada ou reduzida. As primeiras produzem imediatamente todos os seus efeitos jurídicos, possuindo aplicabilidade direta, imediata e integral, não admitindo qualquer restrição do legislador inferior. As segundas assemelham-se às anteriores, admitindo

¹⁹ Flavia Piovesan, obra citada, página 64.

²⁰ Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 12ªed, São Paulo: Malheiros, 2002, página 216 e seguintes.

restrições impostas pelo órgão legislativo. Dispõem, portanto, de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral. Finalmente, as normas constitucionais de eficácia limitada não são aptas a produzir todos os seus efeitos de imediato, ficando a cargo do legislador infraconstitucional ou outro órgão complementar o sentido. Com efeito, a aplicabilidade desta modalidade normativa constitucional é considerada indireta, mediata e reduzida.

Leciona ainda José Afonso da Silva que a omissão inconstitucional “verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais”.²¹

Extraí-se do excerto acima que nem todas as normas constitucionais possuem eficácia plena, total. Prosseguindo, que algumas, embora permitam aplicação imediata, podem ser contidas por normas infraconstitucionais restringíveis, as quais delimitam o âmbito de aplicação da norma constitucional. E ainda, que algumas possuam baixa eficácia normativa, dependendo de regulamentação ulterior pelo legislador ordinário. Estas últimas remetem à doutrina norte-americana, podendo considerá-las como *not self-executing provisions* (Thomas McIntyre Cooley).

Com propriedade, Tércio Sampaio Ferraz diferencia eficácia de efetividade. A primeira é norma que relaciona-se com as “condições de aplicação e obediência”, permitindo um “controle sobre os efeitos do Direito” e que tem como principal característica o “sucesso” da norma, enquanto a segunda é aquela observada em toda a sua amplitude. Ressalta, porém, que na dogmática constitucional não se observa normalmente esta diferenciação.²²

A norma constitucional de eficácia limitada divide-se, na já clássica lição do já citado José Afonso da Silva, em normas constitucionais de princípio institutivo, que são normas de organização, que traçam linhas gerais estruturantes para complementação do legislador infraconstitucional, e as normas constitucionais de princípio programático, por meio das quais o constituinte buscou somente lançar os princípios a serem observados pelos demais órgãos estatais.

A teoria do mestre das Arcadas não é isenta de críticas.

²¹ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10ª edição rev., São Paulo: 1995, Malheiros, página 51.

²² *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990, página 15.

Celso Antonio Bandeira de Mello, discorrendo sobre a eficácia das normas constitucionais de eficácia social, apontou que não se pode conceber que um comando infraconstitucional possua mais força que a própria Constituição.²³

Apono, por oportuno, que as normas constitucionais de eficácia limitada ligam-se na Constituição pátria, basicamente, aos Direitos Sociais e Econômicos.

2.4 Princípios da máxima efetividade²⁴ e da força normativa da Constituição

Partindo do pressuposto que a Constituição corresponde ao topo da pirâmide normativa criada por Hans Kelsen, inquestionável que a mesma irradia seus efeitos com supremacia a todos os demais textos normativos, norteando a produção legislativa e a atuação da Administração e de seus órgãos e agentes.²⁵

Não basta considerar a Constituição como rele “folha de papel” onde atuam os fatores reais do poder, como descreveu Ferdinand Lassale.²⁶

Dada a posição superior da Constituição no sistema normativo, para a interpretação de seu texto devem ser observados alguns princípios norteadores, como os da supremacia, da unidade e da harmonização, da presunção de constitucionalidade das leis, da proporcionalidade e, no que mais interessa ao presente estudo, o da máxima efetividade e da força normativa da Constituição.

Considerado um dos três aspectos mais importantes do estudo dos direitos fundamentais,²⁷ o princípio da efetividade, por meio do qual, em caso de conflito entre as normas, “cabe a preferência àquela norma mais apta a desdobrar com maior intensidade a eficácia jurídica do direito fundamental”, segundo Thoma²⁸.

²³ Citado por Roberto Baptista Dias da Silva em *Manual de Direito Constitucional*. Barueri: Manole, 2007, página 82.

²⁴ Canotilho o denomina ainda “princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva”. *Direito Constitucional*. 3ªed. Coimbra: Almedina, 1999, página 1149.

²⁵ Como bem assevera Derly Barreto e Silva Filho, “da posição destacada da Constituição tira-se a máxima segundo a qual: *norma constitucional prevalece; ato ou norma infraconstitucional se conforma*. (*Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003, página 27 – grifos do autor).

²⁶ *O que é uma Constituição?* Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2004, página 68.

²⁷ Os outros dois são a função protetora e o caráter unitário e unificador. (Paulo Bonavides, obra citada, página 547).

²⁸ Citado por Paulo Bonavides (obra citada, página 547).

Conforme ensina Häberle, o princípio da efetividade atribui aos postulados constitucionais tidos como meramente programáticos “vinculatoriedade imediata das cláusulas de realização”.²⁹

Definimos o princípio da efetividade como o postulado abstrato de interpretação que objetiva às normas constitucionais concretização na maior amplitude possível sem que seja necessária a alteração de seu conteúdo.

A importância do estudo do princípio da força normativa da Constituição para a apreciação das omissões inconstitucionais é destacado pelo Ministro Gilmar Mendes em voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 3682.

Por intermédio deste cânone interpretativo, busca-se a máxima eficácia, de acordo com as peculiaridades de cada caso, sem a necessidade de alteração do texto constitucional,³⁰ atualizando-a, adquirindo força normativa conforme concretiza a “vontade da Constituição”, como denomina Konrad Hesse.³¹

Percebe-se que a diferenciação entre os princípios da efetividade e da força normativa da Constituição é muito sutil, atribuindo a doutrina ao primeiro, a vinculação ao último.

Nada mais danoso a uma Constituição do que a sua elaboração sem a intenção de vê-la efetivada ou a reprovável atuação dos governantes de aplicação da mesma apenas de acordo com seus interesses, em conflito com os desígnios dos demais cidadãos. Afinal, os dispositivos constitucionais não podem ser tomados como simples “promessas” de atuação pelos órgãos legitimados.

Ademais, tal conduta gera o que Karl Lowenstein denominou de *erosão da consciência constitucional*, ou seja, o preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita (Ação Direta de Inconstitucionalidade 1484 – relator Ministro Celso de Mello).

Por isso, a Constituição somente será efetivamente cumprida por ocasião da atuação dos poderes constituídos a fim de colmatar as lacunas deixadas pelo Constituinte à sua atuação.³²

²⁹ Citado por Bonavides (obra citada, página 549).

³⁰ Konrad Hesse. *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, página 50.

³¹ Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, SAFE, 1991.

³² Ferrari, Regina Maria Macedo Nery, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 5ª edição, 2004, São Paulo: RT, página 357.

Embora existam respeitáveis juristas defensores da tese da possibilidade de o legislador se manter inerte no tocante à omissão do Texto Constitucional, à luz da conveniência e oportunidade da regulamentação, por força dos princípios democrático e da separação e interdependência dos órgãos de soberania³³, entendo que a vontade da Constituição estaria sendo violentada pela omissão legislativa. Ressalto ainda que não vislumbro qualquer violação à tripartição das funções do Estado pelo preenchimento da lacuna legal, fazendo parte do sistema de freios e contrapesos entre os Poderes. Afinal, como acentua Luiz Alberto Gurgel de Faria, *a plena eficácia das normas constitucionais é um papel que compete a cada um dos poderes, não sendo admissível a nenhum seu descumprimento*, permitindo a Carta, *em caráter excepcional, admitir um poder exercendo a função de outro*.³⁴

Ademais, a lacuna legislativa viola ainda, no meu sentir, outros princípios constitucionais basilares, como o da segurança jurídica, da igualdade e da proporcionalidade, razão pela qual não mais deve a omissão inconstitucional ser apreciada passivamente.

Conforme doutrina José Afonso da Silva:

*Não basta, com efeito, ter uma constituição promulgada e formalmente vigente; impende atuá-la, completando-lhe a eficácia, para que seja integralmente cumprida*³⁵

Assim, indubitável que o papel exercido pelos princípios acima é o de fazer concreta a norma constitucional em sua amplitude ótima, a fim de fazer valer os direitos fundamentais inseridos no bojo do Texto Magno.

2.5 Breve histórico do controle judicial de constitucionalidade no Direito brasileiro

³³ Por todos, Canotilho, obra citada, página 972 e, em nosso País, Ferreira Filho, Manoel Gonçalves.

³⁴ *Controle da constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos*, 2001, Curitiba, Juruá, página 116.

³⁵ *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2001, página 226.

A Carta de 1824 trazia em seu artigo 173 que competia à Assembléia Geral, no início das sessões, examinar se a “Constituição Política do Estado” estaria sendo observada, não se podendo chamar tal rudimento de controle de constitucionalidade.

