

Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional

CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS

Professor Ucam, Mestrando Direito Público Uerj, Advogado, Diretor Acadêmico ESA/12^a Sub. RJ.

Submissão: 06.02.2011

Parecer 1: 26.08.2011

Parecer 2: 26.08.2011

Decisão Editorial: 26.08.2011

RESUMO: A evolução do constitucionalismo contemporâneo, da concepção do princípio da separação de poderes e do papel das Cortes Constitucionais nos modernos arranjos institucionais não combina com a carência de um controle judicial efetivo da omissão legislativa inconstitucional. A prática decisória do Supremo tem progressivamente se aproximado do estágio adequado de controle de constitucionalidade da omissão legislativa inconstitucional.

ABSTRACT: The evolution of the contemporary constitutionalism, the separation of powers' conception and the Constitutional Courts' role in the modern institutional arrangements, isn't compatible with the lack of an effective judicial review of the unconstitutional legislative omission. The Supremo's decision-making has been gradually approaching to the appropriate level of a judicial review of the unconstitutional legislative omission.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade; omissão legislativa inconstitucional; ativismo judicial.

KEYWORDS: Judicial review of the constitutionality of legislation; unconstitutional legislative omission; judicial activism.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A omissão legislativa inconstitucional; 1.1 Conceito de omissão legislativa inconstitucional; 1.2 Espécies de omissão legislativa inconstitucional; 1.3 Omissão legislativa inconstitucional e direitos fundamentais; 2 Meios de controle judicial da omissão legislativa inconstitucional absoluta; 2.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão; 2.1.1 Eficácia da decisão; 2.2 Mandado de injunção; 2.2.1 Eficácia da decisão; 3 O julgamento dos MI(s) 670, 708 e 712 e a mudança de rumo jurisprudencial; 4 Omissão inconstitucional parcial e as sentenças aditivas; 4.1 O dogma do Tribunal como o legislador negativo kelseniano; 4.2 As sentenças aditivas; 4.3 O bom momento para a mudança de orientação: as sentenças aditivas e o princípio da isonomia; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Lembrou Cappelletti¹ que o controle de constitucionalidade das leis “apresenta um encontro excitante e perplexo entre legislador e juiz, entre lei e julgamento”. Desse encontro indicado pelo mestre italiano pode resultar, não raro, que o segundo (o juiz) anule os atos normativos produzidos pelo primeiro (o legislador), caso violem regras e princípios constitucionais; essa interferência judicial sobre a atividade do legislador fez surgir teorias, de algumas variações, que questionam a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis²; não obstante essas críticas, a jurisdição constitucional consiste hoje em peça-chave na consolidação do Estado constitucional de direito, cumprindo papel importante na defesa da supremacia normativa de diversas constituições democráticas e dos direitos fundamentais³.

Por sua vez, a jurisdição constitucional não atua de modo uniforme nas diversas democracias constitucionais, seja sob a perspectiva processual, seja sob a perspectiva político-institucional; em alguns países há apenas uma moderada interferência dos Tribunais Constitucionais sobre a atuação dos demais poderes constituídos. Em outros países, por outro lado, verifica-se um comportamento mais expansivo e afirmativo desses Tribunais, ou seja, verifica-se o comportamento chamado de *ativismo judicial*.

No Brasil deste século, o ativismo judicial, notadamente o do Supremo Tribunal Federal, tem se revelado uma constante, com a Corte se comportando de modo cada vez mais ativo na solução de um número cada vez mais crescente de questões morais e políticas tão relevantes quanto controvertidas, influen-

-
- 1 CAPPELLETTI, Mauro. *Judicial Review in the Contemporary World*, 1971. p. 1: “*Judicial review of the constitutionality of legislation presents an exciting and perplexing encounter between legislator and judge, between statute and judgment*”.
 - 2 Estas teorias centram-se, basicamente, (i) na ideia de ilegitimidade democrática de juízes não eleitos pelo povo, e que não respondem por seus atos, virem a anular leis estabelecidas pelos representantes eleitos pelo povo; (ii) na ausência de um controle democrático sobre as decisões definitivas tomadas pelos Tribunais Constitucionais; e (iii) na impossibilidade de demonstrar-se racionalmente o porquê de considerar que estes juízes protegem melhor os direitos fundamentais do que as legislaturas democráticas. Sobre o tema, destaque para as obras de BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. The Supreme Court at the Bar of Politics, 1986, que cunhou a expressão *dificuldade contramajoritária*: “*The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system*” (p. 16); e de ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. A Theory of Judicial Review, 1980: este autor esboçou o que é considerado por muitos a mais coerente doutrina dos *limites democráticos do judicial review*; o autor afirmou que o controle judicial de constitucionalidade deve limitar-se a assegurar os direitos individuais indispensáveis para a participação no procedimento democrático de tomada de decisões. Jeremy Waldron promove hoje talvez a oposição mais ferrenha ao *judicial review*: WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal* n. 115 (6), 2006, p. 1.346/1.406. Um inventário interessante sobre o tema pode ser encontrado em FRIEDMAN, Barry. The birth of an Academic Obsession: The History of the Counter majoritarian Difficulty. Part Five. *Yale Law Journal* 112 (2), 2002, p. 153/259. Sobre essas objeções e as respostas a elas, cf. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 178/208; e BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Legitimidade democrática e instrumentos de realização, 2004. p. 47/120.
 - 3 Cf. SWEET, Alex Stone. *Governing With Judges*, 2000; TATE, C. Neal & VALLINDER, Torbjörn (Org.). *The Global Expansion of Judicial Power*, 1995; HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and The Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review* 75 (2), 2006, p. 721/753.

ciando assim, decisivamente, o destino de toda a nossa sociedade. Esse ativismo judicial tem acentuada disposição de tensão com o princípio da separação de poderes, sobretudo quando busca sua legitimação na necessidade de fazer valer a supremacia de nosso Texto Constitucional perante a omissão dos órgãos estatais primariamente incumbidos de concretizá-la. De fato, é no controle da *omissão inconstitucional* dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário, notadamente pelo Supremo, que temos um momento de marcante conflito entre uma jurisdição constitucional ativa e o conteúdo do princípio da separação de poderes.

O propósito deste trabalho é enfrentar o tema do controle judicial da omissão legislativa inconstitucional, ou seja, o controle da “lacuna legislativa inconstitucional” surgida em razão da inércia do Poder Legislativo em dar concretização aos comandos constitucionais. Primeiramente, trataremos do conceito e das espécies de omissão legislativa inconstitucional e, depois, dos meios de controle judicial da omissão legislativa absoluta: a ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de injunção. Será dada ênfase à mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao possível conteúdo e efeito da sentença no mandado de injunção. Será ainda abordada a questão do controle judicial das omissões legislativas parciais violadoras do princípio da isonomia e a viabilidade de sua correção por meio das sentenças aditivas de sentido normativo. Por fim, faremos uma síntese conclusiva com destaque para a afirmação do crescente comportamento ativo do Supremo no atual Estado democrático brasileiro e como essa atitude tem importado em um rearranjo institucional e transformado o processo de construção da ordem normativa vigente.

1 A OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

A mais grave omissão institucional é certamente a que viola a Constituição, o não fazer aquilo que a Constituição determina que seja feito; trata-se de omissão inconstitucional que deve ser corrigida em nome da própria força normativa da Constituição.

Neste sentido, é a sentença do Professor Siqueira Castro⁴:

Assim, contemporaneamente, ao lado da *correntia* inconstitucionalidade ativa ou por ação, temos a inconstitucionalidade “omissiva” ou por “omissão”, caracterizada pela inércia estatal em dar concretude às prestações de cunho positivo, cujo implemento tenha sido determinado pelo legislador constituinte.

Entre as possibilidades de ação omissiva inconstitucional, temos a perpetrada pelo Poder Legislativo: a omissão legislativa inconstitucional, que levanta a difícil questão dos limites de possibilidades de sua correção judicial em um Estado de Direito pautado no princípio democrático e na separação de Poderes.

4 SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 729.

Não se trata mesmo de tema simples. O Ministro Gilmar Mendes reconheceu, em seu voto na ADIn 3.682/MT⁵, que a temática envolve não apenas o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais, mas também os meios processuais adequados para a solução do problema, devendo ser respondidas questões decisivas como: “Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?”.

A primeira pergunta diz com o próprio conceito e as espécies de omissão legislativa inconstitucional; a segunda refere-se aos meios de controle judicial da omissão; as duas últimas relacionam-se com a problemática maior dos limites de atuação institucional do Poder Judiciário na correção da omissão legislativa inconstitucional. As respostas a essas questões devem ser construídas por uma adequada doutrina da jurisdição constitucional que busque compatibilizar a proteção da normatividade da Constituição e dos direitos fundamentais diante de uma insistente e duradoura *institucionalização incompleta* por parte do Poder Legislativo com o princípio da separação de Poderes e os valores da democracia.

1.1 CONCEITO DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

Com relação à primeira pergunta – “Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna [legislativa] inconstitucional?” –, temos uma lacuna legislativa inconstitucional quando ocorre uma inércia do legislador em fazer o que determina a Constituição, ou seja, uma omissão em fazer as leis que a Constituição determina que sejam feitas, enfraquecendo assim a própria eficácia normativa da Constituição. Sendo as regras e os preceitos constitucionais dotados de superioridade normativa diante da legislação infraconstitucional, será então dever do legislador infraconstitucional a concretização dos *conteúdos constitucionais* que exigem uma atuação legislativa determinada.

O Professor Canotilho explica que o “significado jurídico da *omissão do legislador* tem como pressuposto fundamental a prevalência material e formal da Constituição relativamente à lei ordinária”⁶. Porém, não será qualquer inércia do legislador que configurará uma omissão inconstitucional, mas apenas aquela que se consubstanciar na omissão de cumprimento de um mandamento constitucional, de um comando que dirige a ação do legislador no sentido da

5 STF, ADIn 3.682/MT, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09.05.2007. Estes questionamentos também podem ser encontrados in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 2008. p. 1177.

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 329.

criação da norma legal⁷. Segundo o citado autor lusitano⁸, estaremos diante de uma *omissão legislativa inconstitucional* quando o legislador deixar de “fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado”, ou seja, quando o legislador se omitir em regular matéria que a Constituição impõe clara e inequivocamente como carente de complementação normativa. Obrigação constitucional e descumprimento dela são assim os dois eixos sobre os quais gira o conceito de omissão legislativa inconstitucional⁹.

Neste sentido, é certo que não há que se falar em omissão legislativa inconstitucional diante de normas constitucionais autoaplicáveis¹⁰; como adverte Francisco Fernández Segado, “a omissão legislativa com relevância constitucional pressupõe uma norma constitucional que não seja de aplicação imediata”, de forma que toda norma constitucional diretamente aplicável exclui uma omissão juridicamente relevante¹¹.

É certo também que, quanto mais persistente for a negativa do legislador em cumprir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, mais se comprometerá e debilitará a própria força normativa da Constituição. Daí se questionar qual é o exato papel que cumpre o fator *tempo* na configuração da omissão legislativa inconstitucional.

Parece que, para José Afonso da Silva, o fator tempo está inserido no próprio conceito de omissão legislativa inconstitucional. O festejado professor afirma que a omissão inconstitucional “só se caracterizará pelo não cumprimento, *depois de tempo razoável*, das imposições constitucionais imperativas”¹². Em um sentido próximo, José Julio Fernández Rodríguez define “a omissão inconstitucional como a falta de desenvolvimento por parte do Poder Legislativo, *durante um tempo excessivamente largo*, daquelas normas constitucionais de obrigatório e concreto desenvolvimento, de forma tal que se impede sua eficaz aplicação”¹³. Em Portugal, Blanco de Morais fala em “omissões de actos legislativos que não complementam *tempestivamente* normas constitucionais

7 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*. Madrid: Dykinson, t. I, 2008. p. 608: “Não basta, pois, a inércia; é preciso que a passividade do legislador implique a inobservância de um dever constitucional de legislar”.

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 331.

9 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op. cit., p. 632.

10 SILVA, José Afonso. Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid: CEPC, n. 6, p. 16, 2002: “As normas constitucionais são de eficácia plena e aplicabilidade imediata, situação que não gera omissão inconstitucional, ou de eficácia contida e também de aplicabilidade imediata, que também não dá margem a omissão, ou de eficácia limitada de princípio institutivo ou de princípio programático e de aplicabilidade dependente de leis ou outra providência do Poder Público. Aqui é que se situa o campo possível das omissões inconstitucionais”.

11 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op. cit., p. 611. O STF inclusive rejeita o cabimento de ação para discutir a omissão legislativa em relação a normas constitucionais de eficácia plena: “À exceção do preceito do § 3º, o teor do art. 8º do Ato das Disposições Transitórias da Lei Fundamental veio à balha com eficácia plena, sendo imprópria a impetração de mandado de injunção para alcançar-se o exercício de direito dele decorrente” (STF, MI 626, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 18.06.2001).

