

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

THALINE DOS SANTOS ROCHA

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DECISÃO JURISDICIONAL DE PERFIL
ADITIVO: construção normativa possível?

Maceió, AL
2014

THALINE DOS SANTOS ROCHA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DECISÃO JURISDICIONAL DE
PERFIL ADITIVO: construção normativa possível?**

Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientador(a): Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva.

Maceió, AL
2014

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário Responsável: Valter dos Santos Andrade

R672j Rocha, Thaline dos Santos.
Jurisdição constitucional e decisão jurisdicional de perfil aditivo: construção normativa possível? / Thaline dos Santos Rocha. – 2014.
143 f.

Orientador: Blecaute Oliveira Silva.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2014.

Bibliografia: f. 135-143.

1. Norma jurídica. 2. Inconstitucionalidade por omissão. 3. Decisão jurisdicional. I. Título.

CDU:340.13

Folha de Aprovação

THALINE DOS SANTOS ROCHA

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DECISÃO JURISDICIONAL DE PERFIL ADITIVO: construção normativa possível?

Dissertação submetida ao corpo docente do
Programa de Pós-Graduação em Direito Público da
Universidade Federal de Alagoas e aprovada em
_____ de _____ de _____.

Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva, PPGD/UFAL (Orientador)

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior, PPGD/UFPE (Examinador Externo)

Prof. Dr. Francisco Wildo Lacerda Dantas, PPGD/UFAL (Examinador Interno)

Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, PPGD/UFAL (Examinador Interno)

A Deus, pelo dom da vida, e à minha mãe: Maria Lúcia dos Santos, que sempre esteve ao meu lado, promovendo todo o necessário para a concretização deste desafio.

AGRADECIMENTOS

O resultado alcançado pelo presente trabalho só foi possível com a orientação ímpar e extremamente zelosa do Professor Doutor Beclaute Oliveira Silva. Agradeço à CAPES, cujo auxílio foi indispensável à concretização do mesmo. Agradeço também ao corpo docente do Mestrado em Direito da UFAL, personificado na figura do Coordenador, Professor Doutor Adrualdo Catão, pelas valiosas lições. À Secretaria do Mestrado, sobretudo Sara Regina Albuquerque França, pelos serviços prestados e pela doçura no atendimento de todos. À família e aos amigos, pelo incentivo e amor dedicados. Agradeço, ao final, aos colegas que fazem parte da estimada Turma 08, pela proveitosa partilha de conhecimentos e experiências, e por tornarem a caminhada menos árdua.

Por vezes sentimos que aquilo que fazemos não é
senão uma gota de água no mar. Mas o mar seria
menor se lhe faltasse uma gota.

CALCUTÁ, Madre Teresa de.

RESUMO

O objeto da presente investigação, qual seja: a (im)possibilidade de construção normativa da decisão jurisdicional de perfil aditivo, decorre da delimitação daquilo que se entende por jurisdição constitucional. Sendo este, portanto, seu ponto de partida. Para a compreensão do objeto do presente estudo foi adotado a perspectiva do direito enquanto linguagem, definindo-se desde logo a acepção da norma jurídica adotada. Defende-se aqui que é preciso conferir efetividade aos direitos constitucionalmente prescritos, que têm o seu exercício obstado pela inércia total do Poder Legislativo. Tem-se que a edição de regulação para tais direitos é, portanto, obrigatória, por se tratar de verdadeira condição ao seu exercício. Assim sendo, é possível falar em verdadeira omissão legislativa inconstitucional, passível de controle jurisdicional. Nessa seara, impende realizar a delimitação do tema, ao analisar especificamente a decisão jurisdicional e a classificação das sentenças quanto à sua carga eficaz, a fim de - uma vez sendo possível a decisão jurisdicional de perfil aditivo - buscar delimitar a natureza jurídica da decisão. Para tanto, elencou-se o mandado de injunção n.º 708 para a realização de uma pesquisa exploratória, tendo em vista a constatação preliminar de que o direito de greve dos servidores públicos civis, assegurado desde o ano de 1988, quando da edição da Constituição Federal - por meio do artigo 37, inciso VII -, até os dias atuais se encontra sem a devida regulamentação legislativa. Partindo-se do estudo do caso concreto, busca-se compreender melhor e detalhar o objeto de estudo.

Palavras Chaves: Norma jurídica. Omissão inconstitucional. Decisão jurisdicional. Perfil aditivo.

ABSTRACT

The object of the investigation, namely: the impossibility/possibility of normative construction of the judgment with additive follows the delimitation of what is meant by constitutional jurisdiction. This being so, the starting point. To understand the object of this study was adopted the legal perspective while a language, defining at the outset the meaning of the legal norm adopted. It is argued here that it is necessary to check effectiveness of the duties constitutionally prescribed, which have impeded the exercise by the total inertia of the Legislature. Has been that the editing of regulation for such rights is therefore mandatory, because it is true condition to the exercise. Thus, it is possible to speak of true unconstitutional legislative omission subject to judicial control. In this direction, incumbent perform the delineation of the topic to specifically analyze the court decision and the classification of sentences as to its efficacious load in order to - once a judicial decision is possible with additive - seek to delimit their legal nature. To do so, has listed is the writ of injunction n. 708 for conducting exploratory research, in view of the preliminary finding that the right to strike of civil servants, assured since the year 1988 when the editing of the Federal Constitution - by article 37, section VII -, until today is without proper legislative regulation. Starting from the study of the case, we seek to better understand and detail the object of study.

Key words: Legal standard. Unconstitutional omission. Judicial decision. Additive Profile.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ACEPÇÃO DA NORMA JURÍDICA ADOTADA	14
1.1 Norma jurídica.....	14
1.2 Enunciado programático	22
2 NOTAS SOBRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	25
2.1 A defesa da Constituição.....	25
2.2 Jurisdição constitucional.....	29
2.3 Cortes constitucionais	31
2.4 Os limites processuais da jurisdição constitucional	37
3 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E SEUS SISTEMAS DE SOLUÇÃO.....	44
3.1 Omissão constitucional	44
3.2 Controle jurisdicional de constitucionalidade das omissões.....	47
3.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	51
3.2.2 Mandado de injunção.....	54
3.3 O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial.....	60
4 DECISÃO JURISDICIONAL DE PERFIL ADITIVO	67
4.1 Breves considerações sobre decisão jurisdicional.....	67
4.2 Decisão jurisdicional de perfil aditivo: primeiras considerações.....	70
4.2.1 Decisões interpretativas em sentido estrito	76
4.2.2 Decisões manipuladoras	78
4.3 A decisão jurisdicional de perfil aditivo é uma construção normativa possível?	85
4.4 A utilização dos princípios como fundamento das decisões jurisdicionais de cunho aditivo	88
4.5 A utilização da decisão jurisdicional de perfil aditivo como meio de efetivar o controle das inconstitucionalidades por omissão	93
5 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO JURISDICIONAL DE PERFIL ADITIVO POR MEIO DA ANÁLISE DO MANDADO DE INJUNÇÃO N.º 708	97
5.1 O direito de greve dos servidores públicos civis e a garantia fundamental do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	97
5.2 Mandado de Injunção n.º 708: exposição do caso concreto.....	103
5.3 Análise crítica da decisão jurisdicional do MI n.º 708	109

5.4 Classificação das sentenças quanto à sua carga eficaz.....	116
5.5 A natureza jurídica da decisão jurisdicional de perfil aditivo	121
CONCLUSÃO.....	126
REFERÊNCIAS	135

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar, tomando o direito enquanto linguagem, o papel da jurisdição constitucional diante das omissões inconstitucionais e do controle de constitucionalidade, verificando, através do repertório disponível para a produção normativa específica, a possibilidade (ou não) de construção normativa de decisões jurisdicionais de perfil aditivo.

A delimitação do tema quanto à opção de analisar a possibilidade de construção normativa da decisão jurisdicional de perfil aditivo se deu diante da necessidade de se conferir aplicabilidade imediata (art. 5^a, §1º, da Constituição Federal de 1988) aos comandos constitucionais dotados de modal deôntico obrigatório.

Outrossim, somente uma análise sistemática do direito pátrio possibilita a obtenção do quadro complexo da decisão jurisdicional de perfil aditivo. Nesse sentido, a mudança sentida na interpretação jurídica, revela que o direito positivo sofre interferência da ciência jurídica, embora em planos e linguagens diferentes, cabendo ao cientista participar do processo de construção do direito, porém sempre atento aos limites impostos pelo próprio sistema¹.

Propõe-se, portanto, verificar a compatibilidade entre o sistema constitucional brasileiro atual e a referida característica da criatividade constitucional, ao que se vislumbra que se tal característica for negada ao exercício da jurisdição corresponde a descuar da soberania constitucional, como importante diretriz constitucional, eis que se tem a Constituição como instrumento nuclear do ordenamento jurídico e como fundamento de validade e legitimação das normas jurídicas.

Quanto à metodologia adotada, somente com a delimitação do tema e a definição de objetivos foi possível definir os métodos mais adequados à consecução dos fins a que se propôs a presente pesquisa. Assim, busca-se lançar os olhos para o direito positivo por meio da ciência do direito, que tem por objeto o estudo, a descrição e a ordenação do enredo normativo, de forma a propor conteúdos de significação que, embora não vincule, possa gerar subsídios para que o intérprete autêntico do direito construa norma jurídica dentro da moldura imposta pelo sistema normativo.

Traçadas tais linha iniciais, objetivou-se com o presente trabalho:

1. Estudar o controle jurisdicional de constitucionalidade das omissões;

¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3ª edição. São Paulo: Noeses, 2009. p. 455- 456.

2. Examinar a decisão jurisdicional construída na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal;

3. Analisar, em um caso concreto, a prática e a evolução da interpretação da jurisdição constitucional diante de omissão legislativa total.

Para a concretização de tais objetivos, partiu-se da constatação preliminar de que o direito de greve dos servidores públicos civis, assegurado desde o ano de 1988 - quando da edição da Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso VII -, até os dias atuais se encontra sem regulamentação legislativa, para a partir daí verificar a possibilidade da criatividade jurisdicional, a fim de efetivar o texto constitucional e concretizar a sua soberania.

Trata-se de uma pesquisa de raciocínio indutivo, no qual o caso concreto fornece os elementos fáticos que embasam as conclusões gerais a que se chega, após avaliar a evolução interpretativa do Supremo Tribunal Federal quanto ao perfil aditivo da sua decisão jurisdicional.

Visando, portanto, a compreensão do objeto da presente pesquisa, foi adotada a perspectiva do direito enquanto linguagem. Tal posição não é incompatível com teses ontológicas fortes, como aquela que afirma que o direito é o justo, ou a que sustenta que direito é fato social², pois independentemente do posicionamento adotado acerca do que é direito, é inegável que este se manifesta através de linguagem.

A temática trabalhada requereu também uma abordagem sob o enfoque ponteano, unicamente quanto à análise das cargas de eficácia da decisão jurisdicional, a fim de analisar a (in)compatibilidade da criatividade jurisdicional em mais de um modelo teórico. Em função de um necessário corte metodológico, optou-se por tratar de uma intertextualidade no nível estritamente jurídico, longe de pretender tratar os modelos teóricos como iguais ou complementares, mas como meios diferentes que possibilitam uma análise mais abrangente ante a complexidade do objeto estudado.

Nesse diapasão, o presente trabalho se fundou em pesquisas teóricas, mediante levantamento bibliográfico que possibilitou uma boa visão do tema. Utilizaram-se doutrinadores clássicos, buscando, contudo, as mudanças da temática na atualidade, através de obras contemporâneas, incluindo monografias, artigos, revistas especializadas e sítios da internet.

Outrossim, analisou-se todos os votos do acórdão proferido em sede do mandado de injunção n.º 708, elegendo-o como o caso concreto paradigma do presente estudo, tendo

² ROBLES, Gregorio. **O Direito como Texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito**. São Paulo: Manole, 2005. p. 2.

sempre como central na pesquisa os textos de direito positivo enquanto limite a qualquer interpretação.

Visando enfrentar a problemática apresentada, testando a hipótese da adoção da decisão jurisdicional de perfil aditivo ser valioso instrumento processual no ordenamento jurídico brasileiro, a presente pesquisa foi estruturada da maneira a seguir delineada.

O primeiro capítulo trata da delimitação do conceito de norma jurídica adotado, para então traçar as características do enunciado constitucional de eficácia limitada - os quais também são dotados de imperatividade, além de possuírem hierarquia superior aos demais textos jurídicos. Sendo assim, deve-se impedir que a omissão na escolha política dos meios de aplicação esvaziem seus objetivos. Em tal capítulo far-se-á um estudo das consequências do descumprimento dos comandos constitucionais deonticamente modalizados em obrigatórios.

O segundo capítulo adentra na análise da defesa da Constituição, estudando-se o papel da jurisdição constitucional diante da omissão inconstitucional. Para tanto, delimita-se o conceito de Constituição utilizado e são tecidas algumas considerações sobre a quem incube a sua guarda e defesa, ao passo que são delineados o conceito Corte Constitucional e os limites processuais da jurisdição constitucional.

O terceiro capítulo delimita, inicialmente, o conceito de omissão inconstitucional. Só assim se tem subsídios para, após, verificar como se dá o controle jurisdicional de constitucionalidade das omissões, mediante o estudo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção. Diante dos sistemas de solução para a omissão inconstitucional, analisa-se a atuação do Supremo Tribunal Federal frente ao chamado ativismo judicial.

No quarto capítulo se trata da decisão jurisdicional de perfil aditivo propriamente dita. Faz-se breves ponderações acerca da decisão jurisdicional, e algumas primeiras considerações a respeito do seu possível perfil aditivo. Analisa-se a possibilidade (ou não) de construção de uma decisão jurisdicional de perfil aditivo e, sendo ela possível, passa-se a estudar a possibilidade de analisá-la como meio de efetivar o controle das inconstitucionalidades por omissão.

Por fim, sabendo-se que o ponto de partida para o estudo da produção do direito é o documento normativo, e que somente a partir do produto podemos conhecer e investigar o processo³, no quinto e último capítulo será analisada a decisão jurisdicional do mandado de injunção n.º 708, que trata do direito de greve dos servidores públicos civis.

³ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006. p. XXI – XXII.

Realiza-se uma análise sobre o direito de greve dos servidores públicos civis e a garantia fundamental do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, expõe-se o caso concreto, e se faz uma análise crítica do julgado. Para, por último, analisar a classificação das sentenças quanto à sua carga eficaz, de acordo com a teoria quinária de Pontes de Miranda, como subsídio da análise da natureza jurídica da decisão jurisdicional de perfil aditivo, em caso de possibilidade normativa de sua construção pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesta decisão do mandado de injunção n.º 708 se encontra não só a matéria que o documento tem por finalidade normatizar, mas também a forma como o produto foi produzido. Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal, trazida à baila, é elemento que exemplifica e traz subsídios para o estudo da viabilidade da construção normativa da decisão jurisdicional de perfil aditivo.

1 ACEPÇÃO DA NORMA JURÍDICA ADOTADA

1.1 Norma jurídica

Logo de início, cumpre destacar a importância da delimitação da acepção da norma jurídica adotada neste trabalho, a fim de facilitar a leitura e evitar confusões terminológicas.

Para o estudo do objeto do presente trabalho, faz-se necessário diferenciar enunciado prescritivo e norma jurídica, para que se possa realizar uma análise analítica da decisão jurisdicional de perfil aditivo, chegando-se à conclusão se é juridicamente possível ou não a sua construção normativa.

Para tanto, debruça-se sobre o que é norma jurídica, qual a natureza do enunciado constitucional de eficácia limitada, quais as repercussões do seu descumprimento, para então analisar a decisão jurisdicional e o seu possível perfil aditivo.

Sabe-se que a percepção sensorial daquilo que nos cerca assume um lugar sob determinado prisma ou perspectiva, que não pode ser considerado único, tampouco ser avaliado pela dualidade certo/errado, tendo em vista a impossibilidade humana de apreender na totalidade a realidade que a cerca⁴.

Diante de dado fato, variadas são as possibilidades de interpretação de acordo com a perspectiva científica analisada⁵. Sendo assim, parte-se da teoria hermenêutico-analítica – teoria comunicacional que tem como pressuposto a análise semiótica do direito – para estabelecer esse vínculo lógico entre o sujeito cognoscente e o objeto (cognoscível) que se pretende conhecer, sob o olhar da compreensão da realidade que somente pode ser expressa por meio da linguagem, dentre as suas mais diversas vertentes.

Contudo, a linguagem não tem existência própria, ela se refere aos conjuntos de signos, verdadeiros suportes comunicacionais do ser humano⁶.

Diferentemente dos demais textos, o texto jurídico é “organizador-regulador” e representa um sistema de comunicação cuja função pragmática é organizar a convivência humana, regulando as condutas⁷.

⁴ ROBLES, Gregorio. **Perspectivismo textual y principio de relatividad sistêmica en la teoría comunicacional Del derecho**. In: Teoria comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha. São Paulo: Noeses, 2011. p. 5.

⁵ *Idem*, 2011, p. 4-5.

⁶ *Ibid.*, p. 13.

⁷ ROBLES, Gregório. **O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito**. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri-SP: Manole, 2005. p. 1.

Ora, como todo termo, a norma jurídica se revela por meio de vários significados. De forma que, a fim de manter o caráter analítico da pesquisa, necessário se faz identificar inicialmente tais significados, para então estabelecer a acepção da norma jurídica adotada no presente trabalho.

De acordo com Gabriel Ivo, a produção do direito tem como objeto vários elementos, ao passo que relaciona três: a) Documento normativo, o qual pertence a um determinado tipo de instrumento introdutor de normas⁸; b) Enunciados prescritivos, que é formado pelo texto que consiste num conjunto de palavras⁹; c) Normas jurídicas, propriamente ditas.

Esclarece-se, ainda, a importância dos documentos normativos, ponto de partida para o estudo da produção do direito, uma vez que somente através do produto se pode conhecer o processo¹⁰.

Sabe-se que o direito se revela por meio de uma linguagem que lhe é própria e a linguagem jurídica assume, desde logo, a função de conteúdos prescritivos¹¹.

Como texto, o direito é suscetível das análises típicas de qualquer outro texto. Por essa razão, a teoria do direito pode ser caracterizada como uma teoria *hermenêutico-analítica*, ou, para empregar uma palavra mais simples, *comunicacional*. Pragmática, semântica e sintática são as três operações possíveis do texto jurídico¹².

Assim, a partir da análise semiótica do direito, verifica-se que o processo construtor da norma jurídica – significação obtida a partir dos textos positivos – deverá percorrer as três operações possíveis do texto jurídico.

No plano sintático, a preocupação consiste em formar expressões linguísticas, sob o ponto de vista da sua estrutura lógico-formal, na medida em que a existência de uma estrutura é decisiva para a exatidão e rapidez da solução¹³.

Já no nível semântico, os textos postos à disposição do sujeito irão sofrer o processo de constituição de sentido, onde, do ponto de vista linguístico, os eventos passam a ser fatos¹⁴.

Por último, na dimensão pragmática, “o discurso é voltado para a aplicação da norma jurídica”, isso porque a “norma em sua dimensão existencial só se manifesta quando aplicada”¹⁵. O direito fica, pois, na dependência do plano pragmático para se realizar.

⁸ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006. p. XXI.

⁹ *Idem*, 2006, p. XXXVIII.

¹⁰ *Ibid.*, p. XXI – XXII.

¹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Regras técnicas ou procedimentais no direito tributário**. In: Teoria comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha. São Paulo: Noeses, 2011. p. 34.

¹² *Idem*, 2011, p. 2-3.

¹³ SILVA, Beclaute Oliveira. Dimensões da linguagem e efetividade dos direitos fundamentais: uma abordagem lógica. In: **Revista do Mestrado em Direito**. V. 2, n. 2, jun. 2006. Maceió: Nossa Livraria, 2006. p. 176.

¹⁴ *Idem*, 2006, p. 179.

Nota-se, portanto, que como a realidade é construída por meio da linguagem, o direito não é possível sem ela. A norma jurídica, então, assume o caráter de signo (unidade de análise de qualquer sistema de linguagem) por funcionar como a unidade mínima de análise do fenômeno jurídico¹⁶. Isto é, a norma jurídica apresenta as três dimensões sógnicas: suporte físico, significado e significação¹⁷.

Em que pese determinar uma conduta (dever-ser), a norma jurídica não possui condições de afetar materialmente a conduta¹⁸. No entanto, leva-se em consideração a decidibilidade dos conflitos para a determinação do sentido das normas, uma vez que estas são diretivas para o comportamento¹⁹.

Luís Cesar Souza de Queiroz define norma jurídica como “uma mensagem prescritiva (significação), construída a partir de enunciados prescritivos (suporte físico), reguladora de condutas intersubjetivas”, caracterizando-se ainda pela exterioridade, bilateralidade e coercitividade²⁰.

A concepção captaneada por Pontes de Miranda não adota a distinção proposta pelo “normativismo” entre regra e norma jurídica, “muito menos a ideia de que a norma jurídica seria criada pela autoridade competente para aplicar o direito, ao dar sentido através da interpretação às regras postas pelo legislador, também denominada textos e enunciados”²¹.

Pontes de Miranda não se dedicou a expor uma doutrina e/ou teoria da norma jurídica, posto que, em última análise, para ele a juridicidade pressupõe o mundo jurídico, que se compõe exclusivamente por fatos jurídicos. Pontes de Miranda não costuma usar a expressão norma jurídica, mas geralmente “regra jurídica” que pode ser escrita (legislada) ou não escrita (costumeira), em ambos os casos a revelação das normas jurídicas estaria num momento pré-jurídico, passando-se na dimensão axiológica do Direito e sendo objeto da Política Jurislativa (Legislativa)²².

Marcos Bernardes de Mello segue a linha ponteana quando expressa o fenômeno da revelação da norma jurídica em: “FATO + VALOR = NORMA JURÍDICA”. Ou seja, a

¹⁵ SILVA, Beclate Oliveira. Dimensões da linguagem e efetividade dos direitos fundamentais: uma abordagem lógica. In: **Revista do Mestrado em Direito**. V. 2, n. 2, jun. 2006. Maceió: Nossa Livraria, 2006. p. 188; 194.

¹⁶ *Idem*, 2006, p. 195-196.

¹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009. p. 9.

¹⁸ QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Sujeição passiva tributária**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 20.

¹⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 256.

²⁰ QUEIROZ, *op. cit.*, p. 21.

²¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas. **Revista do Mestrado em Direito**. Ano 2, n.º 3, 2º semestre. Alagoas: EdUFAL, 2008. ISSN 1809-1873. p. 86.

²² *Idem*, 2008, p. 85.

edição das normas jurídicas seria um “[...] ato de valoração dos fatos sociais, uma decisão política, por isso de natureza pré normativa”²³.

Para o retromencionado autor, a problemática da estrutura da norma jurídica poderia ser sintetizada na divergência entre os sancionistas e os não sancionistas. Para estes não há importância a previsão ou não de sanção pela norma, posto que o elemento social deve ser o verdadeiro elemento caracterizador da norma. Para aqueles, exemplificados por Hans Kelsen e Lourival Vilanova, a sanção constitui elemento essencial da norma jurídica²⁴.

Hans Kelsen estabelece a estrutura bímembre da norma, sendo a norma autônoma aquela que contém a punição, e a norma não autônoma a que prevê a conduta querida. Após algumas objeções, essa ordem foi invertida, tendo em vista que o comportamento querido é o mais importante²⁵. Ainda há quem diga que, em obra póstuma, Kelsen tenha adotado tal inversão, porém, teria afirmado que se houvesse a violação do direito, a norma punitiva (sancionadora) voltaria a ser a norma principal²⁶.

Já para Lourival Vilanova, na norma primária vem a descrição da conduta e na norma secundária é que estaria a sanção²⁷.

Gregório Robles, por sua vez, realiza uma distinção entre "normas indiretas" e "normas diretas de ação". As normas indiretas não contemplariam diretamente a ação, mas se limitariam a estabelecer elementos anteriores à regulação direta das ações, criando condições, requisitos, elementos especiais e temporais do sistema, assim como os sujeitos e as capacidades ou competências destes. Sendo suscetíveis de se expressar mediante o verbo *ser*, podem ser chamadas de normas *ônticas*²⁸.

No que se refere às normas diretas de ação, elas contemplam uma determinada ação²⁹ e podem ser diferenciadas em três tipos³⁰, a saber:

²³ MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas. **Revista do Mestrado em Direito**. Ano 2, n.º 3, 2º semestre. Alagoas: EdUFAL, 2008. ISSN 1809-1873. p. 84-85.

²⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 38.

²⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria Geral do Direito: Estrutura lógico-formal da norma jurídica. 16 de out. de 2013. p. 6. Notas de Aula. Mimeografado.

²⁶ *Ibid.*, 2013, p. 6.

²⁷ *Ibid.*, p. 6.

²⁸ ROBLES, Gregório. **O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito**. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri-SP: Manole, 2005. p. 15.

²⁹ “Observe-se que falo de *ação* e não de *conduta*. A razão está no fato de o primeiro conceito ser mais amplo que o segundo. Conduta é uma ação contemplada a partir do ângulo da existência de um *dever*. Se não há dever, não pode haver conduta. A conduta é uma modalidade da ação”. Vide ROBLES, Gregório. **O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito**. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri-SP: Manole, 2005. p. 16.

- a) Normas procedimentais – Não proíbem ações, nem as autorizam, apenas dizem no que consistem, ao estabelecer os procedimentos em que consistem as ações. Expressam uma necessidade convencional e podem ser expressas pelo verbo *ter que*;
- b) Normas potestativas – Determinam as ações lícitas que um sujeito pode realizar. O verbo *poder*, no entanto, não se confunde com o conjunto de ações possíveis entre as normas *ônticas* (estabelecidas quando tratado das normas indiretas), mas se refere exclusivamente à um poder em sentido forte relacionado diretamente com a ação lícita;
- c) Normas diretas de ação – Têm a função de propor exigências aos sujeitos, portanto, são normas *deônticas* que podem se expressar mediante o verbo *dever*. Como antes elucidado, a ação contemplada a partir no ângulo da existência de um dever se transforma em conduta e, por isso, a norma deôntica pode ser definida como aquela que exige determinada conduta.

Gregório Robles³¹ continua os seus esclarecimentos alertando que, dentro das normas diretas de ação, ainda se faz necessário distinguir três subtipos. O primeiro diz respeito às normas de conduta propriamente ditas, aquelas que impõem, de forma direta, um dever ao sujeito. O segundo trata da norma de decisão, que impõe a um órgão o dever de decidir a imposição de uma sanção ao infrator de determinada conduta. Por fim, o terceiro subtipo concerne à norma de execução, que expressa o dever do órgão de execução de realizar a ação consistente em impor efetivamente a sanção, quando a norma de conduta for desrespeitada.

Diante dos vários conceitos dados à norma jurídica, passa-se a delimitar aquele utilizado pelo presente trabalho..

Ordenamento é o texto jurídico exatamente como produzido pelas autoridades, material bruto. O sistema, por sua vez, é um conceito mais amplo que o ordenamento, pois em que pese ter como base o mesmo direito gerado no ordenamento, é dotado de uma perfeição expositiva³². Gregório Robles retrata bem essa diferenciação:

O ordenamento é o texto que resulta da linguagem criativa das autoridades, que são plurais e muitas vezes isoladas umas das outras. Trata-se de um texto submetido à *motorização* e à *pressa*. Sua linguagem é deficiente e precisa de uma reelaboração reflexiva que converta o material diverso numa ordem definitiva. É exatamente nisto que consiste o sistema, a construção do ordenamento em linguagem científica. Os

³⁰ ROBLES, Gregório. **O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito**. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri-SP: Manole, 2005. p. 16-17.

³¹ *Idem*, 2005, p. 17.

³² *Ibid.*, p. 7.

juristas não são *descritores* da realidade do direito, mas *construtores criativos* dela. A linguagem do direito é a linguagem dos juristas³³. (grifos no original)

O papel do intérprete é, neste contexto, reelaborar o material bruto proporcionado pelo ordenamento e construir a norma aplicável no sistema completamente configurado.

Consoante a interpretação normativa de Hans Kelsen³⁴, o fato externo que constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito) é, por si mesmo, uma evento sensorialmente perceptível, determinado pela lei da causalidade. No entanto, o que transforma este evento num fato jurídico não é a sua faticidade, mas a significação que ele possui. Então, o sentido jurídico específico é recebido por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, emprestando-lhe a significação jurídica.

Cumprasse asseverar que o presente estudo adota a posição segunda a qual norma jurídica³⁵ é a significação completa³⁶ (de acordo com o esquema normativo a seguir exposto) que se obtém a partir da leitura dos textos do direito positivo completamente configurado. Trata-se de algo que se produz na mente do sujeito cognoscente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos.

No entanto, no entender de Paulo de Barros Carvalho, importa esclarecer, ainda, que considerando a norma jurídica em seu sentido amplo, não há diferença entre texto de lei, enunciado prescritivo, proposição e norma jurídica. Contudo, considerando a norma jurídica em sentido estrito, sim. Explica-se.

