



Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais – FAJS

Curso de Direito - CD

Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

FABIANE MANSUR ARAÚJO E SILVA

**OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E POSSIBILIDADE DE  
ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR  
POSITIVO**

BRASÍLIA  
2009

FABIANE MANSUR ARAÚJO E SILVA

**OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E POSSIBILIDADE DE  
ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR  
POSITIVO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão no Curso de graduação de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professora Carolina Cardoso Lisboa Guimarães.

BRASÍLIA  
2009

A meus pais, minha irmã e demais familiares que sempre me incentivaram a estudar e cumprir minhas obrigações com dedicação e responsabilidade, e que sempre me ajudaram a vencer desafios e, principalmente à Kátia, minha mãe, que não mediu e não mede esforços para me auxiliar, mesmo quando acho que não preciso.

## **AGRADECIMENTO**

À Deus, em primeiro lugar;

Aos meus pais, sempre amorosos e dedicados, responsáveis pela minha formação;

À minha irmã, Caroline, sempre paciente, carinhosa e pronta a me escutar a qualquer hora;

Aos colegas da PGR – Procuradoria Geral da República, onde estagiei, pelo aprendizado e amizade;

A minha orientadora, Carolina Lisboa pelo apoio prestado, pelas dicas dadas, pela paciência e, principalmente pela competência, inspirando-me em cada encontro a melhorar.

Por fim, a todos os meus amigos e demais familiares, que me ajudaram nesta caminhada.

"Não poríamos a mão no fogo pelas nossas opiniões: não temos assim tanta certeza delas. Mas talvez nos deixemos queimar para podermos ter e mudar as nossas opiniões."

**Friedrich Nietzsche**

"Ousar é perder o equilíbrio momentaneamente. Não ousar é perder-se"

**Soren kierkegaard**

## RESUMO

O Constituinte de 88 preocupado com a aplicação imediata dos direitos fundamentais e com a eficácia da Constituição Federal, por ser a mesma repleta de normas que dependem de ulterior normatização por parte dos poderes constituídos para que tenham todos os seus efeitos, instituiu dois instrumentos que visam sanar a omissão dos mesmos, quais sejam: o mandado de injunção – ação que busca socorrer direito subjetivo concreto do requerente prejudicado em função de ausência de norma regulamentadora - e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ação que visa a defesa objetiva da integridade do ordenamento jurídico, viabilizando a plena efetivação da Constituição Federal, mediante comunicação ao órgão omissor para que tome as medidas necessárias para tornar efetiva norma constitucional -. No entanto, nota-se que não há instrumentos que obriguem o legislador a legislar e fazer cumprir totalmente as disposições contidas na Lei Maior, sendo forçoso concluir que a garantia as Supremacia da Constituição continua sem garantia. Daí surge a necessidade de atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo para que seja efetiva a realização da eficácia da Constituição. O presente trabalho pretende, para tanto, demonstrar as razões pelas quais pode ser admitida tal atuação, analisando que quando atua dessa forma o STF não estaria violando a tripartição de poderes nem a democracia. Analisar-se-á conjuntamente que tal hipótese torna-se possível, a partir dos julgamentos dos mandados de injunção 670, 712 e 708, que adotaram sentença de perfil aditivo, com eficácia *erga omnes*. No entanto, defende-se que essa ampliação de poderes deve ser feita mediante a adoção de emenda à Constituição.

Palavras-chave: eficácia limitada . legislador positivo . Separação dos Poderes . Democracia . mandado de injunção . ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
AGR	Agravo
Art.	Artigo
Cf.	Conforme
MI	Mandado de injunção
Nº	Número
par.	Parágrafo
RMI	Recurso em mandado de injunção
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
1 OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL.....	12
<b>1.1 O problema das lacunas no Direito Constitucional.....</b>	<b>12</b>
<b>1.2 O conceito de omissão legislativa inconstitucional .....</b>	<b>13</b>
<b>1.3 Omissão Inconstitucional total e parcial .....</b>	<b>18</b>
<b>1.4 Omissão inconstitucional na Constituição Federal de 1988 .....</b>	<b>20</b>
2 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA SUPRIR A OMISSÃO LEGISLATIVA.....	24
<b>2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão .....</b>	<b>24</b>
<b>2.2 Mandado de Injunção .....</b>	<b>29</b>
3 POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO .....	39
<b>3.1 Democracia e separação dos Poderes versus máxima efetividade da         Constituição Federal.....</b>	<b>39</b>
<b>3.2 Análise sobre as decisões judiciais que podem ser consideradas atuação do         Poder Judiciário como legislador positivo .....</b>	<b>49</b>
CONCLUSÃO.....	577
REFERÊNCIAS .....	610

## INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema um dos assuntos de grande interesse para a sociedade posto que a omissão legislativa inconstitucional propicia a não aplicabilidade da Carta Magna em sua totalidade, não cumprindo, dentre outros, sua função social.

Assim, em que pese existir um direito constitucional posto, a privação no exercício pleno da sua aplicabilidade causa sentimentos de desamparo na sociedade que normalmente entende esta omissão como descaso do legislador que não edita norma de forma a concretizar a utilização plena do previsto constitucionalmente.

Esta angústia da sociedade brasileira predomina com a omissão legislativa inconstitucional, posto que:

envolve não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais, desafia, a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional<sup>1</sup>.

O problema da omissão legislativa ocorre em função da própria Constituição Federal de 1988 ter adotado normas de eficácia limitada e normas programáticas que dependem da atuação do poder público para que tenham eficácia.

“A inoperância jurídica das normas elaboradas pelo constituinte”<sup>2</sup> é, portanto, um dos maiores problemas do Direito Constitucional, visto que decorridos mais de duas décadas da promulgação da Constituição os instrumentos previstos na Carta Magna para

---

<sup>1</sup> MENDES, Ferreira Gilmar; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1177.

<sup>2</sup> TAVARES, André Ramos; Olavo A. V. Alves Ferreira; Pedro Lenza. *Constituição Federal 15 anos: mutação e evolução*. São Paulo: Editora Método, 2003, p.226.

“implementação da plena aplicabilidade das normas constitucionais vêm apresentando resultados insatisfatórios”<sup>3</sup>

Dessa forma, diversas indagações decorrem do presente tema, tais como algumas citadas por Dirley da Cunha Júnior e Gilmar Ferreira Mendes, listadas abaixo:

Será que as omissões do poder público são insolúveis, encontrando-se o Direito impotente em resolvê-las? É possível um efetivo controle judicial dessas omissões, capaz de lhes estancar a força erosiva da integridade e imperatividade normativo-constitucional, com o suprimento da lacuna inviabilizadora do exercício dos direitos fundamentais?<sup>4</sup>

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 conseqüências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?<sup>5</sup>

A abordagem destas questões permeia o presente trabalho que, focado nas alterações introduzidas pela Constituição Federal de 1988, também discorre sobre o controle de constitucionalidade da omissão com a instituição do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sendo objeto de estudo mais aprofundado a possibilidade de atuação do judiciário como legislador positivo nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão.

Não obstante a criação destes institutos verifica-se que ainda está longe de se obter uma resposta satisfatória ao problema das omissões inconstitucionais, posto que nem sequer o legislador constituinte deu a devida atenção à aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais prevista no artigo 5º, parágrafo primeiro da Carta Magna..

---

<sup>3</sup> TAVARES, André Ramos; Olavo A. V. Alves Ferreira; Pedro Lenza. *Constituição Federal 15 anos: mutação e evolução*. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 226.

<sup>4</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Controle Judicial da Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, pág XXI.

<sup>5</sup> MENDES, Ferreira Gilmar; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1177.

Em que pese o acima exposto, concordamos com Gilmar Ferreira Mendes quando discorre que no país existe um esforço para que sejam descobertos o significado, o conteúdo e a natureza destes institutos.<sup>6</sup>

Pelas colocações acima mencionadas, a problemática é complexa, com muitas questões ainda sem definição, posto que o assunto, em que pese contar com esforço para entendimento, é relativamente novo para o País.

Neste diapasão que se insere a problemática do presente estudo: pode o Poder Judiciário atuar, provisoriamente, como legislador positivo garantindo a eficácia da Constituição?

Assim, nem de longe o presente trabalho procura focar a problemática como se já houvesse consenso, busca-se, sim, demonstrar que o Poder Judiciário deve fazer com que a vontade da Constituição seja cumprida.

Por outro lado, para que isto ocorra é necessário que “sejam superados antigos dogmas no enfrentamento e na resolução do problema das omissões inconstitucionais do Poder Público que tanto obstam a efetividade das normas constitucionais”<sup>7</sup>, tais como a separação dos poderes e democracia, visto que o próprio constituinte desejou que os direitos fundamentais tivessem aplicabilidade direta e imediata, conforme anteriormente mencionado.

Considerando a passividade do legislador em editar normas necessárias não é admissível exigir da sociedade que aguarde, *ad eternum*, a edição de normas, que garantam o livre exercício dos direitos previstos na Constituição.

---

<sup>6</sup> MENDES, Ferreira Gilmar; Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1177.

<sup>7</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Controle Judicial da Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. XXII.

Assim, a abordagem do presente trabalho procura delimitar o motivo das lacunas no Direito Constitucional, a conceituação da omissão legislativa inconstitucional, a ocorrência da omissão inconstitucional total e parcial, bem como os instrumentos processuais para suprir a omissão legislativa, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção e, finalmente, a possibilidade de atuação do Judiciário como legislador positivo, que corroborando com diversos autores não fere o princípio da separação nem do estado democrático, uma vez que já em sede de mandado de injunção editou normativo com eficácia geral.

No entanto, mesmo com a necessidade de atuação mais marcante do Poder Judiciário, o Mandado de Injunção, conforme poderemos perceber ao longo do trabalho não é o meio correto para garantir a eficácia da Constituição e, por isto, defendemos que tal posicionamento, não obstante tenha representado grande avanço na jurisprudência, deve ser realizado por meio da ação correta, qual seja: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mediante emenda constitucional, uma vez que o texto constitucional é expresso em relatar os efeitos de tal decisão.

# 1 OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

## 1.1 O problema das lacunas no Direito Constitucional

O termo lacuna expressa uma falha no sistema jurídico verificável toda vez que determinadas situações fáticas não estejam disciplinadas no ordenamento.<sup>8</sup>

Se considerássemos o sistema normativo como um todo fechado e completo, não haveria que se falar em lacunas, posto que haveria a delimitação da atuação jurídica de forma geral, afastando surpresas a partir do postulado: “tudo que não está juridicamente proibido, está permitido”,<sup>9</sup> o direito se tornaria onipresente, com respostas para qualquer situação. As lacunas ganhariam sentido de mero sonho e ficção, que em consequência, não é jurídico.

No entanto, conceber a existência de permissão genérica, baseada em uma postulação filosófica, não se afigura correto, uma vez que a administração somente pode fazer aquilo que antecipadamente a lei autorize<sup>10</sup>. Outrossim, é necessário considerar que a lei nem por mais genérica que seja não consegue abranger a quantidade de relações da vida social e, por isso, defender a plenitude da ordem jurídica é aceitar que a mesma acabe “engessada”, uma vez que não seria permitido que o direito acompanhasse a evolução da sociedade.