12 SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 17.

13 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2007, p. 85.

não exequíveis por si próprias”¹⁴, ao passo que Jorge Miranda desenvolve enfaticamente a ideia do tempo como elemento definidor da omissão legislativa inconstitucional:

O juízo de inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei: nenhuma omissão pode ser descrita em abstracto, mas somente em concreto, balizada entre determinados eventos, estes de sinal positivo. [...]

Assim, o órgão de fiscalização, sem se substituir ao órgão legislativo, tem de medir e interpretar o tempo decorrido – esse tempo que fora dado ao órgão legislativo para emanar a lei; e terá de concluir pela omissão, sempre que, tudo ponderado, reconhecer que o legislador não só podia como devia ter emitido a norma legal, diante de determinadas circunstâncias ou situações em que se colocou ou foi colocado. Pois o significado último da inconstitucionalidade por omissão consiste no afastamento, por omissão, por parte do legislador ordinário, dos critérios e valores da norma constitucional não exequível; e esse afastamento só pode ser reconhecido no tempo concreto em que um e outro se movam.¹⁵

É de toda evidência que não há que se falar em inércia legislativa se a Constituição concedeu prazo para o legislador dispor sobre seus dispositivos e esse prazo ainda não se esgotou. Mas não é essa a questão mais problemática que envolve a relação entre o *tempo* e a *configuração da omissão legislativa inconstitucional*, mas sim o *quanto* de tempo de inércia faz-se necessário para que se configure a omissão legislativa inconstitucional. Será que desde o primeiro momento em que a Constituição exige a lei, e esta ainda não existe, podemos falar em omissão inconstitucional? Ou será que se faz necessário para tanto o decurso de um “tempo razoável”, ao qual alude José Afonso da Silva, ou o transcurso de “um tempo excessivamente largo”, de que fala José Julio Fernández Rodríguez?

Pensamos que o transcurso de longo tempo de inércia legislativa não é condição para configurar-se a omissão inconstitucional, pois, para tanto, basta a indiferença do legislador ao comando constitucional. Mas, como será abordado adiante com maiores detalhes, o fator “longo tempo de inércia legislativa” se mostra decisivo para legitimar uma atuação mais ativa do juiz constitucional na correção da omissão. Este, sim, é o principal papel que cumpre o fator tempo na problemática do controle da omissão legislativa inconstitucional: o papel de legitimação do ativismo judicial na correção da omissão.

Podemos afinal conceituar a omissão legislativa inconstitucional como a não observância, pelo legislador, do dever constitucional de legislar previsto em disposições da Constituição não autoaplicáveis ou carentes de regulação legal para realizarem-se plenamente, sendo certo que, quanto mais a omissão perdu-

14 MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, t. II, 2005. p. 456.

15 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, t. VI, 2005. p. 309-310.

rar, mais se justificará uma intervenção direta e substitutiva do Poder Judiciário para correção da inconstitucionalidade.

1.2 ESPÉCIES DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

A omissão legislativa inconstitucional pode ser absoluta (total) ou relativa (parcial). Tem-se a omissão absoluta ou total quando “o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional”¹⁶. Portanto, a omissão inconstitucional pode decorrer tanto da absoluta ausência do ato normativo obrigatório (omissão absoluta) quanto da circunstância do dever de legislar ter sido cumprido apenas parcialmente ou de modo incompleto ou defeituoso (omissão parcial).

Essa distinção entre omissão absoluta e relativa tem importante reflexo na definição dos meios judiciais de controle da omissão, tema que será tratado mais adiante, bem como na problemática escolha da técnica adequada de decisão para afastar a situação inconstitucional promovida pela omissão ilícita. Por exemplo, a omissão inconstitucional por decorrência do cumprimento parcial do dever de legislar, que enseje a violação do princípio da isonomia, se apresenta, no tocante às possíveis soluções de correção judicial, dramática. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, “caso clássico de omissão parcial é a chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”, em que a norma concede “vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas”¹⁷. Nesse caso, o ato normativo outorga a um grupo determinado de pessoas um benefício que não é estendido a outro grupo ou grupos que deveriam também ter sido contemplados. A pura e simples declaração de inconstitucionalidade com a pronúncia de nulidade do privilégio inconstitucional¹⁸ pode não representar a solução mais efetiva. A correção judicial efetiva desta espécie de omissão poderia envolver a extensão do benefício à pessoa ou ao grupo preterido. Contudo, essa técnica de correção levanta a questão dos limites impostos ao

16 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1026. Cf. também: PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. Conceitos, sistemas e efeitos, 2001, p. 289/291; MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*, 2005, p. 456/457; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2007, p. 85; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, 2008, p. 596/602. Neste sentido: STF, ADIn-MC 1.458/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.09.1996: “O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. [...] Desse *non facere* ou *non praestare* resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público”.

17 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1026; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 380-383.

18 O mestre Ricardo Lobo Torres fala em *privilégio odioso*: “O Estado ofende a liberdade relativa do cidadão e o princípio da isonomia quando cria, na via legislativa, administrativa ou judicial, *desigualdades fiscais* infundadas, através dos *privilégios odiosos* ou das *discriminações*” (*Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Volume III: Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 340).

juiz constitucional pelo dogma kelseniano do *legislador negativo*, o que sugere a complexidade do tema. Voltaremos a abordar essa questão mais adiante.

1.3 OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Deve-se ainda destacar a importância de se identificar quando a omissão do cumprimento do dever de legislador refere-se a normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais¹⁹; nesses casos, a omissão do legislador ordinário pode chegar a debilitar a própria eficácia dos direitos fundamentais, haja vista a plena fruição destes direitos muitas vezes exigir do Estado prestações normativas, não obstante o disposto no § 1º do art. 5º da CF/1988. Canotilho²⁰ explica, em doutrina referente à Constituição portuguesa, mas que se aplica inteiramente ao Direito Constitucional brasileiro, que “muitas normas da Constituição consagram direitos dos indivíduos a ações positivas do Estado, quer reconhecendo o direito a uma *ação positiva de natureza fáctica* [...] quer garantindo o direito a um *acto positivo de natureza normativa*”; o professor português denomina esta última espécie de *direitos a prestações normativas*.

Nesses casos, deve sempre prevalecer a ideia da ausência de uma liberdade absoluta, irrestrita do legislador, não apenas quanto ao conteúdo das leis que deve produzir, mas também quanto à própria conveniência e oportunidade do momento de produção legislativa; a vinculação do legislador à Constituição, e em especial aos direitos fundamentais, não resulta apenas no condicionamento do campo de conformação do conteúdo das leis, mas também do próprio “tempo de legislar”, na medida em que não se pode tolerar a omissão do legislador que impeça a eficácia de direitos fundamentais.

Alguns direitos fundamentais, apesar do disposto no § 1º do art. 5º da CF/1988, mas em decorrência da fórmula normativa constitucional que os reconhecem, dependem de regulação normativa infraconstitucional para que possam ter plena eficácia; é o caso, por exemplo, do direito de greve dos servidores públicos, em que o art. 37, VII, da CF/1988 prescreve que esse direito será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

A omissão legislativa referente a dispositivos constitucionais desta espécie dá ensejo, inadvertidamente, a um direito subjetivo *reforçado* do particular interessado ou da coletividade à própria emanção dos atos normativos adequados, haja vista que a omissão legislativa, neste caso, importa em ruptura da vontade da Constituição naquilo que lhe é mais relevante: a proteção e realização dos direitos fundamentais; portanto, a *inatividade do legislador*, nestes casos, como veremos, requer um comportamento do Poder Judiciário muito

19 SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. Op. cit., p. 731: “Todas essas propostas e disposições radicam na convicção de que o Poder Legislativo tem o dever, e não apenas a competência, para legislar em complementação à normativa constitucional, máxime quando se trate de matéria revestida do atributo da *fundamentalidade*, ou seja, que vise garantir a efetividade dos direitos fundamentais catalogados na Constituição”.

20 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2000. p. 1219.

mais ativo do que simplesmente o de reconhecer a mora legislativa e de “recomendar” o seu suprimento pelo Poder Público inerte.

Com efeito, a possibilidade de omissão legislativa que viole direitos fundamentais não nos permite generalizar os parâmetros de limites da atuação corretiva do Poder Judiciário, e notadamente do Supremo Tribunal Federal, em matéria de omissão legislativa inconstitucional. De certo então que as normas constitucionais que abrigam direitos fundamentais, mais do que quaisquer outras, exigem do juiz constitucional uma postura mais urgente e eficaz no combate à omissão legislativa inconstitucional.

2 MEIOS DE CONTROLE JUDICIAL DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL ABSOLUTA

O apontamento dos meios de controle da constitucionalidade da omissão legislativa inconstitucional absoluta, tal como formulados pelo constituinte de 1988, consiste na resposta ao segundo questionamento do Ministro Gilmar Mendes: “Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna?”. As respostas aos demais questionamentos dependem das técnicas e dos efeitos das decisões que podem ser proferidas nestes “meios de controle”.

O constituinte de 1988 demonstrou especial preocupação em proteger a força normativa da Constituição contra as omissões ilícitas dos Poderes Legislativo e Executivo, instituindo dois especiais processos de controle de constitucionalidade destas omissões: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Importa mais, no estudo destas técnicas processuais de controle de constitucionalidade das omissões legislativas inconstitucionais, a amplitude e conteúdos possíveis das decisões, o que envolve a permanente tensão entre a busca pela efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais nela reconhecidos e os limites impostos à criação judicial do Direito pelos princípios democrático e da separação de Poderes.

2.1 Ação DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão consiste, nos termos do art. 103, § 2º, da CF/1988, em ação de controle abstrato de constitucionalidade da omissão inconstitucional perpetrada pelos Poderes Executivo e Legislativo. Portanto, trata-se de espécie de processo objetivo de “defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis”, que não se dirige “à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica. Não se pressupõe, portanto, a configuração de um interesse jurídico específico ou de um interesse de agir”²¹. Toda e qualquer norma constitucional, carente de complementação legislativa, pode ensejar a propositura desta espécie de ação. Sem embargo, a ação direta de

21 STF, ADIn 3.682/MT, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09.05.2007.

inconstitucionalidade por omissão não corresponde exatamente à espécie de ação autônoma, mas a uma ação direta de inconstitucionalidade que, em razão do próprio desenho constitucional da jurisdição constitucional, pode ter por objeto a omissão legislativa.

Os legitimados para propor esta espécie de ação, sempre tendo em vista não a defesa de suas posições subjetivas, mas a defesa da própria ordem constitucional, são os mesmos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade²². O interesse na propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão está presente ainda que já iniciado o processo legislativo, podendo então a inércia na deliberação também ser alvo do controle abstrato da omissão²³.

2.1.1 Eficácia da decisão

Não obstante o objetivo da ação ser o de suprir a lacuna inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal decidiu que deve, ao decidir pela inconstitucionalidade, limitar-se a reconhecer, com eficácia *erga omnes*, a mora legislativa, podendo ainda indicar um prazo para que a lacuna seja suprida²⁴, e, na hipótese de omissão praticada por órgão administrativo, determinar que ele supra a lacuna no prazo de trinta dias.

Portanto, o Supremo entendeu por bem, ao julgar o mérito da ação²⁵, restringir-se a *declarar a mora do legislador e a lhe dar ciência da decisão para que supra a omissão*, não se admitindo então a possibilidade de formulação direta da norma faltante, seja em razão da própria literalidade do § 2º do art. 103 da CF/1988²⁶, seja sob o fundamento da violação ao princípio da separação de poderes ou da proibição do Tribunal atuar como legislador positivo²⁷.

22 PALU, Oswaldo Luiz. Op. cit., p. 287.

23 "A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão." (STF, ADIn 3.682/MT, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09.05.2007)

24 STF, ADIn 3.682/MT, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06.09.2007.

25 O STF entende não caber medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, haja vista a impossibilidade de se antecipar em sede cautelar aquilo que, mesmo em decisão de mérito, não é permitido, ou seja, a formulação da norma faltante. Cf. STF, ADIn 1.439/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.05.2003.

26 "A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do Texto Constitucional. Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente." (STF, ADIn 1.439/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.05.2003)

27 "A ausência dessa lei complementar (*vacuum juris*), que constitui o necessário instrumento normativo de integração, não pode ser suprida por outro ato estatal qualquer, especialmente um provimento de caráter jurisdicional, ainda que emanado desta Corte. O reconhecimento dessa possibilidade implicaria transformar o STF, no plano do controle concentrado de constitucionalidade, em legislador positivo, condição que ele próprio se tem recusado a exercer. O Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da República, atua como verdadeiro legislador negativo, pois a declaração de inconstitucionalidade em tese somente encerra, em se tratando de atos (e não de omissões) inconstitucionais, um juízo de exclusão, que consiste em remover, do ordenamento positivo, a manifestação

Daí o caráter dúplice da sentença desta espécie de ação: (i) *declaratória* da omissão legislativa inconstitucional e (ii) *mandamental* no tocante à ciência ao poder omissor acerca da pronúncia de inconstitucionalidade da omissão para que este adote “as providências necessárias” a que se refere o § 2º do art. 103 da CF/1988.