Os textos de lei nada mais são do que signos escritos que formam proposições com enunciados prescritivos. Assim, o texto de lei serve de suporte físico para a existência destas proposições e, posteriormente, para a existência da própria norma jurídica³⁷.

Nesse sentido, tem-se que o texto ocupa o tópico de suporte físico, base material para produzir a representação na consciência do homem (significação) e, também, termo da relação semântica com os objetos significados³⁸. Ou seja, o texto é o ponto de partida para a formação das significações e, ao mesmo tempo, para a referência aos entes significados.

Os enunciados prescritivos³⁹, por sua vez, apresentam-se como estruturas atômicas, “frases soltas”, plenas de sentido, mas não encerram uma unidade completa de significação

³³ ROBLES, Gregório. **O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito**. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri-SP: Manole, 2005. p. 9.

³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 4.

³⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40-44.

³⁶ Significação completa é composta da norma jurídica primária e secundária. Vide: VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 189.

³⁷ CARVALHO, *op cit.*, p. 40-44.

³⁸ CARVALHO, *op cit.*, p. 41.

³⁹ CARVALHO, *op cit.*, p. 42.

deôntica, na medida em que permanecem na expectativa de se juntar a outras unidades de mesma índole.

A proposição⁴⁰, por sua vez, é a expressão verbal lógica construída de um texto, formado pelo ato de apreensão sensorial (símbolos linguísticos, somado às mensagens sonoras, por exemplo), no qual se associa ideias ou noções para formar um juízo. A proposição é a estrutura lógica que dá sentido (significado) ao enunciado prescritivo, e aparece como o enunciado de um juízo, da mesma forma que o texto expressa uma ideia ou noção.

Logo, norma jurídica é essa conjugação de enunciados com expressões completas de significação deôntico-jurídicas e se familiariza com a proposição por ambas estarem no plano inteligível, subjetivo.

Ora, afirmar que a norma jurídica é “o mínimo irreduzível de manifestação do deôntico”⁴¹ é defender que ela é uma estrutura mínima (que apresenta características comuns), mas completa, de atuação do direito. Essa composição mínima apresenta um antecedente (denominado hipótese), cuja efetiva ocorrência dará ensejo a um consequente, este uma relação jurídica que vinculará dois sujeitos, por meio de enunciado normativo modalizado em obrigatório, permitido ou vedado⁴². A composição retromencionada pode ser representada pela seguinte fórmula:

$$D (F \rightarrow S'RS'') - \text{Relação Jurídica O, P, V.}$$

Isto é, deve-ser que, dado o fato F, então se instala a relação jurídica R, entre os sujeitos S' e S'', cujo consequente pode se mostrar por um dos possíveis modais deônticos; relação jurídica obrigatória, permitida ou vedada⁴³.

A norma jurídica em sentido estrito, portanto, é aquela que possui sentido completo. Ela e o intérprete/construtor autêntico dela têm, assim, a responsabilidade de juridicização dos fatos sociais, atribuindo-lhes relações jurídicas deônticas (obrigatória, permitidas ou vedadas) em consequência do acontecimento efetivo desses fatos. Como também possuem responsabilidade na atribuição de elemento coercitivo que impõe a obediência ao sistema jurídico-normativo.

⁴⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43.

⁴¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário. Linguagem e Método**. 3 ed. São Paulo: Noeses, 2009. p. 168; 189-190.

⁴² *Idem*, 2009, p. 168; 189-190.

⁴³ *Ibid.*, p. 168; 189-190.

Como se vê, na composição interna da norma jurídica, o conectivo deôntico desempenha a dupla função de ligar o antecedente ao conseqüente normativo, de forma neutra, e de vincular sujeitos de uma relação jurídica de forma modalizada em permitido, proibido ou obrigatório. Essa condição de variável relacional revela como deve ser cumprida a obrigação que é o objeto da relação jurídica⁴⁴.

Esse sistema (jurídico-normativo) pretende diminuir ou controlar as complexidades sociais, e tem como característica a reunião de normas de naturezas diversas. Nesse sentido, os teóricos gerais do direito costumam discernir as regras jurídicas em dois grandes grupos: normas de conduta e normas de estrutura⁴⁵.

As normas de conduta têm por finalidade definir e/ou interferir nos comportamentos intersubjetivos, modalizando-os deonticamente, visando o principal e imediato objetivo de ordenação final da conduta humana.

No que se refere às normas de estrutura, elas regulam a produção de outras normas jurídicas, determinando os órgãos do sistema e os expedientes formais necessários para que se editem normas jurídicas válidas no ordenamento, bem como o modo pelo qual serão elas alteradas e desconstituídas⁴⁶.

Neste diapasão, a norma jurídica completa seria composta pelas normas jurídicas primária e secundária. A norma primária abarca as relações deônticas direitos/deveres, como consequência da verificação de pressupostos, fixados na proposição descritiva de situações fáticas. Enquanto que a norma secundária, por sua vez, preceitua as consequências sancionadoras, no pressuposto do não cumprimento do estatuído na norma determinante da conduta juridicamente devida⁴⁷.

A norma secundária é o que caracteriza o direito: a coercitividade. Traz em sua previsão o descumprimento da relação prevista na norma primária, que implica a atuação do estado-juiz para fazer valer aquela relação jurídica⁴⁸.

⁴⁴ GAMA, Tacio Lacerda. **Competência Tributária – Fundamentos para uma Teoria da Nulidade**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 85.

⁴⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 186-187.

⁴⁶ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 105-106.

⁴⁷ *Idem*, 2005, p. 105-106.

⁴⁸ *Ibid*, p. 105-106.

1.2 Enunciado⁴⁹ programático

A doutrina norte-americana apresentou uma dicotomia precursora para a distinção dos enunciados constitucionais: autoexecutáveis ou autoaplicáveis (*self executing provisions*) e não autoexecutáveis ou não autoaplicáveis (*not self executing provisions*). Posteriormente difundida no Brasil por Rui Barbosa.

Para o autor, os enunciados constitucionais denominados autoaplicáveis seriam aqueles com aplicabilidade imediata:

Executáveis por si mesmas, ou auto-executáveis, se nos permitem uma expressão, que traduza num só vocábulo o inglês *self executing*, são, portanto, as determinações para executar as quais, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação. Mas nem todas as disposições constitucionais são auto-aplicáveis. As mais delas, pelo contrário, não o são⁵⁰.

Os enunciados constitucionais não autoaplicáveis seriam, então, aqueles com aplicabilidade diferida, posto que só poderiam ser aplicados após às regulamentações do legislador infraconstitucional.

Também em Pontes de Miranda se encontra relatos de uma dicotomia clássica. De maneira que quando uma regra basta, por si mesma, para a sua incidência, chama-se "bastante em si", *self-executing*. Porém, quando precisa de regulamentação (complementando-a e/ou suplementando-a), tal regra não poderia incidir e, pois, ser aplicada⁵¹. Propondo, assim, a seguinte definição para enunciados programáticos:

Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à função legislativa⁵².

Pontes de Miranda esclarece ainda que a necessidade de previsão constitucional desta espécie normativa (programática) diz respeito à necessidade sentida pelos constituintes de se inserir nos textos "[...] alguma coisa que dissesse *para onde se vai e como se vai*"⁵³.

⁴⁹ Entende-se por enunciado (prescritivo) aquele formado pelo texto que consiste num conjunto de palavras. Vide: IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006. p. XXI.

⁵⁰ BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. 2ª ed. V. 4. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 488.

⁵¹ MIRANDA, Ponte de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 126.

⁵² *Idem*, 1970, p. 126-127.

⁵³ *Ibid.*, p. 127.

Em outras palavras, recorda-se o conceito das chamadas “normas programáticas” por José Afonso da Silva⁵⁴, de acordo com o qual tais normas são traduzidas como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos e cumpridos ulteriormente pelos seus órgãos legislativos, executivos e jurisdicionais, sem regular desde o primeiro momento, de modo direito e imediato, determinadas situações e relações.

Elas [normas programáticas] se localizam, como vimos, entre as de eficácia limitada. Nas edições anteriores desta monografia firmamos a tese da eficácia jurídica das normas programáticas; observamos que elas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, e ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados; e, assim, sustentamos, contra a doutrina corrente, seu caráter imperativo e seu caráter vinculativo⁵⁵.

Quanto à sua natureza, todos os enunciados constitucionais, inclusive os de eficácia limitada, são dotados de imperatividade e hierarquia superior aos demais textos jurídicos. Porém, por se fazer necessário “instrumentos complementares para a plenitude de sua eficácia”, transfere-se aos poderes políticos um poder na escolha dos meios para concretizá-la, sem permitir que os meios escolhidos ou a omissão de escolha cause o afastamento de sua aplicação ou esvaziem seus objetivos⁵⁶.

Ora, Rui Barbosa já destacou a forma imperativa dos enunciados programáticos, reconhecendo a sua eficácia vinculante e a clara preocupação com a unidade normativa constitucional, consoante a seguir se demonstra:

Não há, numa constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas tem a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem : estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem⁵⁷.

Acrescente-se ao “problema” da omissão diante das ditas normas programáticas, a contribuição de Marcos Bernardes de Mello no sentido de que, em geral, as “normas programáticas” não podem gerar inconstitucionalidade por omissão, isso porque, via de regra, elas apenas exprimem o programa de governo sem impor sua realização efetiva. Entretanto, se o programa constitucional for impositivo (neste trabalho tratado como normas de modal

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 137-138.

⁵⁵ *Idem*, 2009, p. 139.

⁵⁶ SOUZA, Allan Rocha de. A efetividade das normas constitucionais programáticas. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005. p. 23.

⁵⁷ BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. 2ª ed. V. 4. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 489.

deôntico obrigatório), vencido o termo fixado sem que haja cumprimento do comando, há possibilidade de controle jurisdicional, em face da omissão⁵⁸.

Isto é, das considerações que ora foram expostas, decorre logicamente que os enunciados programáticos que não implicam a pecha da inconstitucionalidade são as normas que instituem o modal deôntico permitido, por decorrer delas a chamada discricionariedade. O que não é o caso do enunciado programático de modal obrigatório, segundo o qual há o dever de ação legislativa.

Diante do exposto, George Sarmiento⁵⁹ vem ratificar o que já fora explanado em linhas anteriores:

A discussão ainda comporta uma questão: qual a natureza normas programáticas? As normas programáticas são proposições que impõem ao Estado, em sua atividade legislativa e administrativa, o dever de perseguir determinados fins, objetivos, diretrizes e caminhos. **São dotadas de estrutura lógica completa, pois possuem suporte fático, preceito e, até mesmo, força de incidência – ainda que dependa de norma infraconstitucional para atuar.** (grifos nosso)

Em decorrência disso, é que a não regulação normativa dos enunciados programáticos - deonticamente modalizados em obrigatório - pelo Poder Legislativo, corresponde à uma omissão inconstitucional que engessa a efetivação de direitos constitucionalmente prescritos.

Quando o comando normativo do enunciado programático modalizado em obrigatório resta inobservado, ou seja, quando não há a regulamentação necessária, obstada está a efetividade, e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais prevista no §1º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

O que implica, consequentemente, um ilícito constitucional, em virtude da desobediência da Constituição por meio da omissão do poder político.

Neste íterim, devem existir mecanismos postos no ordenamento jurídico que garantam a observância dos comandos constitucionais deonticamente modalizados em obrigatórios. Pois, caso contrário, o descumprimento de tais comandos, a ocorrência de inação/omissão por parte do poder público, poderá implicar em verdadeiro ilícito constitucional.

⁵⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas. **Revista do Mestrado em Direito**. Ano 2, n.º 3, 2º semestre. Maceió: EdUFAL, 2008. ISSN 1809-1873. p. 111.

⁵⁹ SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito**. Ano 1, n.º 1, jan./dez. 2005. Maceió: Nossa Livraria, 2005. ISSN 1809-1873. p. 35.

2 NOTAS SOBRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 A defesa da Constituição

Cumprе esclarecer, desde logo, que o estudo da jurisdição constitucional exige uma breve análise acerca de seu objeto de ação: a Constituição. Porém, trata-se de uma tarefa extremamente complexa, vez que a palavra "Constituição" reconhece uma diversidade de sentidos⁶⁰.

Por isso, de acordo com Carl Schmitt, deve-se "*limitar la palabra 'constitución' a Constitución del Estado, es decir, de la unidad política de un pueblo*". Adverte, ainda, o Autor, que "Constituição" pode significar também um sistema de normas que corresponde a uma unidade ideal⁶¹.

O artigo 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁶² traz em seu bojo dois núcleos clássicos da Constituição: a) previsão de uma declaração de direitos (fundamentais) do homem; b) organização da estrutura do Estado, por meio da divisão e distribuição do poder político⁶³.

Ora, o sentido moderno de Constituição está relacionado com a limitação e controle do poder soberano, a fim de atender aos interesses da sociedade constituída. E porque o conceito de Constituição se desenvolve com a evolução da sociedade, não há um conceito unívoco⁶⁴. A partir daí várias perspectivas são delineadas.

Ferdinand Lassalle analisa a Constituição sob uma dimensão social, entendendo a essência da Constituição como uma expressão dos fatores reais e efetivos do poder. Sendo os fatores reais do poder uma "[...] força ativa eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são"⁶⁵.

Assim, a Constituição de um país decorreria da transformação do conjunto de fatores reais do poder que socialmente se impõem⁶⁶. De forma que somente se poderia dizer que uma

⁶⁰ PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. **Jurisdição constitucional do Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 14.

⁶¹ SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. México: Nacional, 1981. p. 3.

⁶² Art. 16 - A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

⁶³ PEREIRA, *op. cit.*, p. 14-15.

⁶⁴ PEREIRA, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁵ LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Nilobook, 2013. p. 21.

⁶⁶ *Idem*, 2013, p. 45-47.

Constituição escrita é boa e duradoura quando ela corresponde à Constituição real e às verdadeiras forças vitais do país⁶⁷. Se não se justificar pelos fatores reais e efetivos do poder, de nada servirá o que se escrever numa folha de papel⁶⁸.

Carl Schmitt, por outro lado, assume uma perspectiva política, segundo a qual a Constituição seria uma decisão política do titular do poder constituinte que configura a unidade política do Estado⁶⁹.

Enquanto a perspectiva jurídico-normativa⁷⁰ defende que a noção de Constituição conserva um núcleo permanente: "[...] a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem"⁷¹.

Hans Kelsen, por sua vez, afirma que:

Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender. O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição - e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a de forma de Estado - é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais, e das autoridades administrativas. Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra⁷².

De certo, as concepções anteriormente apresentadas delimitam bastante o âmbito e o alcance do conceito de Constituição, por enfatizar isoladamente determinado aspecto. No entanto, para os fins do presente trabalho, adota-se a dimensão jurídica trabalhada por Hans Kelsen, em função de conceber a Constituição como o "[...] parâmetro a partir do qual o ordenamento jurídico é edificado, cuja validade, portanto, depende da observância dos preceitos constitucionais, os quais determinam [...] o modo de produção legislativa, e, como corolário, a estrutura fundamental do Estado"⁷³.

A partir do momento em que a Constituição surge como o principal instrumento do constitucionalismo, emerge a preocupação com a sua defesa, que está atrelada com a possibilidade de violação dos seus dispositivos. Acerca da custódia da Constituição, travou-se

⁶⁷ LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Nilobook, 2013. p. 53.

⁶⁸ *Idem*, 2013, p. 59.

⁶⁹ SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. México: Nacional, 1981. p. 26-27.

⁷⁰ Capitaneada por Georg Jellinek e Hans Kelsen.

⁷¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130.

⁷² *Idem*, 2003, p. 130-131.

⁷³ PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. **Jurisdição constitucional do Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 21.

interessante debate entre dois grandes juristas no início do século XX: Carl Schmitt e Hans Kelsen⁷⁴.

O primeiro defendia um controle político de constitucionalidade das leis, de responsabilidade do chefe do Estado, e buscava demonstrar que o modelo de justiça constitucional, como protetor da Constituição, é apenas uma das formas de defesa da mesma e não a mais importante⁷⁵: "[...] os juízes podem ser protetores de uma parte da Constituição, a saber, daquela que se refere ao seu peculiar fundamento e posição, dos preceitos relativos à independência do poder judicial"⁷⁶. Carl Schmitt conclui seu pensamento afirmando que:

*Ante todo la Justicia queda sujeta a la ley, pero por el hecho de situar la sujeción a la ley constitucional por encima de la sujeción a la ley simple, el poder judicial no se convierte en protector de la Constitución. En un Estado que no es un mero Estado judicial, no es posible que la Justicia ejerza semejantes funciones*⁷⁷.

A neutralidade da figura do chefe de Estado se reveste de total importância no que se refere à sua legitimação como guardião da Constituição, devendo a sua manifestação ocorrer em casos extraordinários, a fim de se evitar a expansão de seus poderes⁷⁸.

Isso porque a independência dos juízes não tinha a missão de criar um titular para a geração autêntica da vontade do Estado, mas a de delimitar e assegurar uma esfera de justiça sujeita à lei, dentro de um sistema estatal ordenado⁷⁹.

Carl Schmitt esclarece, também, que antes de colocar em perigo a Justiça com determinadas contaminações políticas, como protetor da Constituição, de acordo com a Constituição de Weimar, o Presidente do *Reich* deve ser o seu defensor. Pois tanto a sua estabilidade e permanência relativa (mandato de 07 anos), quanto o gênero de suas atribuições têm por objeto criar uma instituição neutra que seja protetora e garanta o sistema constitucional⁸⁰.

Na perspectiva de Carl Schmitt, a jurisdição constitucional atua como legislador negativo. Entretanto, embora os argumentos schmittianos sejam inicialmente utilizados com o objetivo de justificar a necessidade de implantação do paradigma do Estado Social de Direito,

⁷⁴ PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. **Jurisdição constitucional do Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 51.

⁷⁵ SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitucion**. España: Tecnos, 1983. p. 41.

⁷⁶ *Idem*, 1983, p. 50. (Tradução livre)

⁷⁷ *Ibid*, p. 55.

⁷⁸ SCHMITT, *op. cit.* p. 218-129.

⁷⁹ SCHMITT, *op. cit.* p. 245.

⁸⁰ SCHMITT, *op. cit.* p. 249-250.

acabaram por servir como instrumento ideológico para a implementação futura do Estado totalitário na Alemanha⁸¹.

O segundo defendia a justiça constitucional como a guardiã da Constituição⁸².

Confiar a guarda da Constituição ao chefe de Estado (ao monarca, no final do século XIX), para Hans Kelsen, seria compensar a perda do poder que ele havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional. "Como não se podia declarar abertamente o verdadeiro objetivo político de impedir uma eficaz garantia da Constituição, ele era mascarado com a doutrina segundo a qual tal garantia seria tarefa do chefe de Estado"⁸³.

Tendo em vista que a garantia política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder, garantia da Constituição significa que tais limites não serão ultrapassados. Exatamente por isso, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados⁸⁴.

Schmitt caracteriza o seu *pouvoir neutre* não como uma instância que está acima dos "detentores de direitos de decisão e de influência política", ou como um "terceiro mais alto", nem como "senhor soberano do Estado", mas sim como um "órgão justaposto", como um poder "que não está acima, mas sim ao lado dos outros poderes constitucionais". Ao mesmo tempo, porém, através de uma interpretação mais do que extensiva do art. 48, ele procura ampliar a competência do presidente do *Reich* de maneira tal que este não escape de tornar-se senhor soberano do Estado, alcançando uma posição de poder que não diminui pelo fato de Schmitt recusar-se a designá-la como "ditadura" e que, em todo caso, segundo as expressões acima citadas, não é compatível com a função de um garante da Constituição⁸⁵. (grifos no original)

Segundo Hans Kelsen, para sustentar que o presidente do *Reich* seria o guardião da Constituição, Carl Schmitt teria que se voltar contra a instituição da jurisdição constitucional, ou seja, contra a atribuição da função de garantia da Constituição a um tribunal independente⁸⁶.

Hans Kelsen não defende a jurisdição constitucional como uma garantia absolutamente eficaz em qualquer circunstância, inclusive porque admite a possibilidade de discussão sobre a conveniência de tal instituição. Contudo, afirma que a principal vantagem de um tribunal constitucional consiste em não participar do exercício do poder, não se colocando antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo⁸⁷.

⁸¹ PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. **Jurisdição constitucional do Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 53.

⁸² *Idem*, 2012, p. 52;57.

⁸³ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 240-241.

⁸⁴ *Idem*, 2003, p. 240.

⁸⁵ *Ibid*, p. 246.

⁸⁶ KELSEN, *op. cit.* p. 247-248.

⁸⁷ KELSEN, *op. cit.*, p. 248; 276.

No Brasil, a questão da defesa da Constituição está expressamente definida pela própria Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 102 prescreve que "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição".

Teori Albino Zavascki⁸⁸ defende que, observadas as normas de distribuição de competência, todos os juízes estão habilitados para apreciar ameaça ou violação de direitos individuais ou coletivos constitucionalmente assegurados. Contudo, afirma que o Supremo Tribunal Federal tem destaque na jurisdição constitucional, tendo em vista o enunciado constitucional supramencionado.

Assim, à Suprema Corte foi reservada a posição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, detento da palavra final nas questões de ordem constitucional. O que demonstra que o sistema brasileiro concebe a jurisdição constitucional como sua principal guardiã.

2.2 Jurisdição Constitucional

Chama-se a atenção, inicialmente, para a impropriedade de definição de jurisdição apenas pela origem etimológica do vocábulo, na medida em que o conceito de jurisdição correspondente à função de o Estado dizer o direito (*dectio* = dizer + *juris* = direito), limita bastante o seu alcance, além de ser pouco esclarecedor⁸⁹.

Calmon de Passos formulou, originariamente, o conceito de jurisdição como sendo a aplicação autoritativa do direito. Porém, Francisco Wildo Lacerda Dantas procedeu com uma pequena modificação, passando a conceituá-la como "a realização autoritativa do direito, pela remoção, por meio da atuação estatal, provocada, das situações-obstáculos existentes, por intermédio de uma atividade plenamente vinculada"⁹⁰.

Fredie Didier Jr., por sua vez, criou conceito bastante aproximado aos acima elencados, observando que jurisdição corresponde à "[...] realização do direito em uma situação concreta, por meio de terceiro imparcial, de modo criativo e autoritativo", em última instância⁹¹.

⁸⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 14-15.

⁸⁹ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria Geral do Processo (Jurisdição, ação (defesa), processo)**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007. p. 85.

⁹⁰ *Idem*, 2007, p. 85.

⁹¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 65.

De outro modo, Francesco Carnelutti define jurisdição como a atividade estatal destinada justamente a promover a justa composição da lide⁹².

Em que pese os variados conceitos de jurisdição, entende-se que o mais adequado é o do Professor Francisco Dantas, vez que envolve as noções de ação (atuação estatal provocada) e processo (atividade plenamente vinculada)⁹³.

Após tecer algumas linhas sobre o conceito de jurisdição, entende-se que a jurisdição constitucional corresponde à realização autoritativa do direito, por meio da atuação estatal provocada, pela remoção das situações-obstáculos existentes, de ordem constitucional, por intermédio de uma atividade plenamente vinculada.

Angela Cristina Pelicioli, assim define jurisdição constitucional:

é um caminho para se chegar à justiça constitucional e está intrinsecamente relacionada a um órgão estatal. A jurisdição constitucional, portanto, é a forma processual como cada Estado trata, em seu ordenamento jurídico, a resolução de conflitos sobre a interpretação e aplicação da sua Constituição⁹⁴.

Ora, a jurisdição constitucional "[...] congrega todos os órgãos do Poder Judiciário e compreende o conjunto das atribuições jurisdicionais que digam respeito à salvaguarda e à efetividade das normas constitucionais"⁹⁵. Isso porque a própria Constituição assegura a todos os cidadãos o direito de demandar em juízo, para ver afastada a ameaça ou cessada a lesão decorrente das ações e omissões inconstitucionais⁹⁶.

Hans Kelsen entende a jurisdição constitucional como sendo a garantia jurisdicional da Constituição, um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por finalidade garantir o exercício regular das funções estatais⁹⁷.

O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. [...]. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter "político" que possui - ainda que em maior medida - a legislação⁹⁸.

⁹² CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. V. I. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 366.

⁹³ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria Geral do Processo (Jurisdição, ação (defesa), processo)**. 2 ed. São Paulo: Método, 2007. p. 85.

⁹⁴ PELICOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTR, 2008. p. 69.

⁹⁵ ZAVASCKI, Teori. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 14.

⁹⁶ *Idem*, 2014, p. 14.

⁹⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 123-124.

⁹⁸ *Idem*, 2003, p. 251.

Nesse diapasão, devem ser submetidos ao controle da jurisdição constitucional, todos os atos que revestem a forma de leis, assim como aqueles simples atos administrativos, a despeito de sua forma de lei⁹⁹.

2.3 Cortes constitucionais

Quando se atribui a um único Tribunal ou Corte Constitucional a competência para dirimir as questões Constitucionais, entende-se estar diante de um sistema concentrado da jurisdição constitucional, segundo o qual o juízo da conformidade de lei ou ato normativo à Constituição deve ser exercido pelo órgão no vértice da estrutura jurisdicional, ou por um órgão *ad hoc* que opera na via direta como garantidor da Constituição¹⁰⁰.

Exemplo típico do sistema concentrado é o austríaco, que inovou ao atribuir a um único Tribunal Constitucional o controle constitucional dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo¹⁰¹.

Hans Kelsen, citando os artigos 137-148 da Constituição austríaca de 1920, defendeu o estabelecimento da centralização da revisão judicial numa corte especial, denominada de Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*)¹⁰².

A decisão da Corte Constitucional pela qual uma lei era anulada tinha o mesmo caráter de uma lei ab-rogatória. Era um ato negativo de legislação. Uma vez que a Constituição conferia à Corte Constitucional uma função legislativa, isto é, uma função em princípio reservada ao Parlamento, e não, como os outros juízes, nomeados pelo Executivo¹⁰³.

Verifica-se que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade realizado por um único Tribunal Constitucional se estendeu em sua aplicação e influenciou várias Constituições.

A Corte Constitucional, em determinados países, é uma espécie autônoma de controle constitucional, que não se confunde com nenhum dos Poderes tradicionais – Legislativo, Executivo e Judiciário –, por outro lado, projeta-se de várias formas sobre todos eles.

⁹⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 155.

¹⁰⁰ PELICIONI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTR, 2008. p. 76.

¹⁰¹ *Idem*, 2008, p. 77.

¹⁰² KELSEN, *op. cit.*, p. 304.

¹⁰³ KELSEN, *op. cit.*, p. 305-306.

Sofre graves críticas no sentido de que, embora não possua legitimidade política, transformou-se em órgão legiferante, verdadeiros “mini constituintes”, em razão da supremacia da Constituição, da textura aberta das normas-princípios, das regras hermenêuticas utilizadas, que até certo ponto lhes permitem manipular a interpretação¹⁰⁴.

Ocorre que “[...] nenhum sistema efetivo de controle judicial é compatível ou tolerado por regimes antilibertários e autocráticos, quer se coloquem à esquerda ou à direita de um aspecto político. [...]”¹⁰⁵. Por outro lado, é na ausência de controle jurisdicional que o poder político se expõe mais facilmente ao risco da perversão.

Porém, pode-se se justificar o receio no fato da Corte Constitucional estar imune de controle democrático, em tese, correndo o risco de converter uma vantagem democrática num eventual prejuízo para a democracia. Muito embora a eventual eliminação da jurisdição constitucional não configure a melhor solução¹⁰⁶.

Nos países europeus, a principal característica das Cortes Constitucionais é a natureza centralizada, visto que a análise acerca da constitucionalidade de uma norma está restrita a sua revisão. Isto é, apenas a citada Corte terá legitimidade para julgamento, cujas decisões terão efeito *erga omnes*.

Em respeito aos Tribunais Constitucionais europeus, LOUIS FAVOREU resumiu as características apresentadas por esse modelo às seguintes:

a) um contexto institucional e jurídico peculiar. Os Tribunais Constitucionais europeus estão instalados em países dotados de regime parlamentar (Alemanha Federal, Itália e Bélgica) ou semiparlamentar (França, Áustria e Portugal).

Observa-se também que, nesse contexto, se aplica um sistema de dualidade ou pluralidade de jurisdições e ordens jurídicas. Itália, França, Áustria, Bélgica, Portugal e Espanha são identificados como países que têm duas ordens de jurisdição: administrativa e judicial, enquanto se afirma que a Grécia possui um Tribunal especial superior que está-se progressivamente a se transformar em um Tribunal Constitucional, exatamente porque tem dois ou três ordens de jurisdições;

b) um estatuto constitucional, em que se invoca Kelsen para afirmar que como a justiça constitucional é confiada a um Tribunal “independente de qualquer outra autoridade estatal”. A condição de independência resulta da existência de um estatuto constitucional do Tribunal constitucional que lhe defina a organização, o funcionamento e atribuições, colocando-o fora do alcance dos poderes públicos que o Tribunal está carregando de controlar.