Contudo, no direito constitucional a teoria das lacunas sofre alguma alteração, uma vez que se leva em conta que a Constituição se limita a abordar em linhas gerais assuntos de interesse público ou privado sem exauri-los, “muitos sustentam que esta

---

<sup>8</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 113.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13 edição. São Paulo: Malheiros, 2001. p.76.

deficiente compleição normativa traduziria uma reserva de práxis política”<sup>11</sup>. Estes vazios normativos se traduzem em alguns tipos de lacunas, que podem ser desejáveis ou indesejáveis. Como esclarece Clèmerson Merlin Clève:

aceite-se que na obra do constituinte certamente pode-se encontrar: i) lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional, desejadas pelo constituinte (normas de eficácia limitada) e que, sendo colmatáveis em geral pelo Legislador, implicam um dever de legislar; ii) lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, embora desejadas pelo Constituinte, não podem sofrer processo de integração nem por obra do Legislador (é o que a doutrina denomina silêncio eloqüente); e, por fim, iii) lacunas ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, não desejadas, podem sofrer processo de integração por meio dos mecanismos convencionais de colmatação conhecidos pela doutrina (no Brasil: art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil)<sup>12</sup>

Mas no presente estudo, a lacuna que realmente interessa é a “técnica”<sup>13</sup>, pois somente essas implicam em um dever de legislar capaz de dar ensejo à omissão inconstitucional. Neste tipo de lacuna, a integração não tem o fito de alterar a vontade do legislador, e sim, de garantir a aplicabilidade da norma carecedora de eficácia.

## 1.2 O conceito de omissão legislativa inconstitucional

Para a análise da inconstitucionalidade pela via omissiva, faz-se mister, primeiramente, trazer à baila o conceito de omissão. Segundo Heleno Cláudio Fragoso:

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

[...]

<sup>11</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 113.

<sup>12</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 53

<sup>13</sup> Lacunas técnicas são aquelas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional, desejadas pelo constituinte e que, sendo colmatáveis em geral pelo Legislador, implicam um dever de legislar.

A omissão não consiste na conduta diversa que o agente realiza enquanto omite. A omissão consiste na abstenção da atividade devida, ou seja, na não realização da conduta positiva que o agente tinha o dever jurídico e a possibilidade de realizar. A possibilidade de agir é pressuposto indispensável do dever jurídico de agir.<sup>14</sup>

No plano constitucional, a omissão consiste na abstenção, pelo legislador, de elaboração de determinada lei que venha a implementar a aplicabilidade das normas constitucionais<sup>15</sup>. Essa omissão é considerada inconstitucional em virtude de o imperativo legal decorrer da própria Constituição, que é a norma jurídica suprema<sup>16</sup>. Assim como uma ação ofensiva à Lei Maior é considerada inconstitucional, um deixar de fazer determinado por ela, também será inconstitucional.

Juliano Taveira Bernardes entende que:

A omissão que interessa não é um evento naturalístico tipificado pelo simples não fazer, mas a abstenção em implementar satisfatoriamente determinadas providências necessárias para tornar aplicável norma constitucional. Logo, omissão genuinamente inconstitucional é aquela cuja fonte que qualifica como devida e necessária a atividade omitida está na própria constituição<sup>17</sup>

Dessa forma, não se trata a omissão inconstitucional um mero não fazer por parte do Legislativo, e sim um não fazer algo a que estava constitucionalmente obrigado por imposição de norma constitucional, cuja não exeqüibilidade fere o cumprimento da Constituição<sup>18</sup>. Na trilha da lição de Modesto, nem toda omissão do Poder Público resulta em censurável omissão sob pena de inconstitucionalidade<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 238.

<sup>15</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.219.

<sup>16</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.113.

<sup>17</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. *OpCit*. p. 219-220.

<sup>18</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. Cit.* p. 118.

<sup>19</sup> Apud TAVARES, André Ramos; Olavo A. V. Alves Ferreira; Pedro Lenza. *Constituição Federal 15 anos: mutação e evolução*. São Paulo: Editora Método, 2003,

Conforme esclarece Jorge Hage, “deve haver um dever específico de legislar sobre determinada matéria”<sup>20</sup>, sendo assim, o simples “dever geral de emanção de leis não fundamenta uma omissão inconstitucional”<sup>21</sup>, é necessária uma imposição constitucional ou ordem de legislar<sup>22</sup> abstrata<sup>23</sup> ou concreta<sup>24</sup>.

Nesse sentido, esclarece Juliano Taveira Bernardes:

Se a fiscalização da constitucionalidade omissiva opera, como visto, no campo da implementação da aplicabilidade das normas constitucionais, então já se poderia excluir do parâmetro de controle de constitucionalidade das “autênticas” omissões constitucionais todas aquelas normas dotadas de auto-aplicabilidade ou, na dicção de AFONSO DA SILVA, de “aplicabilidade direta”<sup>25</sup>

Diante disso, a omissão inconstitucional somente ocorre quando se tratar, conforme classificação de José Afonso da Silva<sup>26</sup>, de normas de eficácia limitada, pois nem as normas de eficácia plena, nem de eficácia contida necessitam de complementação legislativa ou administrativa para obterem aplicação integral.

De importância salutar é a definição das normas constitucionais para melhor compreensão da matéria. Sendo assim, consideram-se normas de eficácia limitada aquelas que dependem de intervenção legislativa para obterem aplicação, porque o constituinte por qualquer motivo não lhes emprestou normatividade suficiente, dependendo, dessa forma, de

---

<sup>20</sup> Apud MACIEL, Albuquerque Marcela, *O Supremo Tribunal Federal e a Omissão Inconstitucional: A tarefa realizadora da Constituição e o Mandado de Injunção*. Revista de Direitos Difusos, 2006, v. 37, p. 77

<sup>21</sup> BERNARDES, Juliano Taveira, *Controle Abstrato de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 220.

<sup>22</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. p. 1033 e 1034.

<sup>23</sup> Este é o posicionamento dos autores Dirley da Cunha Júnior, André Puccinelli Júnior e Clèmerson Merlin Clève. No entanto, posicionamento contrário é o do escritor português Canotilho, que exclui do conceito de omissão inconstitucional o não cumprimento de normas-fim ou normas-tarefa, abstratamente impositivas (normas programáticas, preceitos enunciadores dos fins do Estado), que embora estabeleçam atuação do legislador, não estabelecem concretamente o que o mesmo deve fazer, para em caso de omissão poder falar em silêncio transgressor. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina. p. 1033 e 1034.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 1033 e 1034.

<sup>25</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. *Op. Cit.*, p. 232.

<sup>26</sup> SILVA AFONSO, José. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 82 e 83.

uma lei futura para lhe conferir plena exequibilidade. Por isso, diz-se que tal espécie não é auto-aplicável<sup>27</sup>.

Essas normas se dividem em normas de princípio institutivo e normas programáticas.<sup>28</sup> As primeiras são aquelas em que, conforme José Afonso conceitua, “o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições dos órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”<sup>29</sup>. Desse teor são as normas do artigo 18, parágrafo 3º da Constituição Federal<sup>30</sup>. Já as normas programáticas são as que o constituinte se limitou a traçar os princípios a serem seguidos pelos seus órgãos como programas de determinadas atividades, com o fito de realizar os fins sociais a serem desenvolvidos mediante legislação integrativa da vontade do legislador<sup>31</sup>. Desse teor é a norma do artigo 205 da Constituição Federal.

Há, no entanto, que se destacar dentre as normas de princípio institutivo e de princípios programáticos quais interessam ao presente estudo e quais dependem necessariamente de regulação legislativa para que tenham seus efeitos normativos.

Para José Afonso da Silva, dentre as normas de princípio institutivo, existem normas impositivas – que determinam ao legislador a edição de legislação faltante - e facultativas ou permissivas – que não impõem uma obrigação, mas dão a liberdade ao legislador de regular as situações nelas dispostas<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.61.

<sup>28</sup> MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 92

<sup>29</sup> SILVA AFONSO, José. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 10 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 126

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 123

<sup>31</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Controle Judicial da Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 94.

<sup>32</sup> SILVA AFONSO, José. *Op. Cit.* p. 126 – 128.

Por sua vez, nas normas de eficácia programática há normas “que mencionam uma legislação futura para atuação do programa previsto, enquanto outras não indicam”<sup>33</sup>. Nas primeiras, há vinculação ao princípio da legalidade, dependendo da atividade do legislador, ao passo que as outras vinculam todo o poder público, nem sempre necessitando de lei para o seu cumprimento<sup>34</sup>.

Destas espécies apenas as que obrigam o legislador a elaborar a norma faltante para que venham a desenvolver sua aplicabilidade é que são suscetíveis de controle. A título de exemplo são as normas do artigo 131 e no artigo 7º, inciso, XI, ambos da Constituição Federal<sup>35</sup>.

As normas de eficácia plena desde que entram em vigor produzem todos os efeitos que o legislador constituinte quis regular, independentemente de integração legislativa<sup>36</sup>. “Estas normas encontram-se aptas a desencadear imediata, plena e integralmente os efeitos que justificam sua edição”<sup>37</sup>.

Por fim, as normas de eficácia contida são aquelas que possuem aplicabilidade plena e imediata, independentemente de posterior integração legislativa, no entanto, poderá ter sua eficácia limitada futuramente, em razão de certas circunstâncias, por

---

<sup>33</sup> SILVA AFONSO, José. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 10 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 147.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>35</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2ª ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.78 e 79

<sup>36</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.59

<sup>37</sup> MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 91

lei ordinária<sup>38</sup>. Como exemplo cite-se o artigo 5º, incisos VIII e XIII, da Constituição Federal de 1988<sup>39</sup>.

Ademais, vale ressaltar que embora alguns doutrinadores classifiquem as omissões inconstitucionais em até cinco modalidades<sup>40</sup>, este trabalho, como exposto nas considerações iniciais, se limitará a análise da inércia legislativa.

### 1.3 Omissão Inconstitucional total e parcial

A omissão inconstitucional se dá quando a Constituição exige uma ação do poder público e este simplesmente não realiza ou não realiza de forma satisfatória e em tempo hábil. É neste contexto – atuação devida que não se realiza ou não se realiza a contento pelo poder público - que se identificam as duas modalidades de omissão inconstitucional, conhecidas como omissão total e omissão parcial<sup>41</sup>.

A omissão será total quando da prévia obrigação de implementar a aplicabilidade de alguma norma, não se tomar nenhuma providência, consistindo, portanto, na absoluta falta de ação, configurando o que se convencionou chamar de “silêncio

---

<sup>38</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 60.

<sup>39</sup> “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer”. A falta de lei irá conceder ampla liberdade para escolher uma ou outra profissão, no entanto, com a edição da norma que estabelece as qualificações necessárias para a elaboração de determinado trabalho, irá reduzir o campo operacional da norma, pois o que antes era acessível a todos, passa a ser exclusivo dos que preencherem os requisitos previstos em lei.

<sup>40</sup> 1ª) inconstitucionalidade por omissão de atos normativos, que ocorre quando o legislador não edita os atos legislativos necessários à exequibilidade das normas constitucionais não exequíveis por si mesmas; 2ª) inconstitucionalidade por omissão de atos políticos ou de governo, que existe, por exemplo, quando não se nomeiam os titulares de cargos constitucionais, ou não se promulgam as leis do parlamento; 3ª) inconstitucionalidade por omissão de revisão ou reforma constitucional, quando a Constituição, explícita ou implicitamente, requeira a modificação de algum de seus preceitos ou dos seus institutos; 4ª) inconstitucionalidade por omissão de medidas administrativas; 5ª) inconstitucionalidade por omissão de decisão judicial, que equivale à própria denegação de justiça. CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Controle Judicial da Omissões do Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.125

<sup>41</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Controle Judicial da Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 122.

transgressor”<sup>42</sup>, ao passo que a omissão parcial ocorrerá quando o censurável silêncio transgressor do legislador ocorrer em parte, ou seja, quando o poder público atuar, mas de forma insuficiente, sem atender integralmente à norma constitucional<sup>43</sup>. Essa afirmação de que o legislador não atendeu todas as exigências constitucionais, não cumprindo com o seu dever constitucional de legislar, constitui, sem dúvidas, “uma censura da própria normação positiva”<sup>44</sup>.