O modelo de controle de constitucionalidade existente na Constituição de 1891 era especificamente o difuso, com fundamento na Constituição norte-americana. Porém, não foi admitido um instituto para se atribuir efeito vinculante aos precedentes, como os *stare decisis* do seu exemplo paradigmático.

Boa parte da doutrina aponta a Lei 221 de 20 de novembro de 1894, a qual organiza a Justiça Federal como um dos esteios do surgimento do controle de constitucionalidade no Brasil, preconizando o artigo 13, parágrafo 10 que os juízes e tribunais “deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais”.³⁶

A Constituição de 1934 trouxe grandes inovações no controle de constitucionalidade, como a cláusula de reserva de plenário, o recurso extraordinário e a atribuição de efeitos *erga omnes* pelo Senado à decisão do Supremo Tribunal Federal que proclamava a inconstitucionalidade de uma lei, a instituição do mandado de segurança e principalmente, a criação da ação interventiva, cujo objeto era a declaração pelo Supremo Tribunal Federal, mediante provocação do Procurador-Geral da República, da constitucionalidade da lei que decretara a intervenção federal em razão de inobservância de certos princípios constitucionais. Eis a matriz do controle de constitucionalidade por meio de ação do Direito brasileiro.

Celso Bastos aponta o retrocesso do controle de constitucionalidade na Carta de 1937, “reduzido a quase nada”. A lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a juízo do Presidente da República, era novamente submetida ao Parlamento, que poderia rejeitar a decisão por maioria de dois terços (artigo 96, parágrafo único), o que provocava a alteração da própria Constituição.³⁷

A Constituição de 1946 restaura o papel do Judiciário como julgador da constitucionalidade das leis, reproduzindo com poucas alterações os ditames da Constituição de 1946. Uma novidade surge na representação interventiva: a intervenção somente seria decretada após a análise da argüição de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

³⁶ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, página 295.

³⁷ Bastos, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1º volume, São Paulo: Saraiva, 1988, página 307.

A Emenda Constitucional 16, de 26 de novembro de 1965, em seu artigo 2º, alterando a alínea “k” do artigo 101, inciso I da Constituição então em vigor, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.” Esta redação foi reproduzida nas Cartas posteriores e deu os contornos para o disposto no texto constitucional atual.

A Emenda Constitucional 1 de 1969 inovou com a previsão de controle de constitucionalidade de lei municipal em face da lei estadual, permitindo a intervenção estadual nos municípios.

Finalmente, por meio da Emenda Constitucional 7 de 1977 foi criada nova modalidade de representação, agora para a interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Percebe-se que ao Poder Judiciário, leia-se Supremo Tribunal Federal, ao exercer o controle de constitucionalidade, somente caberia atuar como legislador negativo, como doutrinava Hans Kelsen, retirando a norma inconstitucional do ordenamento jurídico, ao menos naquele momento histórico.³⁸

Anota-se que a primeira Constituição que trouxe em seu bojo a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão foi a da Iugoslávia, em 1974, em seu artigo 377. A seguir, tratou do assunto a Constituição de Portugal de 1976. No entanto, na Itália e Alemanha desde o final da década de 1950 e início da de 1960 o tema vinha sendo enfrentado pelas suas cortes constitucionais.

O constituinte de 1988 foi inspirado na Constituição Portuguesa de 1976 para o controle das omissões inconstitucionais, não se limitando, porém, na mera reprodução do instituto da ação direta.

Desenvolveu ainda instituto original, denominado Mandado de Injunção, o qual não se confunde com a *injunctio* do direito norte-americano e que, dados os objetivos e limitações do presente texto, será objeto de análise oportunamente.

Como consequência da atuação na Assembléia Constituinte de vários grupos sociais, os quais muitas vezes sustentavam interesses contrapostos, a “Constituição Cidadã” formou-se extensa, bem como em grande parte principiológica, em razão da

³⁸ Morais, Carlos Blanco, *As sentenças com efeitos aditivos*, em *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*, coordenador: Carlos Blanco de Morais, Lisboa, 2009, AAFDL, páginas 22/23.

necessária acomodação das vontades dos representantes.³⁹ Decorrente desta última característica, bem como do grande número de termos vagos ou imprecisos constantes do seu Texto, nota-se que restou facilitada a ocorrência das omissões inconstitucionais.

³⁹ Zamlutti Junior, René. *Controle judicial de políticas públicas, ativismo judicial e “reserva do possível”*, Monografia Jurídica, 2009, São Paulo: PUC/SP-COGAE, página 11.

3. INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO JUDICIAL CONTRA OMISSÕES LEGISLATIVAS

3.1 Mandado de Injunção – conceito, teorias

O mandado de injunção pode ser definido como uma ação mandamental constitucional que visa à tutela dos direitos inseridos na Constituição. Como já assinalado, é uma modalidade originada no Texto Magno de 1988.

A inspiração desse instituto foi o *writ of injunction* do direito norte-americano, utilizado na proteção dos direitos humanos naquele país (*Brown vs Board of Education of Topeka, 1954*), e remotamente, a *injunction* inglesa criada no século XIV, como instrumento da equidade, na ausência de *statutes*.⁴⁰

O pioneiro caso da nova ação constitucional julgado pelo Supremo Tribunal Federal foi o Mandado de Injunção 107, tendo como relator o Ministro Moreira Alves. Nele, como questão de ordem, traçou a Corte o lineamento do instituto que permanece até nossos dias.

Nele também, obteve sucesso o relator na defesa da tese de aplicação da teoria não concretista ao novel instituto, atribuindo os mesmos efeitos que entendia haver na ação de inconstitucionalidade por omissão, qual seja a mera comunicação da mora ao órgão omisso. Assim, ficou a inovadora ação constitucional aleijada de efeitos concretos, a fim de se evitar a possível sobrecarga decorrente do enorme número de demandas que poderiam ser propostas diretamente naquela Excelsa Corte, inviabilizando seu funcionamento.

Tal posicionamento contradizia defendido por ilustres doutrinadores pátrios como Galeno Lacerda, Celso Agrícola Barbi, Irineu Strenger e José Inácio Botelho de Mesquita, conforme disposto no voto do relator Ministro Neri da Silveira no Mandado de Injunção 369, bem como o dos Ministros Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Carlos Veloso.

O Ministro Marco Aurélio, no julgamento do Mandado de Injunção 325, assenta que o instituto, por ter objetivo de viabilizar direito dependente de regulamentação, necessita de atribuição de efeitos concretos, sob risco de

⁴⁰ Silva, José Afonso. *Mandado de injunção*. Em *Mandados de Segurança e de Injunção: Estudos em memória de Ronaldo Cunha Campos*. Coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Saraiva: 1990, página 397.

sobreposição deste e das ações de inconstitucionalidade por omissão. Nas palavras de Carlos Veloso no mandado de injunção n. 369, “o mandado de injunção, que tem caráter substantivo, faz às vezes da norma inconstitucional ausente e integra o direito ineficaz (ineficaz em razão da ausência da norma regulamentadora), à ordem jurídica”.

Em razão dos tímidos contornos dados pelo Supremo Tribunal Federal ao instituto, Clémerson Clève chegou a afirmar que “o mandado de injunção, por via transversa, presta um desserviço à teoria da aplicabilidade imediata dos direitos constitucionais supostamente não auto-executáveis”.⁴¹

No Mandado de Injunção 283, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, foi proferida decisão, inédita até então, estipulando prazo para que fosse preenchida a lacuna legal, sob pena de o impetrante obter, pela via judicial, indenização por perdas e danos⁴². No mesmo sentido, o posicionamento dos insígnis professores Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, para os quais, ocorrida a *mora legislatoris*, cabível ainda indenização em favor dos prejudicados pela inércia, pois “terminar o processo com a singela ciência seria permitir o abuso da omissão”.⁴³

Em seguida, evoluindo o entendimento acima, a Excelsa Corte estipulou prazo para o Poder Legislativo suprir as lacunas legais, implementando aos requerentes o direito pleiteado no caso de continuidade da mora. É o que podemos denominar sentença aditiva em sede de mandado de injunção. Neste sentido, os Mandados de Injunção 232 (relator Ministro Moreira Alves) e 284 (relator Ministro Celso de Mello).

Em outro caso onde se decidiu que compete ao Supremo fixar a norma no caso concreto (Mandado de Injunção 562), o relator Ministro Carlos Veloso apontou que cabe às partes ingressarem com ação própria para averiguar os fatos que se pretende ver aplicada a norma constitucional completada.

No julgamento do Mandado de Injunção 721 desenhava-se a mudança de orientação do Pretório Excelso.

Relatado pelo Ministro Marco Aurélio, decidiu a Corte a favor do direito de a requerente, servidora pública atuante no Ministério da Saúde, pleitear a

⁴¹ Citado por Rothenburg, Walter Claudius – *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*, São Paulo, 2005, RT, página 88.

⁴² Em sentido contrário, não admitindo indenização decorrente de omissão legislativa, a decisão proferida no Mandado de Injunção 689, relator Ministro Eros Grau.