Não obstante essas limitações, o Professor José Afonso da Silva enxerga uma *eficácia moral constrangedora* da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o legislador e da geração de *precedentes e costumes constitucionais* no sentido do atendimento da decisão. O mestre paulista, afastando por completo a possibilidade de a Corte emitir sentença normativa substitutiva da atuação do legislativo, ressalta que a “ação legislativa” da Corte poderá aparecer “na medida em que sua decisão venha a estimular o legislador a cumprir seu dever de legislar”²⁸. Mesmo que isso não conste expressamente em sua exposição, parece que o Professor José Afonso é otimista com o *caráter dialógico*²⁹ das decisões do Tribunal no âmbito do controle concentrado e abstrato da omissão inconstitucional. Neste mesmo sentido, o ex-Ministro Sepúlveda Pertence, em seu breve voto no MI 670/ES³⁰, chama a atenção para o fato de que, “algumas vezes, o papel do Supremo Tribunal, se não é de protagonismo legislativo, é, no entanto, de acitar aos poderes políticos para o dever de dar efetividade à Constituição”.

Sem dúvida, a postura institucionalmente mais dialógica e, portanto, menos autoritária do Supremo, se autocompreendendo como uma das peças importantes na construção da ordem jurídica e não como único personagem institucional relevante ou titular da palavra final e derradeira sobre os significados constitucionais³¹, responde às exigências de equilíbrio entre constituição e

estatal inválida e desconforme ao modelo jurídico-normativo consubstanciado na Carta Política.” (STF, ADIn-MC 267/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.05.1995)

28 SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 17.

29 Sobre o caráter dialógico do controle de constitucionalidade e o papel das Cortes neste diálogo, sob uma perspectiva um pouco distinta da apontada por José Afonso da Silva, cf. FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review* 91 (4), 1993, p. 577/652. O professor da Universidade de Nova Iorque afirma que a *interpretação constitucional é um diálogo*; é diálogo no sentido de ser mais interdependente e interativo do que usualmente é descrito, de modo que a Constituição não é interpretada por juízes indiferentes que impõem sua vontade sobre o povo; antes, a interpretação constitucional é uma discussão elaborada entre juízes e o corpo político, com ênfase no diálogo entre a Corte e o povo e na dinâmica interativa da interpretação constitucional. Barry Friedman sentença que o “processo de interpretar a constituição é interativo. É dialógico. Cortes cumprem um papel proeminente, mas seguramente não é a única voz no diálogo” (p. 658). Mais próximo do diálogo a que se refere José Afonso, mas voltado para a diferente realidade canadense, cf. HOGG, Peter H.; BUSHHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures. *Osgoode Hall Law Journal* 35 (1), 1997, p. 75/105; DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference. *Osgoode Hall Law Journal* 47 (2), 2009, p. 235/286; ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: judicial activism or democratic dialogue*, 2001.

30 STF, MI 670-9/ES, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/o Ac. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.10.2008.

31 É digna de censura a fundamentação do voto-condutor na ADIn 2.797, da lavra do ex-Ministro Sepúlveda Pertence. Em seu voto, Pertence nega que a legislação ordinária possa impor uma dada interpretação da Constituição, qualificando como um “desconcerto institucional” a interpretação legislativa superveniente que contraria a jurisprudência do STF. Tratar-se-ia de inconstitucionalidade formal da lei se a mesma, a pretexto de interpretar algum dispositivo da Constituição, contrarie o significado que a este foi anteriormente atribuído pela Corte. afirmou Sepúlveda Pertence que, nestes casos, além de fundamentos puramente dogmáticos, “razões de alta política institucional” são impostas ao STF para o Tribunal “repelir a usurpação pelo legislador

democracia, entre direto e política. Porém, existe um limite para tanto. É preciso que as demais instituições se engajem no diálogo. O Supremo Tribunal Federal não pode ser deixado falando sozinho, condenado a um *monólogo institucional* infrutífero. O diálogo institucional pressupõe engajamento das instituições, livramento do receio de custos políticos inerentes às grandes decisões. Daí que não se justificará uma atitude mais passiva do Supremo diante de um legislativo que insiste em se fazer de instituição mouca aos apelos da Corte. O caso do direito de greve dos servidores públicos civis, como mais adiante se demonstrará, foi um exemplo em que o diálogo não funcionou, só o ativismo judicial.

De qualquer forma, mesmo que se considere insuficiente a eficácia da sentença meramente declaratória e mandamental da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, exatamente nos moldes em que decidido pelo Supremo, não se pode negar que, diante do limite semântico imposto pelo enunciado normativo do § 2º do art. 103 da CF/1988, entendimento diverso, no sentido da possibilidade da formulação da norma faltante diretamente pelo Tribunal (eficácia *constitutivo-normativa* da decisão), importaria em evidente mudança do Texto Constitucional, pois não se trataria de uma construção interpretativa dentro dos limites de possibilidades semânticas do texto interpretado, mas de verdadeira mudança *informal* do próprio enunciado normativo, estando assim sujeito, e com razão, a toda espécie de questionamentos sob o aspecto de sua carência de legitimidade democrática.

Questionamentos semelhantes são feitos em relação ao mandado de injunção, porém, neste caso, o instituto não sofre as mesmas limitações normativas impostas pelo texto da Constituição. É do que se passa a tratar.

2.2 MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção consiste, nos termos do art. 5º, LXXI, em ação de controle incidental de constitucionalidade da omissão inconstitucional perpetrada pelos Poderes Executivo e Legislativo, que visa proteger direitos assegurados pela CF/1988, cujo exercício se encontra obstaculizado em razão da omissão fiscalizada. O mandado de injunção destina-se assim ao controle da omissão como tutela de direitos subjetivos de *status* constituio-

de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental". O exercício legislativo desta espécie, argumenta, deveria ser então encarado como uma pretensão de inversão da leitura da Constituição feita pelo órgão da jurisdição constitucional, uma usurpação do papel institucional da Corte de "guarda da Constituição" (STF, ADIn 2.797/DF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006). As razões do voto, mais do que considerarem o STF como titular da palavra final sobre o que diz a Carta, o promovem ao posto de único intérprete da Constituição. Nestes termos, a decisão ignora qualquer legitimidade de uma interpretação da Constituição como diálogo entre as instituições. É dizer que o STF é só *Supremo*, e nada *Tribunal*. Na verdade, o papel institucional do STF, tal como descrito por Sepúlveda Pertence, não é o da "guarda da Constituição", mas sim o de "tomar a Constituição apenas para si". Posição semelhante pode-se encontrar no voto do Ministro Celso de Mello e na ementa da ADIn 3.345, em que o hodierno decano da Corte fala em "singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental" (STF, ADIn 3.345/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.08.2010).

nal prejudicados pela inércia do Poder Público. Foi, portanto, “concebido para conferir proteção à aplicabilidade dos direitos e liberdades constitucionais de toda espécie, e destinado ao suprimento de lacuna de norma complementar”³².

O grande traço diferencial entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é que por meio do primeiro se exerce o controle concreto e incidental de constitucionalidade da omissão legislativa, ao passo que, por meio da segunda, como visto, se realiza o controle abstrato e concentrado³³. Sendo meio de controle incidental de constitucionalidade, a competência para processar e julgar o mandado de injunção não é exclusiva do Supremo, porém também não é distribuída por todos os juízes, como é típico do controle incidental de constitucionalidade; as competências originária e recursal para o mandado de injunção são definidas na CF/1988, no art. 102, I, *q* e II, *a*, em favor do STF, no art. 105, I, *h*, para o STJ, e no art. 121, § 4º, V, para os Tribunais Regionais Eleitorais.

As regras constitucionais que fixaram as competências para processar e julgar originariamente o mandado de injunção, acima indicadas, deixam claro que o critério utilizado pelo constituinte foi o que leva em consideração a pessoa ou órgão responsável pela elaboração da norma faltante, isto é, o critério *ratione personae*³⁴. Como o mandado de injunção visa proteger direitos subjetivos cujo exercício encontra-se obstado em razão da omissão regulamentar, os legitimados para propor a ação serão sempre os titulares das posições subjetivas prejudicadas pela omissão³⁵, seja pessoa física ou jurídica, seja ainda as entidades de classe, associações ou sindicatos.

Em relação a estes últimos, por decorrência do entendimento do Supremo Tribunal Federal, fixado sob a liderança intelectual do Ministro Moreira Alves no importante julgamento da questão de ordem no MI 107³⁶, no sentido da aplicação analógica ao mandado de injunção da legislação constitucional e infraconstitucional³⁷ e da jurisprudência pertinentes ao mandado de seguran-

32 SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. Op. cit., p. 729.

33 “O mandado de injunção não é o meio próprio a lograr-se o controle concentrado de constitucionalidade de certa norma.” (STF, MI 575 AgRg/DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 26.02.1999)

34 STF, MI-QO 107, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.09.1990, p. 34: “[...] como deflui dos arts. 102, I, *g*, e 105, I, *h*, a competência para o processamento e julgamento originários do mandado de injunção é fixada *ratione personae*, ou seja, em razão da condição dos Poderes, órgãos, entidades ou autoridades a que seja imputada a omissão regulamentadora [...]”.

35 “Somente tem legitimidade ativa para a ação o titular do direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência da norma infraconstitucional regulamentadora.” (STF, MI 595-AgRg, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 23.04.1999)

36 STF, MI-QO 107, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 02.08.1991.

37 “[...] Assim fixada a natureza desse mandado, e ele, no âmbito da competência desta Corte – que está devidamente definida pelo art. 102, I, *q* –, autoexecutável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. [...]” (MI 107-QO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.09.1990)

ça³⁸, admite-se a impetração do *mandado de injunção coletivo*³⁹, sendo possível então a figura da substituição processual por organização sindical, entidade de classe ou associação (art. 5º, LXX, b, da CF/1988).

Quanto à legitimidade passiva, a questão é mais complexa. Em linhas gerais, tem-se três posições diversas: (i) a primeira considera legitimados a autoridade ou órgão público omissos e, em litisconsórcio necessário, a parte privada ou pública que deverá suportar o ônus caso venha a ser realizada a regulamentação faltante; (ii) a segunda posição considera legítima apenas a parte privada ou pública que deverá cumprir as obrigações decorrentes da regulamentação omitida; (iii) por fim, a terceira posição, que foi a inicialmente adotada pela Corte, no sentido de serem legitimados tão somente a autoridade ou órgão público omissos na regulamentação exigida constitucionalmente⁴⁰. Segundo o ex-Ministro Moreira Alves, a segunda posição só poderia ser admitida se aceita a tese da eficácia constitutiva da sentença no mandado de injunção, ao passo que a terceira posição se mostra coerente com a ideia de sentença dotada de caráter mandamental⁴¹.

Quanto ao interesse processual no mandado de injunção, este persiste apenas até que seja editada a norma regulamentadora cuja ausência justificava a impetração⁴², embora não desapareça na pendência de projeto de lei pertinente ao tema⁴³.

2.2.1 Eficácia da decisão

O tema mais relevante é, sem dúvida, o da eficácia da decisão no mandado de injunção: deve o Poder Judiciário, após reconhecer a mora legislativa, proferir decisão tão somente no sentido de determinar ao poder omissos que pratique a colmatação da lacuna (eficácia mandamental) ou pode o Poder Judiciário, julgando o caso concreto, suprir diretamente a norma faltante com

38 “I – Não cabimento de agravo regimental contra decisão do Relator que defere ou indefere a medida liminar em mandado de segurança. Aplicabilidade quanto ao mandado de injunção. II – Agravo regimental não conhecido.” (STF, MI 195 MC-AgRg, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 31.08.1990)

39 Com efeito, a possibilidade da impetração coletiva, segundo o STF, decorre da aplicação analógica da disciplina constitucional do mandado de segurança: “Mandado de injunção coletivo: admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da Constituição; legitimidade, no caso, entidade sindical de pequenas e médias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancário, tem interesse comum na eficácia do art. 192, § 3º, da Constituição, que fixou limites aos juros reais. [...]” (STF, MI 361/RJ, Pleno, Rel. Conv. p/o Ac. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 17.06.1994). No mesmo sentido: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite legitimidade ativa *ad causam* aos sindicatos para a instauração, em favor de seus membros ou associados, do mandado de injunção coletivo” (STF, MI 102, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 25.10.2002); “Entidades sindicais dispõem de legitimidade ativa para a impetração do mandado de injunção coletivo, que constitui instrumento de atuação processual destinado a viabilizar, em favor dos integrantes das categorias que essas instituições representam, o exercício de liberdades, prerrogativas e direitos assegurados pelo ordenamento constitucional” (STF, MI 472, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 02.03.2001).