Percebe-se que em relação à omissão total não há qualquer dúvida, eis que o simples não fazer a caracteriza, ao contrário da omissão parcial, uma vez que não raro pode consistir em inconstitucionalidade por ação, posto que neste tipo de omissão há também uma conduta positiva. Tal fenômeno pode ocorrer em face da violação do princípio da isonomia sempre que forem editadas normas incompletas que favoreçam certas pessoas ou certas categorias de pessoas e não a todas, que estando em situação similar, também deveriam ter sido contempladas pela lei<sup>45</sup>.

Sendo assim, nota-se que este tipo de omissão apresenta uma “estreita interpenetração da ação de inconstitucionalidade por omissão e por ação”<sup>46</sup>. Nesses casos o Supremo Tribunal Federal se depara num dilema de declarar a inconstitucionalidade na perspectiva que houve a omissão, com a simples declaração ao órgão competente para que

---

<sup>42</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.125.

<sup>43</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 225

<sup>44</sup> MENDES, Ferreira Gilmar; Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Cursodê direito consitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1189.

<sup>45</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Controle Judicial da Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004 p. 122.

<sup>46</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.99.

supra a omissão ou declara a inconstitucionalidade por ação em virtude da violação do princípio da isonomia e cancela o benefício concedido<sup>47</sup>.

Não há, no entanto, desde a promulgação da Carta de 1988 solução definitiva ao problema de procedimento adotada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>48</sup>.

Destarte, conforme salienta Gilmar Ferreira Mendes, após algum tempo de promulgada a Constituição Federal, – mais de 20 anos – dificilmente se logrará identificar uma omissão total, ressalvada uma ou outra exceção<sup>49</sup>.

#### **1.4 Omissão inconstitucional na Constituição Federal de 1988**

Ao longo da história constitucional brasileira, percebe-se que a Constituição de 1988 foi a primeira a se preocupar com a inércia dos órgãos políticos do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) e até mesmo dos órgãos administrativo que não realizem as ordens de legislar ou as imposições constitucionais<sup>50</sup>.

Preocupando-se com a efetividade das normas constitucionais, o legislador constituinte, inspirado na Constituição Portuguesa, veio a introduzir no ordenamento mecanismos jurídicos inéditos voltados para suprir a omissão inconstitucional, buscando contribuir significativamente com a concretização da ordem constitucional<sup>51</sup>. posto que ele mesmo optou por inserir na Carta de 1988 normas de eficácia limitada, em razão das pressões da época de sua promulgação, preferindo deixar nas mãos do legislador ordinário a sua posterior complementação e se eximir das cobranças.

---

<sup>47</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Controle Judicial da Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 128.

<sup>48</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 356.

<sup>49</sup> MENDES, Ferreira Gilmar; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito consitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1232.

<sup>50</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.103.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 103 e 104.

Infere-se que o combate à inconstitucionalidade por omissão é reflexo do perfil da própria Carta de 1988 que contém um universo considerável de normas constitucionais destituídas de aplicabilidade imediata e, enquanto constituição dirigente, exige vinculação dos Poderes Públicos à sua realização<sup>52</sup>, posto que neste tipo de constituição o legislador constituinte trata de matérias não substancialmente constitucionais, traçando fins e programas a serem realizados em busca de uma melhor sociedade sem dizer efetivamente como isso será feito<sup>53</sup>, sendo necessário o reconhecimento da omissão desses mesmos poderes e, nesse sentido, verifica-se a inconstitucionalidade por omissão<sup>54</sup>.

Nessa perspectiva, o controle da omissão inconstitucional é concebido como garantia da efetividade das normas constitucionais e deve ser compreendido à luz dos princípios contidos na Carta de 1988, com destaque ao da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.<sup>55</sup>

A preocupação da Constituição de 1988 em conferir aplicabilidade imediata a seus preceitos, especialmente aos definidores de direitos e garantias fundamentais, torna inconcebível que o destinatário da norma aguarde por tempo indefinido a edição de normas faltantes, pois, caso contrário, de acordo com Flávia Piovesan:

configurar-se-ia verdadeira subversão .da ordem jurídica, apresentando-se a omissão do legislador infraconstitucional mais eficaz que a atuação do constituinte, a inexistência de norma regulamentadora mais vinculante que a existência de norma constitucional<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.103.

<sup>53</sup> MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Senado Federal, 2004, p.. 62

<sup>54</sup> PIOVESAN, Flávia *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2ª ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.p.104

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p.109.

Com efeito, a Constituição brasileira prevê a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandando de injunção, previstos nos artigos 102, §2º e 5º, inciso LXXI, ambos da Constituição Federal de 1988.

No entanto, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é o instrumento adequado para a defesa objetiva do sistema normativo, não garante o efetivo cumprimento das normas constitucionais, sendo forçoso concluir que a garantia da plena efetividade da constituição continuará sem garantia, haja vista que a Carta Magna deve contentar-se com a mera ciência para que o órgão omissor tome providências, uma vez que o legislador constituinte entendeu – certo ou errado – que o Poder Legislativo detém mecanismos internos que o façam suprir a omissão e não fixou qualquer prazo, assim como fez com o órgão administrativo para que haja colmatação da lacuna.<sup>57</sup>

Dessa forma, a inconstitucionalidade por omissão ainda suscita uma das maiores problemáticas que o Direito Constitucional se defronta que é, conforme questiona Dirley da Cunha Júnior.

definir como efetivar o controle judicial da omissão inconstitucional. Como se daria esse controle? O judiciário nele exerceria, ainda que provisoriamente uma típica atividade de legislador positivo, suprimindo a omissão inconstitucional dos órgãos de direção política (legislativo e executivo) obrigaria esses órgãos a pronunciar-se?<sup>58</sup>

Nota-se que, não obstante a Constituição Federal adote ambos instrumentos de controle, estes não resolvem o problema da aplicabilidade das normas de eficácia limitada,

---

<sup>57</sup> Michel Temer apud PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 121.

<sup>58</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.131.

existindo por vezes excesso de uma inaplicabilidade afrontosa permanente do texto constitucional<sup>59</sup>.

Sendo assim, de acordo com o posicionamento de Dirley da Cunha Júnior:

Devemos, portanto, superar preconceitos que absolutamente em nada contribuem para a solução do problema, antes mais o aprofundam num mar de escuridão, e começar a crer em novas possibilidades. E a Constituição possibilita – todos crêem nisso, mas só alguns têm a coragem de revelar – que o Judiciário assuma, provisoriamente, o centro de decisões do Legislativo e do Executivo, no exercício da jurisdição constitucional compromissária com a efetividade constitucional<sup>60</sup>.

Dessa forma, deve ser acolhido entendimento de que o Poder Judiciário não só pode como deve integrar a ordem e suprir a omissão constitucional, com fito de tornar efetiva a norma constitucional, uma vez que está em jogo a imperatividade da Constituição e a prevalência da mesma. Deve-se ter em mente que não adianta afirmar que a Carta Magna deve ser respeitada e concluir que o Judiciário não pode suprir as omissões do Poder Público fazendo com que não tenha a aplicabilidade desejada pelo legislador constituinte<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2ª ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.110.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p.138.

<sup>61</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.133.

## **2 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA SUPRIR A OMISSÃO LEGISLATIVA**

### **2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão**

Como visto, é importante frisar que o desrespeito à Constituição Federal não se dá apenas pelas ações inconstitucionais. Tão grave quanto o descumprimento da Carta Magna por ação é a omissão em face de uma ordem contida na Constituição<sup>62</sup>.

Conforme relatado anteriormente, a ação direta de inconstitucionalidade foi introduzida na Constituição Federal de 1988 buscando dirimir a ineficácia das normas, em função da carência de regulamentação, conforme dispõe seu artigo 103, parágrafo 2º, “declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder Público e, em se tratando de órgão administrativo haverá o prazo de 30 dias para que sejam adotadas as providências necessárias”.

É importante ressaltar que este instrumento constante da Constituição Federal pretende suprir as lacunas inconstitucionais, de forma a provocar ação dos órgãos públicos para que sejam editadas medidas regulamentares para conferir plena eficácia às normas constitucionais<sup>63</sup>, evitando que a omissão do legislador venha a impedir a obtenção de direitos por aqueles a quem a norma constitucional se destina, buscando com tal forma de controle “passar da abstração para a concreção; da inação para a ação; do descritivo para o realizado”<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.539

<sup>63</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.139

<sup>64</sup> TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 50.

Contudo, a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão implica somente em instaurar um processo cujo objetivo é preencher as lacunas que inviabilizam a efetivação da Constituição Federal, não buscando assegurar de imediato o usufruto de uma prestação material, mas sim em mera advertência para que o órgão omissor adote as medidas necessárias de forma a conferir plena exequibilidade ao texto constitucional<sup>65</sup>.

Em resumo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

Visa à defesa objetiva da integridade do sistema normativo, tem por objeto o próprio vício omissivo, em si considerado, e constitui forma de controle abstrato, concentrado e objetivo da ordem jurídica, com legitimidade ativa restrita e definida em *numerus clausus*; sua finalidade é reprimir a omissão normativa inconstitucional dos Poderes Políticos, constatando, em tese, a existência de uma lacuna que reduz a efetividade da ordem jurídica constitucional, embora seu provimento não possa ir além da simples declaração da constatação desse vício e da consequente comunicação ao Poder competente para que tome providências saneadoras<sup>66</sup>.

De acordo com André Puccinelli Júnior, a decisão que for proferida tem eficácia mandamental, visto que assume as características de uma ordem judicial dirigida a outro órgão estatal, em geral o Poder Legislativo que detém as atribuições de legislar, visando a adoção de medidas necessárias para que a norma constitucional prevaleça<sup>67</sup>.

No que tange à omissão parcial, conforme relatado no item 1.3, a mesma pode ser suprida por meio da declaração de inconstitucionalidade da norma na perspectiva da ação praticada que violou o princípio da isonomia e consequente nulidade da medida ou na

---

<sup>65</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.140.

<sup>66</sup> HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 117 e 118.

<sup>67</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.157.

perspectiva de que houve a omissão, com a simples comunicação ao legislativo da necessidade de suprir o vácuo<sup>68</sup>.

Esta diversidade de possibilidade dá ensejo à fungibilidade entre os dois modos de impugnar a omissão legislativa, pois nas duas espécies de controle a omissão inconstitucional conduz necessariamente a um resultado negativo<sup>69</sup> ocorrendo neste caso, conforme salienta Gilmar Mendes:

uma relativa, mas inequívoca fungibilidade entre a ação direta de constitucionalidade e o processo do controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos – o de controle de normas e o de controle da omissão – acabam por ter – formal e substancialmente – o mesmo objeto, isto é, inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude<sup>70</sup>.