⁴³ *Curso de Direito Constitucional*, 13ª edição, São Paulo, Saraiva, página 61.

aposentadoria especial descrita no parágrafo 4º do artigo 40 da Constituição Federal, adotando-se o previsto para o trabalho insalubre no artigo 57 da Lei 8.213. No caso, afirmou Supremo Tribunal Federal que proferia uma decisão de natureza “mandamental” e com efeitos “inter partes”, a fim de diferenciá-la das decisões anteriormente proferidas, as quais teriam caráter meramente “declaratórias”.

Porém, no voto do Ministro Eros Grau se extrai o embrião da nova orientação majoritária: a extensão dos efeitos aos demais casos, não se limitando apenas as partes da ação:

Havendo, portanto, sem qualquer dúvida, mora legislativa na regulamentação do preceito veiculado pelo artigo 40, §4º, a questão que se coloca é a seguinte: presta-se, esta Corte, quando se trata da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia? Esta é a questão fundamental a considerarmos. Já não se trata de saber se o texto normativo de que se cuida – Artigo 40, §4º - é dotado de eficácia. Importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que se bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra seu dever, inutilmente.

Tal julgamento ocorreu 30 de agosto de 2007.

Mas a maior mudança na atuação do Supremo Tribunal Federal na matéria ocorreu no Mandado de Injunção 670.

Reiteradamente, a Excelsa Corte vinha decidindo pela ausência de legislação pertinente ao direito de greve dos servidores públicos, o que impedia o exercício do direito constitucionalmente previsto (Mandados de Injunção 20, 485, 585, entre outros), nos quais sempre determinava o apelo ao legislador. Ressalva-se o posicionamento do Ministro Carlos Veloso, que pregava a aplicação da legislação existente para o serviço privado.

Nele, o relator Ministro Gilmar Mendes, propondo uma sentença aditiva com eficácia *erga omnes*, optou por aplicar aos servidores públicos o regramento já em vigor para os trabalhadores da iniciativa privada, “enquanto a omissão não seja devidamente regulamentada por Lei específica para os servidores públicos.”

Essa solução concretista foi reiterada posteriormente, nos acórdãos proferidos nos Mandados de Injunção 708, 712, 721, 758 e 795.

3.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

3.2.1 – conceito

Ação constitucional de controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão, diferencia-se de seu instituto paradigma, a ação de inconstitucionalidade por omissão previsto no artigo 283, I da Constituição Portuguesa, por ter objeto mais amplo do que aquela, voltada apenas para a omissão legislativa. A *actio* nacional permite o controle de omissão inconstitucional de atos normativos e, inclusive, de atos natureza administrativa.⁴⁴

Como já ressaltado antes (capítulo 1), a *inertia deliberandi* pode ensejar a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O sistema de controle de constitucionalidade por ação direta é viabilizado também para a esfera estadual, a quem tem por objeto a aferição de compatibilidade com a constituição estadual das leis e atos normativos estaduais ou municipais. Com efeito, possível o ajuizamento simultâneo de ação direta nos âmbitos estadual e federal sobre o mesmo objeto, alterando-se apenas o paradigma constitucional (estadual ou federal). Se o Texto Estadual for reprodução do constante na Constituição Federal, é suspenso o processo no Tribunal de Justiça.

Lei municipal que contrarie o disposto na Constituição Estadual em artigo que segue o paralelismo tem seu controle feito pelo Judiciário do estado federado, reservando-se a competência do Supremo Tribunal Federal para a análise do mesmo tema por meio de recurso extraordinário.

No que toca à legitimação, a passiva é do órgão ou autoridade que emanou a norma impugnada, devendo prestar informações ao relator. A ativa, que na Carta Constitucional anterior tinha no Procurador Geral da República o único legitimado (e ressaltado, era este passível de demissão pelo Presidente da República a qualquer

⁴⁴ Neste sentido: Bastos, Celso e Martins, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Volume 4, Tomo III, Saraiva: 1997, página 266 e Cunha Junior, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, página 564. Em sentido contrário, o posicionamento do STF esposto nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 19-5 e 297.

tempo), foi ampliada consideravelmente na Constituição de 1988, dividindo-se em universais e especiais.

À OAB e aos partidos não se exige pertinência temática para a propositura. Os diretórios nacionais agem em nome do partido e a perda de sua representatividade no Congresso não mais impede o prosseguimento da ação.

Mesa de Assembléia Legislativa, Governador e entidades de classe devem respeitar a pertinência temática para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Ademais, nestas últimas se encerram as maiores polêmicas quanto à legitimidade. Analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aponta-se as características essenciais para possibilitar o ajuizamento:

- a) Entidade de âmbito nacional, i.e., filiados em ao menos 9 estados (analogia à Lei dos Partidos Políticos);
- b) Classe, i.e., mesma atividade econômica ou profissional;
- c) Composição da entidade: anteriormente não se aceitava “associações de associações”. No Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3153-8, Sepúlveda fez prevalecer seu entendimento, reconhecendo-se o caráter de entidade de classe àquela constituída por associações estaduais em defesa de uma mesma categoria social.

Conveniente o aprofundamento da questão acima posta. O objetivo institucional perseguido pela entidade de classe é o mesmo, qual seja, a sua defesa, não a descaracterizando o fato de ser composta por união de pessoas jurídicas. A solução é idêntica à das confederações sindicais. Ademais, o Supremo Tribunal Federal permitiu a dilatação da via de acesso, por meio das reclamações, conforme voto do Ministro Marco Aurélio.

Prosseguindo, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, posicionando-se com a doutrina majoritária, entendem que ao Supremo Tribunal

Federal compete dar ciência ao órgão inerte, cabendo ainda, caso a caso, a imposição de indenização aos prejudicados.⁴⁵

Entendo que não é viável em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão a solução de se permitir a indenização pecuniária aos prejudicados, como admitido algumas vezes pelo Supremo Tribunal Federal em mandado de injunção. Afetados pela mora são todos os cidadãos, pois toda a sociedade é considerada prejudicada pela existência do vácuo normativo, o que inviabilizaria tal modalidade de reparação a favor de todos. Assim, defendo que o uso das sentenças aditivas é a melhor solução para este problema. Ademais, a responsabilização civil do órgão legislativo ou administrativo moroso não vai suprir a omissão, pelo contrário, apenas a estimulará a perpetuação do vício.

O entendimento tradicional do Supremo Tribunal Federal é lastreado em voto proferido pelo Ministro Moreira Alves na Representação de Inconstitucionalidade 1417-7, de 1988, o qual, pela importância histórica ao tema, merece ter o seguinte trecho reproduzido:

O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a interpretação conforme à Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta magna, pois, nessa hipótese, há u'a modalidade de inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto – Teilnichtigerklärung ohne Normetextreduzierung), o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina – e atua, portanto, como legislador negativo – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição.

Porém, a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte dessa natureza atuar como legislador positivo, ou seja, o que cria uma norma nova. (grifos no original)

⁴⁵ Araujo, Luiz Alberto David e Junior, Vidal Serrano Nunes, obra citada, página 60. No mesmo sentido, Silva, Roberto Baptista Dias da. *Manual de direito constitucional*. Barueri: Manole, 2007, página 149.

Para Gilmar Mendes *et alli*, o objeto desta modalidade de ação “é a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional”, abrangendo, além da atividade legislativa, também a administrativa que afete a efetividade da norma constitucional.⁴⁶

No Mandado de Injunção 325, o relator Ministro Marco Aurélio aponta que na ação direta de inconstitucionalidade por omissão,

caminha-se, diante da inércia do Legislativo, para a ciência deste quanto ao fato, não se chegando, nem mesmo, à imposição de prazo para que adote as providências cabíveis, ao contrário, portanto, do que ocorre quando se tem envolvimento de órgão administrativo.

A análise literal do parágrafo 2º do artigo 103 da Constituição faz supor que a única atitude a ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal é a mera ciência ao órgão omissor, para que edite a lei ou ato normativo faltantes para tornar efetiva a norma constitucional. Ora, a simples comunicação não é hábil a resolver o problema da omissão, que continuará existindo, em evidente descumprimento dos mandamentos constitucionais. Proponho uma leitura sistemática do dispositivo mencionado, de modo a se dar efetividade aos preceitos constitucionais.

José Afonso da Silva, propositor da idéia da maior efetividade da efeitos amplos ao instituto ainda perante a Assembléia Constituinte, defendeu, em 28 de abril de 1987 perante à Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas:

Estamos sugerindo, no texto que se elabora, que, reconhecida a inconstitucionalidade por omissão, a Corte dê uma sentença que seja normativa, que preencha o vácuo naquela omissão e manda, realmente, par o Poder Legislativo com um prazo. Ela não pode determinar ao Legislativo que legisle, mas pode determinar no seguinte sentido: se como

⁴⁶ *Curso de Direito Constitucional*, 4ª edição, São Paulo, 2009, Saraiva-IBDP, página 1236.