40 STF, MI 323, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 09.12.1994.

41 STF, MI-QO 107, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.09.1990, p. 35.

42 “Uma vez editada a lei em relação à qual restou apontada omissão, tem-se a perda de objeto do mandado de injunção. [...]” (STF, MI 575 AgRg/DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 26.02.1999)

43 STF, MI 361/RJ, Pleno, Rel. Conv. p/o Ac. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 17.06.1994)

eficácia para as partes (constitutiva individual) ou até mesmo com eficácia geral (constitutiva geral), viabilizando assim, e desde já, os direitos, garantias e prerrogativas constitucionais prejudicados pela omissão inconstitucional (eficácia constitutiva)? A resposta a essa pergunta representa também a solução para os questionamentos finais levantados pelo Ministro Gilmar Mendes, antes transcritos: “Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?”.

Boa parcela da doutrina defendia, com acerto, que o Poder Judiciário poderia formular diretamente a norma faltante, sob o fundamento de que o art. 5º, LXXI, da CF/1988 instituiu garantia fundamental voltada para viabilizar diretamente os direitos, garantias e prerrogativas constitucionais obstados pela omissão inconstitucional, o que não poderia ser alcançado por uma decisão que se limitasse a reconhecer a mora e “ordenar” o suprimento da omissão pelo poder inerte. Porém, não foi esta a posição que prevaleceu, ao menos inicialmente, e durante um bom tempo, no Supremo Tribunal Federal.

A Corte, no já citado julgamento da questão de ordem no MI 107 e até a mudança de entendimento nos MI(s) 670, 708 e 712, restringiu, na conformidade da doutrina traçada pelo então Ministro Moreira Alves, a utilidade do mandado de injunção ao considerar como inadmissíveis decisões com conteúdo normativo-constitutivo, sendo permitidas apenas decisões que revestissem conteúdo meramente mandamental. O que significa dizer que o Tribunal deveria limitar-se a reconhecer a mora e a dar ciência ao responsável pela regulamentação omissa para que este supra a ausência atacada, havendo dúvidas ainda quanto à possibilidade ou não de o Supremo Tribunal Federal conceder prazo para a ação legislativa⁴⁴. Assim, quanto à eficácia das decisões, não haveria diferença entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Para o ex-Ministro Moreira Alves, diversas seriam as razões contra o argumento da possibilidade de o Poder Judiciário suprir diretamente a lacuna: (i) essa posição tornaria o mandado de injunção inábil para viabilizar o exercício da maioria dos direitos, garantias ou prerrogativas constitucionais que dependem de regulação, e isto se daria (i.i) porque o gozo de alguns

44 Existia muita divergência sobre a possibilidade ou não do STF fixar prazo para que a omissão seja suprida pelo poder omissor: a) a favor: “[...] Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do art. 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida” (STF, MI 232, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 27.03.1992); b) contra: “[...] Não se revela cabível a estipulação de prazo para o Congresso Nacional suprir a omissão em que ele próprio incidiu na regulamentação da norma inscrita no art. 192, § 3º, da Carta Política, eis que essa providência excepcional só se justificaria se o próprio Poder Público, para além do seu dever de editar o provimento normativo faltante, fosse, também, o sujeito passivo da relação de direito material emergente do preceito constitucional em questão. Precedentes” (STF, MI 472, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.03.2001).

destes direitos ou garantias depende de organização prévia de determinados serviços ou alocação de recursos, sendo então inútil o Poder Judiciário determinar o gozo destes direitos se inexistentes os recursos ou os serviços, e (i.ii) porque, em certas hipóteses, o Poder Judiciário não possuiria “condições técnicas” para proceder a regulamentação, o que poderia acarretar casos de *non liquet*; (ii) o perigo de haver várias decisões diferentes, todas de eficácia normativa, criando regulamentações conflitantes sobre o mesmo tema, haja vista a ausência de concentração da competência processual em um único Tribunal; (iii) na hipótese de se adotar a tese da formulação da norma apenas para o caso concreto, estaria inviabilizada a proteção do exercício de direitos inerentes à soberania popular, pois esses direitos requerem uma regulamentação coletiva e não individual; (iv) ainda considerando a tese da formulação da norma faltante apenas para o caso individual, haveria o óbice da coisa julgada entre as partes não poder ser afastada ou modificada pela regulamentação pretendida que viesse a ser implantada posteriormente; (v) na hipótese de se adotar a tese da formulação da norma faltante com eficácia *erga omnes*, teríamos o óbice de ser permitido, no controle incidental, aquilo que não foi permitido, pela Constituição, no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade da omissão inconstitucional (art. 103, § 2º, da CF/1988); por fim, (vi) e ainda mais importante, a adoção de sentenças constitutivas no mandado de injunção não seria compatível com os princípios democrático, da legalidade e da separação de poderes. Para o ex-ministro, esses princípios seriam fundamentos suficientes a não permitir que o Poder Judiciário, mesmo para proteção de direitos constitucionais diante da omissão legislativa inconstitucional, substitua o Poder Legislativo na tarefa de construir a norma regulamentadora faltante⁴⁵.

É certo que esta posição do Supremo, se autorrestringindo e excluindo do mandado de injunção eficácia compatível com um eficiente sistema de garantias e proteção de direitos e posições subjetivas constitucionais, recebeu severas críticas por parte da doutrina. São fortes e pertinentes as palavras do Professor Siqueira Castro quanto a essa interpretação:

A despeito de todo esse esforço doutrinário, outra foi a senda que o Supremo Tribunal Federal entendeu de percorrer. As posições que têm sido até o presente assumidas pela maioria de seus integrantes infelizmente fulminam as esperanças de quantos consideramos consistir o mandado de injunção uma super e multifinalística garantia integradora da ordem jurídica, destinada a tornar-se, especialmente no campo dos direitos econômicos e sociais, uma fecunda guardiã da efetividade do sistema constitucional democrático restaurado e ampliado em 1988. A bem dizer, a Suprema Corte brasileira, fazendo ouvidos moucos ao clamor das demandas emancipatórias da cidadania e exercitando uma visão estreita e desatenta para com os desafios institucionais de nossa época, apequenou a significação do instituo recém-criado. [...] Por isso, o mandado de injunção

45 STF, MI-QO 107, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.09.1990, p. 36-40.

subsiste entre nós como uma espécie de promessa não cumprida da democracia brasileira, para tomar de empréstimo expressão peculiar aos luminosos escritos de Norberto Bobbio.⁴⁶

Havia realmente muito a lamentar. A plena eficácia do mandado de injunção só poderia ser obtida se o Supremo tivesse admitido a cognição constitutiva da ação, de modo que a Corte pudesse formular diretamente a norma regulamentadora faltante e assim viabilizasse de imediato o exercício do direito constitucional obstado pela omissão inconstitucional. Porém, em recentes e festejados julgados, todos de 2007, a Corte mudou sua posição, emprestando a desejada maior eficácia à garantia processual, admitindo formular diretamente a norma faltante reclamada. É o que se passa a demonstrar.

3 O JULGAMENTO DOS MI(S) 670, 708 E 712 E A MUDANÇA DE RUMO JURISPRUDENCIAL

Como exposto acima, o Supremo Tribunal Federal, apoiado especialmente no princípio da separação dos Poderes, se autorrestringiu quanto às possibilidades do mandado de injunção, não admitindo cumprir a legítima tarefa de suprir as lacunas decorrentes das insistentes e deliberadas omissões inconstitucionais do legislador, limitando-se a declarar a mora e a notificar a este poder inerte para legislar. Essa orientação não poderia ser generalizada pela Corte, sob pena de reduzir a garantia do mandado de injunção em pouco mais do que nada. Com efeito, é o Poder Legislativo o titular da prioridade no cumprimento da função de densificação normativa dos significados constitucionais, de exercer a política constitucional. Porém, essa reserva político-constitucional do Poder Legislativo não pode ser entendida como absoluta. A Constituição não pode estar à disposição de um poder constituído ilimitado, a ponto da contumácia ao não exercício legislativo de atribuição de plena normatividade a algum significado constitucional pendente de regulação possa revestir-se de uma espécie de *paralisia legítima* da força normativa da Constituição.

É verdade que, como lucidamente lembrou o ex-Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto no MI 670/ES, “muitas vezes a demora do processo legislativo não é um problema de inércia, não é um problema de falta de vontade de legislar; é a impossibilidade política de chegar-se a uma fórmula aceita. E isso é do jogo democrático. E isso é, sobretudo, a grande virtude do processo legislativo democrático”. Com efeito, nem toda omissão legislativa é fruto de uma inércia política deliberada; às vezes enfrentam-se desacordos razoáveis que parecem irreconciliáveis em arenas de debate como o Poder Legislativo. Mas, como o próprio Pertence ressaltou neste mesmo voto: “Há inércia e inércia”. Há inércia que, de tão persistente e abusiva, não se justifica em qualquer hipótese.

46 SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. Op. cit., p. 740. Há quem afirme que esta posição parecia ser o “sepultamento do novo instituto: HAGE, Jorge. Controle judicial sobre as omissões normativas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, Andre Rufino do (Org.). *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*, 2010. p. 166.

Há inércia legislativa que decorre daquilo que tem sido classificado como *pontos cegos legislativos de perspectiva* (*legislative blind spots of perspective*), que aparecem “sempre que um grupo careça de representação ‘descritiva’ no Poder Legislativo e os legisladores careçam do apropriado incentivo ou mecanismo para dar ouvidos a estas vozes excluídas”⁴⁷. Há também inércia em razão do temor do legislador quanto aos riscos políticos das decisões mais controvertidas⁴⁸. Para todos esses casos e também para aqueles em que não se encontra razão alguma que justifique a inércia, a Corte precisa contar com instrumentos que a permitam superar estes bloqueios do processo legislativo que insistem em impedir o gozo de direitos fundamentais.

A inércia legislativa inconstitucional, por si só, representa um desvio institucional, um desrespeito à supremacia da Constituição. Porém, a situação é tão mais grave quanto menos justificável e mais persistente for a omissão inconstitucional. Em um Estado democrático – constitucional – de direito, a *institucionalização incompleta da Constituição* não deve ser tolerada, quanto mais se injustificada e insistente.

Como dito anteriormente, não acreditamos que o fator tempo, assim entendido como excessivo lapso temporal de inércia legislativa, seja elemento da própria configuração da omissão inconstitucional. A omissão inconstitucional não se caracteriza apenas se a inércia legislativa estiver em vigor já por um prolongado período de tempo⁴⁹. A omissão legislativa inconstitucional, segundo pensamos, está caracterizada desde o momento em que uma norma constitucional, carecedora de regulamentação legislativa para ter plena eficácia, deixa de ser aplicada em razão da inércia do legislador. Por sua vez, o fator *tempo de inércia* é decisivo para a avaliação do grau de interferência judicial legítima sobre a ação omissiva do legislador. Pouco tempo de vigência da norma constitucional sem a regulamentação legislativa necessária sugere uma postura mais dialógica da Corte. Por sua vez, longo período de tempo de inércia legislativa legitima a ação do Poder Judiciário no sentido do imediato suprimento da omissão e o afastamento de suas consequências indesejadas. Desse modo, o mero reconhecimento da mora legislativa e a ciência ao poder omissor para o suprimento da lacuna representam muito pouco em termos de atuação em nome da força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais quando estes se encontram ameaçados por uma postura permanente e prolongada de paralisia legislativa.

47 DIXON, Rosalind. Op. cit., p. 258.

48 HIRSCHL, Ran. Op. cit., p. 745: o autor afirma que este comportamento do legislador favorece à judicialização da política.

49 Não parece ter sido esta a opinião da maioria da Corte seguindo o voto do Relator Ministro Celso de Mello no MI 20: “A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa – não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora – vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo Texto Constitucional em favor dos seus beneficiários” (STF, MI 20/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996).

O Supremo passou a ter esta esperada postura mais ativista no julgamento conjunto dos MI(s) 670, 708 e 712⁵⁰. Nessas ações, discutia-se a possibilidade de exercício do direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da CF/1988, mesmo diante da ausência da lei exigida para sua regulamentação; nesses mandados de injunção, havia pedido para que a lacuna fosse suprida por meio da integração analógica com a aplicação da Lei nº 7.783/1989, que regula o exercício de greve no setor privado. A Corte já havia enfrentado o mesmo tema e pedido, tendo recusado o suprimento da lacuna por meio de sentença constitutiva com a aplicação analógica da Lei nº 7.783/1989. A Corte limitou-se a declarar a mora e a dar ciência para que o Poder Legislativo supra a lacuna. As primeiras decisões neste sentido foram proferidas na metade da década de 90 do século passado⁵¹, mas outras decisões na mesma direção foram proferidas posteriormente⁵².