Não obstante a existência de tais possibilidades a serem tomadas para suprimir o vácuo legislativo, percebe-se que inexitem fórmulas que permitam superar o estado de inconstitucionalidade, haja vista que se declarada a inconstitucionalidade na perspectiva de que houve omissão, não há como assegurar o efetivo cumprimento do preceito constitucional, pois não há nada que garanta que o Poder Legislativo tomará as providências necessárias em tempo hábil, posto que não há qualquer prazo fixado para que este edite as normas faltantes – assim como ocorre na omissão total; e se declarada a inconstitucionalidade por ação, com a pronúncia de nulidade, a situação de inconstitucionalidade restaria agravada, conforme ensinamento de Gilmar Mendes:

Evidentemente, cassação da norma inconstitucional (declaração de nulidade) não se mostra apta, as mais das vezes, para solver os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. É que ela haveria de suprimir o benefício

---

<sup>68</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Controle Judicial da Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 123.

<sup>69</sup> ALVES, Moreira apud PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 97 e 98.

<sup>70</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 315.

concedido, em princípio licitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos seguimentos discriminados<sup>71</sup>.

Diante do exposto, o presente trabalho visa demonstrar a necessidade de conceber a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não apenas como instrumento pelo qual se obtém tão somente a ciência ao legislador para que este adote as medidas necessárias à realização do preceito constitucional e sim, como um instrumento satisfatório para a efetivação das normas por meio de verdadeira atuação do Supremo Tribunal Federal para que retire do ordenamento jurídico a subsistência da inconstitucionalidade por omissão que afronta a ordem jurídica, conforme será abordado mais a fundo no capítulo seguinte.

Sendo assim, compartilhando o entendimento de que, nos casos em que a omissão parcial for resultado de violação arbitrária<sup>72</sup> do legislador em excluir ou favorecer certos grupos de pessoas em detrimento de outros na mesma condição, a situação de inconstitucionalidade deverá ser suprida por meio de ação de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade<sup>73</sup>; e nos casos em que a omissão parcial se der em razão do “esquecimento do legislador” ou de uma equivocada apreciação da realidade de forma involuntária ou inconsciente, poderá o Judiciário suprir a omissão estendendo a vantagem ao

---

<sup>71</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.318.

<sup>72</sup> Conforme esclarece Canotilho corroborado com entendimento de Clèmerson Clève Merlin, quando a concretização incompleta resultar de uma intenção deliberada do legislador em conceder vantagem a determinado grupo de pessoa na mesma situação fática a omissão parcial desafia desde logo a inconstitucionalidade por ação, por violação arbitrária do princípio da igualdade. Em outras situações, quando não houver discriminação evidente e sim um simples esquecimento do legislador ou por entender em virtude de equivocada avaliação que o critério utilizado era compatível com a Constituição tem-se o caso de omissão inconstitucional. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 351; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina. p. 1036.

<sup>73</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.100.

grupo discriminado, conforme vem sendo adotado pela Corte Constitucional Italiana por meio da chamada sentença aditiva<sup>74</sup>, que teremos oportunidade de analisá-la posteriormente.

Por fim, quando a omissão for total, será efetiva a atuação do Supremo Tribunal Federal quando, declarada a inconstitucionalidade por omissão, for oferecido prazo razoável para que a mesma seja suprida e, não sendo realizada por parte do Legislativo, é que poderia o Supremo Tribunal Federal expedir decisão normativa provisória até que o legislador omissor cumpra com o seu dever<sup>75</sup> constitucional, buscando, dessa forma, acabar com o estado de omissão *ad eternum*, conciliando, assim, o princípio da separação dos poderes com o princípio da prevalência constitucional.

Ressalte-se que ainda não houve julgado de ação direta de inconstitucionalidade por omissão neste sentido, sendo a solução da omissão total apenas a título de proposição, possível em razão do avanço de entendimentos do Supremo Tribunal Federal declarados nos Mandados de Injunção 712, 670 e 708 que adotaram sentença de perfil aditivo com eficácia *erga omnes*, passando a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário com fixação de prazo para que o órgão omissor supra a omissão, haja vista que tal entendimento foi adotado no Mandado de Injunção nº 232, bem como na ADIn 3.682/MT, que além de reconhecer a mora do legislativo e fixou um prazo de 18 meses para que o órgão omissor suprisse a sua obrigação<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Controle Judicial da Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 126.

<sup>75</sup> PIOVESAN, Flávia *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.127.

<sup>76</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 3682. Relator Gilmar Mendes. Brasília, DF, 09 maio. 07. DJ de 06.09.07, p. 01.

A adoção, no mandado de injunção, de sentença de perfil aditivo e eficácia *erga omnes*, será tratada no item 3 e subitens da presente monografia, abordando as decisões que permitiram a afirmação acima.

## 2.2 Mandado de Injunção

Preliminarmente é necessária a tentativa de definição do que seria o mandado de injunção, que é tido como:

uma ação que visa socorrer direito subjetivo concreto do titular, prejudicado, em seu exercício, pela ausência de norma regulamentadora (não de outras medidas, não normativas ou materiais, frise-se, de logo); é processo subjetivo, com legitimação ativa ampla e aberta a qualquer sujeito de direito e sua finalidade é a viabilização do exercício desse direito, no caso concreto, não a defesa genérica, desinteressada e objetiva da integridade do ordenamento jurídico<sup>77</sup>.

Clèmerson Merlin Clève, citando Celso Agrícola Barbi, relata que a expressão mandado de injunção “não é de uso corrente no Direito brasileiro, que não se utiliza nem mesmo a palavra injunção”<sup>78</sup>, o que “leva a crer que o constituinte inspirou-se no Direito anglo-americano”<sup>79</sup>, onde o termo *injunction* consiste num remédio com base na jurisdição de equidade, outorgado por um juízo discricionário quando há norma legal faltante, ou quando a *common law* não garante proteção suficiente.<sup>80</sup> No entanto, referida ação é mais ampla que o nosso mandado de injunção, pois presta-se a solucionar questões de Direito Público e Privado, sendo considerado remédio extraordinário.<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> HAGE, Jorge, *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p.118.

<sup>78</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.362.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 362.

<sup>80</sup> Salvo Figueiredo Teixeira apud CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.531.

<sup>81</sup> MEIRELLES, Helly Lopes apud CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.531.

Conforme alguns autores, a origem do mandado de injunção deu-se no Direito Alemão, que consiste numa ação constitucional de defesa dos direitos fundamentais proposta pelo próprio particular perante o Tribunal Constitucional Federal quando esgotadas as instâncias ordinárias<sup>82</sup>. Ou, ainda, no Direito Português onde sua única finalidade é a advertência do Poder omissor<sup>83</sup>.

Não obstante as raízes históricas acima mencionadas, não se consegue identificar a fonte de inspiração do legislador constituinte, embora existam medidas com o mesmo nome, cabendo à doutrina e jurisprudência a definição e objetivos desse instrumento<sup>84</sup>.

Dirley da Cunha Junior, relata que na Assembléia Nacional Constituinte houve discussão acerca de um dispositivo que garantisse a efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, buscando-se um instrumental jurídico que pudesse assegurar, em juízo, o princípio da aplicabilidade destas normas, com diversas propostas apresentadas que, resultou no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal<sup>85</sup>.

O artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal de 1988 incluiu o mandado de injunção nos seguintes termos:

conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Além do disposto no artigo 5º, a Constituição Federal conta com outros dispositivos acerca do tema, como o disposto no artigo 102, inciso I, alínea q, no inciso II,

---

<sup>82</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.511.

<sup>83</sup> MORAES, de Alexandre. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 153.

<sup>84</sup> MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 131.

<sup>85</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley. *Op. Cit*, p. 509.

alínea a, artigo 105, inciso I, alínea h e o artigo 121, parágrafo 4º, inciso V, que definem a competência.

Assim, o artigo 102, inciso I, alínea q estabeleceu a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originalmente:

o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

O inciso II, alínea a, do mesmo artigo constitucional fixou a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, em recurso ordinário:

o habeas corpus, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão e a competência originária dos Tribunais Superiores.

Já o artigo 105, inciso I, alínea h fixou a competência para processar e julgar originariamente ao Superior Tribunal de Justiça:

o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

De acordo com André Puccinelli Júnior, “mandado de injunção será impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, desde que titular de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais tolhidos por ausência de norma regulamentadora”<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 179.

O alcance do mandado de injunção está relacionado a uma relação de causa e efeito. Assim, a causa é a ausência de norma regulamentadora e efeito seria a ausência de viabilidade de exercício<sup>87</sup>: “a) de qualquer direito constitucional não regulamentado, b) de qualquer liberdade não regulamentada e c) das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, também não regulamentadas”<sup>88</sup>.

Dessa forma, os direitos previstos em normas constitucionais auto-aplicáveis, bem como em normas de eficácia limitada, mas já regulamentadas, não se aplicam o mandado de injunção, podendo, quando não satisfeitos, serem reclamados por mandado de segurança ou ação congênere<sup>89</sup>.

O acima exposto é corroborado com o decidido no RMI 182/DF, cujo relator, Ministro Sidney Sanches declara na ementa do caso em comentário que:

se os impetrantes pretendem compelir o Ministro da Previdência e Assistência Social e Complementar o pagamento do 13º salário, porque consideram auto-aplicável a norma do parágrafo 6º do artigo 201 da Constituição, ***não é o mandado de injunção instrumento processual adequado, pois só cabe, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas a que se refere o inciso LXXI do artigo 5*** (grifo nosso)<sup>90</sup>

Outras decisões do Supremo Tribunal Federal também adotam a mesma postura, como a proferida no mandado de injunção 152 AgR / DF, cujo relator, Ministro Célio Borja, decide na ementa que

existindo lei disciplinando a matéria constitucional (redução de imposto de renda a aposentados e pensionistas com mais de 65 anos e renda constituída exclusivamente dos frutos do trabalho), não se justifica o ajuizamento de

<sup>87</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 134.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>89</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 171, 172 e 179.

<sup>90</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. RMI nº 182. Relator Sydney Sanches. Brasília, DF, 05 maio. 91. DJ de 22.03.91, p. 01.

mandado de injunção, ação que pressupõe a ausência de norma que impeça o gozo de direitos ou prerrogativas instituídas pela lei maior<sup>91</sup>.

Assim, o Supremo Tribunal Federal somente admite o mandado de injunção quando não existe norma regulamentadora, não importando, em caso de existência, se a mesma é insatisfatória ou inconstitucional, situação que se identifica com o controle de constitucionalidade tradicional, uma vez que já há lei preexistente.

Segundo Dirley da Cunha Júnior, o fato de já ter sido iniciado o processo legislativo para edição de norma regulamentadora, não impede a impetração do mandado de injunção em função da morosidade do processo legislativo brasileiro, motivo pelo qual, mesmo tramitando proposta de elaboração de norma regulamentadora, o direito consagrado constitucionalmente fica paralisado, sem poder ser exercido. Exceção à essa regra é o caso do processo sumário previsto para tramitação de projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, que se submete a um prazo máximo de 100 dias<sup>92</sup>.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal não admite o mandado de injunção quando o projeto de lei da norma regulamentadora já foi apresentado ao Congresso Nacional, uma vez que resta eliminada suposta mora do poder omissor, estando a pretensão do impetrante satisfeita<sup>93</sup>.

Relativamente à natureza jurídica da decisão judicial do mandado de injunção e seus efeitos, destacam-se três correntes doutrinárias que entendem competir ao Poder Judiciário: a) a elaboração de norma ausente para suprir, com eficácia *erga omnes* a omissão do legislador; b) a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa e

---

<sup>91</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MI nº 152 Agr. Relator Celio Borja. Brasília, DF, 21 março. 90. DJ de 20.04.90, p. 01.