*previsto na Constituição – digamos, dentro de 120 dias – não for preenchido, a decisão passará a valer como lei até que venha uma legislação que supere isso.*⁴⁷

Se é certo que o órgão administrativo dispõe do prazo de trinta dias para cumprir a determinação, o mesmo não pode ser exigido do Poder Legislativo. Diante disso, não pode a Excelsa Corte ficar impedida de suprir provisoriamente a inércia do legislador. Afinal, trata-se de medida excepcional, de intuito meramente supletivo, para vigorar enquanto permanecer a situação de vazio legislativo. Deve prevalecer a vontade da Constituição, atribuir a todos os seus dispositivos plena eficácia. Sendo o Poder estatal uno, não se pode simplesmente afirmar que estaria havendo uma violação da separação das funções estatais pelo suprimento pelo Poder Judiciário da omissão inconstitucional, até porque é permitida constitucionalmente a prática de atos atípicos. Defendo, nos moldes do professado por Jose Afonso da Silva, que o Supremo Tribunal Federal pode e deve colmatar a lacuna legislativa, inclusive por meio do controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão, não podendo se furtar de cientificar o órgão omissor e, entendo de bom alvitre que o Excelso Pretório conceda prazo para tal produção legislativa, sob pena de se aplicar provisoriamente o regramento a ser tratado no julgado, dando, assim, plena eficácia ao texto constitucional.

Contudo, assinalo que a atuação positiva judicial não é absoluta, sofrendo restrições materiais, ou seja, assuntos submetidos a reserva de lei estrita, como a elaboração de códigos, legislação penal e decorrentes das normas constitucionais de princípio institutivo não seriam aptos para apreciação por meio das sentenças aditivas em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Flavia Piovesan toca em um ponto que deve ser ressaltado. O objetivo de uma ação direta de inconstitucionalidade por ação é eliminar a lei ou ato normativo (ou parte) do ordenamento jurídico. Com efeito, o mesmo raciocínio deve ser empregado na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.⁴⁸ A inconstitucionalidade por omissão deve ser eliminada e a concessão de prazo para o

⁴⁷ *Anais da Assembléia Constituinte*. http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente Atas da Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas, página 11

⁴⁸ *Obra citada*, página 125.

preenchimento da lacuna normativa pelo Poder Legislativo não tem se mostrado eficaz. Assim, o único modo realmente eficiente de se conseguir este intento é por meio das sentenças aditivas.

3.2.2– O Supremo Tribunal Federal e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Desde a criação do instituto, o posicionamento tradicional do Supremo Tribunal Federal segue estritamente o disposto no parágrafo 2º do artigo 103 da Constituição Federal:

“Art. 103. ...

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

Assim compreendida, a sentença em ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem natureza declaratória decorrente do reconhecimento da omissão inconstitucional. No entanto, pode ser afirmado ainda que possui natureza mandamental, relativamente a cientificação do Poder competente para a solução da inconstitucionalidade para a adoção das medidas necessárias, e mais ainda, na determinação para que o órgão legislativo atue no prazo de trinta dias.

Apondo que tal nesta modalidade de ação constitucional o Pretório Excelso até o momento preferiu atuar apenas e tão somente como legislador negativo. Como exemplo do entendimento acima, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 267, que trata do artigo 45, parágrafo 1º da Constituição Federal (número de deputados federais por Estados-membros).

Na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 526, a qual versava sobre a quebra de isonomia em aumentos de servidores públicos federais por meio da Medida Provisória 296, o Ministro Sepúlveda Pertence escreve que no caso de imposição de restrição a alguém, a questão se soluciona pela simples declaração de invalidade da limitação. Por outro lado, na hipótese de extensão dos

benefícios a terceiros, a indagação seria resolvida estendendo a vantagem a todos os demais, providência que entendia, à época, inviável.

Em nova ação contra a mesma Medida Provisória 296, porém não considerada prejudicada em razão da diversidade do pedido, qual seja, a declaração da omissão do Presidente da República para que supra a omissão inconstitucional do tratamento não isonômico entre todos os servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 529 entendeu que o obstáculo para a apreciação desta residia na antecipação do julgamento do mérito em uma medida cautelar, a qual intentada contra uma Medida Provisória, que, embora possua força de lei imediata, seria precária e condicionada à futura conversão em lei, o que poderia acarretar, segundo o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, em uma situação “duplamente precária”, pois dependente da conversão do seu texto em lei.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 708, na apreciação liminar, não foi sequer conhecido o pedido, pois versava sobre decreto regulamentar, enquanto o Pretório Excelso somente o aceita na parte em que se revela como decreto de caráter autônomo.

Já na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.146, foi indeferida a liminar, mas pontuou-se que a questão de inconstitucionalidade da criação de cargo em comissão sem a fixação de vencimentos fica pendente por não se saber se a norma é incompleta ou inconstitucionalmente omissa por falta de elemento essencial, qual seja, a ausência de elemento indispensável para a criação do cargo. Restou indeferida a liminar, pois inexistente o perigo na demora da apreciação do pedido.

No famoso julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.458, o qual versou sobre a inconstitucionalidade por omissão do artigo 7º, inciso IV, no tocante à insuficiência do salário mínimo para permitir as necessidades básicas do trabalhador, o Ministro Celso de Mello mais uma vez apontou a impossibilidade de liminares nessa modalidade de Ação, bem como reiterou a impossibilidade de atuação normativa do Supremo Tribunal Federal na colmatação da lacuna legislativa.

Os debates dos Ministros do Supremo Tribunal Federal durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 3276 bem traduzem a

indignação e dificuldade enfrentada no caso de desinteresse do órgão legislativo para a solução das situações omissivas existentes.

No citado julgado, buscou-se uma solução para que o preenchimento da lacuna decorrente da falta de indicação de membros do ministério público e auditores atuantes no Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará fosse realizado forçosamente pelo Poder Legislativo estadual. Com a procedência da ação, declarou-se o vazio normativo e, com a provável inoperância do órgão fiscalizador, acreditou que o legislador se sensibilizaria criando as carreiras estaduais exigidas.

Inconteste a evolução no entendimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.682.

Pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal em uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão apontou um prazo razoável para que o Poder Legislativo ultimasse o necessário para as deliberações e aprovação de projeto de lei para regular um artigo da Constituição Federal, no caso, o artigo 18, parágrafo 4º, na redação dada pela Emenda Constitucional 15 (criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios).

3.3.3 A Lei 12.063/09

A Lei 12.063/09 adicionou um novo capítulo (II – A) à Lei 9.868/99, a qual originariamente não trazia qualquer dispositivo específico para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que, por sua vez tinha seus contornos traçados pela doutrina e principalmente, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Basicamente, o que fez o legislador foi positivizar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o instituto, trazendo poucas inovações.⁴⁹

A possibilidade de os demais legitimados para o ajuizamento da *actio* apresentarem manifestação escrita e produção de prova documental, antes vetada no texto original da Lei 9.868, bem como a admissão expressa aos *amici curiae* são novidades dignas de aplausos.

⁴⁹ Binenbojm, Gustavo – *A nova Jurisdição Constitucional*, 3ª edição revista e atualizada, 2010, Rio de Janeiro, Renovar, página 232.

Dispõe o artigo 12-H, *in verbis*:

Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

Percebe-se que a redação do texto legal em muito se assemelha ao dispositivo constitucional do qual decorre:

Art. 103 § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Entendo que, embora aparentemente a redação possa induzir ao raciocínio de que somente estaria a nossa Corte Constitucional habilitada a cientificar o Poder ou órgão competente para suprir a omissão, idéia defendida a exaustão por diversos estudiosos, não deve a Excelsa Corte ficar impedido de proferir decisões que possam dar a máxima eficácia ao texto máximo, mesmo que para isso adote técnicas diferenciadas para a decisão, como a modulação de efeitos, a fixação de prazos para o suprimento da omissão pelo órgão legislativo, como já decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.682 e principalmente, o exercício da função normativa pelo Supremo Tribunal Federal.

No meu sentir, a principal novidade que a novel legislação trouxe, não a única, foi a admissão de medida cautelar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

O Supremo Tribunal Federal não admitia a providência cautelar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (Ações Diretas de Inconstitucionalidade 267, 361 e Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1458), em razão dos efeitos que atribuía à decisão, de mera comunicação do órgão moroso.

Ora, a simples admissibilidade de cautelar pelo legislador, por si só já denota que as decisões de caráter aditivas podem ser aceitas, visto que não faria sentido mera comunicação cautelar do órgão legislativo para a criação do dispositivo legal faltante.

Ressalto que o legislador apontou as possibilidades acautelatórias de atuação da Corte no parágrafo 1º do artigo 12-F, que segue:

§ 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

Acredito que a amplitude da expressão “ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal” permitiria a atuação excepcional do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo a fim de suprir a lacuna legal, ultrapassando, enfim, os limites impostos pela própria jurisprudência da Excelsa Corte, que já chegou a impor prazo para que o Congresso Nacional legisse (Ação Direta de Inconstitucionalidade 3682). Tal possibilidade aproximaria os institutos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção, reduzindo o número de feitos injuntivos, bem como beneficiando a segurança jurídica.