Isso supõe que haja inclusão das disposições necessárias no texto mesmo da Constituição, assim como autonomia estatutária administrativa e financeira da instituição, e garantias de independência para os membros;

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 139.

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e legitimidade da “Justiça Constitucional”**. In: CANECA, Cesar Lourenço (org.). Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, ano 99, V. 366, mar./abr. 2003. ISSN 0102-8413. p. 132.

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 270.

c) um monopólio do contencioso constitucional, no sentido de que a jurisdição constitucional se concentra nas mãos de uma jurisdição especialmente criada com esse objeto, que goza de monopólio neste âmbito.

Em consequência, os juízes ordinários não podem conhecer do contencioso reservado ao Tribunal Constitucional;

d) uma designação de juízes, não magistrados, por autoridades públicas, no sentido de que esses tribunais não estão formados por magistrados de carreira que tenham ascendido a ele através de ascensão regular e progressiva¹⁰⁷.

Na Itália há controle jurisdicional, mas não judicial, uma vez que a Corte Constitucional italiana não integra o Poder Judiciário¹⁰⁸, possuindo esta uma formação mista, ao ser nomeados juízes de carreira, professores, membros dos Poderes Executivo e do Poder Legislativo¹⁰⁹. Quando a jurisdição constitucional é conferida a órgãos específicos, como é o caso da Corte Constitucional italiana, normalmente tais órgãos são excluídos dos três clássicos poderes ou funções.

Devido à existência de Tribunal Constitucional fora da estrutura do Poder Judiciário, os juízes comuns não podem declarar a inconstitucionalidade das leis. Ao se depararem com questão sobre constitucionalidade em um dado caso concreto, devem se limitar a suspender o julgamento e remeter os autos à Corte Constitucional. A Corte, por sua vez, é quem decidirá a questão e retornará os autos com as devidas orientações que deverão ser aplicadas pelo juízo *a quo*¹¹⁰.

Nesse sentido, esclarece Mauro Cappelletti¹¹¹, os juízes comuns são incompetentes para conhecer da validade das leis. Parte do pressuposto de que as leis existentes são boas em si, mas, se eventualmente destoar do ordenamento pátrio, os juízes comuns apenas têm o poder e dever de suspender o processo, arguindo perante a Corte Constitucional a questão da constitucionalidade.

Observe-se que a nova Constituição italiana entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948, e nela há a previsão de dois procedimentos para a instauração do juízo de constitucionalidade das leis, previstos nos artigos 1º e 2º, e no artigo 127, parágrafos 3º e 4º, respectivamente:

- a) o procedimento incidental ou por via de exceção, onde se estabelece que a questão de inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato com força de lei, argüida de ofício ou pelas partes no curso de um processo e não entendida pelo juiz como manifestamente infundada, **é remetida à Corte Constitucional para sua decisão**;
- b) o procedimento principal ou por via de ação, refere-se ao art. 127, § 3º e 4º, da

¹⁰⁷ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Tribunal constitucional do Brasil: novo paradigma do poder moderador. **Revista Esmafe** - Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n.º 7, ago. 2004, p. 112.

¹⁰⁸ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 88.

¹⁰⁹ *Idem*, 1999, p. 91.

¹¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2 ed. Porto Alegre: Safe, 1992.

¹¹¹ *Idem*, 1992, p. 84-85.

Constituição e 2º da Lei Const. 1 de 1948, onde está estabelecido que o Governo da República pode promover a ação de inconstitucionalidade de uma lei regional que exceda sua competência ou a região pode promover a ação contra uma lei ou ato com força de lei da República, ou contra uma lei de outra Região que invada sua própria competência¹¹². (grifos nossos)

A previsão e disciplina do Tribunal Constitucional se encontram na Parte II, Título VI da Constituição Italiana, no entanto, a sua instalação apenas se deu em 1955 e com “[...] dificuldade de serem eleitos com a maioria exigida pela Constituição de 5 membros de origem parlamentar, sendo que os demais membros são, respectivamente, 5 nomeados pelo Presidente e 5 da Magistratura ordinária e administrativa, em um total de 15 membros. [...]”¹¹³.

No sistema concentrado, a atuação do juiz constitucional pode ser bastante diversificada: a) no primeiro momento, pode atuar o juiz constitucional como legislador negativo, declarando a inconstitucionalidade de lei tão-somente, de acordo com a concepção de Kelsen adotada pela Corte Constitucional austríaca e, posteriormente, pelas Constituições européias; e b) no segundo momento, pode também atuar como legislador positivo, conforme a moderna jurisprudência das Cortes Constitucionais da Itália, da Alemanha e da própria Áustria. Este segundo momento de atuação do juiz constitucional está a influenciar não só o sistema concentrado, como também o sistema difuso, nos Estados Unidos, e o sistema misto, no Brasil¹¹⁴.

Não obstante, a Corte Constitucional assume o papel de instância de controle formal e material do direito pelo direito, proferindo a última palavra sobre os conflitos constitucionais, uma inovação na estrutura da legalidade. Não é sua tarefa decidir sobre lutas políticas, mas assegurar que nessas disputas se respeitem as normas da Lei Fundamental, como lecionam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco¹¹⁵:

Entre nós, embates políticos recentes estão a evidenciar a importância dessa jurisdição constitucional da liberdade para o aprimoramento da vida democrática e a manutenção da tranquilidade social, uma tarefa da qual ela só se desincumbirá com acerto se os seus juízes – para tanto mais qualificados que os outros agentes políticos – se limitarem a resolver apenas as questões de princípios, sem imiscuir-se nas matérias sensíveis à escolha, vale dizer, em planos ou programas governamentais, por exemplo, cuja conveniência e oportunidade, estritamente consideradas, apenas o Parlamento e o Executivo têm condições de avaliar.

A atribuição de função positiva ao magistrado, com a consequente tendência da criação judicial, constitui uma resposta à crise que assola as instituições democráticas. A

¹¹² PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 135.

¹¹³ *Idem*, 1999, p. 136-137.

¹¹⁴ PELICIOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTR, 2008. p. 81.

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 144.

criação de uma justiça constitucional com órgão especializado é um instrumento interessante ao moderno Estado Social¹¹⁶.

Foi por meio do Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, que se implementou no Brasil o controle jurisdicional de constitucionalidade, pelo qual o governo provisório organizou o Poder Judiciário Federal.

Após, em 20 de novembro de 1894, a Lei n.º 221, que organizou a Justiça Federal, conferiu competência aos juízes em geral para exercer o controle difuso de constitucionalidade, recusando a aplicação da lei reputada inconstitucional no caso concreto, da forma como a seguir se transcreve.

Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União.

§ 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.

Verifica-se, então, que o Brasil adotou o modelo concebido pelo constitucionalismo americano, no qual qualquer magistrado poderia conhecer da inconstitucionalidade. E desde a Emenda Constitucional n.º 16/65, adota o sistema misto de jurisdição constitucional, que consiste em harmonizar a existência dos sistemas difuso e concentrado de jurisdição constitucional.

O controle difuso de constitucionalidade é considerado a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais¹¹⁷.

[...]. Para muitos, somente esse tipo de controle oferece ao magistrado a plena dignidade de órgãos de soberania, por atribuírem ao juiz o importante papel de cumprir, antes de tudo, a Constituição, definindo-se a questão da inconstitucionalidade como uma questão jurídica. Reconhece-se um papel político exercido com esse controle porque o magistrado recusa a aplicação de uma lei, na apreciação do caso concreto, ao fundamento de validade dessa norma é o próprio texto constitucional que, por sua vez, se apresenta como fundamento do poder político, substancial e formal, de todos e de cada um dos atos de seus órgãos¹¹⁸.

Luís Roberto Barroso apresenta algumas características do controle difuso, tais como: a) a existência de um caso concreto, que pressupõe a existência de um processo, de uma ação judicial, de uma lide na qual se tenha suscitado a inconstitucionalidade da lei que deveria reger o caso; b) a legitimação do autor e do réu da demanda, assim como do Ministério

¹¹⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Com o controle de constitucionalidade, o STF. In: **Argumento: direito e cidadania**. Ano II. 5ª ed. Out.-nov.-dez./2013. p. 12-13.

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72.

¹¹⁸ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Constituição e Processo: Sétima aula. jun. de 2012. Notas de Aula. p. 3.

Público, de terceiros que intervenha no feito de forma legítima, e do próprio juiz ou tribunal que venha a agir de ofício; c) a questão da inconstitucionalidade pode ser levantada em processos de qualquer natureza, desde que haja conflito de interesses, pretensão resistida, e um ato concreto/ameaça de autoridade; d) a norma objeto de controle pode ser emanada de qualquer nível de poder; e) a existência de uma questão prejudicial; f) o controle é exercido não só pelo juiz monocrático, como também pelo tribunal¹¹⁹.

Importante frisar também que, desde a Constituição de 1988, o sistema de controle concentrado abstrato de constitucionalidade teve a sua atuação estendida, uma vez que com a Emenda Constitucional n.º 3/93 e com a Lei n.º 9.868/99, tiveram-se ampliados os legitimados na ação direta de inconstitucionalidade e os meios de acesso ao Supremo Tribunal Federal¹²⁰.

O Estado de Direito evoluiu de acordo com a realidade de cada país que, por isso mesmo, moldou-se a fim de suprir as necessidades do seu povo. Com isso, é pouco razoável afirmar que para existir um verdadeiro Tribunal Constitucional, este tenha que ser necessariamente um tribunal *ad hoc*¹²¹.

Pertencente à estrutura do Poder Judiciário, ou sendo o Tribunal Constitucional uma espécie autônoma de controle constitucional, que não se confunde com nenhum dos Poderes tradicionais – Legislativo, Executivo e Judiciário –, a verdade é que o objeto da Corte Suprema continua o mesmo¹²².

Assim, se faz necessário que o conceito de Tribunal Constitucional seja alargado no sentido de abranger todos aqueles tribunais de última instância que foram criados com a finalidade específica e principal de julgar o contencioso constitucional, tais como o controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos do Poder Público¹²³.

Nessa seara, e tendo em vista o que dispõe o *caput*, do artigo 102, da Constituição Federal, assiste razão aos que sustentam que o Supremo Tribunal Federal é uma espécie de Corte Constitucional brasileira, condição esta que não estaria comprometida pelo fato de acumular outras competências de natureza não típica da jurisdição constitucional¹²⁴.

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72-75.

¹²⁰ PELICOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTR, 2008. p. 91.

¹²¹ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Constituição e Processo: Segunda aula. jun. de 2012. Notas de Aula.

¹²² *Idem*, 2012.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 16.

Além de se encontrar no vértice da estrutura judiciária brasileira, o Supremo Tribunal Federal exerce o controle dos demais Poderes, detendo, assim, atribuições de verdadeiro Tribunal Constitucional. Isso porque o controle de constitucionalidade também pode ser realizado por uma Corte Suprema que faz parte do Poder Judiciário, como também é o caso dos Estados Unidos da América¹²⁵.

No entanto, já existem algumas sugestões de mudanças para transformar o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional nos moldes europeu. Francisco Wildo Lacerda Dantas defende que tais mudanças devem operar na forma do modelo português, do modo a manter o sistema difuso¹²⁶.

Razoável, pois, que também se mude a forma de composição do Tribunal, em que, à semelhança de Portugal, se estabeleça doze membros; quatro seriam magistrados escolhidos pelo próprio STF; quatro seriam escolhidos pelo Congresso Nacional - dois por cada Câmara - e os outros quatro seriam escolhidos livremente pelo Presidente da República. A escolha poderia se dar, preferencialmente, mas não exclusivamente entre profissionais de direito - professores e advogados, promotores ou juízes - com comprovado exercício profissional, com mandato de oito anos, proibida a recondução¹²⁷.

Nada obstante, a última palavra nas impugnações acaba por ser competência das Cortes Supremas, pelo menos no que concerne à conformidade com a Constituição Federal, cujas decisões geram verdadeiros precedentes para a atuação dos demais Tribunais e juízes singulares.

2.4 Os limites processuais da jurisdição constitucional

Já no final do século XIX, os movimentos reformistas mostravam clara tendência de transição do processo liberal, com o conseqüente delineamento do ativismo judicial no trâmite processual. Assim, após a ordenação processual civil austríaca (1895), o processo passou a ser visto como “instituição estatal de bem-estar social”¹²⁸.

¹²⁵ PELICIOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTR, 2008. p. 92-93.

¹²⁶ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Tribunal constitucional do Brasil: novo paradigma do poder moderador. **Revista Esmafe** - Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n.º 7, ago. 2004. p. 123-124.

¹²⁷ *Idem*, 2004, p. 125.

¹²⁸ NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. Ano 34, n. 168, fev./2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 113.

Isso permitiu o aumento dos poderes judiciais do juiz; a) sob o aspecto formal, imprimindo ordem e o ritmo dos atos, e b) sob o aspecto material, tendo um controle maior e mais iniciativa oficiosa do objeto de formação do juízo de mérito¹²⁹.

Entretanto, os papéis e funções a serem desenvolvidas no processo, sob uma visão constitucional, devem garantir o desenvolvimento do processo dentro de uma razoável duração e de um debate processual pautado no devido processo legal. Devendo o princípio do contraditório, por sua vez, garantir uma simetria de posição entre as partes, com a devida possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e a formação das decisões racionais¹³⁰.

Com o Estado Constitucional Democrático, o processo permitiu uma releitura do princípio do contraditório, aumentando a colaboração das partes (litigantes e juiz) e garantindo um meio efetivo de diálogo e comunidade de trabalho “[...] entre os sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos), e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento) permitindo a comparticipação na estrutura procedimental”¹³¹.

Em outras palavras, o magistrado tem o ônus de provocar o debate preventivo, fazendo com que as partes se manifestem sobre todas as questões que serão levadas em consideração nos futuros provimentos ou decisões, evitando, assim, surpresas. Isso quer dizer, sobretudo, que também o juiz deve se submeter ao contraditório¹³².

Nesta senda, verifica-se que o aumento dos poderes conferidos ao juiz não representa necessariamente uma redução das garantias de defesa das partes. A “decisão surpresa”¹³³, então, deve ser declarada nula, por afrontar o princípio constitucional do contraditório, consoante se destaca a seguir:

[...] uma vez que os poderes do julgador são aumentados, impõe-se a este o dever de informar às partes as iniciativas que pretende exercer, de modo a permitir a elas um espaço de discussão em contraditório, devendo haver a expansão e a institucionalização do *dever de esclarecimento judicial* a cada etapa do procedimento, inviabilizando julgamentos de surpresa¹³⁴. (grifos do original)

¹²⁹ NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. Ano 34, n. 168, fev./2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 113.

¹³⁰ *Idem*, 2009, p. 108-109.

¹³¹ *Ibid.*, p. 114.

¹³² NUNES; THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 121.

¹³³ Entende-se por decisão surpresa àquela que leva em consideração questões que não foram objeto de manifestação pelas partes. Isto é, quando o juiz acorda em sua decisão, matéria que não fora objeto de debate processual.

¹³⁴ NUNES; THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 128.

Porém, a leitura dinâmica do princípio do contraditório ora passado em revista deve ter o cuidado de não ser vislumbrada com um objetivo protelatório e formalista pela parte que sucumbiu nas decisões.

Nada obstante, verifica-se que:

[...] a profusão de utilização de cláusulas gerais, de normas de tessitura aberta e de princípios jurídicos, vem viabilizando uma utilização dessas normas como jargões de fundamentação que em várias hipóteses garantem uma aplicação dinâmica dos direitos fundamentais, mas, em outras, somente autorizam o subjetivismo do julgador, representando um mandato em branco para que este decida com base em seus entendimentos particulares (decisionismo), muitas vezes modificando para pior o sistema jurídico, ao descumprir os direitos fundamentais democráticos¹³⁵.

Em virtude disso, os limites constitucionais do "contraditório" e da "fundamentação racional das decisões" devem ser utilizados a fim de impedirem as adulterações ilegítimas de tais princípios e regras.

A pretensão à tutela jurídica envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar. O contraditório abrange, portanto, o direito de informação dos atos praticados no processo e sobre todos os seus elementos, o direito de manifestação oral ou escrita sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes no processo e o direito de ver seus argumentos considerados. Ora, é da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões¹³⁶.

¹³⁵ NUNES, THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 128.

¹³⁶ MS N. 24.268-MG
RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES
EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV).
Informativo n.º 336, STF. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo361.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

Assim, na hipótese de assunção da concepção do contraditório como garantia de influência, assegura-se uma maior correção normativa das decisões, permitindo que na maioria dos casos somente argumentos normativos (decorrentes do debate) sejam levados em conta no momento da decisão.

A garantia da fundamentação racional das decisões, prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988, pode ser explorada como desígnio constitucional de que o juiz respeite, no julgamento, de forma real, a participação das partes na formação do provimento jurisdicional¹³⁷.

Toda sentença, e sua fundamentação, portanto, deve ser clara, consistente e completa. No que diz respeito à clareza, o texto deve ser o mais preciso possível para evitar ambiguidades e/ou vaguidades. A consistência, por sua vez, revela-se quando uma significação produzida for logicamente incompatível com as demais veiculadas a partir da leitura do próprio texto. Enquanto a completude impõe que a decisão jurisdicional deve enfrentar a totalidade das razões fáticas e jurídicas postas¹³⁸.

Segundo Beclaute Oliveira Silva¹³⁹, a norma que determina a devida fundamentação de toda decisão (art. 93, IX, da CF/88) se trata de uma norma de estrutura, posto que a sua função é retirar do sistema uma determinada norma.

Analizando sob este prisma, apesar da gravidade do defeito, no caso da ausência ou defeito na fundamentação, não se pode falar em declaração de inexistência ou de nulidade (no sentido kelseniano), já que a norma defeituosa, por se encontrar no sistema, é válida. Sobra apenas a figura da anulabilidade¹⁴⁰.

Mais. O referido autor teve o cuidado de construir a norma jurídica completa referente à fundamentação:

Eis a sua inscrição reduzida: deve-ser que dado o fato de o jurisdicionado, mediante a obediência das regras do devido processo legal e demais preceitos constitucionais pertinentes ao processo, provocar, através do exercício do direito de ação constitucional, o órgão jurisdicional; deve-ser a obrigação de o órgão jurisdicional prestar ao jurisdicionado uma decisão (sentença) fundamentada; ou deve-ser que dado o fato de o julgador não fundamentar em uma das diversas formas de sua manifestação a decisão (sentença) judicial, deve-ser a retirada do sistema da norma concreta e geral que a veicula¹⁴¹.

¹³⁷ NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. Ano 34, n. 168, fev./2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 137.

¹³⁸ SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 170-172.

¹³⁹ *Idem*, 2007, p. 186.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 186.

¹⁴¹ SILVA, *op. cit.*, p. 196.

Ora, sendo a fundamentação um imperativo da justiça, e esta é a forma de realizar a igualdade através do devido processo legal, tem-se, por via oblíqua, que este imperativo é uma cláusula pétrea, não sendo passível de revogação (artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988)¹⁴².

Assim, do ponto de vista da significação, a fundamentação se insere na categoria garantia fundamental, delimitando o modo de ser do Poder Judiciário. Ademais, funciona também como objeto do direito de ação constitucional – a prestação jurisdicional. De forma que a significação da fundamentação realiza o valor justiça e está relacionado à limites objetivos, tais como: legalidade, juiz natural, contraditório, ampla defesa e devido processo legal¹⁴³.

Por outro lado, os textos normativos não explicitam, em regra, exigência de como a fundamentação deve ser veiculada. As prescrições destinadas à decisão jurisdicional e à uma das suas partes constitutivas – a motivação – se limitam a estipular requisitos formais, assim, ela deve ser escrita no vernáculo e versar sobre as questões de fato e de direito relevantes para decisão¹⁴⁴.

Dessa maneira, uma decisão jurisdicional será fundamentada se a partir do texto em que é veiculada, o intérprete for capaz de reconstruir tanto a norma primária abstrata e geral aplicada ao caso, como a sua manifestação denotativa – a norma primária concreta e individual –, bem como o antecedente abstrato e o seu correlato concreto da norma secundária¹⁴⁵.

Por fim, entende-se que a motivação da sentença, tanto quanto o dispositivo, tem natureza jurídica de decisão. Sendo assim, ao contrário do que a maioria da doutrina defende – o sentido literal do art. 469, I, do CPC, segundo o qual somente o dispositivo faz coisa julgada –, partindo do pressuposto de que motivação é decisão, só se pode concluir que a motivação também passa em julgado¹⁴⁶.

Elencados estes limites da jurisdição constitucional, quais sejam: garantia do devido processo legal, com ênfase no contraditório; e garantia da fundamentação racional das decisões, verifica-se que a atuação do magistrado, quando controla a omissão para suprimi-la,

¹⁴² SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 72-73.

¹⁴³ *Idem*, 2007, p. 201.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 24.

¹⁴⁵ SILVA, *op. cit.*, p. 204.

¹⁴⁶ SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada**. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 217-224.

ocorre de forma supletiva, e sua ação assume caráter provisório e secundário naquilo que o legislador constituído se omitiu.

Assim, se deve ser retirada a eficácia de lei inconstitucional, da mesma forma se devem suprimir as omissões normativas que impedem o desfrute de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, visto que nesses casos não existe liberdade de não atuação por parte do poder público¹⁴⁷.

Segundo os dizeres de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁴⁸, a criatividade judicial não é um defeito, antes constitui qualidade essencial do intérprete/aplicador do direito, entretanto, deve ser desenvolvida de forma racional.

Isso porque, acreditando que toda norma possui um sentido em si, deve-se construir seus possíveis significados para que então possa ser aplicada. Concomitantemente, por se tratar de normas de estruturas abertas e indeterminadas, a leitura constitucional também deve ser transformada num processo aberto de argumentação.

Esclarece-se, ainda, que os limites das decisões jurisdicionais se confundem com o próprio processo de aplicação do direito, pois interpretar significa pensar o caso e a lei de tal maneira que aquilo desejado pela Constituição seja concretizado por ela e através dela. Uma vez que a Constituição não é estática e permanente, posto que se renova continuamente diante das transformações sociais que as suas próprias normas intentam regular.

Dessa maneira, os intérpretes da Constituição devem resolver o problema da omissão inconstitucional com os instrumentos que o próprio sistema jurídico dispõe.

Um dos grandes limitadores da decisão jurisdicional é mesmo a sua fundamentação, sujeitando os Tribunais Superiores “[...] a um grau de ‘exposição’ ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais ‘responsáveis’ do que muitos entes e organismos administrativos [...]”¹⁴⁹.

A existência de motivação nas decisões, em particular, é uma exigência que traduz poderoso fator de limitação ao exercício do próprio poder estatal, configurando verdadeiro postulado constitucional inafastável¹⁵⁰.

¹⁴⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática**. Salvador: Podivm, 2006. p. 57.

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 95.

¹⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1993. p. 98-99.

¹⁵⁰ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **Interpretação constitucional e prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 85.

E isso porque a utilização da decisão jurisdicional de perfil aditivo tem lugar na violação de direito constitucional subjetivo decorrente de um não fazer estatal. Assim, uma vez suprida a omissão pelo Poder competente, esta deverá prevalecer. Ademais, como explanado, necessário se faz que a decisão seja devidamente motivada a fim de demonstrar a concretização da soberania constitucional.

Portanto, a decisão jurisdicional de perfil aditivo apenas será admissível se não configurar violência contra expressão literal do texto, com mudança radical da concepção original do legislador. Nessa seara, a fim de tratar da decisão jurisdicional de perfil aditivo com as cautelas exigidas pelo tema, passa-se agora a traçar algumas linhas a respeito da omissão inconstitucional e seus sistemas de solução.

3 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E SEUS SISTEMAS DE SOLUÇÃO

3.1 Omissão constitucional

Diversos são os casos que tipificam a omissão constitucional, dentre eles cita-se: a omissão do Legislativo em editar lei integradora de comando constitucional; a omissão do Executivo quando não expede regulamento para a execução das leis; a omissão na entrega da prestação jurisdicional; enfim, a omissão dos poderes constituídos na prática de atos prescritos pela Constituição.

No presente estudo, porém, será aprofundada apenas a análise das omissões constitucionais praticadas pelo Poder Legislativo, e o dever de edição de comandos normativos que torne possível a aplicabilidade imediata de direitos fundamentais constitucionalmente prescritos.

O conceito de inconstitucionalidade por omissão foi introduzido pelas Constituições brasileiras que visavam garantir a juridicidade e normatividade fática às regras constitucionais. Entretanto, a mera ciência da omissão legisferante demonstrou ser ineficaz, uma vez que não existia meios coercitivos capazes de obrigar o Poder Público a legislar.

Omissão nada mais é que um não fazer, mas, para ser relevante, esta inércia deve guardar conexão com uma exigência constitucional de ação. A omissão¹⁵¹ pode ser total ou parcial:

- a) Omissão total: ocorre quando o legislador, diante de um dever jurídico de atuação, abstém-se inteiramente de fazê-lo, deixando um vazio normativo na matéria (omissão do legislador). Daí surgem três possibilidades de atuação no âmbito da jurisdição constitucional: *i*) reconhecer a autoaplicabilidade à norma constitucional e fazê-la incidir diretamente; *ii*) declarar a existência da omissão, constituindo em mora o órgão competente para saná-la; *iii*) não sendo a norma autoaplicável, criar para o caso concreto a norma faltante¹⁵²;
- b) Omissão parcial: que comporta ainda duas espécies:
 - b.1 - Omissão parcial relativa: quando a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que nele deveria estar abrigada, privando-a de um benefício,

¹⁵¹ Acolhe-se a presente classificação, sem prejuízo das demais classificações doutrinárias existentes a respeito das omissões constitucionais.

¹⁵² BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

em violação do princípio da isonomia. Também cabendo aqui três linhas de atuação jurisdicional: *i)* declaração da inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação; *ii)* declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias; *iii)* extensão do benefício à categoria dele excluída¹⁵³;

b.2 - Omissão parcial propriamente dita: nesta hipótese o legislador atua sem afetar o princípio da isonomia, mas de modo insuficiente ou deficiente, em relação ao dever jurídico que lhe foi imposto¹⁵⁴.

Ressalta-se que se deve falar em omissão textual, e não omissão sob o ponto de vista normativo, isto é, entende-se que o ordenamento jurídico está em plenas condições de operar, mediante uma interpretação integrativa, de modo que o aplicador do direito deve atuar diante da completude do sistema jurídico¹⁵⁵.

Ora, a omissão legislativa inconstitucional é entendida como o silêncio do legislador ou o silêncio da lei que cria uma situação contrária à Constituição, assim, se não há texto de lei que regule a matéria ou se existe de forma incompleta, a norma aplicável poderá ser construída de acordo com os critérios adotados no momento da interpretação. Porém, sempre haverá uma solução normativa para o caso concreto¹⁵⁶.

As omissões inconstitucionais, embora não alterem a letra da Constituição, paralisam a sua aplicação, alterando-lhe o seu alcance. Por isso a preocupação de se repensar o controle das inconstitucionalidades por omissão do Poder Público, diante de uma nova postura de atuação do Poder Judiciário¹⁵⁷, como forma de dotar de efetividade os comandos constitucionais deonticamente modalizados em obrigatórios.

Luís Roberto Barroso¹⁵⁸, por sua vez, confirma o exposto:

A simples inércia, o mero não fazer do legislador não significa que se esteja diante de uma omissão inconstitucional. Essa se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal.

¹⁵³ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59.

¹⁵⁴ *Idem*, 2011, p. 60.

¹⁵⁵ SILVA, Beclate Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 173.

¹⁵⁶ REVORIO, Francisco Javier Dias. **Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional: significado, efectos, tipología e legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas**. España: Lex Nova, 2001. p. 170.

¹⁵⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática**. Salvador: Podivm, 2006. p. 218.

¹⁵⁸ BARROSO, *op. cit.*, p. 33.

Nesse sentido, a inconstitucionalidade por omissão “[...] opera no campo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, em especial daquelas que demandam integração legislativa ou material dos órgãos de direção política [...]”¹⁵⁹.

Como acima foi destacado, a simples inércia por parte do legislador não significa que se esteja diante de uma omissão inconstitucional, a inconstitucionalidade resultará de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo.

De fato, em regra, legislar é uma faculdade do legislador. [...]. Todavia, nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão¹⁶⁰.

De fato, em muitos casos e por diversos motivos, a indeterminação da norma geral pode ser intencional, sendo assim, parte-se do pressuposto de que a norma individual continua o processo de determinação que constitui o sentido da seriação escalonada das normas jurídicas¹⁶¹.

Os enunciados prescritivos programáticos são aqueles que transferem aos poderes políticos um poder na escolha dos meios para concretizá-lo, exatamente por serem esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos e cumpridos ulteriormente pelos seus órgãos legislativos, executivos e jurisdicionais. Por não regular condutas intersubjetivas desde o primeiro momento, de modo direito e imediato, são consideradas normas de estrutura. Estas, por sua vez, apesar de se dirigir igualmente para as condutas intersubjetivas, tem por objeto os comportamentos relacionados à produção de novas unidades deôntico-jurídicas¹⁶².