Porém, passados quase vinte anos de vigência da Constituição de 1988 e mais de dez anos da primeira decisão do Tribunal notificando o Congresso Nacional da mora legislativa e requerendo a solução da lacuna, e a despeito de sucessivas decisões no mesmo rumo, a lei a que se refere o art. 37, VII, da CF/1988 ainda não havia sido editada. Significa dizer, não obstante as citadas e reiteradas decisões do Supremo reconhecendo a mora legislativa e requerendo ao Poder Legislativo para que suprisse a lacuna inconstitucional, este último quedou-se em um estado permanente e insistente de inércia. Esse estado de omissão contínua e persistente do legislador democrático, negando a concretização normativa plena de dispositivo constitucional, provocou insegurança e prejuízos à população, haja vista que a ausência de regramento do direito de greve dos funcionários públicos civis colocou constantemente em risco a continuidade de serviços públicos essenciais, como saúde, educação, justiça, segurança pública, etc. O ponto alto deste estado de insegurança foi a greve dos controladores de voo em todo o país no final do mês de março do ano de 2007.

Com efeito, neste estágio de coisas e consequências, não se poderia mais justificar inércia legislativa tão prolongada, de forma que se o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez provocado, não intervesse de maneira mais decisiva, estaria corroborando com o desprezo institucional à força normativa da Constituição. Sem medo de exageros, naquele estado de coisas, a autorrestricção da Corte a faria acompanhar o Poder Legislativo, especificamente neste ponto, em seu comportamento de não levar a Constituição a sério. Se à reiterada omissão legislativa inconstitucional se somasse uma também reiterada “omissão judicial”, tudo pareceria perdido para o direito pendente de institucionalização, que se

50 STF, MI 670-9/ES, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/o Ac. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.10.2008; STF, MI 708-0/DF, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.10.2008; STF, MI 712-8/PA, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJ 30.10.2008.

51 STF, MI 20, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996.

52 STF, MI 438, Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 16.06.1995; STF, MI 585, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 02.08.2002; STF, MI 485, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.08.2002.

encontraria desprotegido diante da inércia reiterada dos poderes constituídos em dar, quando preciso e exigidos para tanto, efetividade à Carta.

Firmes na ideia de que existe um limite de tolerância para a desídia legislativa, o Supremo abandonou seu comportamento autorrestritivo no âmbito de aplicação do mandado de injunção e, julgando estes MI(s) 670, 708 e 712, formulou diretamente a regra faltante para o caso concreto, mandando aplicar por analogia a legislação referente ao direito de greve do setor privado (Lei nº 7.783/1989) com observância das particularidades dos serviços públicos essenciais. Deve-se fazer justiça aqui aos Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso, que defendiam esta solução de efetividade ao mandado de injunção e à Carta Maior desde o julgamento do MI 20⁵³. Das razões expostas nos votos que prevaleceram e conduziram a mudança de rumo da Corte, salta aos olhos o fator principal de legitimação para o que se pode considerar um avanço das *dimensões processual e metodológica do ativismo judicial* do Supremo⁵⁴: a inércia persistente e abusiva.

53 A diferença substancial entre as propostas que prevaleceram nos MI(s) 670, 708 e 712 e as que eram elaboradas por Marco Aurélio e Carlos Velloso é a de que estes últimos reconheciam o poder da Corte de formular a norma faltante para o caso concreto (decisão constitutiva individual), o que caracterizaria um claro avanço em relação à proposta autorrestritiva de Moreira Alves, mas ainda assim um exercício ordinário do poder da Corte, ou seja, o de solucionar o caso concreto. Porém, o passo que foi dado nos MI(s) 670, 708 e 712 foi muito mais largo. Em postura extremadamente ativista, foi criada a norma faltante a ser aplicada a todos os conflitos e às ações judiciais análogas (decisão constitutiva geral), decidindo “todos os casos de uma só vez”.

54 A ideia de dimensões do ativismo judicial parte da constatação de que se deve rejeitar qualquer conceito que implique uma concepção unidimensional do ativismo judicial. Neste campo de formulações, alguns autores têm empreendido uma tentativa de sistematizar índices ou dimensões do ativismo judicial como ferramenta metodológica de identificação e medida do ativismo, facilitando assim a avaliação positiva ou negativa do comportamento ativista ou autorrestritivo dos juízes e das Cortes (CANON, Bradley C. *Defining the dimensions of Judicial Activism*. Judicature 66 (6), 1982-1983, p. 239; Idem, A Framework for the Analysis of Judicial Activism. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington: Lexington Books, 1982, p. 385; CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. *Minnesota Law Review* 91 (6), 2007, p. 1762/1763; Idem. *Measuring Judicial Activism*. New York: Oxford, 2009, p. 32/43; MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. *Colorado Law Review* 73 (4), 2002, p. 104; KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. *California Law Review* 92 (5), 2004, p. 1444). Concordamos inteiramente com essa metodologia, pois o ativismo judicial não se manifesta de uma única forma, de modo a permitir a formulação de um conceito singular. No caso do STF, podem ser destacadas duas dimensões que se sobressaem: a metodológica e a processual. Por *dimensão metodológica do ativismo judicial* nos referimos a uma mudança de postura hermenêutica que se insere em um contexto de transformação da própria autocompreensão do Tribunal acerca do papel institucional que deve desempenhar. Portanto, não se trata apenas de mudanças do método de interpretar a Constituição e as leis, mas sim da própria visão acerca do espaço que a Corte deve ocupar dentro do ambiente de criação da ordem jurídica nacional e da função que ela deve cumprir perante a sociedade e diante dos demais poderes do Estado. Por sua vez, a *dimensão processual do ativismo judicial* revela-se pelo alargamento que a Corte faz do campo de aplicação e de utilidade dos processos constitucionais que estão à sua disposição, ampliando assim as hipóteses de cabimento das ações e recursos constitucionais e os efeitos de suas decisões, tendo como parâmetros o próprio regramento destes procedimentos e o uso comum deles. O STF amplia assim sua participação na ordem jurídica e democrática do país por meio da amplificação de seus instrumentos processuais. São sinais da dimensão processual do ativismo judicial no STF, além da ampliação da eficácia das decisões em sede de mandado de injunção, (i) o uso mais frequente de sentenças que manipulam no tempo os efeitos das decisões, (ii) a tentativa de extensão da eficácia vinculante das decisões para os seus motivos determinantes, (iii) a amplitude do cabimento do instrumento da reclamação, de modo que se possa realizar em seu bojo o controle incidental de constitucionalidade, e, mas não por fim, (iv) a tentativa de atribuição de eficácia vinculante também para as decisões tomadas no âmbito do controle difuso, o que se tem denominado de “objetivização do controle difuso”.

Sobre esse ponto, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto-vencedor no MI 670, preocupado em parecer que estava defendendo o que rotulou de “protagonismo legislativo” pelo Tribunal, destacou que a excepcionalidade do caso, marcado pelo que Sepúlveda Pertence chamou em seu sucinto voto de inércia “abusiva e geradora [...] de uma anomia de relevo gritante”, justificava uma atuação positiva da Corte de modo a evitar o que se configuraria, àquela altura, “quase como uma espécie de ‘omissão judicial’”. Essa situação extrema de omissão institucional legitimaria então “uma intervenção mais decisiva” da Corte⁵⁵. Segundo Gilmar Mendes, a “sistêmica conduta omissiva do Legislativo” na matéria tornava então a situação ainda mais desconfortável para a efetividade do preceito constitucional, havendo a necessidade imperiosa, sob a perspectiva constitucional, de se formular uma solução diferenciada.

O Ministro Gilmar Mendes propôs submeter essa omissão ilícita a um controle judicial efetivo com “repercussões acerca do papel institucional a ser desempenhado” pelo Supremo “no processo de fiscalização de constitucionalidade das omissões legislativas”, devendo-se assim avaliar com mais atenção as propostas doutrinárias de superação da fórmula kelseniana “segundo a qual a função da Corte Constitucional deveria se limitar à de um ‘legislador negativo’”. Tratar-se-ia então do que Gilmar Mendes chamou de “mudança de perspectiva quanto às possibilidades jurisdicionais de controle de constitucionalidade das omissões legislativas”, e a maioria da Corte reconheceu essa necessidade de mudança de perspectiva institucional, e assim resolveu dar concretude direta à norma constitucional ao determinar que fosse aplicada no âmbito de greve do serviço público, até que o legislador regulasse a matéria, a disciplina legal das greves no âmbito privado.

O Supremo Tribunal Federal manteve essa nova posição em julgados posteriores sobre temas diferentes, mas onde igualmente se fazia presente o estado de inércia legislativa persistente e injustificada, deixando claro que a mudança de perspectiva institucional veio para ficar⁵⁶. Não se pode negar que uma atuação mais positiva e criativa do Supremo nestes casos extremos, longe de violar a Constituição, prestaria para assegurar a sua própria normatividade, além de representar uma resposta institucional à inatividade do legislador, principalmente se este não se dedica ao diálogo institucional. O Supremo atuaria assim legitimamente como *reserva de institucionalização da Constituição*. Sem sombra de dúvidas, a conclusão deve ser a de que foi dado um grande, legítimo e decisivo passo para o aperfeiçoamento e dotação de eficácia ao sistema de controle de constitucionalidade das omissões legislativas, sendo fixada a ideia da atuação da Corte como autêntico legislador positivo em hipóteses excepcionais de reiterada e inconstitucional omissão legislativa.

55 STF, MI 670-9/ES, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/o Ac. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.10.2008, p. 31.

56 STF, MI 788, Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 08.05.2009 (grifo nosso). No mesmo sentido, anteriormente julgado: STF, MI 758, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26.09.2008.

4 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL PARCIAL E AS SENTENÇAS ADITIVAS

Se a correção judicial da omissão legislativa absoluta só encontrou recentemente no Supremo Tribunal Federal uma mudança de orientação dirigida a uma solução efetiva, a correção judicial da omissão parcial ainda é uma questão à espera de uma *redefinição* pela Corte. O grande questionamento aqui também é se poderia o Tribunal ultrapassar a barreira do papel do legislador negativo, vindo a realizar uma *criação jurisprudencial positiva do Direito*, integrando a lei com novos significados normativos a fim de que sejam suprimidas as omissões que violam regras e princípios da Constituição. Verificando que a omissão parcial do legislador viola o Texto Constitucional, ou seja, que a lei é inconstitucional naquilo que ela não prevê, deveria o Tribunal limitar-se a declarar inconstitucional parte desta lei ou poderia corrigi-la com uma decisão que lhe adicionasse significado normativo e estendesse o seu alcance para além daquilo que ela originalmente estabelece? Esta é a pergunta a ser respondida.

Como aponta o Ministro Gilmar Mendes em trabalho doutrinário, a omissão parcial do legislador consiste em lacuna especialmente presente nas hipóteses de “uma exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”, em que uma norma concede vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar a outros que se encontram em condições idênticas⁵⁷. No mesmo sentido, Carlos Blanco de Moraes fala em “silêncio legislativo relativo de caráter não inclusivo de certos destinatários”, que repercute “discriminações injustificadas entre pessoas colocadas numa situação homóloga”, sendo assim violado o princípio da igualdade⁵⁸. O clássico Vezio Crisafulli utilizou a expressão “omissão-exclusão” (*omissione-esclusione*)⁵⁹, enquanto Augusto Cerri afirma que em tais hipóteses “não contemplar significa excluir”⁶⁰.

Nesses casos, a pura e simples declaração de inconstitucionalidade com a pronúncia de nulidade do benefício não parece representar a melhor solução, haja vista resultar na negativa do benefício para todos, inclusive para os que eram original e corretamente contemplados. É de se reconhecer que aqui o questionamento de inconstitucionalidade não é acerca do benefício em si e nem em razão das pessoas ou grupo de pessoas alcançado por ele, mas em função das pessoas ou grupos de pessoas *não alcançados* por ele, mas que, por força da isonomia, também deveriam ter sido contemplados com os mesmos benefícios. Existe um silêncio do legislador, e é neste silêncio, nesta omissão ou lacuna legislativa, que residiria a inconstitucionalidade. O benefício torna-se inconstitucional na parte em que, em função da lacuna legislativa, não contempla a todos que são igualmente merecedores, privilegiando injustamente apenas a uma parte deste todo.

57 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, 2008. p. 380 e ss.