André Rufino Vale, atento estudioso da Universidade de Brasília, aponta em artigo sobre o tema a tendência atual do STF em prolação de *decisões manipulativas de efeitos aditivos*.⁵⁰

Nota-se, no entanto, que até o momento o Pretório Excelso não emanou decisão em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que contemple efeitos aditivos amplos. Mesmo na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 3.682, julgado que trata da mora na edição de legislação regulamentadora do parágrafo 4º do artigo 18 da Constituição Federal (criação de novos municípios), no qual foi fixado o prazo de 18 meses para o Congresso Nacional providenciar o suprimento da omissão legislativa pela edição de legislação

⁵⁰ A ação direta de inconstitucionalidade por omissão - Site: <http://www.conjur.com.br/2009-out-29/avancos-lei-acao-direta-inconstitucionalidade-omissao> (acesso em 28.07.10)

sobre o tema. Ressalta-se que no pedido formulado pela Assembléia Legislativa do Estado do Mato Grosso não foi requerida a prolação de sentença aditiva, mas mera cientificação das autoridades responsáveis para a edição do ato faltante.

A evolução para o entendimento de admissibilidade do exercício da função normativa em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade parece próxima.

Contudo, importante a advertência de Binbenbojm: *Espera-se que nesta empreitada hermenêutica o Supremo Tribunal Federal aja cautelosamente, sopesando as diversas variáveis em jogo, como os princípios da separação dos poderes, a força normativa da constituição, bem como considerações sobre a sua legitimidade político-democrática e capacidade institucional para disciplinar questões inicialmente deixadas ao legislador.*⁵¹

⁵¹ Obra citada, página 236.

4. SENTENÇAS NORMATIVAS

4.1 Conceito

Para Blanco de Moraes, surgiram as sentenças manipulativas “como consequência do interesse crescente dos Tribunais Constitucionais pelos ‘efeitos colaterais’ das suas decisões”.⁵² Decorrem dos problemas surgidos das decisões meramente ablativas, as quais geravam lacunas violadoras de princípios constitucionais, normalmente omissões relativas,

Para este mesmo autor, são “decisões jurisdicionais que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento.”, denominando-as ainda intermédias por ocuparem o espaço entre as meras sentenças de acolhimento e de rejeição, denominadas pelo autor como sentenças simples.

Objetivam tais espécies abrandar o rigor de uma decisão de mero acolhimento de inconstitucionalidade, e conseqüente afastamento da mesma do ordenamento jurídico, transformando o significado da lei.

4.2 Espécies segundo classificação portuguesa e italiana

No principal estudo feito em nosso idioma, Carlos Blanco, ao analisar a ordem constitucional lusitana, elenca as seguintes modalidades de sentenças intermédias:

“i) *Decisões que modulam a sua eficácia temporal bem como a do direito que é objecto do respectivo julgamento*(nº 4 do artº 282º da CR);

ii) *Decisões interpretativas condicionais* (sentenças interpretativas de acolhimento e, até certo ponto, as de rejeição);

iii) *Decisões com efeitos aditivos.*”⁵³(grifos no original)

⁵² Moraes, Carlos Blanco *As sentenças com efeitos aditivos*, em *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*, coordenador: Carlos Blanco de Moraes, Lisboa, 2009, AAFDL, páginas 23/24.

⁵³ Obra citada, página 17.

José Adércio Leite Sampaio⁵⁴ aponta quatro modalidades de sentenças normativas:

- a) *Interpretativas ou de interpretação conforme à Constituição;*
- b) *Aditivas;*
- c) *Aditivas de princípio; e*
- d) *Substitutivas.*

Já Gustavo Zagrebelsky⁵⁵, a par das sentenças interpretativas de acolhimento e rejeição, classifica as sentenças manipulativas em:

- a) *Decisões de acolhimento parcial* - consistem na declaração de inconstitucionalidade parcial da norma, sendo parte dela válida e outra contrária à Constituição;
- b) *Aditivas* - o contrário da hipótese acima, declara que a norma disse menos do que deveria, sendo inconstitucional naquela parte e merecendo reparo imediato;
- c) *Substitutivas* – utilizada quando a norma prevê uma coisa quando deveria prever outra. Possui em seu bojo uma decisão de inconstitucionalidade no que dispõe e uma aditiva no que não dispõe. O exemplo dessa modalidade é a Sentenze 86/77.

4.3 Sentenças aditivas

Para Carlos Blanco, as sentenças aditivas surgiram “para dar resposta à necessidade de se fixarem critérios de preenchimento de omissões relativas inconstitucionais ou de lacunas geradas pela própria decisão de inconstitucionalidade”.⁵⁶ São cabíveis na ocorrência de vácuo normativo decorrente da ablação de uma norma inconstitucional do ordenamento jurídico, quando a repristinação do direito anterior se faz inconveniente ou impossível; nos casos de

⁵⁴ *A Constituição reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, página 208.

⁵⁵ *La giustizia costituzionale*. 2ª ed., Il Mulino, 1988, páginas 297/299.

⁵⁶ Obra citada, página 27.

omissão relativa (mais comuns) e; às decisões que acarretem desigualdade em razão do afastamento de uma restrição indevida dos direitos e garantias.

Buscam alargar o âmbito da incidência da norma, a fim de agasalhar situação não prevista pelo legislador. Diferenciam-se das aditivas de princípio, nas quais “declara-se inconstitucional a disciplina legislativa denunciada, individualizando apenas a diretriz da norma que deve ser introduzida em sua substituição e assinalando ao legislador a tarefa de aprovar a nova disciplina, via de regra, dentro de um tempo fixado, embora possa o juiz, em algumas hipóteses, fazer referência àquela diretriz na solução de alguns casos concretos”.⁵⁷

Necessário diferenciar esta modalidade da interpretação conforme. A interpretação conforme (para muitos não é modalidade de sentença, mas técnica de interpretação) exclui diversas interpretações da norma, as quais seriam inconstitucionais, revelando apenas uma possibilidade que estaria de acordo com a Constituição. O próprio Supremo Tribunal Federal por vezes confunde a interpretação conforme `a Constituição com as sentenças aditivas (ver ADIs abaixo).

Conforme já mencionado anteriormente, a atuação judicial por meio das sentenças aditivas não pode atingir assuntos submetidos a reserva de lei estrita, como a elaboração de códigos, legislação penal e decorrentes das normas constitucionais de princípio institutivo pois, como assevera Flávia Piovesan, exigem necessariamente, a intervenção insubstituível do legislador.⁵⁸

Como assinala Cappelletti, a criatividade judicial

é ao mesmo tempo inevitável e legítima, e que o problema real e concreto, ao invés, é o da medida de tal criatividade, portanto, de restrições...a última palavra no processo de produção do direito pertence sempre à “vontade majoritária”, tal como expressa, em forma de maioria simples ou qualificada, na legislação ordinária ou constitucional.⁵⁹

⁵⁷ Sampaio, obra citada, página 216.

⁵⁸ *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2003, página 127.

⁵⁹ *Juízes Legisladores*, página 103.

É digno de nota que Elival da Silva Ramos, crítico ferrenho do ativismo judicial, admite o emprego de sentenças manipulativas com efeitos aditivos, entendendo tratar-se, na verdade, de interpretação extensiva do dispositivo a ser colmatado.⁶⁰

4.4 Da adição no Supremo Tribunal Federal em Mandado de Injunção

Como brevemente explanado no item 2.1, o Supremo Tribunal Federal começou recentemente a atribuir efeitos concretos ao mandado de injunção.

Desde os Mandados de Injunção 232, relatado pelo Ministro Moreira Alves e 284, de lavra do Ministro Celso de Mello, com a admissão da indicação de prazo para a atuação do órgão legislativo omissis, já se poderia dizer que a tendência futura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era a da revisão do entendimento não concretista adotado inicialmente.

Naquela época os Ministros Marco Aurélio e Carlos Veloso (e em menor ímpeto, o Ministro Nery da Silveira) já defendiam a possibilidade de integração da ordem jurídica por meio do mandado de injunção, fazendo às vezes da norma inconstitucional faltante.

Como exemplo de julgado onde se decidiu que compete ao Supremo fixar a norma no caso concreto, no Mandado de Injunção 562, já citado, o relator Ministro Carlos Veloso apontou que cabe às partes ingressarem com ação própria para averiguar os fatos que se pretende ver aplicada a norma constitucional completada.

A atuação integrativa do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do Mandado de Injunção 670, por meio do qual a Excelsa Corte adotou o entendimento que já vinha sido ventilado há tempos pelo Ministro Carlos Velloso quando no exercício de sua função jurisdicional, no sentido de aplicar ao caso a legislação existente para o serviço privado, “enquanto a omissão não seja devidamente regulamentada por Lei específica para os servidores públicos”, mudou o panorama anteriormente traçado pelos defensores da tese não-concretista.