Em diversos dispositivos, a Constituição Federal de 1988 prevê a necessidade da edição de leis integradoras da eficácia de seus comandos, tanto no que se refere às normas constitucionais de organização, quanto em relação às normas definidoras de direitos¹⁶³, sendo um deles o caso do direito de greve dos servidores públicos civis.

No tocante ao direito de greve, há claramente direito subjetivo outorgado pelo texto constitucional, investindo o indivíduo no poder jurídico de exigir a construção de texto

¹⁵⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática**. Salvador: Podivm, 2006. p. 200.

¹⁶⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56.

¹⁶¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 387-397.

¹⁶² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40-44; VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 158; CARVALHO, *op. cit.*, p. 221-222.

¹⁶³ BARROSO, *op. cit.*, p. 56.

normativo que veicule norma que viabilize a aplicabilidade do seu direito fundamental (artigo 37, VII, da CF/88), conforme será visto no último capítulo.

3.2 Controle jurisdicional de constitucionalidade das omissões

Sabendo-se que os enunciados programáticos estabelecem direitos subjetivos aos administrados, e ao mesmo tempo o direito de obter decisões no sentido indicado pelas normas¹⁶⁴, necessário se faz a realização de um controle jurisdicional das omissões inconstitucionais.

A essência da ideia de controle de constitucionalidade emana de uma Constituição suprema e rígida – ou semirrígida –, a qual se pressupõe como o grau hierárquico máximo do escalonamento normativo. Assim, tal controle tem por objetivo orientar a construção e efetividade de todo o ordenamento jurídico.

No Brasil, o ordenamento constitucional prevê duas espécies de controle de constitucionalidade (repressivo): a) Difuso - aquele exercido por via de exceção, no caso concreto; b) Concentrado – aquele exercido em abstrato, quando o controle é o mérito próprio da ação¹⁶⁵.

O controle difuso é caracterizado por permitir que todo e qualquer juiz ou tribunal possa realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade da norma infraconstitucional com a Constituição Federal. Ou seja, no controle difuso de constitucionalidade, a competência para a declaração de inconstitucionalidade é de todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, realizado de forma incidental numa situação concreta a ele submetida, isto é, prejudicialmente ao exame de mérito¹⁶⁶.

Inicialmente, os efeitos dessa declaração apenas atingem as partes do processo, no entanto, é nesse ponto que se encontra a evolução hermenêutica na qual consiste o fenômeno da “abstrativização” do controle difuso/concreto, como se expõe em seguida.

Com a edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004, foram realizadas profundas transformações no âmbito do Judiciário, e, tendo em vista a crescente demanda do Supremo Tribunal Federal decorrente da cumulação das funções de Tribunal Constitucional e de

¹⁶⁴ SOUZA, Allan Rocha de. A efetividade das normas constitucionais programáticas. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005. p. 41.

¹⁶⁵ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 71.

¹⁶⁶ *Idem*, 2006, 71-73.

julgador das causas de natureza meramente privada em grau recursal, dentre outras, foram criados importantes institutos processuais com o intuito de restringir a atuação do Supremo Tribunal Federal quanto à sua função recursal, dentre eles: o Recurso Extraordinário, a Repercussão Geral, e a Súmula Vinculante.

Note-se que, embora o controle difuso não seja competência exclusiva e originária do Supremo Tribunal Federal, a interposição do Recurso Extraordinário leva a discussão para a Corte Suprema. E, assim, excepcionalmente, o controle difuso de constitucionalidade poderá assumir efeitos *erga omnes*.

No entanto, além de respeitar a cláusula da reserva de plenário, caso a Corte Suprema declare a inconstitucionalidade de ato normativo em sede de controle difuso, deve ainda observar o disposto no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF”. Somente assim os efeitos seriam *erga omnes*.

A prática constitucional, contudo, vem adotando uma nova postura, ao limitar a atuação do Senado Federal apenas para dar publicidade às decisões do Supremo, já que o próprio Supremo Tribunal Federal atribuiria efeito vinculante e eficácia *erga omnes*¹⁶⁷. A abstração/manipulação dos efeitos da decisão é exercida a exemplo do que acontece no controle de constitucionalidade abstrato, este, por sua vez, encontra respaldo no artigo 27, da Lei n.º 9.868/99.

Alguns dos principais argumentos para esse tipo de prática residem no princípio da supremacia constitucional, na força normativa da Constituição e na sua aplicação uniforme a todos os destinatários. Esse foi o entendimento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento do RE 376.852, de 17 de dezembro de 2003, quando asseverou que o Recurso Extraordinário deveria ser também um instrumento de defesa da ordem constitucional objetiva.

Naquele julgado, entendeu o Ministro Gilmar Mendes, que a não observância literal do texto constitucional contido no inciso X, do artigo 52, seria uma autêntica mutação constitucional. E isso porque o sentido jurídico do dispositivo estaria sendo completamente reformulado, sem que houvesse expressa modificação/redução de texto.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Recurso Extraordinário 376.852-2. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Recorrido: Antônio Pires. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Santa Catarina, 17 de dezembro de 2003. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2003-abr-10/stf_examina_formula_desafogar_judiciario>. Acesso em: 5 abr. 2012.

Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior acolhe as lições de Mancuso, o qual afirma que ao decidirem os casos concretos mediante suas competências originária e recursal, os Tribunais realizam uma tripla missão:

[...] a primeira, imediata, de resolução do caso concreto, dita função dikelógica; a segunda, mediata, dita função nomofilática, viabilizada pela aplicação da norma de regência; a terceira, dita paradigmática, que se realiza quando vem a ser emitida uma decisão *quadro*, permitindo a extração de um entendimento assentado, que servirá de guia para decisão de outros casos análogos¹⁶⁸.

Assim, quando o Supremo Tribunal Federal realiza o controle de constitucionalidade difuso, por meio do Recurso Extraordinário, estão se revelando as funções "nomofilática" e "paradigmática". A primeira voltada à preservação da inteireza positiva, validade, autoridade e uniformidade interpretativa do texto constitucional; a segunda voltada à emissão das chamadas "decisões-quadro", as quais pretendem parametrizar o desfecho de muitos recursos que versam sobre a mesma matéria de direito¹⁶⁹.

Ao revés, aqueles que são contrários à "abstrativização" dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, sustentam suas críticas na imprescindibilidade da suspensão, por parte do Senado Federal, de lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de constituir uma verdadeira violação constitucional da competência privativa do Senado Federal.

Analizadas sucintamente o fenômeno da "abstrativização" dos efeitos do controle difuso, vê-se que ele se aproxima cada vez mais do controle concentrado de constitucionalidade, em que pese aquele ser um instrumento extremamente valioso para a atuação direta do cidadão cujos direitos tenham sido violados.

O controle concentrado, por sua vez, também pode ser considerado como o controle por via principal, aquele feito por meio de ações específicas, tais como: a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁷⁰.

No chamado processo objetivo, o objeto da ação é a aferição da constitucionalidade da norma, posto que não há conflito de interesses entre partes, motivo pelo qual se diz que o

¹⁶⁸ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. Orientador Lúcio Grassi de Gouveia, 2011. p. 104-105.

¹⁶⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Apud* ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. Orientador Lúcio Grassi de Gouveia, 2011. p. 105.

¹⁷⁰ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 76-99.

controle de constitucionalidade é feito em tese ou em abstrato¹⁷¹. De acordo com Luiz Guilherme Marinoni:

A razão de ser de uma ação em que se pede exclusivamente declaração de inconstitucionalidade advém da necessidade de se eliminar da ordem jurídica norma que seja incompatível com a Constituição. Tutela-se, assim, a ordem jurídica. A decisão que declara a inconstitucionalidade produz efeitos *erga omnes*, resultando inquestionável diante de todos, e, na mesma medida, a norma não mais aplicável. [...] O controle de constitucionalidade, com o caráter de principal, pode ocorrer perante o STF e diante dos Tribunais de Justiça. No STF, o parâmetro de controle é a Constituição Federal, sendo objeto de controle as leis e atos normativos federais e estaduais. Nos Tribunais de Justiça, o parâmetro é a Constituição Estadual, constituindo objeto de controle as leis e atos normativos estaduais e municipais¹⁷².

À vista da natureza objetiva do processo, a referência às partes assume um caráter apenas formal, porque não está diante da tutela de situações jurídicas individuais, mas da guarda da própria Constituição, situada no topo do ordenamento. Ao passo que independe da demonstração de interesse jurídico próprio dos legitimados (artigo 103, da Constituição Federal de 1988), como é natural em se tratando de processo objetivo¹⁷³.

Por fim, dentro dos contornos do controle de constitucionalidade concentrado já delineados, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão configura um verdadeiro processo objetivo de guarda do ordenamento constitucional, afetado pela omissão normativa (omissão total) ou pela existência de um ato normativo reputado insatisfatório ou insuficiente (omissão parcial). Ou seja, trata-se de processo objetivo porque a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se destina à solução de controvérsia entre partes no litígio, mas sim opera os seus efeitos somente no plano normativo¹⁷⁴.

Feitas tais considerações, passa-se a expor os meios processuais para colmatar as omissões inconstitucionais.

O controle de constitucionalidade é exercido por meio de mecanismos de ataque necessários quando há indícios de inconstitucionalidades (formais ou materiais), com consequente descumprimento da supremacia da Constituição Federal.

No Brasil, os instrumentos para o controle das omissões inconstitucionais não têm grande tradição. Criados pela Constituição Federal de 1988, o legislador Constituinte brindou a comunidade jurídica e a sociedade com instrumentos eficientes e aptos, em tese, a suprir as já citadas omissões inconstitucionais, tais como: a ação direta de inconstitucionalidade por

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 904-905.

¹⁷² *Idem*, 2012, p. 905-906.

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 278-279.

¹⁷⁴ *Idem*, 2011, p. 271.

omissão e o mandado de injunção. Contudo, tais instrumentos não alcançaram a efetividade que deles seria razoável esperar, conforme será explanado a seguir.

3.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

O poder constituinte originário, embora em capítulos destacados, consagrou os direitos sociais que também vinculam o Poder Público, por força da eficácia imediata (artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988) e vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi recepcionado pela Constituição Brasileira de 1988. Originário da Constituição portuguesa, ele foi criado na onda de Cartas democráticas do segundo pós-guerra, a partir da constatação de que os princípios programáticos das Constituições elaboradas até o final dos anos de 1940 permaneceram com efeito meramente simbólico.

Em relação ao controle das omissões inconstitucionais por parte do Poder Legislativo, a Constituição da República Federativa do Brasil não foi muito além do que a Constituição de Portugal, limitando-se a declarar a inconstitucionalidade por omissão, dando ciência ao Poder competente para a adoção das medidas necessárias (artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1998).

Em que pese ser um grande avanço, a mera ciência do Poder competente se mostrou ineficaz, uma vez que não há, no dispositivo citado, poderes cogentes que obriguem o legislador a legislar, dotando de efetividade determinado comando constitucional.

Em se tratando da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, observa-se que a sua preocupação é resguardar a Constituição de forma objetiva, visando a preservação da integralidade normativa. Não se destinando, no entanto, “[...] a defesa de direitos subjetivos, mas à tutela da própria completude do ordenamento constitucional”¹⁷⁵.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão apenas declara a inconstitucionalidade. Após tal declaração, limita-se a dar ciência ao Poder competente para adotar as providências necessárias, o que em muitos casos acaba não acontecendo, retirando a tão aclamada efetividade da norma constitucional.

¹⁷⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Podivm, 2008. p. 365.

Daí notar que tal solução é insatisfatória. Corroborando com tal entendimento, Luís Roberto Barroso¹⁷⁶ não hesita em dizer que “[...] conquanto possa representar uma forma de pressão constitucional [uma espécie de admoestação], a inexistência de qualquer vinculação do legislador a tal recomendação ou comunicação faz com que se volte à estaca zero na hipótese de a omissão persistir”.

Cumprе destacar peculiaridade da Lei n.º 12.063/2009, a qual estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, trazendo em seu bojo a seguinte prescrição:

Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

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

No geral, o procedimento para o controle abstrato da omissão inconstitucional se manteve substancialmente o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade. No entanto, observa-se que, embora os efeitos imediatos das ações sejam diversos (declaração de nulidade de ato normativo e reconhecimento de omissão inconstitucional), há uma unidade quanto ao efeito mediato pretendido, consistente na preservação da supremacia da Constituição¹⁷⁷.

Nesse sentir, antes da edição da legislação supramencionada, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal convergiram para o entendimento de que não seria cabível a concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Esse entendimento pacificado era fundamentado principalmente na impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal admitir a expedição de provimento normativo com o objetivo de suprir a inércia do órgão inadimplente, em procedimento no qual tal resultado não pode nem mesmo ser obtido em sua decisão final. Sendo assim, muito menos poderia fazê-lo em medida cautelar que antecipasse efeitos positivos inalcançáveis pela decisão de mérito¹⁷⁸.

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 166.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 283-284.

¹⁷⁸ *Idem*, 2011, p. 285.

Ora, questiona-se, então, em determinados casos concretos, se o Supremo Tribunal Federal pode e deve ir além da comunicação (dentro de certos limites processuais, obviamente), a fim de proceder alguma forma de integração da omissão inconstitucional¹⁷⁹.

Nesse diapasão, a Lei n. 12.063/2009 parece anunciar essa evolução, prevendo expressamente a possibilidade de medida cautelar nos casos de excepcional urgência e relevância da matéria. Conforme o supramencionado artigo 12-F, parágrafo 1º, a medida poderá consistir na determinação de que seja suspensa a aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal. “Essa última previsão, de conteúdo aberto, parece abrir caminho para eventuais decisões de conteúdo aditivo, não apenas em sede de liminar, mas também nos provimentos finais”¹⁸⁰.

Sabe-se, contudo, que para evitar dano, o Poder Judiciário pode extrair da declaração sumária do direito ordens de inibição de conduta. Sendo assim, para Luiz Guilherme Marinoni, da declaração é possível extrair efeitos mandamentais, quando há forte probabilidade de omissão inconstitucional e não for adequado apenas declarar a mora ou mesmo elaborar norma provisória para suprir a inércia¹⁸¹.

Ou seja, “[...] o fato de a Corte não poder elaborar a norma faltante, mas apenas declarar a mora em legislar, não quer dizer que não tenha poder para inibir prejuízo que não ocorreria não fosse a inércia do legislador”¹⁸².

Doutra forma, quando se trata de ação direta de inconstitucionalidade dirigida a órgão administrativo, o artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, conferiu ao Supremo Tribunal Federal o poder de ordenar a tomada das providências necessárias, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, sob pena da sanção cabível em caso de descumprimento.

Por derradeiro, no que concerne a norma gravada por omissão parcial, embora não deva deixar de produzir os seus efeitos, pode ter a sua aplicação suspensa para não trazer prejuízos àquele que não foram contemplados. Portanto, logo se observa que “[...] a liminar só tem cabimento para inibir prejuízos e nunca para suspender benefícios”¹⁸³.

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 286.

¹⁸⁰ *Idem*, 2011, p. 286.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1114.

¹⁸² *Idem*, 2012, p. 1115.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 1116.

3.2.2 Mandado de injunção

O mandado de injunção, por sua vez, é o meio pelo qual o Estado é compelido a assegurar a aplicabilidade imediata dos direitos prescritos pela Constituição Federal, que dependem de lei ou outras espécies regulamentadoras. Seu objetivo não é obter norma regulamentadora, mas garantir o exercício de um direito fundamental. Desta forma, o Judiciário estaria suprindo a omissão para o caso concreto¹⁸⁴.

O mandado de injunção é uma criação tipicamente brasileira, embora existam fontes próximas do instituto¹⁸⁵. A doutrina diverge quanto à sua origem. Alguns autores, como José Afonso da Silva, apontam o direito anglo-americano como a fonte de inspiração do instituto, embora este afirme, no entanto, que a fonte mais próxima do mandado de injunção é o *writ of injunction* do direito norte-americano. Porém, ainda há os que entendem que a origem remonta do direito alemão (Verfassungsbeschwerde)¹⁸⁶.

Criado com o objetivo de se ter um instrumento destinado a conferir efetividade aos enunciados constitucionais, é uma matéria que provoca grandes debates, ainda não superados¹⁸⁷.

[...] o mandado de injunção se distingue da ação de inconstitucionalidade por omissão porque esta integra o controle de constitucionalidade abstrato, de competência exclusiva do STF, enquanto o mandado de injunção se integra no controle concreto de constitucionalidade, ainda que também em virtude de omissão. Nesse caso, a atuação não está limitada à competência de cada órgão, ainda que limitada a dar ciência ao Poder competente para que este adote as providências necessárias ou, em se tratando de órgão administrativo, para que o faça no prazo de trinta dias (art. 103, §2º, CF/88)¹⁸⁸.

O inciso LXXI, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, prevê expressamente que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

A norma institui evidente relação de causalidade entre a falta de lei e o exercício de direito. Assim, o mandado de injunção objetiva dar tutela a um direito subjetivo,

¹⁸⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Podivm, 2008. 753-761.

¹⁸⁵ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Constituição e Processo: Mandado de Injunção*. jun. de 2012. p. 1. Notas de Aula; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 532.

¹⁸⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 531.

¹⁸⁷ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Constituição e Processo: Mandado de Injunção*. jun. de 2012. p. 1. Notas de Aula.

¹⁸⁸ *Idem*, 2012, p. 3.

constituindo mecanismo que permite a fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão¹⁸⁹.

Sem dúvida, o objeto do mandado de injunção é tornar operável o exercício de um direito fundamental, constitucionalmente prescrito. Ou seja, "a função do *writ* é fazer com que o direito seja imediatamente exercido, independentemente de regulamentação, e justamente porque não foi regulamentado"¹⁹⁰.

A Constituição Federal de 1988, em função do artigo 102, I, "q", conferiu competência originária ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente o mandado de injunção que trate de ato omissivo de autoridade ou órgão submetido à sua jurisdição.

Como competência recursal, caberá ao Supremo Tribunal Federal julgar o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, consoante artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, a Constituição também fixou competência originária do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar o mandado de injunção, nos casos em que a elaboração da norma regulamentadora seja atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, sendo excetuados os casos de competência da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (artigo 105, inciso I, alínea "h").

Quatro dos cinco dispositivos constitucionais referentes ao instituto tratam das regras de competência originária e recursal para julgamento do *writ*, deixando claro o objetivo do constituinte concentrar a apreciação do mandado de injunção nos tribunais, de maneira a evitar a dispersão do poder decisório e a procurar manter uma uniformidade de critério na integração de lacunas. Assim, a Constituição reparte a competência com base na fonte de onde deveria ter emanado a norma faltante¹⁹¹.

Quanto à legitimação para a impetração do mandado de injunção, tem-se que a legitimação ativa não destoa da regra geral: é legitimado o titular direito cujo exercício está

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **O mandado de injunção como remédio contra a omissão inconstitucional no direito brasileiro**. Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=O+mandado+de+injun%C3%A7%C3%A3o+como+rem%C3%A9dio+contra+a+omiss%C3%A3o+inconstitucional+no+direito+brasileiro>>. Acesso em: 21 dez 2013. p. 1.

¹⁹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 539.

¹⁹¹ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155.

obstado por ausência de enunciado regulamentador, assim como as entidades de classe ou associativas e os sindicatos (artigo 5º, inciso LXX, Constituição Federal de 1988)¹⁹².

Urge salientar a legitimação ativa dos entes coletivos em defesa dos interesses de seus membros ou associados. "Nesse caso, cuida-se de um verdadeiro *mandado de injunção coletivo*, por aplicação analógica do art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal"¹⁹³ (grifos no original).

No mesmo sentido, José Afonso da Silva¹⁹⁴ conclui que a locução "direitos constitucionais" prevista no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, é cláusula que também envolve direitos constitucionais coletivos.

Ora, tendo em vista a ausência de lei que regule o mandado de injunção, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem aplicando ao mandado de injunção a lei que rege o mandado de segurança (Lei n.º 12.016, de 07 de agosto de 2009), no que couber, de maneira que se concede mandado de injunção coletivo, a depender da sua legitimação ativa¹⁹⁵.

Nesse sentido, ainda se pode extrair a possibilidade de impetração do *writ* coletivo, em virtude do parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

A legitimação passiva não foi tratada em âmbito constitucional, posto que o detalhamento da garantia constitucional ficou à cargo do Legislativo, que não o fez. Por isso, diante de ausência de normatização, coube à doutrina e à jurisprudência enfrentar o assunto¹⁹⁶.

A primeira posição, majoritária no Supremo Tribunal Federal, afirma que a medida somente cabe contra a pessoa jurídica de direito público, ou seja, contra o ente regulamentador em mora. A segunda posição, por sua vez, admite como legitimado passivo a pessoa de direito público ou privado que se recusa a satisfazer o direito de matriz constitucional. Já a terceira posição defende que ambos os entes previstos nas posições

¹⁹² BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156.

¹⁹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 540.

¹⁹⁴ SILVA Apud VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 265.

¹⁹⁵ PELICOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTR, 2008. p. 246.

¹⁹⁶ CUNHA JÚNIOR, *op. cit.*, 2011, p. 157.

anteriores são legitimados, sendo o entendimento mais correto sob o ponto de vista de Francisco Wildo Lacerda Dantas¹⁹⁷.

Para Luiz Guilherme Marinoni, cinco são os pressupostos para a concessão de mandado de injunção, a saber:

- a) Dever de legislar: para o Supremo Tribunal Federal, só há dever de legislar quando a própria norma constitucional carente de regulamentação prevê a atuação do legislador¹⁹⁸;
- b) Mora do legislador: O Supremo Tribunal Federal exige, ainda, a caracterização da mora do legislador para conceder o mandado de injunção. Quando não é estabelecido, na própria norma constitucional prazo para legislar, deve-se revelar a não intenção em legislar mediante investigação se a demora é excessiva ou foge do razoável¹⁹⁹;
- c) Norma insuficiente e omissão parcial: o legislador não se desincumbe do seu dever ao editar qualquer norma ou ao instituir norma que regula apenas parcialmente a norma constitucional²⁰⁰;
- d) Norma não auto aplicável: a norma constitucional, para dar ensejo ao uso da ação de injunção, não pode ser autoaplicável, pois inexistente interesse de agir²⁰¹;
- e) Norma recepcionada pela Constituição, edição superveniente da norma e encaminhamento de projeto de lei: Não há interesse de agir (superveniente), também, nos casos em que i) após o ajuizamento do mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal reconheça que determinada lei, que regulamenta situação posta em norma constitucional, foi recepcionada pela Constituição; ii) após a propositura do mandado de injunção, edita-se norma que viabiliza o exercício do direito²⁰²; e iii) o

¹⁹⁷ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Constituição e Processo: Mandado de Injunção. jun. de 2012. p. 7. Notas de Aula.

¹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **O mandado de injunção como remédio contra a omissão constitucional no direito brasileiro.** Disponível em: <
<https://www.google.com.br/search?q=O+mandado+de+injun%C3%A7%C3%A3o+como+rem%C3%A9dio+contra+a+omiss%C3%A3o+inconstitucional+no+direito+brasileiro>>. Acesso em: 21 dez 2013. p. 18.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 20.

²⁰⁰ *Ibid.*, p.22.

²⁰¹ MARINONI, *op. cit.*, p. 23.

²⁰² O Supremo Tribunal Federal julgou diferente no mandado de injunção n.º 943, quando autorizou aos ministros aplicar parâmetros idênticos aos utilizados na legislação superveniente relacionada ao caso. Consoante se demonstra pela ementa a seguir transcrita: Mandado de injunção. 2. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Art. 7º, XXI, da Constituição Federal. 3. Ausência de regulamentação. 4. Ação julgada procedente. 5. Indicação de adiamento com vistas a consolidar proposta conciliatória de concretização do direito ao aviso prévio proporcional. 6. Retomado o julgamento. 7. Advento da Lei 12.506/2011, que regulamentou o direito ao aviso prévio proporcional. 8. Aplicação judicial de parâmetros idênticos aos da referida legislação. 9. Autorização para que os ministros apliquem monocraticamente esse entendimento aos mandados de injunção pendentes de julgamento, desde que impetrados antes do advento da lei regulamentadora. 10. Mandado de injunção julgado procedente. Vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n.º 943.

encaminhamento de projeto de lei não pode ser visto como mecanismo de “desculpabilidade” do legislador. A apresentação de projeto de lei somente tem o efeito de desculpar o legislador quando não há demora excessiva da Casa legislativa para deliberar (*inertia deliberandi*)²⁰³.

Entretanto, à luz dos ensinamentos de Luís Roberto Barroso²⁰⁴ e de Francisco Wildo Lacerda Dantas²⁰⁵, dentre outros, constata-se de forma penosa que o mandado de injunção jamais foi, na prática, o que o constituinte e os doutrinadores haviam suposto, muito embora esse instrumento tenha trazido importantes contribuições nas hipóteses de cabimento da sua incidência.

Como a prática ordinária logo demonstrou, o limite imposto ao mandado de injunção estava na interpretação dada ao princípio da separação dos poderes pelo órgão jurisdicional, segundo o qual o Poder Judiciário apenas deveria atuar como legislador negativo, sob pena de invadir às funções dos outros Poderes²⁰⁶.

No mandado de injunção n.º 721-7/DF, o Ministro Marco Aurélio já refletia sobre a timidez inicial da Suprema Corte brasileira ao definir o alcance do mandado de injunção, ao tempo que se destaca que se deve perceber a frustração gerada pela postura inicial, que transforma o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo. Grifa que se busca o Judiciário com o intuito de lograr a supremacia da própria Constituição, a efetiva prestação jurisdicional que afaste as consequências nefastas da inércia do legislador.

No que se refere à medida liminar em sede de mandado de injunção, entende o Supremo Tribunal Federal ser incabível²⁰⁷. Não obstante, é certo que a viabilidade da liminar depende do que se admite poder ser feito pelo Poder Judiciário mediante o mandado de injunção. Ora, se a tutela final se resume à declaração da omissão inconstitucional, seguida de

Impetrante: Raimundo Nonato de Almeida e outros. Impetrado: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 06 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23508283/mandado-de-injuncao-mi-943-df-stf>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **O mandado de injunção como remédio contra a omissão inconstitucional no direito brasileiro**. Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=O+mandado+de+injun%C3%A7%C3%A3o+como+rem%C3%A9dio+contra+a+omiss%C3%A3o+inconstitucional+no+direito+brasileiro>>. Acesso em: 21 dez 2013. p. 25.

²⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009b. p. 167.

²⁰⁵ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Constituição e Processo: Mandado de Injunção**. jun. de 2012. p. 7. Notas de Aula.

²⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 154.

²⁰⁷ MI n.º 631, Relatoria do Ministro Ilmar Galvão.

cientificação do legislador, não se pode admitir uma norma judicial provisória, nos moldes de uma tutela antecipada.

Contudo, quando se parte da premissa de que o Poder Judiciário pode retirar do descumprimento do dever de legislar determinada consequência concreta ou editar a norma jurídica faltante, e, mais ainda, quando se admite que o Tribunal pode tutelar o direito dependente da norma até então ausente, há uma diferença substancial²⁰⁸.

Nestes dois últimos casos, a decisão revela uma força constitutiva, e não mandamental como no primeiro caso. Assim, a análise se volta à possibilidade de medida liminar em face de decisão final de conteúdo constitutivo. Nesse ponto, Luiz Guilherme Marinoni entende no sentido de que há a admissão de provimento assecuratório (de natureza cautelar) diante de decisão final de natureza constitutiva, pois se trata de assegurar o direito que depende da constituição final²⁰⁹.

No entanto, consoante Luiz Guilherme Marinoni, a dificuldade não reside na possibilidade de uma constituição fundada em cognição sumária, “[...] mas sim em saber se é possível obstar uma conduta ou autorizar um comportamento cuja legitimidade depende da constituição, [...] se é possível antecipar o exercício de um direito que ainda depende de uma decisão”²¹⁰.

Não se trata de uma simples “constituição provisória”, conforme mais uma vez esclarece Luiz Guilherme Marinoni:

Realmente, nada pode impedir, em tese, ordem que proíba a imposição de sanções contra a entidade beneficente que gozaria de imunidade caso a decisão final do mandado de injunção já houvesse sido proferida [MI n.º 232]. Do mesmo modo, é claramente possível, em sede de liminar, ordem para que a autoridade administrativa se abstenha de impor sanções àquele que estaria usufruindo do direito caso a decisão final já houvesse sido pronunciada, situação que sucedeu no mandado de injunção 631, em que se requereu liminar (não admitida) para que o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul se abstivesse da abertura de processos administrativos para o desconto, dos vencimentos dos servidores, dos dias de paralisação na greve²¹¹.