58 MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*, 2005. p. 458.

59 CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*, v. II, 1976. p. 366.

60 CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale*, 2004. p. 242.

Sem embargo, a correção efetiva e adequada desta espécie de omissão envolveria necessariamente a extensão do benefício às pessoas ou aos grupos preteridos. A questão é saber se essa correção poderia ser levada a efeito pelo Poder Judiciário. Para sanar o vício de inconstitucionalidade, a Corte deveria preencher o vazio legislativo por meio de uma decisão que adicione significado normativo à lei lacunosa e estenda o alcance da mesma de forma a torná-la consentânea com o princípio da isonomia. A esta técnica de decisão dá-se o nome de *sentença aditiva*, que, segundo descrição de Zagrebelsky, que é crítico ao uso dela, cumpre uma “função positiva ou integrativa do ordenamento” jurídico, “em pleno contraste com a tarefa negativo-eliminativa que compete à Corte Constitucional e que se manifesta na declaração de inconstitucionalidade da qual segue a perda de eficácia da lei”⁶¹.

E é no contraste com esta tradicional tarefa “negativo-eliminativa” das Cortes Constitucionais, a qual alude Zagrebelsky e que corresponde ao dogma kelseniano da função de *legislador negativo* das Cortes Constitucionais, em que reside a grande problemática da correção judicial direta das omissões legislativas parciais e que faz surgir toda a complexidade do tema. Consolidar um sistema efetivo de controle de constitucionalidade contra a omissão parcial inconstitucional do legislador passa primeiro e necessariamente pela revisão destes dogmas e institutos tradicionais.

4.1 O DOGMA DO TRIBUNAL COMO O LEGISLADOR NEGATIVO KELSENIANO

O Supremo Tribunal Federal, de longa data, não reconhece sua competência para estender, via decisão aditiva, benefícios legais a pessoas ou grupos de pessoas originariamente discriminados pelo legislador, sempre sob o argumento das limitações impostas pelo princípio da separação de poderes, que requer que a Corte atue somente como legislador negativo e nunca como o legislador positivo que usurparia da função constitucionalmente atribuída ao Poder Legislativo⁶². As decisões sobre benefícios fiscais que violam o princípio da isonomia tributária são paradigmáticas neste sentido⁶³.

A Corte não vem admitindo que seja estendido benefício fiscal, via decisão judicial, para pessoas ou grupos de pessoas não contemplados pelo legislador, mesmo se tal medida fosse uma exigência concreta do princípio da isonomia tributária. No julgamento do AgRg-AI 360.461, por exemplo, o Ministro Celso de Mello deixa isso bem claro ao advertir que a extensão de benefícios isençionais, por via jurisdicional, encontra “*limitação absoluta* no dogma da

61 ZAGREBELSKY, Gustavo. Le decisioni delle questioni di legittimità costituzionale sulle leggi. In: BESSONE, Mario; GUASTINI, Riccardo. *La Regola del Caso*. Materiali sul Raggioamento Giuridico, 1995. p. 450.

62 STF, RE 196.590/AL, 1ª T., Rel. Min. Moreira Alves, DJ 14.11.1996.

63 STF, AgRg-EDv-AgRg-AI 153.334, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.02.1996; STF, RE 191.526/SP, 2ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.05.1997; STF, AgRg-RE 370.590, 2ª T., Rel. Min. Eros Grau, DJ 16.05.2008; STF, AgRg-AI 360.461, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.03.2008.

separação de poderes”, de modo que Magistrados e Tribunais, que não dispõem de função legislativa, não podem estender a isenção, ainda que sob o fundamento da isonomia, em favor daqueles que o legislador não quis contemplar, pois, “entendimento diverso, que reconhecesse aos Magistrados, essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional que lhe recusou a própria Lei fundamental do Estado”. Nesta mesma linha de raciocínio, o Ministro Eros Grau, ancorado na doutrina consolidada na Corte pelo ex-Ministro Moreira Alves, chegou a afirmar que a pretensão de extensão judicial de benefícios fiscais pautada na isonomia deveria ser tomada como “juridicamente impossível”, o que autorizaria a negativa de seguimento de recursos diretamente pelo Relator⁶⁴.

Com efeito, esta espécie de limitação que a Corte impõe a si mesma é muito tributária da doutrina de autorrestrrição metodológica e institucional do ex-Ministro Moreira Alves que, em decorrência de sua autoridade intelectual como juiz constitucional, influenciou muito e por muito tempo as decisões do Supremo Tribunal Federal, como já anotamos aqui ao cuidarmos do mandado de injunção⁶⁵. No julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 1.417⁶⁶, o ex-Ministro Moreira Alves, tratando dos limites de atuação da Corte no âmbito da interpretação conforme a Constituição, deixou muito claro o grau de limitação imposto ao Supremo em seu exclusivo papel de legislador negativo no controle de constitucionalidade das leis⁶⁷, não lhe sendo permitida a criação de norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Especificamente quanto ao controle judicial da omissão parcial do legislador, que concede benefício a um grupo de pessoas com exclusão de outro(s) em clara violação ao princípio da isonomia, o ex-ministro sentenciou que a Corte tem uma única atitude possível frente à situação da espécie, a de julgar inconstitucional e declarar nula a norma concessiva do benefício, sendo juridicamente impossível a extensão do benefício pelo Supremo, justamente em razão da sua limitação de atuar somente como legislador negativo:

No tocante à alegada violação ao art. 5º, *caput*, da Carta Magna, o que pretendem os recorrentes é que, com base no princípio constitucional da igualdade, lhes seja estendida a transferência determinada pelo Decreto-Lei nº 2.225/1985. Ora, se esse decreto fosse inconstitucional nessa parte por violação do princípio da igualdade, sua declaração de inconstitucionalidade teria o efeito de tê-lo como nulo, não podendo, portanto, ser aplicado às categorias por ele beneficiadas, e não o de estender a transferência por ele concedida a outra categoria que

64 STF, AgRg-RE 370.590, 2ª T., Rel. Min. Eros Grau, DJ 16.05.2008.

65 Cf. item 3.2.1.

66 STF, Rp. 1.417-7/DF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.04.1988.

67 Segundo Moreira Alves, a interpretação conforme a Constituição, quando inserida no âmbito de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, consiste em uma técnica de decisão sujeita a dois limites conexos que devem ser observados pela Corte para a sua prática: (i) o sentido literal da lei e (ii) o objetivo perseguido pelo legislador.

ele não alcança. Em se tratando de inconstitucionalidade de ato normativo, o Poder Judiciário atua como legislador negativo, jamais como legislador positivo. Portanto, a acolhida da pretensão dos ora recorrentes é juridicamente impossível por parte do Poder Judiciário.⁶⁸

Seguindo esta doutrina de Moreira Alves e a ideia kelseniana da Corte Constitucional como legislador negativo, o Supremo Tribunal Federal vem sistematicamente recusando-se a preencher diretamente a lacuna inconstitucional violadora da isonomia, se autorrestringindo na tarefa de corrigir diretamente a omissão legislativa inconstitucional por meio de sentenças de integração normativa autoaplicáveis.

Com o perdão dos que concordam com essa postura autorrestritiva⁶⁹, esta posição não se justifica, seja porque significa aplicar a ideia de um “juiz kelseniano em uma Constituição não kelseniana”⁷⁰, seja porque é apoiada em uma concepção estática e dogmática do princípio da separação de poderes que não é adequada ao constitucionalismo moderno. Acreditamos que a omissão legislativa desta espécie pode bem ser corrigida por meio das chamadas *sentenças aditivas*.

4.2 AS SENTENÇAS ADITIVAS

As sentenças aditivas, espécie originária da construção jurisprudencial da Corte Constitucional italiana⁷¹, cumpre papel importante no controle judicial das omissões legislativas, com a integração do ordenamento infraconstitucional com vista a sua compatibilidade com a ordem constitucional em vigor. Em seu berço de origem, foi instrumento decisivo diante da omissão do Parlamento italiano em conformar a velha ordem infraconstitucional fascista com a Carta de 1947, haja vista a permanência desta legislação pré-constitucional mesmo depois da entrada em vigor da nova Constituição⁷².

As sentenças aditivas são uma das espécies do gênero sentenças manipulativas⁷³. O gênero de decisões manipulativas resulta, sem alteração formal

68 STF, RE 196.590/AL, 1ª T., Rel. Min. Moreira Alves, DJ 14.11.1996.

69 É o pensamento, por exemplo, de ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*, 2008. p. 183/186.

70 A frase é atribuída a Leopoldo Elia (La Corte nel quadro dei poteri costituzionali. In: *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Itália*, Bologna, 1982), cf. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentenza costituzionale em Itália*, 2003, p. 234, nota 75. Na mesma nota de rodapé, o professor espanhol cita outro grande autor italiano, Franco Modugno (La Corte costituzionale italiana oggi. In: *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985), que afirma a insuficiência da doutrina do juiz constitucional kelseniano como uma guardião “dos muros externos da Constituição”, mas incapaz de ser um intérprete da vontade constituinte e portanto “operante no interior destes muros”. No mesmo sentido, cf. SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges*. Constitutional politics in Europe, 2000. p. 133/152.

71 MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentenza costituzionale em Itália*, 2003. p. 225.

72 Idem, p. 230.

73 Crisafulli anota que todas as decisões de inconstitucionalidade têm, de um modo ou de outro, efeitos que podem dizer-se *modificativos*, de forma que a diferença entre estas espécies de sentenças não é *qualitativa*, mas sim *quantitativa*: CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*, v. II, 1976. p. 369.

do texto normativo, na “transformação do significado da lei”⁷⁴ e podem ser de três tipos⁷⁵: 1) sentenças interpretativas de acolhimento parcial ou redutivas (ou ainda manipulativas em sentido estrito)⁷⁶; 2) sentenças aditivas; e 3) sentenças substitutivas.

Na primeira espécie de decisão, partindo da distinção entre texto e norma, o juiz constitucional declara a nulidade de parte do conteúdo normativo sem alterar formalmente o texto da norma, reduzindo apenas o alcance normativo do enunciado legal, de modo a conformá-lo com a Constituição. Portanto, quando se fala de acolhimento parcial da arguição de inconstitucionalidade, o parcial refere-se ao conteúdo da norma e não ao seu texto, que permanece inalterado. Trata-se de declaração de nulidade parcial sem redução do texto interpretado. Essa técnica de decisão passou a ser utilizada pela Corte Constitucional italiana depois do seu fracasso em tentar impor suas interpretações conforme à Constituição por meio de sentenças de rejeição interpretativas. A redução operada do alcance da norma pode representar profunda alteração do significado normativo por via interpretativa, daí por que esta espécie de decisão estaria inserida no gênero de sentenças manipulativas; esta prática decisória manipularia então o significado normativo da lei por via da redução interpretativa do conteúdo normativo.

Com a terceira espécie citada, a das sentenças substitutivas, o juiz constitucional não se limita a julgar inconstitucional certo conteúdo normativo, mas formula novo conteúdo em substituição ao que declarou nulo. A decisão substitutiva é composta de duas partes: “uma demolidora do conteúdo da disposição impugnada, a outra reconstrutiva, por meio da qual a Corte provê dotar a disposição mesma de um diverso conteúdo, em linha com os princípios constitucionais”⁷⁷. Trata-se assim da “maior e mais extrema manifestação do poder de decisão da Corte Constitucional”⁷⁸, em que o vício de inconstitucionalidade se afasta não só com a declaração de nulidade da norma inconstitucional, mas também com a formulação direta pelo Tribunal da norma substitutiva, de conteúdo diverso e constitucionalmente obrigatória.

Contudo, é a segunda espécie que nos interessa neste estudo: as sentenças aditivas. Nesta espécie de decisão manipulativa, o juiz constitucional reconhece a inconstitucionalidade da lei na parte em que falta uma norma e constrói o significado normativo faltante, adicionando-o ao conjunto normativo da lei examinada. A Corte modifica o sentido normativo do texto legal, ampliando o seu conteúdo por meio de uma integração normativa que preenche o vazio

74 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Le decisioni delle questioni di legittimità costituzionale sulle leggi*, 1995. p. 448.

75 Cf. RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 2004. p. 141; CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale*, 2004. p. 240/241.

76 Há autores, entretanto, que preferem incluir esta espécie dentro do (outro) gênero de sentenças interpretativas, cf. MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia costituzionale*, 2007. p. 123/124.

77 MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia costituzionale*, 2007. p. 124.

78 RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 2004. p. 146.

legislativo inconstitucional. Nas sentenças aditivas, a declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa é lógica e estruturalmente ligada à superação deste estado de inconstitucionalidade pelo ato de integração normativa do juiz constitucional. Aqui temos uma dimensão metodológica do ativismo judicial que corresponde à atuação criativa do processo interpretativo-integrativo da Corte, com a superação do dogma kelseniano do legislador negativo. Essa dimensão metodológica acaba promovendo uma dimensão processual do ativismo judicial, que se caracteriza pelo aumento do poder decisório da Corte com as sentenças aditivas. A dimensão metodológica é claramente instrumental em relação à dimensão processual do ativismo judicial.