⁶⁰ *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, página 219.

Nos Mandados de Injunção 721 e 758, ambos de relatoria do Ministro Marco Aurélio, restou determinado que se aplicasse aos casos o disposto no artigo 57 da Lei 8.213, que trata da aposentadoria especial aos servidores públicos, enquanto não editada a pertinente legislação especial.

A inovação trazida pelo mandado de Injunção 795, o qual versou sobre o mesmo tema do parágrafo anterior, foi a possibilidade de concessão da ordem sem necessidade de julgamento em plenário, resolvendo o relator monocraticamente.

Cabe ainda anotar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal pretende regular a questão sobre o aviso prévio indenizado (Mandados de Injunção 943, 1010, 1074 e 1090), conforme notícia veiculada no sítio da Corte (www.stf.jus.br) em 22 de junho de 2011.

Assim, percebe-se que o emprego de sentença aditiva com eficácia *erga omnes* em sede de mandado de injunção é mais do que uma mera tendência jurisprudencial, mas uma notável evolução do pensamento constitucional do Supremo Tribunal Federal que não admite retrocessos.

4.5 Da admissibilidade das sentenças aditivas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A busca incessante pela efetividade constitucional não pode prescindir de uma ação poderosa como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Os efeitos *erga omnes* de suas decisões trariam a desejada segurança jurídica para a coletividade, impedindo a multiplicação de demandas, maior problema enfrentado pelo Judiciário nos dias atuais.

Não obstante a sentença aditiva clássica tenha no mandado de injunção um exemplo lapidar, ressalto que a sentença colmatadora a ser proferida em ação direta de inconstitucionalidade por omissão seria diferenciada e não se amoldaria perfeitamente aos modelos descritos por José Adércio Leite Sampaio, Gustavo Zagrebelsky ou Carlos Blanco de Moraes, mas seria uma nova modalidade de sentença aditiva, justificável por se tratar a *actio* de um instituto também diferenciado.

Embora nos casos de omissão parcial possa ser assemelhada à sentença aditiva comum, com ela não se confundiria.

Porém, é nos casos difíceis de omissão total que a peculiaridade do novo modelo proposto se revelaria.

Esta sentença, mais do que oferecer um acréscimo ao sentido de uma norma já existente, traria uma própria norma abstrata para ser aplicada aos casos concretos enquanto o legislador infraconstitucional não decide cumprir seu mister imposto constitucionalmente. Essa norma produziria os efeitos vinculante e *erga omnes*, pois trata-se de uma modalidade de ação direta de inconstitucionalidade (artigo 102, parágrafo 2º da Constituição Federal), devendo necessariamente ter eficácia somente a partir da prolação da decisão ou data posterior a ser fixada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, nos casos de indispensável alocação específica de recursos orçamentários, em estrita observância ao princípio da segurança jurídica. Essa eficácia vinculante, contudo, não engessaria o legislativo, obviamente.

Ademais, não traria esta norma uma mera diretriz para o legislador ordinário, o que a aproximaria das sentenças aditivas de princípio. Simplesmente buscaria o preenchimento da lacuna legislativa pelo tempo que durar a omissão do legislador, de modo a operacionalizar o preceito constitucional impugnado por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Por esta razão, entendo que as classificações das sentenças manipulativas mencionadas estariam incompletas, e sugiro que essa modalidade de sentença seja denominada *sentença aditivo-normativa*.

Aditiva por preencher o vazio legislativo, trazendo efetividade à norma constitucional.

Normativa por trazer de plano a imposição de um regramento a ser observado, regulando os casos concretos, sendo irrelevante o fato de não ter tido origem no Poder Legislativo.⁶¹

Admito que são poucos os casos de persistência da omissão do legislador na regulamentação das normas constitucionais⁶², mas este fato não torna sem

⁶¹ Importante neste ponto lembrar que o que se interpreta são os textos e dessa interpretação resultam as normas.

⁶² Segundo informação colhida no sítio do Supremo, há ainda trinta matérias pendentes de disciplina legislativa (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional> acessado em 18.05.2011)

importância a discussão posta. Até porque novos casos de omissão podem decorrer de emendas constitucionais

A colmatação de lacunas nos casos de omissões absolutas não é novidade na jurisprudência das cortes constitucionais européias.

Francisco Segado cita caso da jurisprudência alemã que traz um exemplo de controle de constitucionalidade em omissão absoluta. Trata-se de caso julgado em 29 de janeiro de 1969, no qual revisou decisão proferida pelo Tribunal de Kiel, que aplicou à filiação obtida fora do casamento a legislação anterior à Lei Fundamental, prejudicando-os frente aos filhos obtidos em matrimônio. Decidiu-se que, passados vinte anos da Constituição, estava configurada a mora legislativa, podendo os juízes locais aplicar diretamente a norma constante da Lei Fundamental.⁶³

O mesmo autor aponta ainda a Sentença 190/70 da Corte Constitucional italiana, na qual complementou a legislação processual penal pretérita, de forma a permitir a presença de advogado no interrogatório do réu, por força do princípio da paridade de armas.

Deve se ter em conta também, que o próprio Supremo Tribunal Federal, para a implementação do controle de constitucionalidade por meio de ação direta de inconstitucionalidade promoveu sentença aditiva, somente o legislador empreendido a regulamentação da referida ação por meio da Lei 9868, em 1999.

Assim, demonstra-se que em diversos países é admitido o preenchimento das lacunas legais, inclusive absolutas, por meio da atuação judicial.

Na doutrina pátria, Luis Roberto Barroso defende a possibilidade extraordinária da utilização das sentenças aditivas em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cabendo ao Poder Judiciário suprir a atuação do Legislativo.⁶⁴

Não se pretende seja a decisão uma sentença aditiva de princípios, vinculando o Legislativo, podendo o legislador dispor livremente sobre o tema se e quando desejar. Nada impede, porém, que sirva de norte para projeto legislativo.

⁶³ *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas - Estudios Constitucionales*, Año 7, Nº 2, 2009, página p. 29.

⁶⁴ *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2006, página 222.

5. OBJEÇÕES DOUTRINÁRIAS AO EMPREGO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARA O SUPRIMENTO DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS

Gustavo Zagrebelsky, em discurso proferido pela celebração do 50º aniversário da Corte Constitucional italiana, aponta que os questionamentos do pensamento originalista constitucional sobre o “Constitucionalismo vivente” e a decorrente jurisprudência criativa fiam-se a três pontos: o aumento da discricionariedade judiciária equivale à politização do Judiciário e a violação da separação dos poderes mina a legitimidade da Justiça Constitucional.⁶⁵

A doutrina amplamente majoritária entende que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se prestaria diretamente ao suprimento das omissões. Para tanto, prendem-se na disposição literal do parágrafo 2º do artigo 103 da Constituição.

Por todos, Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

“Esta fiscalização se efetiva pelo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, que não interfere na formação dos atos que se fazem necessários para aplicação da Constituição. Desta forma, a atuação do órgão máximo do Poder Judiciário não substitui a do poder competente para a realização do ato, já que não compete a ele adotar medidas que repute necessárias, nem mesmo quando dada ciência para a adoção de medidas necessárias, o órgão competente não as elabora.”⁶⁶

Há ainda resistência até mesmo na possibilidade de fixação de prazo pelo Supremo Tribunal Federal para q o Congresso Nacional edite a norma. Neste sentido, o voto do Ministro Marco Aurélio no Mandado de Injunção 361:

em relação mesmo à ADIO, não cabe determinar prazo ao CN para legislar. O preceito somente cogita da fixação de prazo

⁶⁵ *Jueces Constitucionales*. Tradução: Miguel Carbonell em <http://www.iidpc.org/pdf/doctrinar6Zagrebelsky.pdf> acesso em 19.06.2011

⁶⁶ *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 5ª edição, 2004, São Paulo, RT, página 366.

quando a omissão seja de órgão administrativo” não podendo “fixar um prazo para posteriormente surgir um impasse, caso não seja observado pelo CN, numa atividade precípua, uma atividade que é política do Poder Legislativo, e a decisão do STF cair no vazio, ser motivo de descrédito para a atuação da própria Corte.

Tal voto nos remete também ao questionamento sobre a “judicialização da política”, provocada, segundo Luis Roberto Barroso, pela redemocratização dos países, a incorporação nos textos constitucionais de diversas matérias anteriormente tratadas por legislação infraconstitucional e a maior amplitude dos sistemas de controle de constitucionalidade⁶⁷.

Ora, como aponta o Ministro Carlos Velloso no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 526, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, aceita argumentos políticos, no sentido grego. Na verdade, afirmo que é um órgão político também, pois seus membros não provém necessariamente da carreira da magistratura, mas são indicados pelo Presidente da República e aprovados por maioria absoluta após sabatina realizada no Senado Federal.