Depreende-se da passagem supramencionada que se parte da menor onerosidade para se evitar consequências danosas decorrentes da não regulamentação de um direito fundamental prescrito na Constituição Federal. Como exemplo, tem-se o direito de greve dos

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **O mandado de injunção como remédio contra a omissão inconstitucional no direito brasileiro**. Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=O+mandado+de+injun%C3%A7%C3%A3o+como+rem%C3%A9dio+contra+a+omiss%C3%A3o+inconstitucional+no+direito+brasileiro>>. Acesso em: 21 dez 2013. p. 16.

²⁰⁹ *Idem*, p. 16-17.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 17-18.

²¹¹ MARINONI, *op. cit.*, p. 17-18.

servidores públicos civis, cuja greve não pode ser simplesmente declarada ilegal unicamente por não haver lei que a regule.

Quanto aos efeitos da decisão jurisdicional em sede mandado de injunção, reserva-se o seu estudo ao último capítulo deste trabalho.

Importa salientar, por hora, que, segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, por muito tempo foi dado aos dois institutos (ação de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção) significado processual semelhante, assegurando às decisões proferidas nesses processos idênticas consequências jurídicas. A diferença fundamental consistiria no fato de que, enquanto o mandado de injunção se destina à proteção de direitos subjetivos e pressupõe a configuração de um interesse jurídico, o processo de controle abstrato por omissão pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico²¹².

No contexto da insuficiência das alternativas dispostas no ordenamento jurídico brasileiro para atingir a efetividade constitucional, especificamente no tocante ao caso do direito à greve dos servidores públicos civis, é que se propõe o avanço das discussões sobre o uso de decisões jurisdicionais de perfil aditivo, a fim de analisar as suas implicações processuais.

Principalmente porque, em que pese não ser suprida a omissão reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal - edição de lei ordinária específica -, o preceito constitucional deve ser aplicado concretamente nos termos determinados pela decisão.

3.3 O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira, decorrente do fenômeno chamado de ativismo judicial.

O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade²¹³.

²¹² MI n.º 107/DF, de relatoria do Ministro Moreira Alves.

²¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014. p. 1.

Ora, para a definição do chamado ativismo judicial, impende diferenciá-lo do que se entende por "Judicialização", pois apesar de próximos, os termos não devem ser empregados como sinônimos. Constata-se que a judicialização é mais ampla, estando, deste modo, o ativismo judicial contido naquela²¹⁴, consoante delineado a seguir.

Para Luís Roberto Barroso, o termo judicialização "[...] significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo"²¹⁵. Podendo-se apontar as seguintes causas da judicialização no Brasil²¹⁶:

- a) A redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988, acabando por fortalecer e expandir o Poder Judiciário, além de aumentar a demanda e o acesso à justiça pela sociedade brasileira;
- b) A constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária;
- c) E o próprio sistema misto de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, por combinar aspectos de dois sistemas diversos: o americano (controle incidental e difuso) e o europeu (concentrado). Isso sem falar do direito de propositura amplo, previsto no artigo 103, da Constituição Federal, de acordo com o qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas podem ajuizar ações diretas.

Fator caracterizador da judicialização é que, em todas as decisões, o Supremo Tribunal Federal é provocado a se manifestar e o faz nos limites dos pedidos formulados. Isto é, "o Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento"²¹⁷.

Por isso, Luís Roberto Barroso afirma que não se pode imputar aos Ministros do Supremo Tribunal Federal a ambição de criar um modelo "juriscêntrico" de hegemonia judicial, uma vez que a judicialização se limita a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente²¹⁸.

²¹⁴ NEGRELLY, Leonardo Araujo. **O ativismo judicial e seus limites frente ao Estado**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza - CE, jun./ 2010. p. 1.421.

²¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014. p. 3.

²¹⁶ *Idem*, p. 3-6.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 5-6.

²¹⁸ BARROSO, *op. cit.*, p. 5-6.

No contexto brasileiro, a judicialização é uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado, enquanto "[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance"²¹⁹.

Três objeções podem ser opostas à judicialização e, sobretudo, ao ativismo judicial no Brasil. As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário²²⁰.

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas – como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental –, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular.

Os riscos da politização da justiça, sobretudo da justiça constitucional, não podem ser totalmente eliminados. A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa jurídica. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico.

No tocante à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, o Judiciário deverá verificar se, em relação à matéria tratada, um outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir. Por exemplo: o traçado de uma estrada, a ocorrência ou não de concentração econômica ou as medidas de segurança para transporte de gás são questões que envolvem conhecimento específico e discricionariedade técnica. Em matérias como essas, em regra, a posição do Judiciário deverá ser a de deferência para com as valorações feitas pela instância especializada, desde que possuam razoabilidade e tenham observado o procedimento adequado²²¹.

Contudo, vale ressaltar que a referida capacidade interpretativa conferida ao órgão jurisdicional não é irrestrita, devendo, por conseguinte, ser a sua utilização limitada aos julgamentos dos denominados casos difíceis (*hard cases*), devendo ainda condicionar o

²¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.p. 6.

²²⁰ *Idem*, p. 10.

²²¹ *Ibid.*, p. 17-18.

magistrado a transitar somente dentro da moldura jurídica imposta pelo legislador, sendo esta o conjunto normativo capaz de regulamentar em alguma medida o caso concreto²²².

Nada obstante, têm-se também os limites processuais da jurisdição constitucional, tratados em tópico próprio no presente trabalho.

Ora, o termo ativismo judicial tem assumido diferentes conotações na doutrina brasileira: a) pode ser considerado como uma postura participativa do magistrado; b) assim como pode estar ligado à participação do juiz na formação da norma jurídica, com foco no pronunciamento jurisdicional de mérito. No primeiro caso se fala em momentos anteriores ou posteriores à decisão jurisdicional, destinados à preparação do ato decisório ou à satisfação do direito reconhecido pela decisão jurisdicional. Já no segundo caso, faz-se referência à decisão jurisdicional como ato capaz de criar a norma jurídica válida para o caso concreto, e que em alguns casos terá seus efeitos estendidos a toda sociedade²²³.

Grife-se que está sendo utilizado, no presente trabalho, a segunda acepção do termo ativismo judicial, como sendo o exercício da função jurisdicional que incumbe institucionalmente ao Supremo Tribunal Federal às funções de resolver conflitos de interesse e conflitos normativos constitucionais²²⁴.

De fato, o texto aberto da Constituição Federal de 1988 e a crescente concentração de poderes na parcela de jurisdição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, desde a edição da Constituição Federal de 1988, vêm revelando a tendência do ativismo judicial.

O Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. Posto que, desde a edição da Constituição Federal de 1998, a Suprema Corte brasileira passou a acumular as funções de Corte Constitucional, de órgão de cúpula do Judiciário (última instância), e de foro especializado. Mas não foi poder o bastante, tendo em vista as posteriores edições das Emendas n.º 03/93 e n.º 45/05, e das Leis n.º 9.868/99 e n.º 9.882/99²²⁵, em que pese a previsão do controle abstrato de constitucionalidade já existir na Constituição brasileira de 1967.

Oscar Vilhena Vieira denominou o que chamou de fenômeno da "Supremocracia", entendendo-o sob dois aspectos. Em um primeiro momento, referiu-se à autoridade do Supremo Tribunal Federal em relação às demais instâncias do Judiciário, pois desde a sua

²²² NEGRELLY, Leonardo Araujo. O ativismo judicial e seus limites frente ao Estado. Trabalho publicado nos **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza - CE, jun./ 2010. p. 1.419.

²²³ *Idem*, 2010, p. 1.419-1.420.

²²⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255.

²²⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Revista Direito GV**. Jul-dez. São Paulo, 2008. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2012. p. 444.

criação (em 1891) a Suprema Corte brasileira sempre teve certa dificuldade em impor suas decisões tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade sobre as instâncias jurisdicionais inferiores. Somente após a criação de institutos como a Súmula Vinculante, foi que o Supremo passou a adquirir autoridade de governar jurisdicionalmente o Poder Judiciário brasileiro²²⁶.

Em um segundo momento, o termo "Supremocracia" se refere à autoridade do Supremo Tribunal Federal em detrimento dos demais Poderes da República, quando o Supremo passa a se deslocar ao centro do arranjo político do Brasil, na medida em que emite a última palavra sobre questões de natureza substantiva; ora validando e legitimando decisões dos órgãos representativos ora substituindo as escolhas majoritárias.

[...] logo, o Supremo estaria acumulando **exercício de autoridade**, inerente a qualquer intérprete constitucional, com **exercício de poder**. Esta última atribuição, dentro de um sistema democrático, deveria ficar reservada a órgãos representativos, pois quem exerce poder em uma república deve sempre estar submetido a controles de natureza democrática²²⁷. (grifos nosso)

Doutra forma, o termo "Supremocracia" é composto por duas palavras: "Supremo", adjetivo definido, como aquilo que está acima de tudo, superior, último, extremo, fazendo alusão ao Supremo Tribunal Federal – ao menos ao que se refere ao âmbito jurisdicional; e a adição do sufixo *-cracia*, elemento comparativo de origem grega que denota autoridade, poder²²⁸. Trata-se, então, do governo do Supremo Tribunal Federal, como esfera máxima e última de poder ("Poder Supremo").

Nesse sentido, em que pese às considerações de Dirley da Cunha Júnior acerca da justiça e da jurisdição constitucional²²⁹, vê-se que o autor pareceu excluir da sua discussão o Judiciário, dentro da estrutura de Poder Público também sujeito a controle e à obediência a Supremacia da Constituição. Seguindo a lógica do autor, no tocante a imposição da sujeição da ordem jurídica estatal aos preceitos normativos de uma Constituição rígida, a nosso ver, deveria também o Supremo Tribunal Federal se curvar a tal imposição, sob pena de incorrer, ele próprio, em inconstitucionalidade.

²²⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Revista Direito GV**. Jul-dez. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2012. p. 444.

²²⁷ *Idem*, 2008, p. 446.

²²⁸ XIMENES, Sérgio. **Dicionário da língua portuguesa**. 3 ed. São Paulo: Ediouro, 2001.

²²⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 389-390.

Ao afirmar – acertadamente – que o sistema representativo passa por uma crise, na qual a maioria parlamentar, em regra, não corresponde à vontade popular²³⁰, pareceu negligenciar a reflexão sobre qual a garantia de que a atuação de magistrados singulares e, mais especificamente, a atuação proveniente de uma Corte Suprema composta por 11 ministros (espécie de minoria intelectual) poderia representar de fato os legítimos interesses da sociedade.

Contudo, observa-se hodiernamente a necessidade do Supremo Tribunal Federal aplicar o conceito de interpretação inicialmente pensada por Hans Kelsen²³¹, quando da aplicação do Direito por um órgão jurídico. De acordo com o autor, a interpretação consiste na fixação do sentido das normas que este órgão vai aplicar. Sendo a interpretação, portanto, “[...] uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”²³².

Nada obstante, ao transcender os temas propriamente constitucionais, a Constituição Federal criou uma grande esfera de tensão constitucional. Assim, se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dos atores políticos é muito pequeno, e qualquer movimento mais brusco dos administradores poderia ensejar um incidente de inconstitucionalidade que, em regra, deságua na Suprema Corte²³³.

Assim, a partir das primeiras doutrinas jurídico-filosóficas identificadas com a Escola da Exegese, nota-se que se buscava a segurança jurídica em um modelo racional para a aplicação do direito, de acordo com o qual “[...] o ato do aplicador nada mais seria senão a identificação do fato com a norma para a verificação da consequência jurídica a ser aplicada, sem qualquer intervenção dos valores e subjetividades do aplicador”²³⁴.

Entretanto, segundo Adrualdo de Lima Catão:

Essa tentativa metafísica de se buscar um “sentido em si” no texto normativo desconsidera o caráter humano da interpretação e, conforme se verá ao longo do trabalho, é objeto de crítica das concepções hermenêutico-filosóficas que postulam uma visão do conhecimento como uma atividade linguística, voltada não para um ser em si, mas para os problemas e necessidades históricas do ser humano, inserido sempre num ambiente linguístico²³⁵.

²³⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Revista Direito GV**. Jul-dez. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2012. p. 389-390.

²³¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 275-276.

²³² *Idem*, 1998, p. 275-276.

²³³ VIEIRA, *op. cit.*, p. 447.

²³⁴ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió-AL: EDUFAL, 2007. p. 44.

²³⁵ *Idem*, 2007, p. 47.

Sob a ótica do positivismo²³⁶, observa-se que tanto Hart – ao defender a “textura aberta do direito” – quanto Kelsen – com sua ideia de “moldura” dentro da qual o intérprete detém certa liberdade – não possui uma visão da interpretação como algo mecanizado e sem criatividade²³⁷.

De fato, Hart defende existir casos juridicamente não regulados, onde o direito se apresenta indeterminado ou incompleto, podendo o juiz criar o direito. Contudo, mesmo em tal caso, entende que o exercício de tal poder pelos juízes é diferente dos de um órgão legislativo, estando seus poderes sujeitos a muitos constrangimentos que “[...] estreitam a sua escolha”²³⁸.

Salienta-se, por oportuno, que as significações obtidas a partir da interpretação são condicionadas aos pré-conceitos e pré-concepções do intérprete, explicáveis a partir de uma tradição²³⁹, e de demais elementos atuais que também determinam a produção do sentido. Então o Juiz, por mais livre que seja na criação do direito quando da sua aplicação, deve ter sempre uma vinculação ao texto normativo, limitando-se também sob o ponto de vista formal.

Nesse sentido se encontra a discussão sobre hermenêutica jurídica sob o foco da atuação criativa dos Tribunais, refletindo-se se o Poder Judiciário constrói as significações dos enunciados prescritivos através do processo de interpretação²⁴⁰ dentro dos limites impostos pela moldura do sistema jurídico-normativo, ou se apenas se utiliza de princípios e conceitos abertos para tornar direito aquilo que está por trás dos enredos e interesses imputados pelo Poder Político.

Note-se, dessa forma, que não há consenso entre os juristas sobre como melhor interpretar a Constituição, e também não é a pretensão do presente trabalho. Porém, não significa que a tarefa não deva ser feita da forma mais racional e controlável possível²⁴¹.

Diante da atuação do Supremo Tribunal Federal frente ao ativismo judicial, convém discorrer agora sobre a decisão jurisdicional e o seu possível perfil aditivo.

²³⁶ Aqui o positivismo é considerado de forma ampla, sem adentrar nas suas diversas vertentes.

²³⁷ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió-AL: EDUFAL, 2007. p. 46.

²³⁸ HART, Herbert L. A., **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, Pós-escrito. p. 336.

²³⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 227.

²⁴⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3ª edição. São Paulo: Noeses, 2009.

²⁴¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Revista Direito GV**. Jul-dez. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2012. p. 457.

4 DECISÃO JURISDICIONAL DE PERFIL ADITIVO

4.1 Breves considerações sobre decisão jurisdicional

Inicialmente, tem-se que as decisões jurídicas²⁴² são, em regra, os "atos de fala" capazes de gerar texto jurídico novo, e se dividem em duas categorias: a decisão extra-ordamental (ou extra-sistêmica) e a decisão intra-ordamental (ou intra-sistêmica). “Por esse motivo, a decisão é o elemento central do direito, e dela resultam a norma e a instituição”²⁴³.

Realizando uma breve digressão aos capítulos anteriores, entende-se que a decisão constituinte (extra-sistêmica) é a que cria ou constitui o ordenamento, e isso porque sem a decisão constituinte não há Constituição, e sem Constituição não há ordenamento, nem sistema. Sendo assim, produzido o novo ordenamento jurídico mediante a adoção de uma Constituição, determina-se como primeiro ato de comunicação a afirmar quem é o soberano, e assim os poderes máximos da nova entidade jurídica se põem a funcionar e se tomam novas decisões²⁴⁴.

Contudo, não se poderia deixar de mencionar a decisão jurisdicional no processo de realização do direito, “[...] sobre cujo conteúdo recaem em primeiro lugar as exigências da constituição e das leis, e, em segundo lugar também aquelas próprias da justiça extra-sistêmica, sempre que o âmbito constitucional e legal o permita”²⁴⁵.

Essas decisões jurisdicionais produzem texto verbalizado construtores de normas jurídicas, por serem resultado de trabalho hermenêutico que deve operar sobre o "material bruto" do ordenamento.

Salienta-se que a decisão geradora de texto jurídico limita o sentido deste, e o ordenamento, como texto bruto, precisa de uma elaboração dogmática, que por sua vez só é possível com um modelo teórico das normas jurídicas. Estas e o sistema jurídico-normativo que compõem são produto da construção hermenêutica. O sistema, então, penetra no ordenamento através de novas decisões (jurídicas e jurisdicionais), produzindo-se um

²⁴² Decisão jurídica, aqui, não assume o mesmo significado que decisão judicial ou jurisdicional, mas uma acepção de tomada de decisão legislativa para a criação legal.

²⁴³ ROBLES, Gregório. **O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito**. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri-SP: Manole, 2005. p. 3.

²⁴⁴ *Idem*, 2005, p. 4-5.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 6.

fenômeno de "alimentação" do novo material pela dogmática jurídica, que então atua como elemento fundamental nos processos de decisão intra-sistêmicos²⁴⁶.

Nesse diapasão, sabendo que o deôntico vem marcado pela presença indispensável de uma cadeia de vínculos de subordinação, e que o critério de pertinência de uma norma a dado sistema reside na contingência de que as múltiplas unidades busquem seu fundamento de validade em outras normas que lhes sejam superiores, observa-se que a hierarquia é um autêntico axioma dos sistemas normativos.

Visto isso, entende-se que o texto constitucional é a linha de referência que determina a hierarquia das normas jurídicas, entre as proposições prescritivas nele contidas e todas as demais, abaixo da Constituição.

Nada obstante, conforme mencionado no primeiro capítulo, a norma jurídica, para ser completa, deve compreender a norma primária e a norma secundária, dentro do esquema mínimo de hipótese e consequente²⁴⁷.

A norma jurídica primária abarca as relações deônticas direitos/deveres e corresponde à norma primária dispositiva e à norma primária sancionadora. A norma primária dispositiva trata de um fato lícito de possível ocorrência (hipótese), estabelecendo uma relação jurídica "R" (consequente). Enquanto a norma primária sancionadora trata de um fato ilícito de possível ocorrência (hipótese), que poderá ou não estabelecer uma dada relação jurídica (consequente)²⁴⁸.

A norma jurídica secundária, por sua vez, trata-se de norma processual (também sancionadora) – dentro do esquema hipótese e consequente – e corresponde à coercitividade do direito, por trazer em sua previsão o descumprimento da relação prevista em uma norma primária, que implica a atuação do estado-juiz para fazer valer aquela relação jurídica²⁴⁹.

Portanto, a norma secundária pressupõe a norma definidora da conduta exigida, não havendo como admitir norma primária sem norma secundária, especialmente porque esse modo de ser da norma completa é o que diferencia o sistema jurídico de outros sistemas reguladores de conduta. Por isso dizer que a norma primária sem norma secundária se

²⁴⁶ ROBLES, Gregório. **O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito**. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri-SP: Manole, 2005. p. 18.

²⁴⁷ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 112; CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. 5 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 41.

²⁴⁸ VILANOVA, *op. cit.*, p. 105-106.

²⁴⁹ VILANOVA, *op. cit.* p. 105-106.

desjuridiciza, enquanto a norma secundária sem a norma primária se reduz a mero instrumento sem finalidade material²⁵⁰.

Assim, de acordo com essa concepção dual da norma jurídica, não há como conceber uma norma (inclusive as normas de estrutura) sem a sanção correlata, haja vista que o elemento que põe juridicidade a uma norma é justamente a previsão de uma sanção pelo Estado, para garantir a sua concretização²⁵¹.

Feitas tais digressões, tendo em vista o “dever-ser” modalizado das normas jurídicas, a inércia do legislador constituído perante norma constitucional com sentido deôntico classificado em obrigatório tem como consequência a impossibilidade de aplicabilidade/efetividade da norma jurídica completa, dando origem à omissão (legiferante) inconstitucional.

Nesse sentido, Beclaute Oliveira Silva constata que a indiferença a um enunciado prescritivo ou consiste em ilicitude ou em inexistência do enunciado do ponto de vista normativo, isto é, revela “[...] ausência de condição lógico-formal ou lógico-semântica para a sua efetivação”²⁵².

Em outras palavras, tendo como exemplo o caso da omissão inconstitucional do direito de greve dos servidores públicos civis, na prática, a mora do legislador constituído se revelou um descumprimento de norma de estrutura constitucional modalizada em obrigatória sem mecanismos para a promoção da sua aplicabilidade imediata, posto que ausente a atuação legiferante voluntária em obediência ao sistema jurídico-normativo²⁵³.

Sendo assim, diante da ausência de um mínimo lógico semântico para se ter uma norma efetiva, a eficácia prática dos institutos de controle de inconstitucionalidade das omissões do Poder Legislativo brasileiro (quais sejam: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção), carentes de mecanismos de força executiva, ficaram na dependência da retórica dos tribunais, o que hoje se denomina “ativismo judicial”²⁵⁴.

²⁵⁰ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 189-190.

²⁵¹ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 112; CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. 5 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 41.

²⁵² SILVA, Beclaute Oliveira. Dimensões da linguagem e a efetividade dos direitos fundamentais: uma abordagem lógica. In: **Revista do Mestrado em Direito**. V. 2, n. 2, jun/2006. Maceió-AL: Nossa Livraria, 2006.

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - ADI n.º 1484 / DF, Relator: Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento: 21/08/2001, Data de Publicação: DJ 28/08/2001 P - 00030; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n.º 107 / DF, Relator: Ministro Moreira Alves, Data de Julgamento: 23/11/1989, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 21-09-1990 PP-09782.

²⁵⁴ O termo ativismo judicial está sendo utilizado, no presente trabalho, como sendo o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio sistema jurídico-normativo, incumbindo

Uma posição mais ativa dos Tribunais – em especial do Supremo Tribunal Federal – foi ganhando espaço à medida que o ativismo judicial foi sendo explorado pela comunidade jurídica brasileira. Essa atuação ativa corresponderia, em tese, à construção jurisdicional de um comando²⁵⁵ no plano sintático, semântico e pragmático, enquanto o enunciado constitucional permaneceria carente da atuação do legislador constituído.

Nesse sentido, há quem entenda que o ativismo judicial seria a consequência de uma interpretação extensiva ou análoga da disposição que não prevê expressamente aquilo que é constitucionalmente exigido, de modo que ora o intérprete poderia reparar essa vulnerabilidade da norma mediante uma interpretação da mesma com a Constituição, ora declarando a sua nulidade ou levantando a questão de inconstitucionalidade²⁵⁶.

Porém, justamente para o intérprete encontrar o devido respaldo constitucional, ele não poderá recolher os enunciados à sua vontade, devendo sempre circunscrever as suas escolhas dentro de certos segmentos da ordem legislada, que o texto constitucional e legal expressamente indicam.

Nada obstante, diante de uma omissão inconstitucional, a mera interpretação conforme, a invocação do princípio da isonomia, a declaração (ou não) de nulidade, ou a questão pura e simples de inconstitucionalidade, não são suficientes para conferir uma solução concreta à questão da omissão total. Mais que isso. Vislumbra-se a imprescindibilidade de uma atuação integrativa, para a efetiva realização do direito, como será visto a seguir.

4.2 Decisão jurisdicional de perfil aditivo: primeiras considerações

A linguagem jurídica prescritiva não se limita à apenas descrever a realidade, mas também a criá-la e alterá-la²⁵⁷ mediante a linguagem competente, o que no Direito se dá por meio das provas. "Assim, além de representar a realidade, a linguagem permite a construção de conceitos que permitem a construção da realidade institucional"²⁵⁸.

institucionalmente ao Poder Judiciário as funções de resolver conflitos de interesse e conflitos normativos. Vide: Elival da Silva Ramos. **Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255.

²⁵⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. 5 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 37-38.

²⁵⁶ REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Las Sentencias Interpretativas Del Tribunal Constitucional**. España: Lex Nova, 2001. p. 256-257.

²⁵⁷ CARVALHO, *op. cit.*, p. 38.

²⁵⁸ CARVALHO, *op. cit.*, p. 45.

A todo tempo se faz escolhas, decide-se. A comunicação na decisão judicial ocorre em três dimensões, segundo Paulo de Barros Carvalho: lógica, semântica e pragmática²⁵⁹. Fixando-se, por ora, no enfoque pragmático da linguagem.

Dessa forma, quando o juiz constrói uma norma para o caso concreto, está dispondo exatamente os direitos e deveres correlatos e quais os itens dos pedidos que acolhe, constando na parte dispositiva da decisão sempre uma norma individual e concreta²⁶⁰.

Após o entendimento desenvolvido pela escola exegética, pelo qual só havia lugar para a aplicação do direito, e não cabia a criação judicial, foi-se entendendo "[...] que o direito é sempre interpretação criativa, realização de valores, ampliando-se a atividade judicial". Atualmente, discute-se sobre seus limites²⁶¹. "Portanto, caberá ao julgador construir uma norma a partir do repertório disponível para a situação que lhe cabe decidir. E a sua escolha deverá levar em conta os argumentos de ambas as partes do processo à luz da legislação e da jurisprudência"²⁶².

A norma de eficácia limitada, embora pendente de regulamentação, também denota um mínimo de precisão (ou quadro) que permita deduzir dela uma decisão jurisdicional (possível), pois devem ser aplicáveis de forma imediata, sobretudo porque se trata de um mandamento constitucional.

Assim, a questão da aplicabilidade e efetividade da norma deve ser examinada sendo levado em consideração o fato de que o cidadão deve obter do Estado a tutela de seus direitos.

Em primeiro lugar, a decisão jurisdicional também é fonte de direito, ao construir norma jurídica que implica diretamente na ordenação do social, de acordo com a sua eficácia preponderante. Em segundo lugar, em se tratando de norma de eficácia limitada, ainda que estas sejam direcionadas ao Estado de forma imediata, mediatamente se dirigem à satisfação de um direito anteriormente prescrito, posto, carente de efetivação.

A norma de eficácia limitada de modal obrigatório não possui a pretensão de não realização, ao contrário, traz consigo a obrigatoriedade da regulamentação, a fim de se tornar também aplicável (operável). Daí se dizer, em caso de uma omissão inconstitucional, que um poder constituído - Legislativo - não pode embaraçar, deixar de tornar realizável um direito resguardado pela própria Constituição, sob pena de ferir de morte a sua soberania.

²⁵⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. 5 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 52-53.

²⁶⁰ CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 334-335.

²⁶¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Claudia Lima Marques. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 169.

²⁶² CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 334-335. p. 335.

Nota-se que as normas ditas programáticas também são e devem ser operáveis, conquanto se enxerga a operatividade como problema de aplicação. Pois, "[...] o problema da operatividade não é outra coisa senão a determinação do alcance dos efeitos de uma norma jurídica. Esse processo deve ser realizado tendo-se em conta qual tipo de norma se deseja aplicar, e qual função ela deverá cumprir"²⁶³. No presente caso, trata-se de norma de estrutura com função integrativa²⁶⁴.

De acordo com Ricardo Luis Lorenzetti²⁶⁵, deve-se prestar atenção na noção de "fruição direta" dos direitos; em alguns casos a fruição se dá em virtude da própria norma, que se revela de funcionamento e aplicação imediatos, sem a necessidade de edição de normas posteriores. No entanto, em outros casos, há uma espécie de aplicação derivada quando a norma necessita de outra que a regulamente, não sendo possível assim a sua "fruição direta".

A grande questão da decisão jurisdicional no tocante a omissão inconstitucional reside no fato de que o sistema jurídico brasileiro "[...] pressupõe um reconhecimento constitucional de um direito e uma lei infraconstitucional que o coloque em execução; porém, se ela não existe, haverá que se presumir a operatividade deste direito"²⁶⁶.

Nessa seara, a utilização de decisão jurisdicional de perfil aditivo pelo magistrado deve se dá de acordo com modelos decisórios anteriores às regras a serem aplicadas, e que condicionam a decisão propriamente dita. Assim sendo, perquire-se a finalidade de blindar ao máximo a decisão jurisdicional da "pré-compreensão" de quem toma a decisão, tentando impedir que se chegue a uma diferente interpretação das normas, ainda que se aplique a subsunção das regras e a ponderação dos princípios²⁶⁷.

Sob a ótica do paradigma do Estado de Direito Constitucional, Ricardo Luis Lorenzetti afirma que "[...] o juiz constitucional é um identificador dos consensos básicos da sociedade, e não quem decide sobre a base das suas próprias concepções de vida", de forma que a postura do juiz deve ser preponderantemente procedimental, tendo a Constituição um mecanismo de pré-compromisso ou autorrestrrição²⁶⁸.

²⁶³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Claudia Lima Marques. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 149.

²⁶⁴ "são instrumento técnico para preencher uma lacuna do ordenamento jurídico". In: LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Claudia Lima Marques. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 149.

²⁶⁵ LORENZETTI, *op. cit.*, p. 150.