<sup>92</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 537

<sup>93</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MI nº 641-5. Relator Ilmar Galvão. Brasília, DF, 20 fev. 02. DJ de 05.04.02, p. 03.

cientificar o órgão competente para que adote as medidas pertinentes e, finalmente, c) a viabilização, no caso concreto, do exercício imediato de liberdades, prerrogativas ou direitos tolhidos por ausência de regulamentação<sup>94</sup>.

Para a primeira corrente citada acima, denominada de concretista geral ou tese da independência jurisdicional, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional por meio de uma norma geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Tal entendimento é pouco aceito na doutrina, visto que, como ressaltado pelo Ministro Moreira Alves, ao proclamar uma decisão com efeitos *erga omnes* estaria “o Supremo, juiz ou tribunal que decidisse a injunção, ocupando a função do Poder Legislativo o que seria claramente incompatível com o sistema de separação de poderes”<sup>95</sup>. Assim, resumidamente, a primeira corrente atribui ao Poder Judiciário competência legislativa para elaboração da norma faltante, buscando suprir a lacuna jurídica, o que os opositores desta corrente afirmam contrariar o disposto no artigo 2º da Constituição Federal<sup>96</sup>.

Além disso, o mandando de injunção não tem como finalidade promover a completude do ordenamento jurídico-constitucional – função da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, instrumento de defesa do direito objetivo<sup>97</sup> - e sim garantir a efetividade e o gozo imediato dos direitos subjetivos inviabilizados por ausência de norma regulamentadora<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.186.

<sup>95</sup> MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas S.A., 2006, p. 160.

<sup>96</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. Op. Cit, p. 191.

<sup>97</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2ª ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, 148.

<sup>98</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 544.

A segunda corrente citada, denominada de não concretista ou tese da subsidiariedade equipara o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, corrente doutrinária esta também não aceita na doutrina em razão de que se pressupõe que se o constituinte utilizou expressões distintas para tratar mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade é porque tais institutos cumprem finalidades inconfundíveis. Aceitar tal hipótese é duvidar da capacidade e bom senso do constituinte.

Além disso, a tentativa de se igualar os dois institutos esbarra no princípio de inafastabilidade do controle judicial, conforme disposto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal<sup>99</sup>, o qual preceitua que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Sendo assim, como o MI visa proteger direitos subjetivos concretos e, como cabe ao judiciário verificar a existência de determinado direito e oferecer soluções concretas em casos concretos, sendo sua função principal justamente a proteção dos direitos mais fundamentais, este não pode deixar de resolver as questões postas alegando ausência de lei, pois caso o faça, estará negando ao cidadão direito de ação e o direito de acesso à justiça<sup>100</sup>.

Em que pese a corrente não concretista não ser bem aceita pela doutrina, o Supremo Tribunal Federal demonstrou outro entendimento, visto que no julgamento do Mandado de Injunção n. 107 assentou-se que o mandado de injunção:

é ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade desta omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que se adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a

---

<sup>99</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.187.

<sup>100</sup> HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p.72.

ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art.103 parágrafo 2º da Carta Magna).<sup>101</sup>

No entanto, releva destacar que há divergência entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal conforme pode ser verificado em julgados de Mandado de Injunção mais recentes como o mandado de injunção 232-1, relatado pelo Ministro Moreira Alves, impetrado por falta de regulamentação do artigo 195, parágrafo 7º da Constituição Federal <sup>102</sup>. A partir daí assumiu o Supremo Tribunal Federal um papel mais significativo no processo de efetivação dos direitos constitucionais.

Dispõe a ementa do referido mandado de injunção:

o 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 providencias legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida<sup>103</sup>.

Observa-se, que neste caso o Supremo Tribunal Federal, conferiu ao Mandado de Injunção a função delineada pela Constituição, optando por demarcar prazo para o legislador, para só após tornar viáveis as prerrogativas requeridas.

Outro caso que merece destaque foi a decisão do mandado de injunção 283, que restou assim ementado pelo Relator Ministro Sepúlveda Pertence:

Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença liquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental

<sup>101</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.Tribunal Pleno. MI nº 107. Relator Moreira Alves. Brasília, DF, 21 nov. 90. DJ de 02.08.91, p. 03.

<sup>102</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.192

<sup>103</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.Tribunal Pleno. MI nº 232. Relator Moreira Alves. Brasília, DF, 02 ago. 91. DJ de 27.03.91, p. 01.

do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável<sup>104</sup>.

Embora tenha o Supremo Tribunal Federal adotado posicionamento avançado, com esta decisão o impetrante não obteve no âmbito do Supremo efetiva concretização de seus direitos, uma vez que aquele Tribunal apenas declarou a faculdade de obter contra a União, pela via adequada, sentença líquida de condenação à reparação devida<sup>105</sup>.

Finalmente, os adeptos da última corrente citada, conhecida como concretista individual ou tese resolutiva, entendem que a decisão do Tribunal produziria,

<sup>104</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MI nº 283. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 20 fev. 91. DJ de 14.11.91, p. 01 e 02.

<sup>105</sup> PIOVESAN, Flávia *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2ª ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 155 e 156.

imediatamente, efeitos *inter partes*, independentemente da notificação ao órgão legislativo.<sup>106</sup>

Esta corrente é a mais aceita pela doutrina em função de que julgam que o mandado de injunção tem a vocação de assegurar, por força de decisão judicial construtiva, o exercício pleno de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais ainda não regulamentadas<sup>107</sup>.

Relativamente à regulamentação da norma constitucional após o julgamento do mandado de injunção, há que se considerar que tal regulamentação poderá suscitar dúvidas quando a mesma diferir da sentença constitutiva do Mandado de Injunção, fazendo com que, surjam duas correntes jurisprudenciais visando esclarecer os efeitos que a regulamentação tardia provocam sobre a coisa julgada<sup>108</sup>.

Ainda de acordo com André Puccinelli Junior, a primeira corrente sustenta a prioridade sobre a norma mais benéfica, entendendo esta corrente que a norma regulamentadora somente retroagirá quando for menos prejudicial ao cidadão do que a norma constante da sentença do Mandado de Injunção, sendo que a outra corrente alega o caráter provisório da decisão no Mandado de Injunção, atendendo apenas provisoriamente até o advento da regulamentação definitiva<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> MIRANDA, Henrique Savontini – Curso de Direito Constitucional . Brasília: Senado, 2004, pág. 286

<sup>107</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.191

<sup>108</sup> Ibidem, p.195

<sup>109</sup> Ibidem, p.195

### **3 POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO**

#### **3.1 Democracia e separação dos Poderes versus máxima efetividade da Constituição Federal**

Primeiramente é importante destacar que a Constituição na visão de Hans Kelsen tem a natureza jurídica de norma fundamental, pois serve de fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas, sendo “o ponto de convergência de todas as normas que compõem o sistema jurídico”<sup>110</sup> e fazem com que exista um ordenamento jurídico e não um amontoado de normas.

Assim, considerando que a Constituição Federal é a Lei suprema, foi concedido ao Supremo Tribunal Federal o papel de seu Guardião, com a finalidade de preservá-la não só administrando a justiça<sup>111</sup>, mas, também, exercendo o controle de constitucionalidade, com o objetivo de afastar qualquer ato que a viole, seja ele omissivo ou comissivo, buscando a harmonia entre as normas hierarquicamente inferiores com a Carta Magna.

No que se refere ao controle na via de ação, cabe ao Supremo Tribunal Federal a análise da compatibilidade da norma impugnada com a Constituição Federal e, caso entenda dissonante, declara a inconstitucionalidade, expelindo-a do ordenamento jurídico.

Em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, verificada a procedência da ação, compete ao Supremo Tribunal Federal somente, nos termos do parágrafo 2º do artigo 103, a comunicação ao Poder omissivo para que tome as medidas

---

<sup>110</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2008, p 32

<sup>111</sup> MORAES, Alexandre. *Curso de direito constitucional*, 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 460

necessárias para assegurar a máxima aplicabilidade da norma constitucional por meio de suas funções típicas.

No entanto, a ciência do fato pelo órgão omissivo é inócua, pois quando se trata do Legislativo, inexistente qualquer prazo para a adoção de medidas cabíveis<sup>112</sup>, não sendo o mero atestado de mora suficiente para constranger o legislador a expedir normas e, nas lições de Aylton Barbosa a obrigatoriedade ou prazo para que a ordem seja cumprida não ocorrerá devido ao princípio da separação dos poderes, previsto no artigo. 2º da Constituição Federal.<sup>113</sup>

Neste sentido, conforme bem observado por Michel Temer: “tudo indica que o constituinte pátrio confia no estabelecimento de mecanismos regimentais internos no Poder Legislativo, capazes de viabilizar o disposto na determinação judicial”<sup>114</sup>.

Destaque-se que, por analogia ao que ocorre com o órgão administrativo, que tem o prazo de 30 dias para o suprimento da omissão, se houvesse demarcação de prazo para a edição de norma faltante, também, para o legislativo, ultrapassado o prazo sem que qualquer providência tenha sido tomada implicaria em responsabilização do órgão<sup>115</sup>, podendo os agentes remissos ser penalizados civil e administrativamente, bem como penalmente, na

---

<sup>112</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 121.

<sup>113</sup> Aylton Barbosa apud, JÚNIOR NETTO, Giovanni Fialho *O controle concentrado de constitucionalidade e a possibilidade de atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão*. 2006. 54f. Dissertação (Graduação), UniCeub, Brasília, 2006, p. 37

<sup>114</sup> Michel Temer apud PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 121.

<sup>115</sup> Ibidem.

forma de prevaricação (Código Penal, artigo 319)<sup>116</sup>, caso haja interesse pessoal e nos crimes de desobediência<sup>117</sup> (Código Penal, artigo 330)<sup>118</sup>.

No entanto, o objetivo fundamental do controle de constitucionalidade não é gerar responsabilidades, mas sim fazer com que sejam vencidas as inconstitucionalidades de forma a garantir a prevalência, o respeito e a observância de seu efetivo cumprimento, posto que a Constituição Federal, reprise-se, é a Norma Fundamental!

Nesta tônica, a partir da concepção da ação direta de inconstitucionalidade por omissão pela qual há tão somente a comunicação ao órgão transgressor para que adote as medidas necessárias, fácil é concluir que tal instrumento se torna insuficiente para a efetiva realização da eficácia da Constituição.

Conforme esclarece Clèmerson Clève:

A farmacologia jurídica ainda não reconhece remédios estritamente jurídicos (a preocupação com a “justicialidade”!) eficientes para oferecer solução a todas as questões suscitadas pela inconstitucionalidade por omissão. Como foi antes lembrado, o regime democrático e o “Estado de poderes divididos” nem sempre se conciliam com o suprimento da omissão decorrente de atividade substitutiva do órgão fiscalizador<sup>119</sup>

Neste rumo segue a problemática do presente trabalho: Poderia o judiciário nos casos de omissões legislativas se eximir de sua atuação passiva e superar a idéia tradicional de Montesquieu de que o juiz nada mais é do que uma inanimada boca restrita a enunciar apenas as palavras da lei e atuar como verdadeiro legislador positivo, fazendo com que sejam vencidas as inconstitucionalidades de forma a garantir a aplicabilidade da

---

<sup>116</sup> Dispõe o art. 319 do CP – “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício ou praticá-lo contra disposição expressa de lei para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Pena de 3 meses a 1 ano e multa”

<sup>117</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 157.