A indignação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos debates durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 3276 bem traduzem a dificuldade enfrentada para o preenchimento das lacunas existentes decorrentes de conveniente opção política do legislador.

Entende boa parte da doutrina que o órgão legislativo é dotado de ampla liberdade legislativa, inclusive para não emanar qualquer lei. Ora, esse posicionamento pode ser válido para a regulamentação das antigas Constituições, mas é inadmissível em um Estado cuja Carta dispõe amplamente sobre direitos fundamentais.

Como bem disse Alexy, com arrimo na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, de modo algum pode a Corte Constitucional ser impotente frente a um legislador inoperante.⁶⁸

⁶⁷ *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, página 314.*

⁶⁸ Citado por Francisco Fernández Segado - *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas* - Estudios Constitucionales, Año 7, Nº 2, 2009, pp. 13-69

Aliás, a persistência da omissão inconstitucional traria uma inadmissível prevalência do legislador ordinário sobre o Constituinte.

Esta também a conclusão de Derly Barreto da Silva Filho:

Neste prisma, seria de se inferir: a Federação não existiria por força da Constituição, mas sim por força da legislação infraconstitucional da União, conclusão esta que conflitaria com a própria Lei Maior, na medida em que o legislador ordinário colocar-se-ia acima do legislador constituinte, proscurendo sem limites, e ao seu completo alvedrio, normas constitucionais consagradoras do princípio federativo, salvaguardadas inclusive com a cláusula de intangibilidade constitucional (art. 60, § 4.º, I, da CF).⁶⁹

É aplicável ao tema em estudo o voto do Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, *Justice Robert Jackson* no caso *West Virginia Board of Education versus Barnette*, julgado em 1943 (319 US 624):

The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials, and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections.⁷⁰

A demora das discussões legislativas não se faz mais compatível com a necessidade de preenchimento dos espaços constitucionais, principalmente no que

⁶⁹ As omissões inconstitucionais e suas implicações no regime federativo brasileiro – RT 713/7

⁷⁰ http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0319_0624_ZO.html acesso em 19.06.2011

se refere aos direitos e garantias fundamentais, passados mais de 20 anos da edição da Lei Maior.

Ademais, a sempre crescente complexidade das relações sociais atuais provocaram um gigantesco aumento do espectro de intervenção legislativa, o que, aliado à necessária observância do modelo de processo legislativo posto e a atuação desmedida do Executivo por meio de medidas provisórias, provocou a obstrução da atividade legislativa dos órgãos legislativos, o que por si só possibilita, para a efetivação do Texto Magno de 1988, da atuação aditiva do Poder Judiciário.

Ademais, não é peculiaridade pátria, mas fenômeno mundial a descrença no Poder Legislativo e dos políticos em geral, os quais quase sempre vinculam-se a interesses meramente locais, de grupos ou corporativos, não se importando com a aferição objetiva de custos e vantagens à coletividade de sua atividade legiferante, sem levar em conta benefícios pessoais.

Do mesmo modo, o sentimento de desilusão e desconfiança também marcam o Poder Executivo.

A tripartição dos poderes⁷¹⁷², ao contrário do que pode parecer em princípio, não sofre prejuízo pela prolatação de sentenças aditivas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. O legislador não estaria impedido de realizar seu mister.

Se é correta a afirmação de que a tarefa de preenchimento das lacunas constitucionais pertence ao Legislativo, não se pode esquecer que a falta de cumprimento deste dever gera a inefetividade da Constituição. A atuação do Supremo Tribunal Federal por meio das sentenças aditivas resolve a questão, pois protege o jurisdicionado, que poderá provisoriamente exercer os direitos e garantias previstos nos termos da decisão normativa e não impede que o legislador tome as medidas necessárias para suprir a lacuna por meio da competente legislação infraconstitucional quando bem entender. Assim, a autonomia do legislador permanece preservada, sem prejuízo do respeito à força normativa da Constituição.

⁷¹ Embora ciente da existência da celeuma “separação dos poderes” ou “separação das funções estatais”, adoto nesta obra a primeira, mais recorrente na doutrina.

⁷² Junior, André Puccinelli, *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*, Dissertação de Mestrado, PUC/SP, São Paulo, 2005, página 171 - “Ainda prevalece neste domínio uma percepção anacrônica da separação dos poderes, que interdita a assunção de funções normativas pelo Judiciário mesmo quando presente violação ao texto constitucional. Sob o pretexto de que a jurisdição não substitui a legislação, o constituinte finge controlar a omissão legislativa, quando na verdade se limita a transmitir uma advertência desacompanhada de prazo e desprovida de sanção.”

Aliás, este entendimento vem sendo solidificado pelas reiteradas decisões proferidas pela Corte nos julgamentos de mandados de injunção.

O Ministro Eros Grau, em respeitável voto proferido no Mandado de Injunção 721, aponta que, classificadas as funções estatais utilizando-se o critério material, denominariam as funções como normativa, administrativa e jurisdicional, sendo que na primeira, seriam englobadas as sentenças normativas, as súmulas vinculantes lavradas pelo Supremo Tribunal Federal e os regimentos internos dos tribunais, mas também os regulamentos emanados pelo Poder Executivo. Referindo-se ao mandado de injunção (no que transportamos para a decisão aditivo-normativa proferida em ação direta de inconstitucionalidade por omissão),

não há que se falar em agressão à “separação dos poderes”, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada “separação dos poderes” provinda do direito natural.

O principal questionamento refere-se à falta de legitimação democrática dos juízes, pois não eleitos, embora nomeados por agentes políticos submetidos ao voto popular.⁷³

Mauro Cappelletti elenca cinco argumentos a fim de afastar a alegada falta de legitimação democrática dos juízes. Baseando-se nos estudos de Martin Shapiro, questiona a capacidade dos “poderes políticos” (Executivo e Legislativo) de representar a vontade da maioria, em razão da necessidade de acomodação dos interesses conflitantes dos diversos grupos por eles representados. Após, citando Dahl, aponta que a nomeação e renovação dos juízes da Suprema Corte pelo Presidente e sua aprovação pelo Senado confere, indiretamente, legitimidade democrática aos magistrados, ressaltando que a motivação das decisões prestam-se ao controle pela coletividade da atividade jurisdicional. O terceiro argumento é o da representatividade dos tribunais, decorrente do acesso à justiça, que permite a proteção de grupos que não possuem condições de obter o acesso ao processo político. Aponta ainda a característica de ser o processo judicial “o mais participatório

⁷³ Para uma apreciação mais aprofundada do questionamento, remeto ao artigo de Reck, Melina Breckenfeld. *Legitimação democrática da jurisdição constitucional*, Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná, n. 1, jan/jul 2008 .

de todos os processos da atividade pública”, por desenvolver-se em conexão com os interessados e que, mesmo se equivocada, pode ser corrigida pela atuação do legislador. (tal argumento, embora pensado em termos de controle concreto, é válido também no controle abstrato empreendido em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, pela possibilidade de audiências públicas e atuação de *amicus curiae*). Finalmente, ressalta que a democracia não significa mera vontade da maioria. Para seu ideal funcionamento, não se pode prescindir de um equilibrado sistema de freios e contrapesos, do qual um judiciário ativo, dinâmico e criativo sirva de contraponto aos poderes políticos.

Ademais, não mais se pode falar em legitimidade democrática do Parlamento ou do Executivo como antanho, pois como ensina Koopmans, é

*longo e sutil o fio que une o voto dado pelo cidadão, para a eleição do parlamento, com as numerosas decisões da autoridade pública, que exercem os seus efeitos sobre a esfera do cidadão; é necessária muita força de imaginação para pensar que tais decisões estejam baseadas numa lei que, no ápice, as tenha autorizado.*⁷⁴

Por todo o exposto, verifica-se que a sentença aditiva em sede de controle abstrato de constitucionalidade, é a mais ágil forma de se atacar as “externalidades” decorrentes das omissões inconstitucionais, mormente no tocante aos direitos sociais, preservando a segurança jurídica e não invadindo a seara do necessário, mas lento processo legislativo.

Não se pode esquecer que as sentenças aditivas implementadoras de direitos sociais trazem em seu bojo a delicada questão do custo desses direitos e, conseqüentemente, o impacto no orçamento. Nestes casos, julgo imprescindível previamente à prolação de sentença aditiva em ação direta de inconstitucionalidade por omissão a elaboração de estudo que observe o impacto da medida nas contas públicas, a fim de que se evite problema semelhante ao ocorrido na Itália com as sentenças 495/93 e 240/94, de lavra da Corte Constitucional daquele país, que provocaram desarranjos de grande monta no orçamento daqueles

⁷⁴ Citado por Cappelletti, obra citada, página 47.

anos. O Supremo Tribunal Federal parece mais atento neste particular, como se observou em diversos julgados que trariam repercussões milionárias nas contas públicas, principalmente envolvendo causas tributárias.