²⁶⁶ LORENZETTI, *op. cit.*, p. 152.

²⁶⁷ LORENZETTI, *op. cit.* p. 227.

²⁶⁸ LORENZETTI, *op. cit.* p. 327.

Postura procedimental essa no sentido de que ao magistrado cabe garantir o procedimento, a fim de a vontade tanto da maioria quanto da minoria seja expressada, para que se possa chegar a um consenso a partir do diálogo entre as partes do processo.

O paradigma do Estado de Direito Constitucional tem a finalidade clara de "[...] fazer respeitar os procedimentos antes de se obterem os fins de qualquer modo"²⁶⁹ e atua antes mesmo da aplicação das regras e princípios com vistas à solução de determinado caso concreto.

Observa-se, então, que o magistrado deve expor desde logo na sua decisão sob qual paradigma do direito se pautará²⁷⁰, qual o objeto que pretende alcançar, harmonizando a tensão com algum outro paradigma, a fim de evitar uma arbitrariedade da decisão. A decisão jurisdicional deve, pois, atender ao método que se propõe, assumir o ônus da argumentação justificativa caso assinale uma solução diferente dos seus precedentes, possuir o dever de coerência ao resto do sistema jurídico, assim como fazer prevalecer soluções que causem o menor dano institucional possível²⁷¹.

Traçadas essas linhas gerais, e sendo o enfoque do presente trabalho a norma originada de uma decisão jurisdicional de possível cunho aditivo, tem-se que há muito o Poder Judiciário vem se valendo da interpretação conforme à Constituição como técnica de decisão, à luz da interpretação de uma norma jurídica em harmonia com a Constituição Federal, em meio a outras possibilidades interpretativas que o preceito possa admitir.

Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma. Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outras interpretações possíveis, que conduziriam a um resultado contrastante com a Constituição²⁷². Essa técnica fora, inclusive, prestigiada pela Lei n.º 9.868/1999, em seu artigo 28, parágrafo único.

Não obstante, o princípio da igualdade é igualmente utilizado nesta seara. Também conhecido como princípio da isonomia, ele consiste na busca de algo que tenha permanência lógica para se obter tratamentos diferenciados diante de determinados casos específicos.

Rezam as Constituições – e a brasileira estabelece no seu artigo 5º, *caput* – que todos são iguais perante a lei. Entende-se, então, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal, mas que a própria lei não pode ser editada em

²⁶⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Claudia Lima Marques. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 164.

²⁷⁰ Leia mais sobre os paradigmas do direito em LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Claudia Lima Marques. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²⁷¹ LORENZETTI, *op. cit.*, p. 164-165.

²⁷² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Controle de constitucionalidade**. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2007. p. 176.

desconformidade com a isonomia. A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas sim um instrumento regulador da vida social, que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos.

Diante disso, qualquer elemento pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, mas as discriminações só são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com os interesses prestigiados pela Constituição²⁷³.

É certo que nenhum fator objetivo pode ser acolhido aleatoriamente, isto é, sem pertinência lógica com a diferenciação procedida. Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas e injustificadas.

A presunção genérica é a da igualdade, porque o texto da Constituição o impõe. Editada a lei, aí sim, surgem as distinções (que possam se compatibilizar com o princípio máximo) por ela formuladas em consideração à diversidade das situações. Bem por isso, é preciso que se trate de desequiparação querida, desejada pela lei, ou ao menos, pela conjugação harmônica das leis.

Quando se trata de omissão total, contudo, o julgador toma um sentido mais amplo (*lato sensu*) para ir além da interpretação conforme à Constituição e da correlação com o princípio da igualdade, produzindo criativamente decisões jurisdicionais “[...] que afetam o próprio conteúdo normativo complexo do preceito, reduzindo-o, aumentando-o e, até mesmo, substituindo-o”²⁷⁴.

Ou seja, a colmatção da insuficiência do texto constitucional importa num efeito integrativo do julgado, que a interpretação conforme e a solução do conflito à luz do princípio da igualdade não poderiam conferir²⁷⁵.

Assim, quando o julgador reduzir, aumentar ou substituir conteúdo normativo de algum preceito, estará diante de decisões intituladas “manipulativas”²⁷⁶, gênero do qual se extrai a espécie de decisão de perfil aditivo.

²⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 25.

²⁷⁴ BRUST, Leo. **A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 5, n. 2, jul/ago. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322009000200014&script=sci_arttext>. Acesso em: 27 out. 2012. ISSN 1808-2432. p. 2.

²⁷⁵ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Jurisdição constitucional: aspectos controvertidos**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 106.

Por oportuno, impende esclarecer que, para a finalidade pretendida neste estudo, utiliza-se o termo decisão jurisdicional de perfil aditivo para denominar as decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal que, agregam/aditam conteúdo normativo ao preceito constitucional, a fim de garantir-lhe aplicabilidade imediata e efetividade, criando norma geral e abstrata, conforme será melhor explicado adiante.

Leo Brust²⁷⁷ é adepto da ideia de que foram os italianos que adotaram o termo “manipulativo” para as decisões que alteram e incrementam o conteúdo normativo do preceito, contrariamente aos portugueses, que excluíram dessa classificação as decisões redutivas, e passaram a denominar as decisões que aumentam ou substituem o conteúdo normativo dos preceitos de “modificativas” ou, de forma genérica, aditivas. Leo Brust²⁷⁸ continua:

A sentença aditiva indica que um preceito é inconstitucional enquanto não estabelece..., ou não prevê..., ou não inclui..., ou exclui..., algo que deveria incluir para ser conforme a Constituição. A disposição é conservada em sua totalidade, mas passa a significar também o sentido omitido (norma) que a tornava ilegítima. Isto é, o Tribunal produz uma nova norma e adiciona à disposição para convertê-la em constitucional, porque esse tipo de sentença tem sua causa numa omissão da lei.

Na Itália, a “[...] *Corte Costituzionale* vem solucionando o problema das omissões inconstitucionais modulando os efeitos de suas decisões, proferindo sentenças *aggiuntive* ou *additive*”²⁷⁹. Verifica-se que, em inicial análise do ordenamento jurídico italiano:

No âmbito da Corte Constitucional, ele nos aponta as seguintes espécies de interpretação conforme ou de adequação das leis à Constituição:

1. decisões interpretativas em sentido estrito, compreendendo duas subespécies:
 - 1.1 sentenças interpretativas de rechaço; e
 - 1.2 sentenças interpretativas de aceitação.
2. decisões manipuladoras, compreendendo também duas subespécies:
 - 2.1 sentenças aditivas; e
 - 2.2 sentenças substitutivas²⁸⁰.

Convém advertir que, em relação à tipologia das sentenças, existe uma abundante terminologia utilizada pela doutrina, quase sempre procedente da Itália. No entanto, acolhe-se a classificação supramencionada, para a partir daí seguir com a análise de cada espécie, a fim de se chegar ao conceito de decisão jurisdicional de perfil aditivo, objeto do presente estudo.

²⁷⁶ BRUST, Leo. **A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 5, n. 2, jul/ago. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322009000200014&script=sci_arttext>. Acesso em: 27 out. 2012. ISSN 1808-2432. p. 2.

²⁷⁷ *Idem*, 2009, p. 2.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 2.

²⁷⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática**. Salvador: Podivm, 2006. p. 213.

²⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 124.

4.2.1 Decisões interpretativas em sentido estrito

A distinção realizada entre enunciado prescritivo e normas, no primeiro capítulo, é um pressuposto básico que permite entender as decisões interpretativas.

As decisões interpretativas são um amplo grupo, cuja característica comum é o objetivo de manter íntegro o texto do enunciado prescritivo, afetando parcialmente o seu conteúdo normativo.

As decisões interpretativas em sentido estrito são, pois, aquelas que elegem, dentre as várias interpretações construídas a partir de um enunciado normativo, a interpretação que se conforma com a Constituição, ao passo que se descartam as demais interpretações²⁸¹.

*Parecería por tanto más adecuado referirse en general a las sentencias interpretativas como aquéllas en las que el Tribunal señala qué interpretaciones de un precepto son legítimas desde el punto de vista constitucional, y cuáles deben rechazarse. [...] dejando inalterado el texto de la disposición, [...]*²⁸².

Dentro da espécie de decisão interpretativa em sentido estrito, encontram-se duas subespécies: as "[...] sentenças interpretativas de rechaço" e as "as sentenças de aceitação ou acolhimento".

Na Itália, as sentenças interpretativas de rechaço foram o primeiro tipo de pronunciamento que apresentou a dicotomia acolhimento-rejeição, tornando-se bastantes requentes a partir de 1956²⁸³.

As sentenças interpretativas de rechaço ou de *desestimación* (rejeitam a inconstitucionalidade) são aquelas que diante de um dispositivo legal que admite duas interpretações (uma conforme e outra contrária à Constituição), mantém válido o enunciado normativo, apenas podendo dar ao preceito interpretação conforme a Constituição²⁸⁴. Nas palavras do Tribunal Constitucional da Espanha:

*rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados*²⁸⁵.

²⁸¹ REVORIO, Francisco Javier Dias. **Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional: significado, efectos, tipología e legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas**. España: Lex Nova, 2001. p. 66.

²⁸² *Idem*, 2001, p. 67-68.

²⁸³ *Ibid.*, p. 80.

²⁸⁴ BELOCCI, M.; GIOVANNETTI, T. Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale. In: quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la corte costituzionale di ungheria. **Palazzo della Consulta**, 11 giugno 2010. p. 10.

²⁸⁵ REVORIO, *op. cit.*, p. 67.

A característica essencial desse tipo de sentença é que elas rejeitam uma demanda de inconstitucionalidade e declaram a constitucionalidade do enunciado interpretado em certo sentido, conforme a Constituição.

Ora, Francisco Javier Dias Revorio afirma que:

*el principio de conservación de la ley, entendido en un sentido estricto, implica que, mediante la sentencia interpretativa, el Tribunal señale qué interpretación o interpretaciones son contrarias a la Constitución, en lugar de señalar cuál es la interpretación o interpretaciones constitucionales*²⁸⁶.

Enquanto as sentenças interpretativas de aceitação ou acolhimento são aquelas decorrentes de julgados que consideram que uma ou mais disposições ou normas submetidos à questão da constitucionalidade estão em conflito com a Constituição²⁸⁷. Quando declaram expressamente a inconstitucionalidade parcial do preceito, a dita constitucionalidade não afeta o texto²⁸⁸.

Contudo, essas decisões podem acolher a inconstitucionalidade, total ou parcialmente. Se parcialmente, proclamam a inconstitucionalidade de parte do texto e de uma ou algumas opções interpretativas dele²⁸⁹.

*Toda sentencia interpretativa supone la afirmación, explícita o implícita, de la inconstitucionalidad parcial de un precepto, que sin embargo no afecta a su texto. Estas decisiones se enfrentan a una disposición de la que derivan conjunta o alternativamente varias normas, alguna de las cuales es inconstitucional*²⁹⁰.

Isso significa que, de certo modo, todas as decisões interpretativas são materialmente *estimatórias* (de aceitação ou de acolhimento) quanto aos seus efeitos, inclusive as sentenças fortemente *desestimatórias*, uma vez que nelas contém uma pronúncia tácita de inconstitucionalidade²⁹¹.

²⁸⁶ REVORIO, Francisco Javier Dias. **Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional: significado, efectos, tipología e legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas**. España: Lex Nova, 2001. p. 95.

²⁸⁷ BELOCCI, M.; GIOVANNETTI, T. Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale. In: quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la corte costituzionale di ungheria. **Palazzo della Consulta**, 11 giugno 2010. p. 11-12.

²⁸⁸ REVORIO, *op. cit.*, p. 119.

²⁸⁹ JEVEAUX. Geovany Cardoso. As decisões interpretativas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade e seu efeito constitucionalizador ordinário. **Revista Depoimentos**, 17 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/8.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2014. p. 198.

²⁹⁰ REVORIO, *op. cit.*, p. 158.

²⁹¹ JEVEAUX, *op. cit.* p. 199.

4.2.2 Decisões manipuladoras

Nas decisões manipuladoras, a Corte Constitucional não se limita a declarar a inconstitucionalidade da norma, mas adiciona ou substitui preceitos com o propósito de adequá-lo à Constituição. Isto porque as consequências da omissão geram efeitos negativos ao sistema jurídico, proporcionando sério e grande desrespeito à própria Constituição²⁹².

Isto é, as decisões manipuladoras correspondem ao grupo composto por aquelas decisões que reduzem, ampliam ou substituem o conteúdo normativo do enunciado, a fim de conformá-lo à Constituição²⁹³.

*aquella en la que se "manipula" la voluntad del legislador creando y añadiendo nuevas normas a las establecidas por éste... En Itália parece invocarse como término genérico para englobar aquellas sentencias en las que materialmente la Corte redacta el precepto que se inserta en la ley, sea para cubrir una supuesta omisión inconstitucional o sea para substituir una disposición declarada inconstitucional*²⁹⁴.

Mais que uma eliminação ou a sua interpretação conforme a Constituição, as decisões manipuladoras transformam o significado da lei, modificando ou integrando as disposições submetidas ao seu exame. Sendo assim, substituem ou adicionam para que o texto diga algo diferente do que dizia²⁹⁵.

A decisão manipuladora é espécie na qual comporta, ainda, mais duas subespécies: as "sentenças substitutivas" e as chamadas "sentenças aditivas". As quais serão analisadas pormenorizadamente a seguir.

Segundo Francisco Javier Revorio, as sentenças substitutivas são a espécie mais complexas e difíceis de decisões manipuladoras, na medida em que determinado preceito é declarado inconstitucional, ao passo que se substitui a parte declarada inconstitucional por outra indicada pelo próprio Tribunal: "La fórmula usual de este tipo de decisiones es la declaración de inconstitucionalidad del precepto 'en la parte en que' dispone algo en lugar de o 'antes que' (*anziché*) otra cosa"²⁹⁶.

²⁹² BELOCCI, M.; GIOVANNETTI, T. Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale. In: quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la corte costituzionale di ungheria. **Palazzo della Consulta**, 11 giugno 2010. p. 15.

²⁹³ REVORIO, Francisco Javier Dias. **Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional: significado, efectos, tipología e legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas**. España: Lex Nova, 2001. p. 66.

²⁹⁴ BOFILL *Apud* JEVEAUX. Geovany Cardoso. As decisões interpretativas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade e seu efeito constitucionalizador ordinário. **Revista Depoimentos**, 17 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/8.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2014. p. 191.

²⁹⁵ REVORIO, *op. cit.*, p. 134.

²⁹⁶ REVORIO, *op. cit.*, p. 146.

As sentenças substitutivas caracterizam-se por inovar o ordenamento preexistente, introduzindo disposições com eficácia *erga omnes*. As sentenças substitutivas subdividem-se em dois tipos: a) as decisões que suprimem do texto da lei determinadas palavras ou parágrafos, modificando seu conteúdo normativo original e as decisões em que a Corte Constitucional introduz um novo conteúdo normativo, substituindo o declarado inconstitucional; nesta última situação, a Corte não se limita a excluir do texto aquilo que entenda inconstitucional, mas preenche o vazio produzido por ela mesma por meio da conjunção "em vez de"; e b) as decisões em que, declarando inconstitucional o texto de lei, a Corte provoca vazio legislativo; neste caso, a Corte recria o texto de lei declarado inconstitucional para preencher o vazio até que o Poder Legislativo discipline a matéria. [...] Aqui, vislumbra-se hipótese semelhante à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade vigente no Brasil²⁹⁷.

Ora, vê-se que a sentença substitutiva cria uma omissão para, logo em seguida, colmatá-la pela opção interpretativa contida na decisão. Ou seja, ela "[...] acrescenta uma opção interpretativa que decorreria de um preceito caso estivesse escrito no texto"²⁹⁸.

As sentenças substitutivas produzem o efeito de criar um vazio normativo, acompanhado de um aspecto reconstrutor, que objetiva saná-lo. Diferem-se das sentenças aditivas porque estas enfrentam um vazio (omissão) já existente, portanto, só apresenta o efeito reconstrutor²⁹⁹.

Francisco Javier Díaz Revorio³⁰⁰ defende que "sentenças aditivas" são aquelas que, oriundas de uma processo de matéria constitucional, produzem um efeito de extensão ou ampliação do conteúdo normativo do preceito, sem afetar o texto da disposição impugnada, ao passo que deve incluir algo que o texto da disposição não trouxe expressamente. Trata-se, então, de uma sentença materialmente aditiva; conceito amplo que inclui toda sentença que produz uma ampliação do conteúdo normativo do preceito.

*[...] la **fórmula** típica de las sentencias aditivas es la declaración de inconstitucionalidad "en la parte en que...", en ocasiones hay sentencias que, utilizando otra **fórmula** - en concreto, la de sentencias interpretativas de desestimación -, son materialmente aditivas. De manera que podría hablarse de un concepto material o amplio (que incluye toda sentencia que, dejando inalterado el texto, produce un efecto de ampliación sobre el contenido normativo), y de un sentido formal o estricto (que engloba las sentencias que declaran que un precepto es inconstitucional "en cuanto no prevé" o incluye "algo")³⁰¹. (grifos no original)*

²⁹⁷ PELICIOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTR, 2008. p. 193-194.

²⁹⁸ JEVEAUX. Geovany Cardoso. As decisões interpretativas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade e seu efeito constitucionalizador ordinário. **Revista Depoimentos**, 17 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/8.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2014. p. 198.

²⁹⁹ REVORIO, Francisco Javier Dias. **Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional: significado, efectos, tipología e legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas**. España: Lex Nova, 2001. p. 148.

³⁰⁰ *Idem*, 2001, p. 165-166.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 166.

Assim, o elemento essencial que define a sentença aditiva não é a adição de texto, mas a extensão do conteúdo normativo do preceito, cujos efeitos práticos são similares àqueles que resultariam se o texto legal afirmasse expressamente aquilo que o Tribunal entende necessário para ser conforme a Constituição³⁰².

Note-se que se considera adequada a declaração de inconstitucionalidade por omissão, quando o legislador não adota as soluções positivas exigidas, ao passo que se tem como consequência a lacuna criada pela declaração de inconstitucionalidade. Esta, por sua vez, pode ser suprida com os meios ordinários utilizados para suprir quaisquer lacunas³⁰³.

No entanto, dá-se a conceituação de sentença aditiva possuindo como pressuposto se estar diante de uma omissão parcial³⁰⁴.

Diante de uma omissão total, Francisco Javier Diaz Revorio analisa distintamente a sentença aditiva. Pois, para o autor, frente a ausência total de lei que regulamente a matéria, o Tribunal Constitucional não deveria se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei inexistente, tampouco realizar uma interpretação extensiva ou análoga. Mas conceder o amparo, a fim de evitar os efeitos nocivos da inatividade do legislador³⁰⁵.

Já Angela Cristina Pelicioli define "sentença aditiva" como:

[...] aquela que declara a inconstitucionalidade de uma lei que deveria ter previsto alguma situação jurídica, mas assim não procedeu, atuando de modo a preencher uma omissão do legislador ou uma omissão que seria produzida pelo próprio Tribunal Constitucional, em decorrência do exercício de sua função de controle. Na omissão que seria produzida pela própria Corte, "a inconstitucionalidade é declarada 'na parte na qual' não se previu, não se incluiu, não se dispôs alguma coisa no texto contestado"³⁰⁶.

Fredie Didier Jr.³⁰⁷, por sua vez, estrutura um conceito de "decisão aditiva" (ou modificativa), partindo-se de uma omissão legislativa parcial. Sendo assim, "decisão aditiva" seria:

[...] aquela em que o Tribunal Constitucional acrescenta determinada disposição ou ressalva na norma, necessária para que esteja conforme a Constituição Federal. Adiciona à norma tida por inconstitucional um novo segmento que permite sua subsistência no sistema à luz da Constituição. [...]. Com isso, o Tribunal supre uma

³⁰² REVORIO, Francisco Javier Dias. **Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional: significado, efectos, tipología e legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas**. España: Lex Nova, 2001. p. 167-168.

³⁰³ *Idem*, 2001, p. 180.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 181.

³⁰⁵ REVORIO, *op. cit.*, p. 199.

³⁰⁶ PELICOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTR, 2008. p. 191.

³⁰⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafel. **Curso de direito processual civil**. V. 2. 3ª ed. Bahia: Jus Podivw, 2008. p. 330.

omissão legislativa parcial e exerce nítida função criadora de norma - ainda que de caráter complementar e analógico³⁰⁸.

Edilson Pereira Nobre Júnior intitula de "sentença aditiva" as decisões jurisdicionais que surgem do efeito integrativo, destinado a colmatar insuficiências dos textos legais validados. São, portanto, consideradas decisões que adiciona ao conteúdo do texto a regulação que faltava para lastrear a sua concordância com a Constituição³⁰⁹.

Porém, quando Edilson Pereira Nobre Júnior afirma que "[...] a estrutura literal da norma combatida se mantém inalterada, mas o órgão de jurisdição constitucional, criativamente, acrescenta àquela conteúdo normativo, vital para que seja preservada sua conciliação com a Lei Fundamental"³¹⁰, também considera estar diante de uma omissão parcial.

Contudo, em que pese as várias contribuições doutrinárias a respeito da classificação e os diferenciados tratamentos dado ao tema. Prefere-se o termo "decisão jurisdicional de perfil aditivo" para restringir o objeto de estudo às decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal proferidas em razão de omissão total, que criam normas gerais e abstratas, a fim de garantir a própria soberania constitucional.

Trata-se de omissão total, tendo em vista que às omissões parciais se adéquam melhor as soluções da interpretação conforme a Constituição e da aplicação do princípio da igualdade, uma vez que já existe enunciado prescritivo regulamentando a matéria. Nestes casos, o que ocorre é que a regulamentação legislativa ou é incompleta ou é insatisfatória.

Isto é, trata-se, aqui, não de omissões encontradas em determinados atos normativos, mas da ausência do próprio ato decisório (jurídico) - omissão total -, que deveria ser existente para que determinado comando constitucional fosse realizado. Portanto, trata-se de decisão jurisdicional de perfil aditivo que constrói solução normativa efetivadora de direitos prescritos constitucionalmente.

A decisão jurisdicional de perfil aditivo declara a inconstitucionalidade da inação do legislador. Sendo assim, "As várias formas de inatividade do legislador representam uma das principais causas do alargamento da ação do Poder Judiciário [...]"³¹¹. A decisão jurisdicional

³⁰⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. V. 2. 3ª ed. Bahia: Jus Podivw, 2008. p. 330.

³⁰⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Jurisdição constitucional: aspectos controvertidos**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 106

³¹⁰ *Idem*, 2011, p. 107.

³¹¹ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **O Poder Judiciário na virada do século: paradigmas de atuação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 48.

de perfil aditivo corresponde, portanto, ao substituto judicial encontrado para a inatividade nociva do legislador.

Note-se que, nas decisões de cunho aditivo, ocorre o reconhecimento de uma omissão (inconstitucional) que permite a devida integração normativa, a fim de dotar de efetividade e aplicabilidade imediata o próprio texto constitucional.

Nada obstante, importante contribuição traz Edilson Pereira Nobre Júnior - seguindo a esteira de Vezio Crisafulli -, quando arremata afirmando que a "sentença aditiva" "não cria livremente norma jurídica", posto que se limita a individualizar norma já presente no bojo do ordenamento jurídico ou aquela passível de construção, que seja capaz de preencher a omissão declarada pela decisão³¹².

O referido autor destaca, ainda, que em sede de controle de inconstitucionalidade por omissão, a função do magistrado não equivale a uma função legislativa, mas resulta numa "integração analógica resultante de outras normas ou princípios constitucionais, cuja descoberta advém do engenho daquela"³¹³. Isto é, trata-se da complementaridade de norma jurídica já existente, de acordo com a solução normativa também já posta pelo sistema jurídico, cuja construção ficou a cargo da hermenêutica do Tribunal. Há, portanto, criação jurídica, sem haver usurpação da peculiar função legislativa³¹⁴.

Ainda que o autor parta da análise de omissões parciais, depreende-se de suas conclusões que, de fato, trata-se verdadeira integração. Da mesma forma ocorre quando se trata de omissão total, posto que após a declaração da mora e com a consequente construção da solução normativa pelo Poder Judiciário, confere-se tratamento de analogia à função do magistrado.

Isso porque, em tais casos, a decisão jurisdicional é construída dentro dos parâmetros impostos pelo próprio ordenamento jurídico. Explica-se.

A "teoria das lacunas", para Hans Kelsen, consiste na "[...] suposição de que existem hipóteses em que o Direito vigente não pode ser aplicado porque não contém uma norma geral aplicável ao caso"³¹⁵. Porém, afirma tratar-se de uma ficção, posto que o Direito vigente será sempre aplicável por meio da sua ordem jurídica, ainda que não exista norma geral aplicável ao caso concreto³¹⁶.

³¹² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Jurisdição constitucional: aspectos controvertidos**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 117.

³¹³ *Idem*, 2011, p. 118.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 129.

³¹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 274-275.

³¹⁶ *Idem*, 1998, p. 275-276.

Ou seja, quando o Tribunal aplica a ordem jurídica, também está realizando a aplicação do Direito.

Diante disso, Hans Kelsen afirma:

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente [a] quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou [b] quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. **No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral**³¹⁷. (grifos nosso)

No entanto, para Carlos Frederico Marés de Souza Filho, "[...] no mundo da realidade ou dos sonhos, quando o juiz julga interpretando ou substituindo a lei, está recriando o direito e assim completando-o, por existir lacuna, ou aplicando-o, por não existir"³¹⁸.

Passando-se à esfera do Direito Constitucional contemporâneo, a discussão assume novos contornos, uma vez que não se trata apenas do direito à decisão que solucione determinado caso concreto, mas do direito à existência de norma reguladora do exercício de direito prescrito pela Constituição³¹⁹.

Até mesmo Pontes de Miranda, à época, já alertava que "Quando Hans Kelsen viu, na respeitabilidade maior da constituição, sinal de ser total e parciais a lei federal e as locais, esqueceu-se de que a Constituição também não é total, não enche toda a ordem jurídica do Estado, e muitas vezes se limita a pontos capitais de organização"³²⁰.

Hans Kelsen distingue, ainda, as chamadas lacunas técnicas, lacunas consideradas possíveis e que consistem na omissão do legislador em "[...] normar algo que deveria ter normado que de todo em todo fosse tecnicamente possível aplicar a lei", isto é, "[...] aquela

³¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 277-278.

³¹⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Direito Constitucional e as lacunas da lei. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 34, n.º 133, jan./mar. 1997. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/188/r133-01.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 21 fev. 2014. p. 7.

³¹⁹ *Idem*, 1997, p. 8.

³²⁰ MIRANDA *Apud* SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Direito Constitucional e as lacunas da lei. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 34, n.º 133, jan./mar. 1997. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/188/r133-01.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 21 fev. 2014. p. 9.

indeterminação que resulta do caráter esquemático da norma"³²¹. Vê-se que se trata, portanto, da ausência de regulamentação indispensável à aplicação de um enunciado prescritivo.

No caso específico da ordem jurídica brasileira, o próprio Estado criou enunciado prescritivo para suprir a lacuna. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.658/42) e o Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869/73) preveem, respectivamente:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Vislumbra-se que, ao prescrever as normas supramencionadas, o legislador reconheceu a impossibilidade de se regulamentar todas as condutas da vida em sociedade. Ao passo que, com o objetivo de manter a plenitude do ordenamento, forneceu instrumentos integrativos da chamada "lacuna": analogia, costumes e os princípios gerais do direito.

Os costumes e os princípios gerais do direito são procedimentos de heterointegração. O costume "[...] cria-se, forma-se, impõe-se sem que nesse processo possamos localizar um ato sancionador, [...]. Baseia-se, nesses termos, na crença e na tradição, sob a qual está o argumento de que algo deve ser feito, e deve sê-lo porque sempre o foi"³²². Enquanto os princípios gerais do direito compõem a estrutura do sistema, "São regras de coesão que constituem as relações entre as normas como um todo"³²³.

A analogia, por sua vez, é uma forma de autointegração³²⁴, uma vez que se trata de solução encontrada dentro do próprio sistema jurídico. "Fala-se ainda de aplicação de disposições legais positivadas a casos não totalmente conformes e não regulados expressamente, mas que podem ser submetidos às 'ideias fundamentais' daquelas disposições"³²⁵.

A analogia é talvez o meio mais adequado para suprir eventual omissão legislativa. J. Oliveira Ascensão, não titubeia ao afirmar que: "O primeiro e o mais importante dos processos de integração de lacunas da lei é a analogia. [...] Se a lei, a propósito de um caso

³²¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 276.

³²² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 206.

³²³ *Idem*, 2010, p. 213.

³²⁴ Para fins de organização didática, sugere-se a distinção dos modos de integração do direito entre procedimentos heterointegradores e autointegradores, como propõe CARNELITTU Apud FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 276.

³²⁵ FERRAZ JR., *op. cit.*, p. 277.

semelhante, resolveu de uma maneira, é natural que o caso omissivo seja resolvido da mesma forma"³²⁶.