<sup>118</sup> Dispõe o art. 330 do CP – “ Desobedecer ordem legal de funcionário público. Pena: detenção de 15 dias a 6 meses e multa”.

<sup>119</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin , *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p 333

Constituição, ou ao realizar esse papel o Supremo Tribunal Federal estaria ferindo o princípio da separação dos poderes ou do estado democrático?

Sabe-se que grande parte da doutrina constitucionalista, inclusive jurisprudencial do próprio Supremo Tribunal Federal, não admite a atuação do Judiciário como legislador positivo apontando como óbice o princípio da separação dos poderes.

No entanto, ao interpretar o disposto no artigo 2º da Constituição Federal que preceitua que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, infere-se que cada um possui função específica, dada a sua independência, sem “haver entre eles dependência ou subordinação no que tange ao exercício suas funções”<sup>120</sup>. cabendo ao Legislativo a edição de normas, ao Executivo a sua operacionalização e o Judiciário a verificação de sua correta aplicabilidade. Por outro lado, a própria Constituição Federal introduz mecanismo de controle mútuo entre os poderes visando o estabelecimento de equilíbrio necessário de forma a evitar o arbítrio e o desmando de um poder em detrimento do outro.<sup>121</sup>

De acordo com Dirley da Cunha Júnior, “o que caracteriza a independência entre os órgãos do Poder político não é a exclusividade no exercício das funções que lhes são atribuídas, mas sim, a predominância no seu desempenho”.<sup>122</sup> Assim, as funções legislativas, executivas e judiciárias são exercidas predominantemente e não exclusivamente. O que se tem é uma “verdadeira coordenação ou colaboração ou co-participação entre os Poderes em certas

---

<sup>120</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p 337.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 337.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 338.

tarefas, onde um Poder participa, de forma limitada e secundária, da função de outro”<sup>123</sup>, o que caracteriza a harmonia entre os Poderes, desejada pelo legislador constituinte.

Entender o contrário é admitir um efeito paralisante às reivindicações da sociedade, o isolamento dos poderes e, conseqüentemente o fim do tão importante equilíbrio representado pelas limitações recíprocas de freios e contrapesos.

É nessa ótica que se enquadra o poder normativo dos juízes diante da omissão legislativa. Ora, se a lei inconstitucional deve ser anulada, o mesmo raciocínio deve ser adotado no caso das omissões inconstitucionais, pois, também são contrárias à Constituição Federal, devendo o Supremo, por analogia à ação direta de inconstitucionalidade por ação<sup>124</sup>, afastá-las do ordenamento, uma vez que “não existe liberdade de não normação por parte do poder público”, cabendo à ele garantir a Supremacia da Constituição<sup>125</sup>.

A propósito, é o entendimento de Fernando Moro no sentido de que não cabe o tratamento diferenciado a esses dois tipos de controle judicial, sob o dogma da vedação da atuação do judiciário como legislador positivo, uma vez que tanto no controle por ação quanto no por omissão o juiz sempre interfere na atividade legislativa, seja quando supre a ausência de lei, seja quando invalida lei inconstitucional. Aliás, a interferência no âmbito da atividade legislativa se dá com maior intensidade neste último caso, pois o juiz ao retirar do ordenamento lei inconstitucional sobrepõe sua interpretação da Constituição à interpretação do legislativo, enquanto que no primeiro caso<sup>126</sup>, “o juiz atua apenas supletivamente,

---

<sup>123</sup>CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 338.

<sup>124</sup>PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 125.

<sup>125</sup>TAVARES, André Ramos; Olavo A. V. Alves Ferreira; Pedro Lenza. *Constituição Federal 15 anos: mutação e evolução*. São Paulo: Editora Método, 2003, p.203.

<sup>126</sup>MORO, Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonade, 2001, p. 84-86

censurando não uma ação do legislador, mas uma omissão, ou melhor, talvez apenas desenvolvendo e efetivando a Constituição”<sup>127</sup>.

Há quem milite pela impossibilidade da atuação desse múnus judicial uma vez que feriria, ainda, a vontade popular, posto que não foram eleitos, acarretando na ilegitimidade dessa criação normativa, colidindo com o Estado Democrático<sup>128</sup>.

Diversos autores, dentre eles Gilmar Ferreira Mendes e André Puccinelli Júnior, advogam no sentido de que a jurisdição constitucional<sup>129</sup> poderia causar um “risco democrático” pelo fato de que o juiz estaria acima dos demais poderes, o “Tribunal Constitucional seria também o único juiz de sua própria autoridade, uma vez que suas decisões não estariam sujeitas a qualquer modalidade de controle exterior”.<sup>130</sup>

as decisões da Corte Constitucional estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado. Embora não se negue que também as Cortes ordinárias são dotadas de um poder de conformação bastante amplo, é certo que elas podem ter a sua atuação *reprogramada* a partir de uma simples decisão do legislador ordinário. Ao revés, eventual correção da jurisprudência de uma Corte Constitucional somente há de se fazer, quando possível, mediante emenda<sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> MORO, Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonade, 2001, p. 86.

<sup>128</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 97

<sup>129</sup> Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior a Jurisdição Constitucional seria a única via pela qual o controle de constitucionalidade se realizaria com verdadeiro êxito, posto que haveria a possibilidade do Poder Judiciário concretizar as normas constitucionais suprindo as lacunas ou inações dos órgãos estatais que inviabilizam a Constituição. CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 385

<sup>130</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. Op. Cit. p. 99.

<sup>131</sup> MENDES, GILMAR, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, Editor, 1999, p.503.

Em que pese os posicionamentos acima, o que defendemos não é a criação de uma Corte Constitucional acima de todos os poderes, um “governo de juízes”<sup>132</sup>, mas sim a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo nos casos em que quem deveria legislar não edita normas que propiciem a eficácia da Constituição, sobrepondo, de forma neutra, a vontade do constituinte à vontade do legislador ordinário, uma vez que os juízes se limitariam tão-somente a dizer o direito preexistente<sup>133</sup>.

Nesta linha de raciocínio, acreditamos que diante da subsistência da omissão inconstitucional, que afronta a ordem jurídica e a efetiva aplicação do texto constitucional, deve ser reservada ao Pretório Excelso competência para suprir as lacunas normativas, podendo expedir regulamento de caráter provisório enquanto durar a omissão.

Nota-se que a lei editada pelo Tribunal terá caráter provisório, e poderá ser alterada por vontade do legislador, pois durará apenas enquanto perdurar a omissão. Dessa forma, o que se procura não é colocar o Poder Judiciário acima de todos os poderes, mas sim, que ele atue como verdadeiro Guardião e intérprete da Constituição Federal, buscando viabilizar a prevalência e supremacia da Lei Maior.

Ainda assim, este avanço sobre matéria tradicionalmente delegada ao Legislativo não fere a vontade geral, a representação política ou até mesmo legitimidade da atuação criativa dos tribunais, pois “o que caracteriza democracia não é, propriamente, a intervenção do povo na feitura das leis – hoje mera ficção – mas, sim, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana”<sup>134</sup>. .

---

<sup>132</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 105

<sup>133</sup> *Ibidem*, p.99

<sup>134</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 397.

Ademais disto, conforme ensina Shapiro, citado por Jorge Hage, o Judiciário não é de todo tão carente de representatividade uma vez que todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República, eleito por voto popular, e aprovados pelo Senado Federal, cujos seus representantes também são eleitos por voto popular. Além disso, a rotatividade dos Ministros impede que a orientação política filosófica permaneça sempre a mesma<sup>135</sup>.

Outro posicionamento para que o Judiciário possa legislar provisoriamente é o de que todos os seus atos devem ser fundamentados.<sup>136</sup>

Dessa forma, André Puccinelli Júnior, citando Luis Roberto Barroso, entende ser:

não apenas possível, como desejável, que parcela do poder público seja exercida por cidadãos escolhidos com base em critérios de capacitação técnica e idoneidade pessoal, preservados das disputas e paixões políticas, (...) sujeitas a animosidades e compromissos incompatíveis com o mister a ser desempenhado<sup>137</sup>

Nesta seara, conforme já exposto anteriormente, a título de proposição, seria mais eficaz que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade por omissão total fixasse prazo que poderia corresponder ao de “regime de urgência” que, de acordo com o artigo 64, parágrafo 2º da Constituição Federal é de 45 dias em cada casa e, caso este não fosse respeitado, a depender do caso, o Judiciário poderá dispor da matéria, conciliando, assim, conforme salienta Flavia Piovesan, o princípio da autonomia do legislador, uma vez que não estaria obrigado a satisfazer o apelo do Judiciário e o princípio do efetivo cumprimento das normas constitucionais.

---

<sup>135</sup> SAPIRO apud HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 84.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>137</sup> BARROSO, Luis Roberto, apud PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 97.

Como já exposto anteriormente, há casos em que a omissão poderá ser parcial, podendo a sua ocorrência se dar por conta de simples esquecimento ou equívoco do legislador em atender determinado grupo de pessoas excluídas. Nestes casos a solução parece ainda mais fácil, visto que competirá ao Poder Judiciário uma atuação de complementação da medida já adotada a fim de torná-la suficiente diante da Constituição, também enquanto durar a omissão.

Vale ressaltar que quando a atuação do legislador for totalmente indispensável o Pretório Excelso não poderá dispor normativamente como nos casos:

as normas de eficácia limitada do tipo institutivo (exemplos: art. 134, parágrafo único, referente à Defensoria), as normas relativas à elaboração de Códigos (art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referentes à elaboração do Código de Defesa do Consumidor), dentre outros<sup>138</sup>.

Dessa forma, o Poder Judiciário “haveria que distinguir o dever constitucional de legislar suscetível de complementação ou suprimento, daquela exigência insuprível na via judicial, posto que requer necessariamente a intervenção insubstituível do legislador”<sup>139</sup>.

Tal proposição, por analogia, ao artigo 62 da Constituição Federal de 1988, é perfeitamente compatível com a sistemática constitucional, posto que, em caso de urgência, o Presidente da República pode adotar a utilização de Medidas Provisórias que possuem força de lei, até sua aprovação pelo Congresso Nacional. Trata-se de uma verdadeira função atípica do Poder Executivo.

---

<sup>138</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 31, 2007

<sup>139</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 127.

No que tange a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em caso de relevância e urgência poderá o Supremo Tribunal Federal resolver a ineficácia constitucional exercendo, de igual maneira, uma verdadeira função atípica, buscando, dessa forma, a viabilização e o respeito à Constituição e, conseqüentemente, o afastamento das omissões legislativas. Inclusive essa era idéia do Projeto de Constituição.

Conforme bem observado por André Puccinelli Júnior:

era esta a idéia originalmente defendida pelos membros da Assembleia Nacional Constituinte que se reuniu em Brasília durante o biênio de 1987-1988, para discutir o formato do texto atual. Tanto é que só a partir do segundo substitutivo apresentado pela Comissão de Sistematização se retirou tal competência normativa do Supremo Tribunal Federal, antes prevista no art. 149, § 2º, do Projeto de Constituição.<sup>140</sup>

Em que pese a necessidade de atuação do Judiciário de forma mais marcante no controle de constitucionalidade por omissão e, sem prejuízo à tudo que foi exposto, além dos empecilhos acima rebatidos, há outro tão importante quanto, qual seja, o próprio texto constitucional, que conforme pudemos ver é explícito em dizer que compete ao Supremo Tribunal Federal apenas a ciência ao órgão omissor.