A violação ao princípio reserva legal, levantada também no julgamento do Mandado de Injunção 107 também não merece acolhimento. Embora se possa considerar a exigência de lei estrita par algumas matérias, não se pode permitir que a inércia legislativa perdure para sempre, em profundo desprezo à ordem constitucional vigente. A mora prolongada permite a relativização deste princípio, ao menos até que seja suprida a omissão pelo legislador.

Faço minhas as palavras do pranteado mestre Rui Medeiros:

A atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e da criatividade da função jurisdicional: as decisões modificativas integram-se, coerentemente, no movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito.

O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas. (...)

...a reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal. Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão das medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessário a intervenção activa do Tribunal Constitucional⁷⁵.

⁷⁵ ⁷⁵ Apud: Mendes, Gilmar e outros – *Curso de Direito Constitucional*. 4ªed, São Paulo: Saraiva-IBDP, 2009, página 1267.

6. CONCLUSÕES

Concluimos que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão pode servir como instrumento integrador da Constituição e não mero expediente de comunicação entre os Poderes, pois em sua configuração doutrinária atual não basta o instituto ao cumprimento dos mandamentos constitucionais.

Não se prega aqui o desrespeito ao literal Texto Magno. Trata-se apenas de se dar efetividade à norma constitucional, a qual já existe há mais de vinte anos. Não há mais dúvida sobre a existência de mora legislativa. Nem sequer se pode objetar com a relevância da matéria, que inserida no bojo da Constituição, tem sua importância inegável. Não há mais por que confiar no “estabelecimento de mecanismos regimentais internos no Poder Legislativo, capazes de viabilizar o disposto na determinação judicial”, como imaginava Michel Temer.⁷⁶ Mais de vinte e dois anos se passaram, tempo em muito superior ao suficiente para as necessárias adaptações legislativas; o que deixou de ser implementado legalmente se deu por opção do órgão legiferante pela inação, em detrimento da vontade constitucional.

O Supremo Tribunal Federal não mais pode atuar apenas como mero legislador negativo,⁷⁷ em razão do enorme *déficit* social e da inoperância dos Poderes.

Não me agrada a prática de simplesmente se estipular um prazo para a atuação do Poder Legislativo. Porém, a inconstitucionalidade por omissão não pode perdurar *ad eternum*. Por isso se faz imperiosa a atuação do Supremo Tribunal Federal para suprir temporariamente, ressaltado, a lacuna legal.

A decisão aditiva em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão se prestaria a regular os casos de omissão legislativa enquanto persistir a

⁷⁶ Temer, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22ª edição - 2ª tiragem, 2008, São Paulo: Malheiros, página 53.

⁷⁷ Concordo com André Puccinelli Junior, para quem “a independência orgânica e a especialização funcional, caracteres associados à separação de poderes, não podem reduzir o Judiciário à condição de mero legislador negativo, de um apático observador do processo de elaboração normativa ou de simples títere encarregado de pronunciar o que lhe dita a lei, jamais supri-la. E isto é assim porque não há diferenças ontológicas entre colmatar uma lacuna ilegítima e invalidar a lei inconstitucional. Em ambos os casos, o Poder Judiciário acaba sempre interferindo na atividade legislativa.” *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*, Dissertação de Mestrado, PUC/SP, São Paulo, 2005, página 157.

inércia legislativa. Editada a norma pelo órgão legitimado pelo voto, passaria esta a regular os casos concretos, sem mais delongas.

Quanto à tripartição dos poderes, deve se lembrar que o poder é uno. Tanto é verdade que todos os órgãos assumem funções atípicas. A colmatação de lacunas pelo Supremo Tribunal Federal por meio de sentenças aditivas é apenas mais uma delas, derivada da função normativa que dispõe todos os Poderes. A separação das funções, por si só não pode ser óbice para a concretização dos direitos fundamentais.

O mero apelo ao legislador para que cumpra sua função institucional não é mais suficiente.

Preciosas as palavras de Michel Temer:

O que se quer é que a inação (omissão) do legislador não venha a impedir o auferimento de direitos por aqueles a quem a norma constitucional se destina. Quer-se – com tal forma de controle – passar da abstração para a concreção; da inação para a ação; do descritivo para o realizado.⁷⁸

Não se pode hodiernamente amesquinhar o tratamento a ser dado a uma ação de controle abstrato. Esse valioso instrumento deve ser utilizado com vistas a uma atuação ótima do texto constitucional. Por uma só ação se resolveriam diversas contendas que não precisariam de socorro judicial, simplesmente por já ter sido atingida a pretensão por meio do resultado de apenas um julgado. Além disso, a segurança jurídica proporcionada por esse tipo de ação compensa o risco de uma utilização indevida, pois privilegia o tratamento isonômico, evitando-se decisões conflitantes.

Ademais, a maior vantagem de uma sentença proferida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão seria o seu conseqüente efeito para todos, evitando-se a multiplicação de demandas individuais que chegariam ao Poder Judiciário, seja por meio recursal ou por ação própria, inclusive por mandado de injunção.

⁷⁸ Obra citada, página 52.

Adotando tal posicionamento, o Supremo Tribunal Federal, romperá o antigo dogma do legislador negativo e poderá avançar na proteção dos direitos e garantias fundamentais, alinhando-se ao que já vem sendo decidido pelas principais Cortes Constitucionais do mundo e tornando-se o “terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”.⁷⁹

⁷⁹ Cappelletti, Mauro, obra citada, página 47.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anais da Assembléia Constituinte. http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente Atas da Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas. Acesso em 14.05.2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.* <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 05.01.2011

_____. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

_____. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____ ; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____ ; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998*. 1 vol., São Paulo: Saraiva, 1988.

_____ ; VARGAS, Alexis Galliás de Souza. *A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatária*, Revista Jurídica Virtual, Brasília, n. 8, jan. 2000

BEILFUSS, Markuz Gonzales. *Tribunal Constitucional y reparación da la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova Jurisdição Constitucional*, 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21 ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Lisboa: Livraria Almedina, 1999.

_____ ; *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 1ª ed bras., 2ª port. São Paulo: RT, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* Trad. Aroldo Pinto Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público.* 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle da constitucionalidade na omissão legislativa.* Curitiba: Juruá, 2001.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade,* 5ª ed. São Paulo: RT, 2004.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES JUNIOR, Carlos. *A omissão legislativa inconstitucional no contexto da Republica Federativa do Brasil,* Dissertação de Mestrado – PUC/SP, São Paulo: 2007.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2004.

LEAL, Roberto Gesta. *As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teóricos-práticos da experiência norte-americana e brasileira* em "Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias. Coordenação: Rogério Gesta Leal e Mônia Clarissa Hennig Leal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 2ª ed. São Paulo: R T, 1984.

MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio e BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva; 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, tomo VI – 3ª ed.* Coimbra: Coimbra, 2008.

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

MORAIS, Carlos Blanco. *As sentenças com efeitos aditivos em As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*, coordenador: Carlos Blanco de Moraes, Lisboa, 2009, AAFDL

PELICIOLI, Angela Cristina. *A sentença normativa na jurisdição constitucional*. São Paulo: LTr, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

PUCCINELLI JUNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*, Dissertação de Mestrado, PUC/SP, São Paulo, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo. Saraiva, 2010.

RECK, Melina Breckenfeld. *Legitimação democrática da jurisdição constitucional*, Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná, n. 1, jan/jul 2008

ROTHMURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*. São Paulo: RT, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SEGADO, Francisco Fernández. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas* - Estudios Constitucionales, Año 7, Nº 2, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5 ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Mandado de injunção. Em Mandados de Segurança e de Injunção: Estudos em memória de Ronaldo Cunha Campos.* Coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Saraiva: 1990

_____. *Poder constituinte e poder popular.* São Paulo: Malheiros, 2002

SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Manual de direito constitucional.* Barueri: Manole, 2010

SILVA FILHO, Derly Barreto da. *As omissões inconstitucionais e suas implicações no regime federativo brasileiro – RT 713/7*

_____. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário.* São Paulo: Malheiros, 2003

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2002.

Temer, Michel. *Elementos de Direito Constitucional.* 22ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

VALE, André Rufino do. *A ação direta de inconstitucionalidade por omissão - Site:* <http://www.conjur.com.br/2009-out-29/avancos-lei-acao-direta-inconstitucionalidade-omissao> (acesso em 28.07.10)

_____. *A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão na nova Lei n° 12.063/2009*. Em Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 3, 2009/2010. IDP.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. 1ª ed reimpressa. Bologna: Mulino, 1988.

_____. *Jueces Consticionales*. Tradução: Miguel Carbonell em <http://www.iidpc.org/pdf/doctrinar6Zagrebelksky.pdf> acesso em 14.11.2010.

ZAMLUTTI JUNIOR, René. *Controle judicial de políticas públicas, ativismo judicial e “reserva do possível”*, Monografia Jurídica, 2009, São Paulo: PUC/SP-COGEAE