De fato, se o caso omissivo e o caso regulado podem ser resolvido de forma semelhante, então significa que ambos os casos emanam de regra ou princípio maior³²⁷.

Ora, quando o magistrado se depara com determinado caso concreto, cujo direito discutido ainda não fora objeto de regulamentação expressa pelo legislador, deve assumir o seu dever fundamental estatal de prestar a jurisdição³²⁸ (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988), e recorrer primeiramente às regras previstas para hipóteses semelhantes, consoante procedimento de autointegração do direito.

Assim, ao magistrado caberá a aplicação do direito, por meio da colmatação das lacunas, a fim de sanar a omissão legislativa.

4.3 A decisão jurisdicional de perfil aditivo é uma construção normativa possível?

Pontes de Miranda afirma que "[...] o problema de ser o juiz criador do direito, de modo que a interpretação judicial concorra para a elaboração do direito como fonte" é estranho ao problema da eficácia das sentenças³²⁹. Embora admita uma atividade mental do juiz que alcança conclusões, como um "plus" da sentença, derivando tal atividade da impossibilidade estatal³³⁰.

Em contraposição à postura defendida por Pontes de Miranda³³¹, adota-se o ponto de vista de Hans Kelsen no que concerne à existência de mais de um sentido possível dentro de uma moldura a ser respeitada. Isto é, para Hans Kelsen, tanto o legislador quanto o magistrado criam o direito (interpretação autêntica) dentro do esquema "hipótese-consequente": se acontecer um antecedente, então deve ser um consequente; ou se não acontecer o antecedente, então deve ser a sanção³³².

³²⁶ ASCENSÃO, J. Oliveira. **Interpretação das leis. Integração das lacunas. Aplicação ao princípio da analogia**. Disponível em: < http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OAInter.pdf>. Acesso em 12 abr. 2014. p. 922.

³²⁷ *Idem*, p. 925.

³²⁸ Conhecido como proibição do *non liquet*.

³²⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratados das Ações**. Tomo I. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 175-176.

³³⁰ *Idem*, 1972, p. 158.

³³¹ *Ibid.*, p. 158.

³³² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 387-397.

A interpretação, segundo Kelsen, é "[...] uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior"³³³. Por exemplo, na hipótese de interpretação da Constituição, o intérprete (órgão aplicador do Direito) deve fixar qual o conteúdo que será dado à norma individual no caso concreto (na decisão jurisdicional), ou seja, a norma específica deve ser deduzida da norma geral na sua aplicação³³⁴.

A norma do escalão superior regula o ato pelo qual é produzida a norma do escalão inferior, seja determinando o seu processo de criação, seja estabelecendo também o conteúdo da norma a estabelecer. Porém, essa determinação nunca é completa, pois a norma do escalão superior não pode vincular de forma absoluta (sob todos os aspectos). Por isso dizer que a norma do escalão superior corresponde à uma moldura ou quadro a ser preenchido pelo ato de produção da norma, de modo a existir sempre uma margem de livre apreciação do intérprete frente às circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em muitos casos, nem poderia prever³³⁵.

A (in)determinação na expressão do conteúdo dos comandos normativos possuem relação direta com a interpretação, ato necessário para a aplicação do Direito. Sendo assim, a atividade do intérprete (no caso, o magistrado) será cada vez mais livre e criativa quando houver maior indeterminação na descrição dos suportes fáticos e/ou dos preceitos³³⁶.

De acordo com a estrutura lógico-formal da proposição jurídica, tem-se que: SE determinado sujeito possui determinado direito constitucional, pendente de regulamentação para ser efetivado, ENTÃO deve o Poder Legislativo cumprir com o seu dever constitucional de editar a norma regulamentadora de tal direito; SE o Poder Legislativo não edita a norma faltante, que obstrui a fruição de um comando constitucional, ENTÃO deve ser a inconstitucionalidade por omissão, como uma espécie de sanção pelo descumprimento. Explica-se.

O respeito à validade das normas do direito necessita de instrumentos que tem a função de repelir as condutas que infringem as normas por meio de sanções com que as

³³³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.p. 387-397.

³³⁴ *Idem*, 1998, p. 387-397.

³³⁵ *Ibid.*, p. 387-397.

³³⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas. In: **Revista do Mestrado em Direito**. v. 2. n. 3. dez. 2006. Maceió: Edufal, 2008. p. 93.

pune³³⁷. Isto é, "Se constitui um revide do ordenamento à violação de suas normas, é evidente que se trata de uma sanção"³³⁸.

A declaração de inconstitucionalidade por omissão é, pois, a constatação de um ilícito constitucional³³⁹ imposto ao legislador que inobservou comando constitucional obrigatório.

A declaração de inconstitucionalidade da omissão, então, assume um caráter de sanção imposta pelo ordenamento jurídico para punir essa espécie de ato contrário à direito³⁴⁰.

Ora, sabendo-se que o comando constitucional é impositivo - modalizado deonticamente como obrigatório -, vencido o termo da declaração de mora sem que haja o cumprimento do comando, há a possibilidade de controle jurisdicional, em face da omissão³⁴¹.

Nesse caso, no qual se está diante de um ilícito constitucional, parte-se do pressuposto de que a norma específica (decisão jurisdicional) continua o processo de determinação que constitui o sentido da seriação escalonada das normas jurídicas³⁴².

[...] a norma individual resulta da norma jurídica geral e abstrata, que ao incidir, determina a descrição de um evento específico, traço característico das normas individuais e concretas. Seria a norma individual um detalhamento da regra, individualização no caso concreto. [...] ³⁴³

Sendo assim, o controle jurisdicional se dá justamente com a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, de comando normativo específico, construído mediante a entrega da prestação jurisdicional que preencha o texto constitucional (geral) dentro da moldura lógico-formal, dotando de efetividade o direito já prescrito pelo sistema jurídico.

Diante disso, dado interessante constata Beclaute Oliveira Silva³⁴⁴, quando não admite "[...] que a Constituição, diante da regra inconstitucional, incida apenas para conferir, ao instrumento viciado a pecha de invalidade". Posto que, segundo o autor, resultaria na diminuição da efetividade constitucional, "[...] relegando-a a papel secundário, meramente procedimental".

³³⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 86.

³³⁸ *Idem*, 2013, p. 87.

³³⁹ O termo ilícito constitucional corresponde, no caso, à omissão violadora de direito constitucionalmente prescrito, que causa dano a outrem. Conceito esse extraído da legislação substantiva civil, em seu artigo 186.

³⁴⁰ MELLO, *op. cit.*, p. 86.

³⁴¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas progranáticas. In: **Revista do Mestrado em Direito**. v. 2. n. 3. dez. 2006. Maceió: Edufal, 2008. p. 111.

³⁴² Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 387-397.

³⁴³ ALVIM, Tatiana Araújo. Apontamentos sobre a estrutura lógica da norma jurídica. In: **Revista do Mestrado em Direito**. v. 1. n. . dez. 2005. Maceió: Nossa Livraria, 2008. p. 208.

³⁴⁴ SILVA, Beclaute Oliveira. Considerações acerca da incidência na teoria de Pontes de Miranda. In: **Revista do Mestrado em Direito**. v. 1. n. . dez. 2005. Maceió: Nossa Livraria, 2008. p. 245.

A incidência da norma constitucional tem o condão de criar norma jurídica para regular as condutas intersubjetivas ante a não atuação do Poder Legislativo, até que a regulação conferida pelo Poder Judiciário seja revogada pela autoridade competente, por meio de lei ordinária específica.

Pelo o que fora exposto, entende-se a decisão jurisdicional de perfil aditivo como uma construção normativa possível, em virtude do seu caráter autointegrador.

Isto é, acaso chegue ao magistrado demanda que verse sobre direito constitucionalmente prescrito não regulamentado pelo legislador, que, mesmo após devidamente cientificado da sua mora permaneceu inerte, o magistrado tem o dever fundamental de prestar a jurisdição, não podendo se abster ou simplesmente negar o direito sob o fundamento de ausência de lei.

Por meio de decisão jurisdicional de perfil aditivo, o magistrado integrará o vazio legal, construindo norma jurídica capaz de efetivar o direito constitucional, mantendo, assim, a supremacia constitucional.

4.4 A utilização de princípios como fundamento das decisões jurisdicionais de cunho aditivo

No que diz respeito à criação jurídica, a Teoria Pura de Hans Kelsen diferencia de forma clara a "interpretação" em duas espécies, a saber: a interpretação autêntica e a não autêntica. A interpretação autêntica é aquela interpretação do Direito realizada pelo órgão que o aplica - quando o direito é aplicado por um órgão jurídico que fixa o sentido das normas por meio da interpretação -, constituindo uma verdadeira “operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”³⁴⁵. A interpretação não autêntica, por sua vez, é aquela interpretação do Direito não realizada por órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e especialmente pela ciência jurídica.

Nesse sentir, a moldura kelseniana se refere à indeterminação intencional ("omissão") do ato de aplicação do direito, posto que a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada:

³⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 387.

Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato³⁴⁶.

Isto é, o escalão superior emana ordem para o escalão inferior, mas este tem que decidir, diante do caso concreto e segundo seus próprios critérios, questões que dependem de circunstâncias externas que o escalão superior não previu e nem podia prever. “Daí resulta que todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado”³⁴⁷.

Assim, dizer que uma decisão jurisdicional é fundada na lei significa que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa, porém, não significa que ela é "a" norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral³⁴⁸.

Para a formulação de uma, dentre as várias possibilidades interpretativas impostas pelo texto positivo, utiliza-se bastante os princípios de direito, muitas vezes sob a difusão da ideia de que princípios, por terem significação aberta, podem justificar qualquer decisão. No entanto, o aplicador do Direito tem um dever analítico no momento da construção de soluções para cada caso concreto, do contrário, a arbitrariedade e o abuso de poder (de autoridade e, também, político) reinarão³⁴⁹.

As principais razões para a utilização duvidosa dos princípios, conforme prevê Carlos Ari Sundfeld, são três: a) o constante aparecimento de indeterminações na Constituição Federal de 1988 e nas novas leis, de acordo com a constante mudança dos anseios sociais; b) a disposição crescente das pessoas a levar a sério os princípios como fonte do Direito; e c) a confusão gerada pela operação de um sistema com alto índice de incerteza normativa³⁵⁰.

Tal como Humberto Ávila, a preocupação do presente trabalho não se restringe a saber a denominação exata de princípio ou de determinado princípio, porém, procura-se conhecer o modo como está se dando a sua aplicação³⁵¹.

³⁴⁶ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 388.

³⁴⁷ *Idem*, 1998, p. 388.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 390-391.

³⁴⁹ Sundfeld, Carlos Ari. **Princípio é preguiça?** In: *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 60-61.

³⁵⁰ *Idem*, 2012, p. 67.

³⁵¹ Ávila, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 24.

Impende delimitar, desde logo, a denominação de princípio ora adotada. As muitas interrogações não resolvidas pelo intérprete do direito, advindas dos textos normativos, são responsáveis pela sua indeterminação e, quando há menos texto, há menos elementos para identificar uma hipótese e um mandamento. Nesse diapasão, entende-se por princípios aqueles casos extremos de indeterminação normativa, ainda que o texto não se utilize do termo princípio³⁵².

Humberto Ávila, em proposta conceitual, afirma que princípios são:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção³⁵³.

Destaca, ainda, que embora relacionados a valores, os princípios não se confundem com eles, pois enquanto os princípios se situam no plano deontológico, estabelecendo a obrigatoriedade de condutas necessárias à realização de um estado de coisas; os valores se situam no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento³⁵⁴.

Por convenção, diz-se que princípios são textos normativos, mas cujo conteúdo é escasso a ponto de não revelar a norma que supostamente contém. “Há, claro, inevitável arbitrariedade quanto ao grau de indeterminação necessário para se chamar algo de princípio, não de regra”³⁵⁵.

Contudo, Carlos Ari Sundfeld atribui dois sentidos aos princípios no direito; a) o sentido de “norma inicial”, com a dualidade princípio/fim; e b) o sentido de norma “principal”, representado pela dicotomia principal/secundário. Quando se diz, segundo este segundo sentido, que os princípios têm precedência, refere-se apenas aos “grandes princípios”³⁵⁶.

Sendo assim, é clarividente a dificuldade em evitar as indeterminações nos textos, pois há razões claras para adotá-las. Os direitos chamados fundamentais são, em geral, previstos de

³⁵² SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é preguiça?** In: Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 62-63.

³⁵³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 78-79.

³⁵⁴ *Idem*, 2008, p. 80.

³⁵⁵ SUNDFELD, *op. cit.*, p. 63.

³⁵⁶ Entende-se por “grandes princípios” aqueles com claro sentido de norma principal. Vide SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é preguiça?** In: Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 63-67.

modo muito incompleto, por meio de cláusulas com alto grau de indeterminação. A falta de consenso e de apoio político para textos mais exatos com certeza tem algo a ver com isso³⁵⁷.

Claro, respostas [às indeterminações] podem ser construídas e, inclusive, tornar-se consensuais no ambiente jurídico; só que elas não estão no próprio texto: ficaram para depois. **As indeterminações normativas envolvem, assim, um adiantamento pragmático de decisões difíceis**³⁵⁸. (grifos nosso)

Em contrapartida, a fração da sociedade que não detém influência e poder perante o órgão Legislativo tem importante aliada quando se vale da indeterminação normativa para se afirmar. Por isso as indeterminações do sistema são necessárias aos jogos de poder existentes na sociedade³⁵⁹.

Urge grifar, ainda, que não se pretende aqui menosprezar a importância dos princípios no sistema jurídico-normativo brasileiro, mas trazer à luz a problemática de uma possível comodidade retórica que possa ser oferecida aos aplicadores do direito. Alerta-se para a necessidade de uma fundamentação racional da decisão jurisdicional, como um verdadeiro limitador objetivo, sobre uma utilização duvidosa dos princípios tendente a camuflar a superficialidade dos fundamentos da decisão.

Mesmo defendendo que, em alguma medida, toda interpretação é criativa e sempre mostra um mínimo de discricionariedade da atividade jurisdicional, Mauro Cappelletti afirma que o verdadeiro problema entre os conceitos de interpretação e criação do direito, em verdade, reside no grau de criatividade e nos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais³⁶⁰.

Obviamente, nas várias áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para certo grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões jurisdicionais³⁶¹.

Por isso, para que no embate jurídico os princípios não sirvam como armas de "espertos e preguiçosos", é preciso impor a quem os emprega o ônus da competência e o ônus de regulador que lhes são inerentes³⁶².

³⁵⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é preguiça?** In: Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 68.

³⁵⁸ *Idem*, 2012, p. 69.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 69.

³⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre-RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 21.

³⁶¹ *Idem*, 1993, p. 42.

³⁶² SUNDFELD, *op. cit.*, p.70.

O ônus da competência atenta para a necessidade do intérprete autêntico identificar, em cada caso, os elementos de ordem institucional que justifiquem a sua intervenção por meio do princípio. Enquanto pelo ônus do regulador se torna “indispensável formular de modo explícito a regra geral que se vai aplicar, justificando-a com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos positivos e negativos”³⁶³.

Os princípios são, pois, razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável. Ao entender os princípios como normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização, Humberto Ávila estrutura uma cadeia de fundamentação que, concretamente, consiste em i) ler a Constituição Federal, com atenção específica aos dispositivos relacionados ao princípio objeto da análise; ii) relacionar os dispositivos em função dos princípios fundamentais; iii) e tentar diminuir a vagueza dos fins por meio da análise das normas constitucionais que possam, de forma direta ou indireta, restringir o âmbito de aplicação do princípio³⁶⁴.

Tem-se que entender, sobretudo, que o Poder Judiciário não tem como construir todo e qualquer direito – principalmente quando baseado exclusivamente em princípios, correspondentes a casos extremos de indeterminação normativa –, ele tem sim um relevante papel no controle das falhas e omissões das autoridades Legislativas e Executivas, no entanto, ele não é o Legislativo e nem o Executivo.

Portanto, a atuação do Supremo Tribunal Federal, quando emana determinado “juízo de valor político”³⁶⁵, demonstra a crescente concentração de poder no âmbito de atuação dessa Corte Suprema, em face da clarividente fragilidade do sistema representativo em responder às expectativas sobre ele confiadas.

Pela linha tênue entre uma atuação criativa e uma criação de um “super poder”, é que desde logo se descortinou as limitações processuais à jurisdição constitucional abarcadas no tópico 2.4. Entretanto, em que pese os possíveis riscos que se corre diante da criação judicial,

³⁶³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é preguiça?** In: Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 61.

³⁶⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria do Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 91-92.

³⁶⁵ A expressão juízo de valor político corresponde à escolha entre as mais variadas interpretações lógicas (significações) possíveis. Vide: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 396.

não se pode olvidar que de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³⁶⁶ a decisão jurisdicional de perfil aditivo vem sendo instrumento de efetivo controle das omissões inconstitucionais.

4.5 A utilização da decisão jurisdicional de perfil aditivo como meio de efetivar o controle das inconstitucionalidades por omissão

Tem-se entendido, como se viu anteriormente, que a norma jurídica é construída a partir dos textos legais, de todo o sistema jurídico e da conformação constitucional, sobretudo. Assim, "[...] os dispositivos de lei constituem-se no objeto da atividade hermenêutica e, as normas, no seu resultado"³⁶⁷. Do mesmo modo que "A sentença é a prestação jurisdicional, objeto da relação jurídica processual"³⁶⁸.

Devido à necessidade de conformação constitucional para impor coesão interna ao sistema, é o Supremo Tribunal Federal o órgão de cúpula nessa seara (artigo 102, da Constituição Federal de 1988), tendo a função de fixar a interpretação cabível, dentre as possibilidades postas pela moldura.

Com efeito, a matéria bruta utilizada pelo intérprete constitui uma mera possibilidade de Direito³⁶⁹, de forma que a transformação dos textos normativos em norma jurídica dependerá da construção interpretativa realizada pelo intérprete³⁷⁰.

Assim, dúvida inexistente que a atividade do juiz de realização (aplicação) do direito é interpretativa e criativa, pois a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade (CAPPELLETTI, 1993, p. 23-24). Daí a importância de ter-se bem fixada a noção de que o juiz, ao decidir uma demanda, cria, necessariamente, duas normas: (a) a primeira (norma jurídica), de caráter geral, é fruto da sua interpretação/compreensão/valoração dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação à Constituição e às leis como um todo; (b) a segunda (norma individual do caso concreto) constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para análise (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 328)³⁷¹.

³⁶⁶ Conforme tópico 5.1 do presente trabalho, o qual trata da garantia fundamental do Mandado de Injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

³⁶⁷ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. Orientador Lúcio Grassi de Gouveia, 2011. p. 31.

³⁶⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratados das Ações**. Tomo I. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 156.

³⁶⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 24; Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

³⁷⁰ ATAÍDE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 146.

³⁷¹ ATAÍDE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 148.

A jurisdição constitucional é tão presente nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, que alguns países, tais como a Itália e a Espanha, mesmo não possuindo norma constitucional expressa que defina a inconstitucionalidade por omissão, vêm obtendo resultados semelhantes por via da utilização de técnicas de interpretação e integração, através das suas Cortes Constitucionais, originando as já citadas decisões jurisdicionais de perfil aditivo. A partir da inconstitucionalidade por ação, os Tribunais realizam verdadeiro julgamento de inconstitucionalidade daquilo que a norma não prescreve, desta forma estão obtendo verdadeira concretização dos preceitos constitucionais³⁷².

Na apreciação de feito no qual se cogitava uma omissão do Poder Legislativo, e sendo suscitada a possibilidade de uma decisão criativa, a Corte Constitucional italiana sentenciou, ainda no ano de 1960, que “[...] ‘O único resultado que se pode ter em vista quando se levanta uma questão de legitimidade constitucional de um ato normativo é aquele de fazer com que do ordenamento seja eliminada uma norma inconstitucional’”³⁷³. Muito embora o primeiro aresto da Corte Constitucional italiana a usar a técnica aditiva foi o de n.º 168, de 1963:

[...] o Tribunal se manifestou sobre a constitucionalidade do artigo 11, alínea 1, da Lei nº 195 de 24 de março de 1958, que institui o Conselho Superior da Magistratura. Esta lei exigia, para as deliberações referentes aos magistrados, a iniciativa do Ministério da Justiça. Nesse ponto não seria inconstitucional, mas ela se tornava contrária à Constituição na medida em que, implicitamente, excluía a iniciativa do próprio Conselho. Assim, deixando intacta a disposição sob exame, a declaração da Corte acerca da inconstitucionalidade da exclusão da iniciativa do CSM teve por efeito introduzir no texto legal o que lhe faltava³⁷⁴.

Nesse sentido, pois, cumpriu ao Judiciário italiano a tarefa de desenvolver, concretizar e efetivar os comandos constitucionais, tornando-os realidade por meio de decisão jurisdicional de perfil aditivo.

No Brasil, muito antes das discussões na Assembleia Nacional Constituinte, a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais – mais conhecida como Comissão Afonso Arinos –, instituída pelo ex-presidente José Sarney, já tinha proposto uma medida judicial concreta para solucionar omissões inconstitucionais. Essa comissão apresentou um anteprojeto de Constituição, que em seu artigo 10, parágrafo 1º, asseverava que “Na falta ou

³⁷² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática**. Salvador: Podivm, 2006. p. 211-212.

³⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009b. p. 155.

³⁷⁴ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **Interpretação constitucional e prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 121.

omissão de lei prevista para disciplina-lá (a Constituição), o juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional”³⁷⁵.

Porém, até hoje a ordem jurídica brasileira não se encontra eficientemente aparelhada diante de um não fazer inconstitucional, consoante exposição do tratamento até então conferido ao mandado de injunção no terceiro capítulo deste trabalho. Em contrapartida, a doutrina e a jurisprudência vêm se dedicando ao tema, buscando soluções que já começam a se incorporar no direito positivo e na prática jurisprudencial³⁷⁶.

A problemática da concretização constitucional “[...] envolve o exame e a determinação da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, a fim de que todas estas, sem exceção, tenham força normativa suficiente para vincular todos os seus destinatários”³⁷⁷, sob pena de quebra da própria unidade, identidade e soberania constitucional.

Embora, por si só, a Constituição não possa realizar nada, ela pode impor tarefas, transformando-se em força ativa na medida de sua realização³⁷⁸. De forma que a garantia de concretização da Constituição requer uma interação hermenêutica dos seus dispositivos, agindo de maneira a equilibrar o rigor da lei com a flexibilidade interpretativa diante do caso concreto.

De acordo com o entendimento de Luís Roberto Barroso³⁷⁹, a efetividade significa a realização do Direito, aliado ao concreto desempenho da função social que emana. No mundo dos fatos, representa a materialização dos preceitos legais e simboliza a íntima aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Ao defender a existência da Justiça Constitucional em busca da efetividade dos direitos constitucionais, Dirley da Cunha Júnior³⁸⁰ fundamenta:

Por tudo isso se percebe que a legitimidade da justiça constitucional repousa na extraordinária capacidade que ela tem de harmonizar os valores do Estado Democrático – consubstanciados no governo da maioria – e os valores do Estado de Direito – consolidados na supremacia da Constituição e na defesa dos direitos fundamentais –, de tal sorte que não só as maiorias, mas também as minorias passam a merecer a proteção no âmbito do Estado Democrático de Direito. Assim, podemos

³⁷⁵ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 46.

³⁷⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Com o controle de constitucionalidade, o STF. In: **Argumento: direito e cidadania**. Ano II. 5ª ed. Out..nov.-dez./2013. p. 15-16.

³⁷⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 71.

³⁷⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991. p. 18.

³⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 82-83.

³⁸⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática**. Salvador: Podivm, 2006. p. 45.

assegurar que a jurisdição constitucional extrai sua legitimação formal da própria Constituição, [...].

Essa prática reflete a mais sofisticada tentativa de “positivar” valores sem, no entanto, torná-los absolutos ou dependentes das vontades mutáveis de maiorias passageiras. Ora, ao suprimir o controle do Poder Judiciário, a questão de ordem prática suscitada ficará sem resposta, obstando as exigências devidamente queridas pela Constituição.

Pois bem, o dogma da vedação da atuação judicial como legislador positivo por muito tempo impediu a concretização jurisdicional dos enunciados constitucionais programáticos, maculando a supremacia constitucional, mediante a ausência de atuação jurisdicional em relação às omissões inconstitucionais. Problema esse que vem sendo repisadamente combatido, dando lugar à discussões cada vez mais elaboradas sobre a temática, dentre as quais está a possibilidade de construção normativa de decisão jurisdicional de perfil aditivo.

Uma vez demonstrada a possibilidade de construção normativa de decisão jurisdicional de perfil aditivo, passa-se a analisar a decisão jurisdicional do mandado de injunção n.º 708, por meio do método indutivo, para a partir do caso concreto detalhar mais as características do objeto deste estudo.

5 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO JURISDICIONAL DE PERFIL ADITIVO POR MEIO DA ANÁLISE DO MANDADO DE INJUNÇÃO N.º 708

5.1 O direito de greve dos servidores públicos civis e a garantia fundamental do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

É possível iniciar a análise do percurso do mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal com o julgamento dos mandados de injunção n.º 168 e n.º 107. No mandado de injunção n.º 168, julgado à unanimidade, declarou-se que o “mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado”. A prestação jurisdicional possível, segundo a Corte, seria a de “declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra”³⁸¹.

Ainda em 1990, houve o julgamento do Mandado de Injunção n.º 107/DF (Relatoria do Ministro Moreira Alves), que foi considerado um marco na história do instituto, quando foi decidido em questão de ordem a “autoaplicabilidade” da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção. Assim, o mandado de injunção seria autoexecutável, independente de norma jurídica que o regulamentasse, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que é analogicamente o procedimento do mandado de segurança³⁸².

Mandado de injunção. Estabilidade de servidor público militar. Artigo 42, parágrafo 9., da Constituição Federal. Falta de legitimação para agir. - Esta Corte, recentemente, ao julgar o mandado de injunção 188, decidiu por unanimidade que só tem “legitimatatio ad causam”, em se tratando de mandado de injunção, quem pertença a categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele. - Em se tratando, como se trata, de servidores públicos militares, não lhes concedeu a Constituição Federal direito a estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação desse direito, mas, ao contrário, determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores públicos militares, estabelecendo quais os requisitos que estes devem preencher para que adquiram tal direito. - Precedente do STF: MI 235. Mandado de injunção não conhecido³⁸³.

³⁸¹ MI n.º 168, Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 20.04.1990.

³⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **O mandado de injunção como remédio contra a omissão inconstitucional no direito brasileiro.** Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=O+mandado+de+injun%C3%A7%C3%A3o+como+rem%C3%A9dio+contra+a+omiss%C3%A3o+inconstitucional+no+direito+brasileiro>>. Acesso em: 21 dez 2013. p. 4.

³⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 107. Impetrante: José Emídio Teixeira Lima. Impetrado: Presidente da República. Relator: Moreira Alves. Distrito Federal, 21 de novembro de 1990.

Neste mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal chegou a algumas conclusões a respeito do instituto, quais sejam:

- a) A norma que instituiu o mando de injunção é autoaplicável;
- b) A decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional apenas constata a mora do órgão legiferante, ao passo que o solicita/recomenda a edição do texto normativo requerido;
- c) A omissão inconstitucional tanto pode se referir a uma omissão total ou parcial do legislador;
- d) A decisão proferida em sede de controle abstrato de normas acerca da existência ou não de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos em sede de mandado de injunção;
- e) O Supremo Tribunal Federal, em sede de mandado de injunção, tem competência constitucional para determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, a fim de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica;
- f) O Supremo Tribunal Federal possui legitimidade para determinar a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador.

Em que pese tais conclusões demonstrarem claros avanços na construção jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal passou a flexibilizar ainda mais a interpretação constitucional inicialmente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção.

A partir de uma série de outros julgados³⁸⁴, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir soluções normativas para a decisão judicial, como alternativa legítima a tornar a proteção judicial efetiva (artigo 5º, inciso XXXV, CF/1988).

Em 1991, no MI n.º 283/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, de forma inovadora o Supremo Tribunal Federal estipulou prazo para que a omissão inconstitucional fosse sanada, sob pena de se assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados, ou seja, sob pena de facultar ao titular do direito obstado a obter em juízo sentença líquida de indenização por perdas e danos, consoante o entendimento consignado em ementa:

Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752372/mandado-de-injuncao-mi-107-df>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

³⁸⁴ MI n.º 283; MI n.º 232/RJ; MI n.º; MI n.º 284; MI n.º 543/DF; MI n.º 679/DF; MI n.º 562/DF.

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 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, legítima 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 liquida 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 favorável³⁸⁵.