Mesmo anuindo com o posicionamento de diversos autores como Flávia Piovesan, José Afonso da Silva e Dirley da Cunha Júnior acreditamos que a adoção de amplos poderes normativos ao Supremo Tribunal Federal deva ser efetivado por meio de emenda à Constituição Federal<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 159.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 160 e 161.

### 3.2 Análise sobre as decisões judiciais que podem ser consideradas atuação do Poder Judiciário como legislador positivo

Diante de todo o exposto no item anterior, apesar de vários Ministros do Supremo Tribunal Federal ainda possuírem posicionamento um tanto quanto ortodoxo, percebe-se que em decisões proferidas recentemente o Pretório Excelso vem aceitando a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Poder Judiciário, uma vez que

a inexistência da Lei Complementar reclamada pela Constituição reflete, a inobservância, pelo Poder Legislativo, dentro do contexto temporal referido do seu dever de editar o ato legislativo em questão, com evidente despreço pelo comando constitucional, frustrando, dessa maneira, a necessidade de regulamentar o texto da Lei Maior, o que demonstra a legitimidade do reconhecimento, por esta Suprema Corte da omissão congressional apontada<sup>142</sup>.

No que tange às omissões parciais ao analisar o posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal, nota-se que ainda há Ministros apegados aos teores da Súmula 339 daquela Corte, que os proíbe de estender os benefícios concedidos a uma determinada classe e negados à outra na mesma situação fática, ainda que a pretexto de tornar efetiva a cláusula isonômica prevista na Constituição Federal.<sup>143</sup>

Contudo, em posição divergente, a qual nos apegamos, foi a decisão advinda do Agravo 211422-PI<sup>144</sup> que teve como relator o Ministro Maurício Corrêa, que

<sup>142</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MI nº 712. Relator Eros Grau. Brasília, DF, 25 out. 07. DJ de 30.10.08, p. 09.

<sup>143</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.98.

<sup>144</sup> Desta decisão extrai-se o seguinte trecho: “Senhor Presidente, sob pena de caminhar-se para verdadeiro paradoxo, fulminando-se princípio tão caro as sociedades que se dizem democráticas como é o da isonomia, não vejo como adotar óptica diversa em relação ao pessoal civil do executivo federal, já que o militar foi contemplado. As premissas assentadas por esta Corte quando da deliberação administrativa continuam de pé e mostram-se adequadas no caso vertente. Houve revisão geral de vencimentos, deixando-se de fora os servidores civis. Apanhada esta deficiência em face da auto-aplicabilidade do preceito constitucional, Legislativo, Judiciário e Ministério Público determinaram a inclusão do reajuste nas folhas de pagamento, tendo como data-base janeiro de 1993. Nisso, deram fidedigna observância ao preceito constitucional que prevê a revisão a ser feita na mesma data sem distinção entre civis e militares. Assim, ato omissivo que exsurge contrário a ordem jurídico-constitucional em vigor, valendo notar que de duas uma: ou o Judiciário, Legislativo e Ministério Público agiram em homenagem à carta de república, então procede a irrisignação dos recorrentes, ou a vulneraram. Excluo esta última conclusão pelas razões acima lançadas.”

resolveu estender o reajuste de 28,86% previstos nas leis 8.622/93 e 8.627/93 àqueles excluídos, tendo em vista o cumprimento do artigo 37, X, da Constituição Federal. .

Neste sentido, é a jurisprudência relativa ao direito de greve que nos ateremos a analisar a seguir que é o que melhor se enquadra ao proposto na presente monografia.

As Constituições anteriores à de 1988 não previam direito de greve, sendo inovação o disposto no artigo 9º da Constituição Federal de 1988, tendo como objetivo assegurar tal direito a todas as classes de trabalhadores, tanto os da iniciativa privada quanto aos da Administração Pública,<sup>145</sup> dependendo de legislação posterior que regulamentasse, por se tratar de norma de eficácia limitada.

Em razão da omissão do legislador, os indivíduos, em busca de verem seus direitos assegurados, impetraram diversos mandados de injunção relativos a este tema tendo o Supremo Tribunal Federal, a princípio, firmado entendimento de que o direito à greve somente seria possível após a edição de lei específica, visto ser uma norma de eficácia limitada, desprovida de auto-aplicabilidade<sup>146</sup>. Neste sentido, foram os Mandados de Injunção nº.20, 485 e 585.

Percebendo a necessidade de mudanças nas decisões proferidas, foram propostas revisões dos entendimentos até então adotados, conforme pode ser observado pelo disposto no Voto do Ministro Eros Grau no mandado de injunção 712/PA e do Ministro Gilmar Ferreira Mendes no mandado de injunção 670/ES e posteriormente no mandado de

---

<sup>145</sup> IDERLYI, Maria Fernanda. *Juiz federal do DF legitima direito de greve de servidor público*. Disponível em <[http://www.conjur.com.br/2006-ago-27/dias\\_greve\\_ao\\_podem\\_descontados\\_decide\\_juiz](http://www.conjur.com.br/2006-ago-27/dias_greve_ao_podem_descontados_decide_juiz)>. Acesso em 14 set. 09.

<sup>146</sup> MENDES, Ferreira Gilmar; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1213.

injunção 708/DF, impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará, Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo e Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa.

São as seguintes razões apresentadas pelo Ministro Eros Grau no mandado de injunção 712:

A solução a ser no caso encaminhada operará no sentido de viabilizar o exercício do direito de que se trata pelos servidores públicos civis. Entendido como norma de eficácia limitada, o texto normativo constitucional depende da emissão de normatividade futura, que lhe integre em eficácia, dando-lhe capacidade de execução. Reclama-se, portanto, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição.

[...]

O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada atuará como texto normativo a ser interpretado/aplicado

[...]

De resto, o Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora faltante. Note-se bem que não se trata de simples *poder*, mas de *dever-poder*, idéia já formulada por JEAN DOMAT no final do século XVIII, após retomada por LEÓN DUGUIT e, entre nós por RUI BARBOSA, mais recentemente por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO.

A este Tribunal incumbirá – permito-me repetir – se concedida a injunção, remover o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto, norma enunciada como texto normativo, logo sujeito a interpretação pelo seu aplicador.

No caso, o sindicato impetrante solicita seja julgada procedente a ação e, declarada a omissão do Poder Legislativo, determinada a supressão da lacuna legislativa, mediante a regulamentação do direito de greve no serviço público, autorizando-se a utilização de normas análogas às da Lei nº. 7.783, até o advento de lei própria; pede, ao final, seja reconhecido o direito de greve.

[...]

Em face de tudo, conheço do presente mandado de injunção, para, reconhecendo a falta de norma regulamentadora do direito de greve no serviço público, remover o obstáculo criado por essa omissão e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII da Constituição do Brasil, nos termos do conjunto de normativo enunciado neste Voto.

[...]

Neste contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetido a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.<sup>147</sup>

Acrescentando, ainda, posicionamento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes,

Relator no mandado de injunção 670:

A não-regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias conseqüências para o Estado de Direito. Estou a lembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos.

Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões desta Corte.

Comungo das preocupações quanto à não-assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não-atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de ‘omissão judicial’.

Assim, tanto quanto no caso da anistia, essa situação parece impelir intervenção mais decisiva desta Corte.

Ademais, assevero que, apesar da persistência da omissão quanto à matéria, são recorrentes os debates legislativos sobre os requisitos para o exercício do direito de greve.

[...]

Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar a bel-prazer do juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

[...]Tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle

---

<sup>147</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MI nº 712. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 25 out. 07. DJ de 30/10/2008 p. 08, 23 e 24

judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do legislativo<sup>148</sup>

Ambos mandados de injunção buscavam solucionar a problemática mencionada, fazendo com que, em discussão na votação dos mandados de injunção já citados, proferisse que, a continuar sem a legislação necessária, o Pretório Excelso passaria a ser demandado excessivamente acerca do direito de greve do servidor público por meio de mandado de injunção, passando a atuar como justiça do trabalho.

Identifica-se, nestes casos, a necessidade de uma solução obrigatória não podendo os destinatários da norma aguardar a discricionariedade do Poder Legislativo de editá-la ou não, uma vez que não cabe ao legislador a possibilidade de conceder ou não o direito de greve previamente assegurado na Lei Maior. Pode, tão somente, dispor do modelo a ser adotado<sup>149</sup>. “Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito”<sup>150</sup>.

Tendo em vista a problemática da omissão no que tange à greve dos servidores públicos, verifica-se que foi adotada uma sentença de perfil aditivo, estendendo o disposto na Lei de greve existente para trabalhadores da iniciativa privada, para os servidores públicos não restringindo, apenas, ao sindicato que impetrou o *mandamus*.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes sentença de perfil aditivo é aquela que integra ou completa um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora “solução constitucionalmente obrigatória”,<sup>151</sup> ou seja,

---

<sup>148</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MI nº 670. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 25 out. 07. DJ de 30/10/2008 p. 30, 31, 35 e 36.

<sup>149</sup> MENDES, Ferreira Gilmar; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito consitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1216

<sup>150</sup> Ibidem.

<sup>151</sup> MEDEIROS, Rui, apud MENDES, Ferreira Gilmar; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito consitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p.1157

sua adoção ocorre quando da existência de um vácuo legal, o Supremo Tribunal Federal substitui-se politicamente ao Legislativo e aplica legislação similar ao caso até que uma lei seja criada pelo órgão omissor, “agregando hermenêutica jurídica a um corpo preexistente”<sup>152</sup>

Em outras palavras o objetivo dessa sentença é buscar no ordenamento jurídico norma análoga ao caso não regulamentado, até que o Poder Legislativo tome providências.

Essa forma de solução é amplamente adotada na Itália, conforme se verifica na sentença 128/1970, na qual permitiu à mulher retirar o nome do marido após a separação, direito previsto anteriormente apenas para o homem.<sup>153</sup>

Finalmente, em 25 de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal, decidiu por maioria, conceder os mandados de injunção 670, Relator, Min. Gilmar Mendes; mandado de injunção 708 Relator, Min. Gilmar Mendes e mandado de injunção 712 Relator, Ministro Eros Grau, reconhecendo a existência de “necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro”, propondo como solução para a omissão legislativa a aplicação, no que for pertinente, do disposto na Lei nº. 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada”.<sup>154</sup>

Votos contrários foram dos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio que limitavam a eficácia da decisão do mandado de injunção apenas aos sindicatos representados. A seguir citamos alguns trechos constantes do mandado de

---

<sup>152</sup> SANTOS, Wanderley Guilherme dos. A política de facção do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://supremoemdebate.blogspot.com/2007/10/politica-de-faco-do-poder-judicirio.html>>. Acesso em 27 set. 2009

<sup>153</sup> CORTE COSTITUZIONALE. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em 19 set. 09.

<sup>154</sup> MENDES, Ferreira Gilmar; Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1221

injunção 712 do Ministro Ricardo Lewandowski para exemplificar o motivo do voto contrário.

[...]Estes, de um modo geral, reconhecem que o Mandado de Injunção pode e deve consubstanciar instrumento de realização do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, abrigado no art.5º, §1º, da Carta Magna.

[...]

Não vou tão longe, porém, a ponto de ultrapassar a finalidade do mandado de injunção – que é, nas palavras de José Afonso da Silva, a de “realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa sempre que a norma regulamentadora torne inviável seu exercício” – avançando sobre a própria razão de ser do Poder Legislativo, ao qual compete expedir normas de caráter geral e abstrato para regular determinadas situações ocorrentes na realidade fenomênica.