É imperioso que a integração normativa, realizada por meio da sentença aditiva, seja constitucionalmente obrigatória e realizada no sentido unívoco exigido pelo Texto Constitucional. Ao acrescentar um novo elemento normativo ao texto legal interpretado, o juiz constitucional realiza uma extensão da norma para alcançar fatos ou pessoas não contemplados originariamente, mas que, por força da norma constitucional, deveriam sê-los. Como acertadamente observa Augusto Cerri, “a decisão aditiva pressupõe uma ‘lacuna axiológica’”⁷⁹. As sentenças aditivas protegem então o princípio ou valor constitucional violado com a omissão legislativa, de modo que o preenchimento do vazio legislativo não se configura como uma eleição entre possibilidades diversas, mas como algo que se impõe em uma direção única segundo o preceito constitucional violado. Portanto, o juiz constitucional só pode proceder à sentença aditiva quando a extensão normativa é constitucionalmente obrigatória (*a rime obbligate*) e se a norma a ser acrescida não for fruto de uma pluralidade de soluções igualmente possíveis. O uso legítimo das sentenças aditivas requer então uma *solução unívoca e constitucionalmente obrigatória*, ao passo que, na hipótese de a solução poder ser uma decorrência de valorações discricionárias, caberia apenas ao legislador a legitimidade decisória⁸⁰.

Diante dessa construção teórico-jurisprudencial, que pensamos ser plenamente aplicável ao Brasil, justificar-se-ia a prática das sentenças aditivas

79 CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale*, 2004, p. 242; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Le decisioni delle questioni di legittimità costituzionale sulle leggi*, 1995. p. 449: este modelo decisório é utilizado “quando um dispositivo [legal] tem um alcance menor do que aquele que, constitucionalmente, deveria ter”.

80 A doutrina italiana, quanto à univocidade ou pluralidade de soluções para o preenchimento da lacuna legislativa inconstitucional, costuma distinguir duas subespécies de sentenças aditivas: (i) as aditivas “de garantia e/ou de prestação, e (ii) as aditivas “de princípios ou declarativas”. Tem-se a primeira quando “a solução proposta pela Corte é logicamente necessária e frequentemente implícita no contexto normativo” e, portanto, é “unívoca e constitucionalmente obrigada”; é a sentença *a rime obbligate* (Crisafulli). São denominadas de garantia e/ou prestação porque protegem direitos subjetivos constitucionalmente *garantidos* e/ou determinam prestações de interesse social. Tem-se a segunda subespécie quando, a fim de preservar a legitimidade da lei em julgamento, faz-se necessário introduzir uma norma faltante que não se pode dizer *a rime obbligate*, mas sim que decorre de uma pluralidade de soluções normativas diferentes cuja escolha fica totalmente confiada à livre discricionariedade do julgador. Neste último caso, o juiz constitucional deve limitar-se a apontar o princípio a ser seguido, abstendo-se de pronunciar a solução normativa completa, deixando apenas ao legislador tal tarefa, salvo se presente um estado de omissão intolerável deste último, em que o silêncio do juiz poderia configurar uma autêntica *fuga judicial* (cf. RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 2004. p. 142/143).

quando esta medida decisória se apresentar como única forma de proteger judicialmente o preceito constitucional violado pela omissão legislativa inconstitucional, o que representaria uma ruptura com a leitura ortodoxa que se faz da postura kelseniana da Corte Constitucional como legislador negativo.

4.3 O BOM MOMENTO PARA MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO: AS SENTENÇAS ADITIVAS E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

As sentenças aditivas são então ferramentas decisórias que cumprem muito bem o papel de dar efetividade a uma jurisdição constitucional que se pretenda garantidora dos preceitos constitucionais fundamentais diante das omissões legislativas. Por outro lado, como apontado, até o presente momento o Supremo Tribunal Federal tem se mostrado arredo a esta tarefa integrativa na hipótese de omissão inconstitucional parcial. Porém, tal como ocorreu com o tema do controle judicial da insistente omissão legislativa absoluta por meio do mandado de injunção, pode também ser um bom momento para que a Corte reveja a aplicação do dogma do legislador negativo kelseniano para as hipóteses de omissão legislativa parcial, e assim possa dar mais um grande passo no desenvolvimento de uma jurisdição constitucional moderna e efetiva.

O Ministro Gilmar Mendes defendeu esta proposta no RE 405.579⁸¹, em que se discutiu a possibilidade de extensão judicial de benefício fiscal, instituído em afronta ao princípio da isonomia tributária, a grupo de contribuintes ilegitimamente discriminados. Tratou-se de recurso extraordinário interposto pela União Federal contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que foi concedido, com fundamento na isonomia do art. 150, II, da CF/1988, mandado de segurança para estender ao contribuinte recorrido, empresa importadora de pneus, benefício fiscal reservado exclusivamente a montadoras e fabricantes de veículos, nos termos do art. 5º, § 1º, X, da Lei nº 10.182/2001. O presente dispositivo legal concede redução do imposto incidente na importação, entre outras mercadorias, de pneus, mas em favor exclusivamente de empresas montadoras e fabricantes de veículos. Porém, o dispositivo não limita o benefício fiscal às mercadorias a serem empregadas no processo produtivo de veículos, atividade exclusiva das empresas beneficiadas, mas a estende às mercadorias destinadas “ao mercado de reposição”, atividade que, por sua vez, não é exclusiva das montadoras e fabricantes de veículos, mas também exercida, diga-se majoritariamente, pelas importadoras, distribuidoras e varejistas destas mercadorias. Ao estender o benefício fiscal para as mercadorias destinadas para além do processo produtivo de veículos, alcançando também, por exemplo, os pneus destinados à reposição no mercado interno, a lei beneficiou apenas um grupo de pessoas – montadoras e fabricantes de veículos – em detrimento de outros grupos – importadoras, distribuidoras e varejistas de pneus – igualmente

81 STF, RE 405.579, Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, J. 01.12.2010. Cf. *Informativos STF* 334, 371, 484 e 611.

merecedores do benefício no tocante estritamente ao comércio interno de pneumáticos, que vem a ser atividade econômica igual e competitivamente exercida tanto pelas empresas beneficiadas quanto pelas empresas discriminadas.

A toda evidência, a omissão parcial do legislador quanto ao alcance do presente benefício fiscal, tendo excluído as empresas importadoras, distribuidoras e varejistas de pneus, viola o princípio da isonomia tributária e causa um profundo desequilíbrio no sistema de concorrência deste setor da economia. Neste sentido, a 1ª Turma do TRF da 4ª Região reconheceu a “ofensa ao princípio da isonomia residente na redução da alíquota do imposto de importação somente direcionada às empresas montadoras e fabricantes de veículos, quando atuantes no mercado de reposição, em detrimento das demais empresas importadoras dos mesmos produtos”⁸², e, por essa razão, estendeu o benefício à demandante como empresa que igualmente comercializa estes produtos, no caso, pneumáticos, no mercado interno de reposições. É contra essa decisão que a União Federal direcionou seus esforços no RE 405.579.

O Relator, Ministro Joaquim Barbosa, que já havia concedido efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto pela União Federal em sede de ação cautelar⁸³, deu provimento ao recurso, repetindo os argumentos já expostos na cautelar. Segundo Joaquim Barbosa, seguindo a linha jurisprudencial consolidada pela *doutrina alveseana da limitação do Supremo ao papel do legislador negativo kelseniano*⁸⁴, a extensão judicial do benefício fiscal importaria em violação ao princípio da separação de poderes e extrapolação do papel institucional da Corte como legislador negativo. Valem ser transcritas as razões expostas pelo ministro em sua decisão liminar na medida cautelar referida:

O Supremo Tribunal Federal pode e deve corrigir qualquer violação ao princípio da igualdade. Isto é certo. No entanto, o Estado Democrático de Direito somente pode permitir a existência de uma igualdade conforme a lei. Assim, não é possível a este Tribunal acrescentar exemplos à lei, sob pena de frustrar o molde institucional sob o qual as democracias ocidentais acreditam ser o mais eficiente para promover a igualdade: a separação de poderes. Como legislador positivo, o Supremo Tribunal Federal estaria emendando lei sem deliberação dos órgãos representativos.

A visão ortodoxa do princípio da separação de Poderes e a autorrestricção institucional da Corte ficam evidenciadas no pensamento de Joaquim Barbosa, típico juiz *neoalveseano*. Os Ministros Eros Grau e Cezar Peluso acompa-

82 “TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO – LEI Nº 10.182/2001, ART. 5º, § 1º, INCISO X – REDUÇÃO DE ALÍQUOTA – MONTADORAS E FABRICANTES DE VEÍCULOS – SUPRIMENTOS DESTINADOS AO MERCADO DE REPOSIÇÃO – PRINCÍPIO DA ISONOMIA – Ofensa ao princípio da isonomia residente na redução da alíquota do imposto de importação somente direcionada às empresas montadoras e fabricantes de veículos, quando atuantes no mercado de reposição, em detrimento das demais empresas importadoras dos mesmos produtos. Proveniente da apelação.” (TRF 4ª R., AMS 2002.70.08.000943-7, 1ª T., Rel. Des. Fed. Wellington Mendes de Almeida, DJ 28.05.2003)

83 STF, AC 102/PR, 2ª T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 31.10.2003.

84 STF, RE 196.590/AL, 1ª T., Rel. Min. Moreira Alves, DJ 14.11.1996.

nharam as razões do Relator, ao passo que os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio abriram divergência para negar provimento ao recurso extraordinário e manter a extensão do benefício concedida pelo juízo de segunda instância. O Ministro Gilmar Mendes pediu então vista.

Em extenso voto⁸⁵, que reproduziu considerações doutrinárias anteriores⁸⁶, Gilmar Mendes advertiu que o uso de decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução adequada para que as Cortes Constitucionais possam enfrentar as inconstitucionalidades concretas sem terem que recorrer a “subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total” ou “a opção pelo mero não conhecimento da ação”. Desse modo, destaca que tem sido cada vez mais comum o uso de técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos no direito comparado, por meio das quais os Tribunais têm progressivamente proferido decisões criativas que acabam por manipular tanto o conteúdo normativo, quanto os efeitos no tempo das decisões. Destaca Gilmar Mendes que os casos de omissão parcial do legislador, que resulta em “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”, são exemplos “que não podem ser resolvidos mediante simples declaração de nulidade”, exigindo então um desenvolvimento decisório mais criativo por parte do Tribunal. O julgamento foi interrompido por novo pedido de vista.

A Corte encerrou recentemente o julgamento do RE 405.579, tendo rechaçado o pedido de extensão judicial do benefício fiscal, mas em razão da apertada maioria não ter vislumbrado quebra da isonomia no caso concreto, ficando assim prejudicada a discussão sobre a possibilidade ou não do Supremo atuar como legislador positivo nestes casos. A questão permanece então ainda em aberto, daí por que se pode afirmar que se trata de uma questão à espera de uma *redefinição* pela Corte. Redefinição porque está em jogo se o Tribunal irá superar a doutrina, influenciada principalmente por Moreira Alves, que impede a Corte de expandir sua atuação normativa, nos casos de omissão legislativa parcial, para além do apontado modelo kelseniano de juiz constitucional.

Esperamos sinceramente que a doutrina alvесеana seja superada. O Supremo, no caso concreto, se chegasse a decidir preencher a lacuna inconstitucional do art. 5º, § 1º, X, da Lei nº 10.182/2001, porque incompatível com o princípio da igualdade, estaria na verdade dando aplicabilidade imediata ao art. 150, II, da CF/1988, tal como requer o § 1º do art. 5º da Carta. A Corte procederá assim a uma correção da normativa infraconstitucional, preenchendo o vazio legislativo inconstitucional, com uma norma derivada da aplicação direta do preceito constitucional que assegura a isonomia tributária. A solução dada pela Corte se apresentaria como obrigatória e unívoca diante da eficácia direta do princípio da igualdade tributária e da clara violação a este princípio pela

85 O voto do Ministro Gilmar Mendes foi gentilmente cedido pelo gabinete do juiz.

86 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, 2005. p. 380 e ss.

omissão parcial do legislador tributário. O Supremo atuaria então de modo legítimo, cumprindo seu próprio papel de dar concreção aos direitos fundamentais previstos na Carta Maior, sem que isso significasse usurpar a competência do Poder Legislativo⁸⁷.