Em outras palavras, não me parece possível, *data vênia*, ao Poder Judiciário, a pretexto de viabilizar o exercício de direito fundamental por parte de determinada pessoa ou grupo de pessoas, no âmbito do mandado de injunção, expedir regulamentos para disciplinar, em tese, tal ou qual situação, ou adotar diploma normativo vigente aplicável à situação diversa.

[...]Ademais, ao emprestar-se eficácia *erga omnes* à tal decisão, como se pretende, penso que esta Suprema Corte estaria intrometendo-se, de forma indevida, na esfera de competência que a Carta Magna reserva com exclusividade aos representantes da soberania popular, eleitos pelo sufrágio universal, direto e secreto.

[...]Concessa *venia*, não vejo, no caso presente, semelhança relevante entre a greve na esfera pública e a greve no âmbito privado que autorize o recurso à analogia. Embora ambas as situações refiram-se ao fenômeno social “greve”, consistente na paralisação das atividades de determinado setor laboral em face de reivindicações não atendidas, as distinções que as separam são maiores do que os pontos comuns que as aproximam, a começar pelo regime jurídico diferenciado ao qual estão submetidos os seus protagonistas.

[...] Não vejo, permito-me repetir, semelhança relevante entre a greve dos trabalhadores do setor privado e a greve dos servidores públicos. Com efeito, não reconheço, *data vênia*, identidade jurídica entre os dois fenômenos que autorize a aplicação da Lei 7.783/99 ao serviço público.

[...]Embora comungue da preocupação de que é preciso dar efetividade às normas constitucionais, sobretudo àquelas que consubstanciam direitos fundamentais, estou convencido de que o Judiciário não pode ocupar o do Poder ao qual o constituinte, intérprete primeiro da vontade soberana do povo, outorgou a sublime função de legislar.

[...]Em face do exposto, pelo meu voto, conheço do mandado de injunção, concedendo a ordem em parte para garantir o exercício do direito de greve aos servidores do Poder Judiciário do Estado do Pará, assegurada por estes a prestação dos serviços inadiáveis, devendo o Tribunal de Justiça abster-se de adotar medidas que inviabilizem ou limitem esse direito, tais como a suspensão dos pontos e o desconto dos dias parados.<sup>155</sup>

Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal introduziu mudanças significativas na questão da omissão legislativa, adotando de forma explícita sentença aditiva com eficácia *erga omnes*, conforme se extrai dos próprios extratos das Atas dos Mandados de Injunção já citados:

O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do Mandado de Injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações (grifo nosso)<sup>156</sup>

Nota-se, então, o significativo avanço no sentido da efetividade da Constituição Federal, tendo o Supremo Tribunal Federal adotado uma decisão de plena eficácia, adotando, nesses casos, a corrente concretista geral. Basta agora acompanhar as demais decisões do Supremo para ver se continuará adotando tal posicionamento.

Em que pese este significativo avanço na jurisprudência constitucional, o mandado de injunção não é o meio mais adequado assegurar aplicabilidade das normas constitucionais, devido sua natureza *inter partes*. No entanto, foi respeitada a vontade e o cumprimento das disposições da Constituição Federal.

---

<sup>155</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MI nº 712. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 25 out. 07. DJ de 30/10/2008 p. 94, 95, 97, 99, 101

<sup>156</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MI nº 712. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 25 out. 07. DJ de 30/10/2008 p. 244.

## CONCLUSÃO

O legislador constituinte, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988 optou por inserir normas de eficácia limitada, ou seja, que dependem de posterior regulamentação legal para que tenha sua eficácia plena. Infere-se que o constituinte assim o fez por questões meramente políticas, pressionado de todas as formas a editar o quanto antes a nova Constituição, pois todos estavam aclamando por ela. Por este motivo, foi mais cômodo não prever diversas situações, deixando para o Legislador posteriormente regulamentar.

Ocorre que a ausência do Legislador em suprir o que é previsto constitucionalmente não pode e não deve ser acatada pela sociedade, prejudicando seus direitos e/ou deveres, fazendo com que, caso não suprida, gere omissões do Poder Judiciário.

Dessa forma, faz-se necessário que se reserve ao Pretório Excelso competência para suprir as omissões do Poder Legislativo, atuando concretamente como quis o legislador constituinte, ou seja, como verdadeiro guardião e intérprete da Constituição Federal, buscando seu efetivo cumprimento.

Ora se ao Poder Executivo é permitido a assunção parcial de poder do Legislativo ao editar Medidas Provisórias, porque não ao Poder Judiciário, visto que constitucionalmente é o guardião da Lei Maior e, como tal, não pode e não deve permitir a sua ineficácia?

A resposta a questão acima poderia ser resolvida caso houvesse emenda à Constituição Federal, fazendo com que, similar ao já previsto no artigo 62 da Carta Magna, fosse permitida atribuição de uma função atípica ao Poder Judiciário.

Importante frisar que tal proposição se coaduna com o princípio de independência e harmonia entre os Poderes, disposto na Constituição Federal, uma vez que, como defendido por diversos juristas, faz-se necessária “uma nova forma de relacionamento entre os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, onde cada órgão estatal fiscaliza a atuação do outro”.<sup>157</sup>

Além disso, com a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, “atribuiu-se competência ao Supremo para aprovar súmulas vinculantes em relação aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública em geral”<sup>158</sup>, conforme dispõe o artigo 103-A da Constituição Federal.

Ora, se já é previsto o acima exposto, mais racional seria também fosse garantido o efetivo cumprimento do previsto constitucionalmente que, por omissão legislativa, não é atendido.

Nesta linha de raciocínio, entendo que cabe ao Poder Judiciário atuar como verdadeiro guardião da Constituição e fazer a efetiva aplicação da Lei Maior e também como forma de pressionar o Poder Legislativo para que assuma seu papel, posto que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício de qualquer direito disposto na Constituição Federal “deva ficar a bel-prazer do juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo”<sup>159</sup>.

Importante destacar que, em razão da omissão do legislador, os indivíduos, em busca de verem seus direitos assegurados, estão indo ao Supremo Tribunal Federal,

---

<sup>157</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 161

<sup>158</sup> Ibidem, p. 161.

<sup>159</sup> MENDES, Ferreira Gilmar; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito consitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1215

impetrando diversos mandados de injunção relativos aos temas não regulamentados fazendo com que aquele Tribunal passe a atuar, no caso das greves, como Justiça do Trabalho, bem como Junta de Conciliação e Julgamento, nos termos do proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence nas discussões relativas ao mandado de injunção 712<sup>160</sup>.

Assim, considerando que o Supremo Tribunal Federal está tomando as decisões nos casos de omissões, por meio dos mandados de injunção, com eficácia *erga omnes*, o que não é apropriado uma vez que tal instituto visa a proteção dos direitos subjetivos, vemos, claramente, a necessidade da adoção de emenda constitucional para que aquele Tribunal possa editar normativos gerais, suprimindo, dessa forma, as omissões legislativas, quer parciais, quer totais, até porque o Tribunal já colocou em mora o Legislativo por diversas vezes e até hoje não houve edição de norma faltante.

De qualquer sorte, vemos avanços nos entendimentos do Supremo Tribunal Federal referente à omissão legislativa, uma vez que supriu, mesmo pelo meio inapropriado, subsistência de omissão relativa ao direito de greve dos servidores públicos.

No entanto, não poderia deixar de reconhecer que nos últimos tempos o Judiciário vem adotando condutas cada vez mais amplas, “judicializando temas e questões que possuem, em tese natureza política e social atinentes também a outras esferas e espaços de deliberação pública”<sup>161</sup>, não tendo, na atualidade, limites na sua atuação como legislador positivo, sendo forçoso concluir que o mito de legislador negativo encontra-se superado.

---

<sup>160</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MI nº 712. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 25 out. 08 DJ de 30/10/2008, p. 159.

<sup>161</sup> ZENI, Carine. O poder judiciário como legislador positivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/217>>. Acesso em 06.12.09.

Dessa forma, julgamos oportuno ressaltar que a continuidade dessa atuação pode ocasionar centralização de poderes normativos/legislativos no Supremo Tribunal Federal.

Vale ressaltar que este trabalho não visa concordar com a atuação desmedida do Judiciário. Sustenta-se, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal não deve temer de atuar como verdadeiro Guardião e assegurar o total cumprimento da Constituição Federal, devendo-se entretanto, observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para que sejam traçados limites na sua atuação.

Diante de todo exposto, creio que a utilização de emenda constitucional prevendo que o Supremo Tribunal Federal possa editar normativos gerais, com regramento e delimitação da sua forma de atuação seria solução para suprir as questões das omissões legislativas ora abordadas no presente trabalho.

## REFERÊNCIAS

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina. p. 1033 e 1034

CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª. Ed..rev. atual e ampl.-São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

CORTE COSTITUZIONALE. Disponível em: <[http:// www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)>. Acesso em 19 set. 09

CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Controle Judicial da Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004

\_\_\_\_\_. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986

HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

IDERLYI, Maria Fernanda. Juiz federal do DF legitima direito de greve de servidor público. Disponível em <[http://www.conjur.com.br/2006-ago-27/dias\\_greve\\_nao\\_podem\\_descontados\\_decide\\_juiz](http://www.conjur.com.br/2006-ago-27/dias_greve_nao_podem_descontados_decide_juiz)>. Acesso em 14 set. 09.

JÚNIOR NETTO, Giovanni Fialho *O controle concentrado de constitucionalidade e a possibilidade de atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão*. 2006. 54f. Dissertação (Graduação), UniCeub, Brasília, 2006.

MACIEL, Albuquerque Marcela, *O Supremo Tribunal Federal e a Omissão Inconstitucional: A tarefa realizadora da Constituição e o Mandado de Injunção*. Revista de Direitos Difusos, 2006, v. 37.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13 edição. São Paulo: Malheiros, 2001

MENDES, Ferreira Gilmar. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, Editor, 1999

\_\_\_\_\_. Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*. Brasília: Senado Federal, 2004.

MORO, Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonade, 2001.

MORAES, Alexandre. *Curso de direito consitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curdo de direito constitucional positivo*, 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. RMI nº 182. Relator Sydney Sanches. Brasília, DF, 05 maio. 91. DJ de 22.03.91

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MI nº 712. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 25 out. 08 DJ de 30/10/2008

\_\_\_\_\_. MI nº 670. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 25 out. 08 DJ de 30/10/2008

\_\_\_\_\_. ADI nº 3682. Relator Gilmar Mendes. Brasília, DF, 09 maio. 07. DJ de 06.09.07

\_\_\_\_\_. MI nº 152 Agr. Relator Celio Borja. Brasília, DF, 21 março. 90. DJ de 20.04.90

\_\_\_\_\_. MI nº 641-5. Relator Ilmar Galvão. Brasília, DF, 20 fev. 02. DJ de 05.04.02

\_\_\_\_\_. MI nº 107. Relator Moreira Alves. Brasília, DF, 21 nov. 90. DJ de 02.08.91

\_\_\_\_\_. MI nº 232. Relator Moreira Alves. Brasília, DF, 02 ago. 91. DJ de 27.03.91

\_\_\_\_\_. MI nº 283. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 20 fev. 91. DJ de 14.11.91

TAVARES, André Ramos; Olavo A. V. Alves Ferreira; Pedro Lenza. *Constituição Federal 15 anos: mutação e evolução*. São Paulo: Editora Método, 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZENI, Carine. O poder judiciário como legislador positivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Disponível em:

<<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/217>>. Acesso em 06.12.09