O clássico Vezio Crisafulli, insurgindo-se justamente em face da oposição da doutrina kelseniana do legislador negativo às sentenças manipulativas, explica que a atividade da Corte, ao proferir sentenças aditivas, não pode ser considerada análoga à atividade legislativa, uma vez que a Corte não cria a solução normativa integrativa livremente, como o faria o legislador, mas limita-se a identificar a solução normativa deduzida diretamente da norma constitucional que se faz efetiva com a sentença efetiva⁸⁸. Embora não concordemos com a ideia de mera identificação da norma, haja vista a Corte praticar uma atividade de criação que vai além do puro ato de identificação, a explicação de Crisafulli é suficiente a demonstrar a legitimidade das sentenças aditivas por produzirem soluções normativas que podem ser, em última análise, reconduzidas ao próprio sistema normativo, e notadamente à Constituição.

Com efeito, a ideia do juiz constitucional kelseniano e a concepção ortodoxa da separação de Poderes não podem ser obstáculos para a revisão desta doutrina restritiva do papel da Corte. A ideia kelseniana do juiz constitucional como legislador negativo foi formulada diante de um modelo de constituição bem distinto das novas constituições que surgiram no segundo pós-guerra, em especial das constituições valorativas e programáticas como a brasileira, que estabelecem um extenso catálogo de direitos fundamentais, veiculados por meio de regras e também de princípios dotados de força normativa, e de direitos sociais que exigem prestações positivas do Estado, de modo que é equivocado levantar a sua aplicação para a realidade normativo-constitucional brasileira.

Ao desenhar a distinção entre a “elaboração e a simples anulação das leis” para efeito de distanciar a atividade política do Poder Legislativo da atividade jurídica da Corte Constitucional – seu *legislador negativo* –, Hans Kelsen destacou que, enquanto o legislador é vinculado pela Constituição apenas em relação ao processo legislativo que deve observar e só excepcionalmente quanto ao conteúdo das leis e ainda assim em razão de princípios e orientações muito gerais, os poderes do legislador negativo, isto é, do órgão de justiça constitucional, são completamente estabelecidos pela Constituição. Sugeriu então Kelsen que a livre criação normativa que sobra para o Poder Legislativo faltaria para a Corte Constitucional⁸⁹.

87 Até mesmo porque, em um sistema de diálogos institucionais, permaneceria em aberto ao legislador revogar o benefício fiscal a todos e a qualquer tempo, se decidisse que o mesmo tornou-se, na dimensão corrigida pelo Supremo, uma política fiscal inadequada.

88 CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*, v. II, 1976. p. 369.

89 KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale (La giustizia costituzionale). In: *La giustizia costituzionale*, 1981. p. 174.

Ora, esse modelo de constituição, de normatividade tão débil perante o Poder Legislativo, pode ter sido o modelo vigente na virada e na primeira metade do século XX, mas com certeza não é o que predomina desde o segundo pós-guerra⁹⁰. As constituições democráticas, diferentes da Constituição kelseniana, embora ainda mantenham amplo campo de livre conformação para o legislador democrático, impõem-lhe significativas limitações, especialmente em relação aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos; ademais, elegeram, de um modo geral, as Cortes Constitucionais para protegerem estes direitos contra os abusos que possam vir a ser perpetrados pelas maiorias democráticas de cada tempo.

Por tudo isso, o juízo de adequação do juiz kelseniano precisa ser constitucionalmente contextualizado, e certamente não foi o modelo de juiz constitucional adotado por nossa Constituição. Um modelo de constituição como a de 1988 obriga ao Estado a dar operatividade aos programas e direitos estabelecidos e reconhecidos, de tal forma que não se mostra adequado o Supremo se autorrestringir ao papel passivo de legislador negativo, pois dele é exigida uma postura mais participativa, em termos político-normativos, na construção da ordem jurídica e democrática em conformidade com a nossa Constituição. Não foi por outra razão que a CF/1988, como as demais modernas constituições democráticas, estabeleceu, ao lado de um catálogo de direitos fundamentais, um sistema amplo de tutela judicial destes direitos e da própria força normativa da Carta, de modo que, definitivamente, o modelo kelseniano de juiz constitucional não é compatível com a CF/1988, mesmo porque foi superado pela própria evolução do constitucionalismo moderno, social e democrático, no qual nossa Constituição se insere.

A proteção e a garantia da supremacia do Texto Constitucional brasileiro, e dos seus direitos fundamentais, exigem um guardião algo mais do que o juiz constitucional kelseniano. Exigem mais do que a pura e simples declaração de inconstitucionalidade com a expulsão da norma do ordenamento jurídico, pois muitas vezes se faz necessária a integração do ordenamento jurídico no sentido apontado pela dimensão axiológica dos preceitos constitucionais, coisa que o juiz constitucional kelseniano não pode oferecer. Em palavras definitivas, o juiz constitucional kelseniano não é o juiz constitucional da CF/1988.

No que tange à objeção do princípio da separação de Poderes, esta não pode prevalecer, salvo se realmente a concepção adequada do princípio for uma concepção *estática* e *ortodoxa*, que prescreva uma distribuição clara e *rígida* de poderes *incomunicáveis* e em permanente *estado de oposição*. O princípio da separação de Poderes não é um fim em si mesmo, mas deve ser entendido como um arranjo institucional que está a serviço da Constituição e dos direitos fundamentais, e por isso não pode, ele mesmo, servir de justificativa para a paralisia dos direitos e valores constitucionais. Atuando em favor da Constituição

90 É sempre importante lembrar que a história constitucional norte-americana é uma exceção.

e dos direitos fundamentais, a concepção adequada da separação de Poderes deve ser uma concepção *dinâmica* e *renovada*, que prescreva uma distribuição clara, mas *flexível* de poderes que *dialogam entre si* em um permanente *estado de cooperação*. Essa concepção permite a luta judicial contra a institucionalização incompleta dos valores e direitos constitucionais. A separação de Poderes é instrumental, somente instrumental; como adverte nosso grande mestre Paulo Bonavides, “a época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação dos poderes”⁹¹.

Sem embargo, no Brasil, a relação entre o sistema de controle de constitucionalidade e a ordem constitucional como um todo tanto revela tanto que caducou a ideia kelseniana do juiz constitucional como legislador negativo quanto transparece a necessidade de uma coordenação mais dinâmica e cooperativa entre os poderes constituídos para a realização desta mesma ordem constitucional. O papel fundamental atribuído à lei para a dinâmica de concretização da Constituição de 1988 aponta para a prioridade do Legislativo na tarefa de construir e complementar os significados constitucionais. O amplo catálogo de competências atribuídas ao Poder Executivo, nos três níveis da Federação, revela o papel fundamental que a Constituição lhe reservou na execução de políticas públicas, regulação e fiscalização de atividades econômicas, prestação de diversos serviços públicos, entre outras atividades. Por sua vez, o catálogo constitucional de princípios e direitos fundamentais (arts. 1º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, etc.), a previsão constitucional de aplicabilidade imediata destes direitos (art. 5º, § 1º), a atribuição expressa do papel de guardião da Constituição ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, *caput*) e a disciplina constitucional de um amplo arsenal de instrumentos processuais para a garantia judicial da normatividade da Constituição pela mesma Corte (arts. 102, 103 e 103-A) deixam claro que a vontade do constituinte é de um comportamento institucional do Supremo que em nada combina com a passividade do juiz constitucional kelseniano e nem com um padrão rígido e ortodoxo de separação de Poderes, mas, ao contrário, o constituinte de 1988 e o das reformas construíam um Tribunal Constitucional que deve controlar efetivamente a legitimidade constitucional dos atos dos demais poderes constituídos e que deve superar afirmativamente os vazios legislativos inconstitucionais.

A possibilidade de o Supremo corrigir as omissões legislativas parciais, das quais decorre a exclusão de benefícios incompatíveis com o princípio da igualdade, a ser levada a efeito por meio de sentenças aditivas, se apresenta então como inerente à própria estrutura constitucional de 1988 e a como estão nela sistematizados os direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal deve atuar, como já afirmamos, como uma espécie de *reserva de institucionalização* da Carta de 1988, não devendo tolerar

91 BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Revista Estudos Avançados*, São Paulo: USP/Instituto de Estudos Avançados, n. 51, p. 127. 2004.

a institucionalização incompleta não só em razão de uma inércia pura e simples dos demais poderes constituídos, mas também em razão de discriminações injustificadas que decorrem da omissão parcial inconstitucional do Poder Legislativo.

Esperamos então que o Supremo Tribunal Federal, a despeito do resultado negativo no julgamento do RE 405.579, dê mais um grande passo na direção de tornar cada vez mais efetiva a Constituição, sempre com o devido cuidado de não esquecer que a Carta de 1988 também é um documento político. E isso é um ponto que não pode ser esquecido por nenhum dos poderes constituídos, não só pelo Judiciário. Se a CF/1988 é um documento político, e não só normativo, então que o poder político por excelência – o Legislativo – desenvolva os conteúdos da Carta, e que o faça em uma medida de tempo adequada e com respeito às normas de direitos fundamentais. É este o desejo popular periodicamente depositado nas urnas.

CONCLUSÃO

O modelo de Estado de direito brasileiro requer, mais do que suporta, um modelo de jurisdição constitucional mais ativista e menos autorrestritiva no controle das omissões legislativas. Isto não significa fazer do Supremo uma instância hegemônica de poder, mas sim esperar que a Corte não seja pacífica diante de clara violação e fraude ao Texto Constitucional de 1988, e nisso inclui não tolerar a insistente omissão inconstitucional do legislador que resulte na própria paralisia ou mesmo na violação de direitos e garantias fundamentais. A solução que o Supremo promoveu para o mandado de injunção em 2007 foi um grande passo no sentido de correção da persistente e abusiva omissão legislativa absoluta violadora da Constituição. A solução igualmente efetiva para a omissão legislativa parcial pode também estar a caminho. É o que se espera.

Contudo, deve o Supremo Tribunal Federal ter a consciência de que cumprir este papel não significa adquirir o *status* de titular da última e definitiva palavra sobre os assuntos constitucionais. Parece que o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no RE 405.579, teve essa preocupação ao defender que a decisão pela extensão do benefício não afronta ao princípio da separação de Poderes, haja vista não ser retirado do Poder Legislativo a possibilidade de “superar a violação ao princípio da isonomia, regulando novamente a questão”, nem tampouco do Poder Executivo o poder de alterar, a qualquer momento, “a alíquota do imposto de importação, por meio de decreto, de sorte a superar eventuais impactos da decisão aditiva”. Significa dizer que a possibilidade de correção legislativa da Jurisprudência pelos demais poderes constituídos, no âmbito de um autêntico diálogo institucional, exclui a possibilidade das sentenças aditivas configurarem violação ao princípio da separação de Poderes, de tal forma que apenas decisões em que o Tribunal se autorreconhece como intérprete único e

definitivo da Constituição, portanto decisões antidialógicas poderiam configurar como lesivas da separação funcional de Poderes⁹².

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. The Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Revista Estudos Avançados*, São Paulo: USP/Instituto de Estudos Avançados, n. 51, 2004.
- CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature* 66 (6), 1982-1983.
- _____. A framework for the analysis of judicial activism. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington: Lexington Books, 1982.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Judicial review in the contemporary world*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1971.
- CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2004.
- CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. 4. ed. Padova: Cedam, v. II, 1976.
- CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The scientific study of judicial activism. *Minnesota Law Review* 91 (6), 2007.
- _____. *Measuring judicial activism*. New York: Oxford, 2009.
- DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada. Charter dialogue, and deference. *Osgoode Hall Law Journal* 47 (2), 2009.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. A theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Franciso. *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*. Madrid: Dykinson, t. I, 2008.

92 Cf. nossas anotações e críticas nas notas de rodapé 29 e 31 do presente texto.

- FRIEDMAN, Barry. The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty. Part five. *Yale Law Journal* 112 (2), 2002.
- _____. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review* 91 (4), 1993.
- HAGE, Jorge. Controle judicial sobre as omissões normativas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, Andre Rufino do (Org.). *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review* 75 (2), 2006.
- HOGG, Peter H.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures. *Osgoode Hall Law Journal* 35 (1), 1997.
- KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale (La giustizia costituzionale). In: *La giustizia costituzionale*, Milano: Giuffrè, 1981.
- KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism”. *California Law Review* 92 (5), 2004.
- MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia costituzionale*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2007.
- MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *Colorado Law Review* 73 (4), 2002.
- MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional em Italia*. Madrid: CEPC, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, t. VI, 2005.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, t. II, 2005.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. Conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.
- RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2004.
- SILVA, José Afonso. Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid: CEPC, n. 6, 2002.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SWEET, Alex Stone. *Governing with judges*. New York: Oxford, 2000.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Org.). *The global expansion of judicial power*. New York: NYU Press, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Volume III: Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, n. 115 (6), 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Le decisioni delle questioni di legittimità costituzionale sulle leggi. In: BESSONE, Mario; GUASTINI, Riccardo. *La regola del caso*. Materiali sul ragioamento giuridico. Padova: Cedam, 1995.