Sem exercer uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal se afastou da orientação não concretista inicialmente defendida, no que diz respeito ao mandado de injunção, para, em decisões proferidas nos MI n.º 283, MI n.º 232 e MI n.º 284, sinalizar uma nova compreensão do instituto e admitir uma solução normativa por meio da decisão jurisdicional que dotasse de efetividade o direito prescrito constitucionalmente, assumindo assim uma postura concretista.

Novo e significativo avanço foi verificado no julgamento do mandado de injunção n.º 670, que objetivou a edição de norma para dar eficácia ao art. 37, VII, da Constituição Federal³⁸⁶, o qual versa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis. Após lembrar que a mora legislativa em relação à esta questão já havia sido declarada em diversas vezes, a

³⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 283. Impetrante: Alfredo Ribeiro Daudt e Wilson Afonso K. Santos. Impetrado: União Federal e Congresso Nacional. Relator: Sepúlveda Pertence. Distrito Federal. 14 de novembro de 1991. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752112/mandado-de-injuncao-mi-283-df>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

³⁸⁶ CF, art. 37, VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

Corte Suprema reconheceu que a manutenção dessa situação apontaria para o risco de consolidação de uma típica "omissão judicial"³⁸⁷.

No julgado em comento, admitiu-se que seria possível pensar, em princípio, na aplicação da Lei 7.783/1989 enquanto a omissão não fosse devidamente regulamentada por lei específica para o caso dos servidores públicos civis. No entanto, em virtude do princípio da continuidade dos serviços públicos, declarou-se que não se poderia obstar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, fosse facultado ao Tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de se tratar de “serviços ou atividades essenciais”, nos termos do regime fixado pelos artigos 9º a 11 da Lei 7.783/1989³⁸⁸.

Estabeleceu-se, ainda, que se deveria fixar também os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliada, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos civis.

No plano procedimental, afigurou-se recomendável aplicar ao caso concreto a disciplina da Lei 7.701/1988³⁸⁹, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da omissão ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF³⁹⁰.

No entanto, foi no mandado de injunção 712 que o Supremo Tribunal Federal pronunciou de modo mais claro a função que, anteriormente, já se tentava imprimir. Neste caso, a Corte não apenas conferiu consequências práticas da não observância de uma decisão que impõe prazo para legislar, mas disse expressamente que ao decidir o mandado de injunção, o Tribunal tem o poder de editar norma jurídica em substituição à devida pelo legislador, sem que isto possa representar violação à independência e harmonia entre os poderes (art. 20, CF) e à separação dos poderes (art. 60, § 4º, III, CF)³⁹¹, conforme se nota da ementa da decisão a seguir exposta:

MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE

³⁸⁷ MI 670, Pleno, Rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe 31.10.2008.

³⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **O mandado de injunção como remédio contra a omissão constitucional no direito brasileiro.** Disponível em: <
<https://www.google.com.br/search?q=O+mandado+de+injun%C3%A7%C3%A3o+como+rem%C3%A9dio+contra+a+omiss%C3%A3o+inconstitucional+no+direito+brasileiro>>. Acesso em: 21 dez 2013. p. 8-9.

³⁸⁹ A referida lei versa sobre a especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos.

³⁹⁰ MI 670, Pleno, Rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe 31.10.2008.

³⁹¹ MARINONI, *op. cit.* p. 10.

ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4o, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]]. **INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.** 1. [...] 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. [...]. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. [...]. 7. [...]. 8. [...]. 9. [...]. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. [...]. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2o da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4o, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. **No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos.** 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil³⁹². (grifos nosso)

Julgado na mesma data do MI 712/PA, o MI n.º 708/DF seguiu a mesma linha decisória, destacando-se no sentido de que definiu os parâmetros de competência constitucional para apreciação do âmbito da justiça federal e da justiça estadual até a edição da legislação específica, decisão última que será analisada de forma mais acurada no tópico 5.2 do presente trabalho.

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 712. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do estado do Pará e outros. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Eros Grau. Distrito Federal. 25 de outubro de 2007. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

Após o estudo do mandado de injunção (no que diz respeito ao direito de greve dos servidores públicos civis) sob a ótica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, impende salientar que são destacadas quatro interpretações³⁹³ realizadas pelo Supremo Tribunal Federal:

- a) Na primeira interpretação, o mandado de injunção tem caráter meramente declaratório, quando apenas declara a mora do legislador, dela cientificando-o, tal qual a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Tal interpretação tem sido considerada ineficaz, por não tutelar o efetivo direito do impetrante;
- b) Na segunda interpretação, confere-se natureza condenatória ao julgamento do mandado de injunção, admitindo-se que o Supremo Tribunal Federal remova o obstáculo, a fim de viabilizar o exercício do direito;
- c) Na terceira interpretação, revela-se a natureza mandamental do julgamento do mandado de injunção, permitindo ao Supremo Tribunal Federal criar norma regulamentadora para o *caso concreto*;
- d) Na quarta interpretação, depreende-se a natureza constitutiva-normativa do mandado de injunção, quando ao Supremo Tribunal Federal é conferido o poder de, ele próprio, suprir a omissão do legislador, a fim de tornar exercitável e tutelável jurisdicionalmente o direito a que a norma depende, dando efeitos *erga omnes* à decisão.

No MI n.º 712/PA e no MI n.º 670/ES foi proposta a revisão parcial do entendimento até então adotado pela Corte Suprema, quando se presenciou votos que recomendavam a adoção de uma "solução normativa e concretizadora" para a omissão verificada.

Em certa medida, observa-se que o alargamento dos poderes normativos do Supremo constitui uma resposta à crise das instituições democráticas³⁹⁴. Nesse ponto, assiste razão ao Ministro Gilmar Mendes:

No caso do direito de greve dos servidores públicos, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 9º, caput, c/c o art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua (CF, art. 9º, § 1º), de outro. Evidentemente, não se outorga ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição ou não da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderá adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo

³⁹³ PELICIOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTR, 2008. p. 244-246.

³⁹⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Com o controle de constitucionalidade, o STF. In: **Argumento: direito e cidadania**. Ano II. 5ª ed. Out..nov.-dez./2013. p. 12-13.

do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderá deixar de reconhecer o direito previamente definido na Constituição³⁹⁵.

Exemplo típico dessa quarta interpretação é o mandado de injunção n.º 708³⁹⁶, impetrado pelo SINTEM - Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa contra o Congresso Nacional, no qual os ministros do Supremo Tribunal Federal normatizaram o direito de greve dos servidores públicos civis e ainda determinaram os efeitos *erga omnes* do julgado.

5.2 Mandado de Injunção n.º 708: exposição do caso concreto

O Mandado de Injunção n.º 708, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, trata sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, caso que ganhou grande repercussão no mundo jurídico e demonstrou claros sinais do desenvolvimento do ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante adiante será exposto as peculiaridades do julgado.

O Relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, defendeu que a permanência da situação de não regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribuía para a proliferação de uma séria de incertezas no que concerne às questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos. Além de que a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista favorecia que o legítimo exercício de direitos constitucionais fosse afastado por uma verdadeira “lei da selva”.

Isso porque se entendeu nos julgados anteriores haver receio por parte dos representantes do governo de a regulamentação acabar por “criar” o direito de greve dos servidores públicos. Essa visão distorcida da realidade contribuiu para que as greves no âmbito do serviço público se realizassem sem controle jurídico, dando ensejo a negociações (ou ausência de negociação) que comprometiam a própria prestação do serviço público.

³⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Injunção**. DPU n.º 13, jul./set. 2006, p. 11. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/413/324>>. Acesso em: 02 mar. 2013.

³⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI+708&pagina=2&base=baseAcordao>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

Apesar das alterações trazidas pela Emenda Constitucional n.º 19/1998, quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (artigo 37, inciso VII, CF/1988), observou-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continuava sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa de acordo com os imperativos constitucionais.

Nesse diapasão, diante dos comandos constitucionais que prescrevem a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o Supremo Tribunal Federal não poderia se abster de reconhecer que, da mesma forma como o controle jurisdicional deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Suprema atue também nos casos de inatividade ou omissão do Poder Legislativo.

Uma vez que, no presente caso, a mora legislativa já tinha sido reiteradamente declarada. Portanto, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passou a invocar os riscos de consolidação de uma típica "omissão judicial", nas palavras do relator.

Passou-se, então, com vistas às experiências do direito comparado, a admitir que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa possível de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (artigo 2º, CF/1988).

Na decisão em análise, foram fixados os parâmetros de controle jurisdicional do exercício do direito de greve, de forma que a disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral - delineada pela Lei n.º 7.783/1989 - passou a ser acolhida no caso de greve dos servidores públicos civis, porém somente enquanto perdurar a omissão e a temática não for devidamente regulamentada por lei específica.

No que se refere aos imperativos da continuidade dos serviços públicos, não se afastou a faculdade do tribunal impor a observância à regime de greve mais severo em razão de se tratar de "serviços ou atividades essenciais" - de acordo com as peculiaridades de cada caso -, nos termos do regime fixado pelos artigos 9º à 11, da Lei n.º 7.783/1989, cujo rol seria meramente exemplificativo, tendo em vista a complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado.

Além disso, o ministro relator também entendeu prudente fixar competências para o processamento e julgamento de eventuais dissídios de greve que envolvam servidores públicos civis, fixando os parâmetros constitucionais e institucionais de definição de

competência para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores com vínculo estatutário³⁹⁷.

No plano procedimental, entendeu ser recomendável a aplicação da lei que cuida da especialização das turmas dos tribunais do trabalho em processos coletivos (Lei n.º 7.701/1988) até o momento da colmatação da omissão declarada, por meio de lei ordinária específica³⁹⁸.

Como visto, o processamento e o julgamento de eventuais dissídios de greve que envolvam servidores públicos civis devem obedecer ao modelo de competências e atribuições aplicável aos trabalhadores em geral (celetistas), nos termos da regulamentação da Lei n.º 7.783/1989.

A necessidade de adequação e definição das questões procedimentais visou assegurar a possibilidade e os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos civis, e a continuidade da prestação dos serviços públicos. Ao adotar esta medida, o Ministro Gilmar Mendes passou a defender que o Supremo Tribunal Federal assegure o direito de greve constitucionalmente garantido, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos.

Até a devida disciplina legislativa, o Supremo Tribunal Federal definiu a competência (provisória) para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento da colmatação da omissão legislativa inconstitucional, para a apreciação dos dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal.

Fixou-se, então³⁹⁹:

a) Paralisação de âmbito nacional:

i) Que compreenda mais de uma região da justiça federal, ou ainda que compreenda mais de uma unidade da federação – a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça, por aplicação analógica do artigo 2º, inciso I, alínea “a”, da Lei n.º 7.701/1988;

³⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI+708&pagina=2&base=baseAcordao>>. Acesso em: 18 abr. 2013. p. 44-45.

³⁹⁸ *Idem*, 2007, p. 44.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 46-47.

ii) Controvérsia adstrita a uma única região da justiça federal – a competência será dos Tribunais Regionais Federais, por aplicação analógica do artigo 6º, da Lei n.º 7.701/1988;

b) Paralisação de âmbito estadual ou municipal: a competência será do respectivo Tribunal de Justiça, também por aplicação analógica do artigo 6º, da Lei n.º 7.701/1988. Sendo assim, as greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais.

Os referidos tribunais também seriam competentes para julgar acerca do mérito do pagamento (ou não) dos dias de efetiva paralisação, bem como apreciar as medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas à matéria paredista.

Nas 53 páginas do seu voto, o ministro Gilmar Mendes abordou à sua maneira a evolução da jurisprudência brasileira que acabaram por culminar numa espécie de decisão jurisdicional de perfil aditivo. Assim, para viabilizar a realização do prescrito pela Constituição Federal, coube ao seu intérprete autêntico (aplicador do direito) elaborar a norma para o caso concreto.

Ao verificar a permanência da omissão inconstitucional ao longo do tempo, mesmo tendo o Poder Legislativo tomado conhecimento da sua mora, o aludido ministro entendeu ser justo intervir de forma mais ativa, baseando-se em fundamentos diversos de ordem constitucional.

Aparentemente preocupado com a não atuação do Supremo Tribunal Federal como um protagonista legislativo, ressaltou o receio de que o não fazer dessa Corte configurasse o que se pode chamar de “omissão judicial”.

Ora, passaram-se longos anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, e alguns direitos constitucionais pendentes de regulamentação ainda não receberam o tratamento legislativo necessário, tal situação é agravada ainda mais por se tratar de direitos fundamentais. Então, o relator do mandado de injunção n.º 708 reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória, identificando que o legislador não tem o poder de conceder ou não determinado direito, podendo apenas dar a matéria a sua devida disciplina. Já no final do seu voto, Gilmar Mendes⁴⁰⁰ concluiu:

⁴⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal, 25 de outubro de 2007. Disponível em:

Ao desenvolver mecanismos para a apreciação dessa proposta constitucional para a omissão legislativa, creio não ser possível argumentar pela impossibilidade de se proceder a uma interpretação ampliativa do texto constitucional nesta seara, pois é certo que, antes de se cogitar de uma interpretação restritiva ou ampliativa da Constituição, é dever do intérprete verificar se, mediante formular pretensamente alternativas, não se está a violar a própria decisão fundamental do constituinte. **No caso em questão, estou convencido de que não se está a afrontar qualquer opção constituinte, mas muito pelo contrário, se está a engendrar esforços em busca de uma maior efetividade da Constituição como um todo.** (grifos nosso)

A maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal (Menezes Direito, Celso de Mello, Eros Grau, Ellen Gracie) decidiram que os dispositivos da Lei n.º 7.782/99 devem valer também para as greves no serviço público. No entanto, existiram algumas ponderações.

Ricardo Lewandowski ponderou no sentido da abrangência do mandado de injunção (bem como dos efeitos da decisão), ao afirmar que estão diante de um caso concreto e que, portanto, a decisão não poderia ser utilizada diante de uma greve em âmbito federal, por exemplo, já que se trata de uma greve em âmbito municipal.

O ministro Ricardo Lewandowski também rebateu que a aplicação da Lei n.º 7.783/89, como saída encontrada para conferir efetividade ao artigo 37, VII, CF/88, representaria recurso à analogia. Portanto, afirmou não se tratar de analogia no caso concreto⁴⁰¹. Posicionou-se no sentido de partir da Lei n.º 7.783/89, para dela extrair princípios e regras que sejam aplicáveis ao caso concreto, com vistas a promover a regulação faltante, a fim de assegurar o direito de greve dos trabalhadores da educação do município de João Pessoa, desde que atendida algumas exigências que passou a fixar em seu voto⁴⁰².

A ministra Cármen Lúcia observou que o Supremo Tribunal Federal vem superando uma fase que já vinha sendo mitigada, admitindo-se ao caso decisão de força integrativa. Assim como bem destacou que a discussão gira em torno da viabilização dos direitos concernentes à liberdades públicas, direitos fundamentais, prerrogativas etc. que não ficam adstritos ao caso concreto. Isto é, a discussão gira em torno "se os efeitos serão os que podem ser estendidos aos outros casos, conforme propõe o Ministro Gilmar Mendes, ou se se atém a esse caso concreto"⁴⁰³.

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI+708&pagina=2&base=baseAcordao>>. Acesso em: 18 abr. 2013. p. 33.

⁴⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI+708&pagina=2&base=baseAcordao>>. Acesso em: 18 abr. 2013. p. 76.

⁴⁰² *Idem*, 2007, p. 81.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 99.

A ministra destaca, ainda, que não se trata de suprimimento de omissão, pura e simples, como intenta argumentar o relator, mas de integração: integra-se a norma e faz com que os efeitos da decisão não se limitem apenas ao caso concreto, e, para superar a controvérsia, estar-se-ia possibilitando a atuação dos órgãos do Poder Judiciário ditos competentes⁴⁰⁴.

O ministro Carlos Britto constata que os votos anteriores são convergentes, por não haver divergência conceitual, no entanto, verifica haver discrepância operacional, quanto à carga de eficácia do julgado. Ainda assim, acompanha o voto do relator e afirma que a proposta do ministro Gilmar Mendes é conciliatória:

[...] o Judiciário julga, para o caso concreto, indo buscar os seus parâmetros maiores na própria atividade legislativa. Não é que essa lei tenha a virtualidade de incidir por conta própria. Não, ela vai incidir por efeito da nossa decisão, nós é que vamos emprestar à lei essa possibilidade de incidência. Mas a remessa das peculiaridades de cada caso para as respectivas instâncias jurisdicionais me parece extremamente operacional. Sabemos que, sobretudo no âmbito do Direito Constitucional, os conceitos operacionais são os mais buscados, porque nos conceitos operacionais como nas decisões operacionais é que a Constituição se efetiva⁴⁰⁵.

O voto vista do ministro Joaquim Barbosa revelou apenas uma divergência parcial. Pondera o ministro que a referência da Suprema Corte à Lei 7.783/89 antecipa, de certo modo, o juízo de constitucionalidade da legislação posterior que vier regulamentar o direito de greve do servidor público, ao passo que limita potencialmente as opções do legislador. Da mesma forma que tem em mente uma preocupação bastante específica: o risco de decisões sequenciais se tornem rotina e essa disciplina excepcional se torne regra⁴⁰⁶.

Quanto aos efeitos da decisão, acompanha as mesmas preocupações do voto do ministro Ricardo Lewandowski, quando este defende a impossibilidade de se conferir efeito *erga omnes*. E logo sugere uma solução para o efeito repetitivo do julgado, a edição de Súmula Vinculante sobre a matéria com o seguinte teor: "Ofende o direito constitucional de greve dos servidores públicos decisão judicial que julgue ilegal a greve e que tenha por único fundamento a inexistência de lei específica a que se refere o art. 37, VII, da Constituição Federal"⁴⁰⁷.

Já quanto à competência das instâncias inferiores, concorda integralmente com o entendimento do ministro Gilmar Mendes, sem nada a acrescentar. No mais, simplifica a

⁴⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI+708&pagina=2&base=baseAcordao>>. Acesso em: 18 abr. 2013. p. 101.

⁴⁰⁵ *Idem*, 2007, p. 137.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 146-148.

⁴⁰⁷ BRASIL, *op. cit.*, p. 154.

atividade da Corte, afirmando que o Supremo Tribunal Federal "deve apenas declarar que a questão se resolve agora sob o lógica do ônus de demonstração de conformidade constitucional do interesse pleiteado, e da forma de seu pleito"⁴⁰⁸.

Finaliza seu voto deferindo em parte o mandado de injunção, e em termos específicos, para: declarar a mora do Legislativo da União, determinar que se observem as restrições constitucionais decorrentes da natureza especial do vínculo estatutário, e restringir os efeitos da decisão ao caso concreto⁴⁰⁹.

O ministro Marco Aurélio, em seu voto, não é favorável à fixação de prazo, porque se descumprido, haverá o descrédito do Supremo Tribunal Federal, o que o obrigará a contar com instrumental próprio à suplantação do ato omissivo, criando um grave problema institucional. Em outras palavras, o ministro Marco Aurélio é o único que não se filia à ideia de adotar as regras que dizem respeito ao movimento paredista no campo privado, no âmbito público⁴¹⁰.

5.3 Análise crítica da decisão jurisdicional do MI n.º 708

O efeito *erga omnes* do julgamento do mandado de injunção n.º 708 revela um certo desvirtuamento do instituto, que foi concebido para regular, em dado caso concreto, o exercício dos direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988). Porém, o efeito *erga omnes* se deu, frise-se, porque em sede de mandado de injunção coletivo. Nada obstante, este julgamento se deu por meio de uma decisão jurisdicional de perfil aditivo, com claro caráter normativo, pois criou norma geral e abstrata.

Isso porque a referida decisão revelou seu caráter autointegrador, quando o Supremo Tribunal Federal usou da analogia para prestar o seu dever fundamental a jurisdição, diante de uma omissão inconstitucional. Integrando o vazio legal, construiu norma jurídica concretizadora do direito constitucional de greve no serviço público e manteve a supremacia constitucional.

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI+708&pagina=2&base=baseAcordao>>. Acesso em: 18 abr. 2013.p. 153.

⁴⁰⁹ *Idem*, 2007, p. 156.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 172-174.

No caso concreto acima exposto, a solução encontrada pelo relator foi determinar a aplicação das Leis n.º 7.783/1989 e n.º 7.701/1988, que dispõem sobre a greve dos trabalhadores em geral, enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica⁴¹¹. Fixando, ainda, alguns parâmetros de competência constitucional para a apreciação no âmbito da Justiça Federal e da Justiça Estadual até a edição da legislação específica pertinente.

Atenta-se para o fato da fixação de competência pelo Supremo Tribunal Federal, o qual também revela um desvirtuamento do *writ*. No entanto, também aqui a Corte Suprema se valeu da integração analógica, ao aplicar no plano procedimental a Lei n.º 7.701/1988 - que cuida da especialização das turmas dos tribunais do trabalho em processos coletivos.

Isso porque, acaso assim não fizesse, os litígios sobre a matéria ficariam nebulosos, uma vez que a norma criada pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de concretizar direito fundamental constitucional, continuaria sem um procedimento que a realizasse.

Como o ministro Celso de Mello asseverou, na antecipação do seu voto no mandado de injunção n.º 708, o direito individual à atividade legislativa somente pode ser exigido nas estritas hipóteses em que a atividade legislativa reflita uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público, mediante determinação constitucional. Ao passo que assinalou existir na hipótese o nexo de causalidade entre o direito subjetivo à legislação e o dever da União Federal editar a lei, em função do artigo 37, II, CF/88⁴¹². E, a seguir, proclama:

É preciso proclamar que as Constituições consubstanciam ordens normativas cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntariedade ou por ação insuficiente das instituições estatais. Não se pode tolerar que os órgãos do Poder Público, descumprindo, por inércia e omissão, o dever de emanar uma norma que lhes foi imposto, infrinjam, com esse comportamento negativo, a

⁴¹¹ Entendimento esse capitaneado também pelo Ministro Carlos Velloso, conforme se verifica pelas linhas dedicadas ao Mandado de Injunção n.º 631/MS: “Assim, Sr. Presidente, passo a fazer aquilo que a Constituição determina que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito de greve do servidor público. A norma para o caso concreto será a lei de greve dos trabalhadores, a Lei nº 7.783, de 28.06.1989. É dizer, determino que seja aplicada, no caso concreto, a lei que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, que define as atividades essenciais e que regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Sei que na Lei nº 7.783 está disposto que ela não se aplicará aos servidores públicos. Todavia, como devo fixar a norma para o caso concreto, penso que devo e posso estender aos servidores públicos a norma já existente, que dispõe de respeito do direito de greve”. (MI 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 02.08.2002)

⁴¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI+708&pagina=2&base=baseAcordao>>. Acesso em: 18 abr. 2013. p. 116-117.

própria autoridade da Constituição e afetem, em consequência, o conteúdo eficaz dos preceitos que compõem a estrutura normativa da Lei Maior⁴¹³.

Ao final, imputou o dever jurídico de editar a lei ao Congresso Nacional e ao Presidente da República, por efeito do que dispõe o artigo 48 e o artigo 61, § 1º, II, "c", da Constituição⁴¹⁴.

Nesse sentir, a Suprema Corte flexibilizou o seu posicionamento inicial, conferindo uma compreensão mais abrangente ao mandado de injunção. Passou a admitir espécies de soluções normativas como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva, ultrapassando a sua visão não concretista antes predominante.

Ora, o caso sob análise trata de omissão total, de ausência de texto normativo que inviabiliza o direito fundamental à greve dos servidores públicos civis, que deve ser enfrentado partindo-se do pressuposto da completude do ordenamento jurídico, por meio do qual coube ao intérprete autêntico da Constituição encontrar uma resposta normativa.

Isso porque, mesmo após 6 (seis) anos do julgamento do MI 708, ainda não há lei regulamentadora. De forma que sem a decisão jurisdicional analisada, o direito constitucional à greve no serviço público restaria inoperável.

Ora, analisando especificamente o caso da decisão em mandado de injunção de n.º 708, que visa sanar omissão inconstitucional, observou-se a seguinte estrutura lógico-formal da proposição jurídica: SE os servidores públicos civis possuem o direito constitucional ao exercício de greve (artigo 37, inciso VII, da CF/88), ENTÃO deve o Poder Legislativo cumprir com o seu dever constitucional de editar a norma regulamentadora de tal direito; SE o Poder Legislativo não edita a norma faltante, que obstrui a fruição de um comando constitucional, ENTÃO deve ser a inconstitucionalidade por omissão, como uma espécie de sanção pelo descumprimento, que autoriza a realização da regulamentação pelo Supremo Tribunal Federal.

Observa-se, da construção normativa do acórdão supramencionado, que a declaração de inconstitucionalidade por omissão e a regulação de direito realizada pelo Supremo Tribunal Federal se apresentam como as consequências jurídicas do MI n.º 708, segundo as quais a regra autorizativa integra o consequente da norma secundária em função da sanção imposta à omissão inconstitucional declarada.

⁴¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI+708&pagina=2&base=baseAcordao>>. Acesso em: 18 abr. 2013. p. 124.

⁴¹⁴ *Idem*, 2007, p. 119.

A prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e a importância da preservação da vontade soberana da Constituição, em observância à garantia dos direitos fundamentais, deve ser posta em primeiro lugar, na medida em que possui o clarividente objetivo de preservar o próprio Estado Democrático de Direito.

Insta esclarecer, por oportuno, a diferença adotada entre lei (emanada do Poder Legislativo) e texto normativo que veicula norma (decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal). O texto de lei, emanado nos modos previstos pela regra sobre produção do direito, é forma linguística textual. Enquanto o texto normativo que veicula norma, como já explanado, é aquele construído por meio de sua interpretação⁴¹⁵.

Sendo assim, a princípio, a decisão proferida pelo órgão jurisdicional é norma, posto que consiste em produto de interpretação. É, pois, norma individual e concreta quando a sua força de obrigatoriedade se limita ao caso particular em questão. Contudo, consiste norma geral e concreta aquela proferida somente em decisão jurisdicional de perfil aditivo⁴¹⁶.

Por tais características de generalidade e abstração, a decisão jurisdicional de perfil aditivo se diferencia das demais formas de atuação jurisdicional, por possuir os mesmos atributos da legislação. No entanto, a norma geral e concreta criada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão jurisdicional de perfil aditivo, não é lei propriamente dita⁴¹⁷, posto que não obedece a forma de produção legislativa.

É, pois, texto normativo que veicula norma jurídica a partir da integração analógica do ordenamento jurídico.

De fato, o Supremo Tribunal Federal não cria livremente a norma, mas limita-se a conferir autoaplicabilidade ao comando constitucional, por meio da integração realizada mediante as possibilidades estabelecidas pelo artigo 4º, da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, e pelo artigo 126, do Código de Processo Civil.

A decisão jurisdicional de perfil aditivo não deve ser utilizada indiscriminadamente, ao contrário, deve ser usada de forma subsidiária, temporária e fundamentada.

A norma [...] criada pelo Supremo Tribunal Federal por meio de sentença normativa diferencia-se de uma lei (disposição) criada pelo Poder Legislativo somente em razão, primeiramente, do órgão no qual se origina e, em segundo lugar, por sua provisoriedade, pois existirá até que o Poder Legislativo assuma sua função, substituindo-a [...].

⁴¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Apud* PELICIONI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTR, 2008. p. 232.

⁴¹⁶ PELICIONI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTR, 2008. p. 232.

⁴¹⁷ *Idem*, 2008, p. 231; 233.

Tanto a norma geral e abstrata, criada pelo Supremo Tribunal Federal, quanto a lei - disposição, criada pelo Poder Legislativo, possuem os mesmos efeitos de obrigatoriedade na sociedade, isto porque a Suprema Corte deve ter um mínimo de disciplina indispensável para não paralisar a lei constitucional violada, até e enquanto o legislador não tome medidas para completar e desenvolver tal disciplina com base na sua escolha política⁴¹⁸. (grifos nosso)

A decisão terá eficácia de lei, uma vez que somente poderá ser revogada pelo Poder Legislativo. Trata-se, portanto, de uma grande inovação, uma vez que em sede de controle de constitucionalidade.

Nada obstante, cumpre ressaltar que a decisão do mandado de injunção n.º 708 não vincula o Poder Legislativo, já que este a qualquer momento poderá editar lei que modifique a decisão.

A decisão jurisdicional de perfil aditivo, se construída dentro do prescrito pelo ordenamento jurídico, não significa limitação ao poder de legislar (futuramente), uma vez que a atividade dos legisladores já foi cerceada só e somente só quando se estabeleceu a "norma programática" pelo constituinte, não podendo haver outro programa⁴¹⁹.

Nos dizeres de Pontes de Miranda, as "normas programáticas" são:

aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. **A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esse ditames, que são programas dados à sua função**⁴²⁰. (grifos nosso)

Por isso é que desde logo se afirma que é plenamente possível (e até mais recomendável) a modificação posterior do julgado pelo Poder Legislativo, sempre em respeito às exigências constitucionais; por meio de lei ordinária específica. O que significa que a sentença aditiva não é imune à controle, ocorre que ela possui eficácia *erga omnes* revogável apenas pelo Poder Legislativo.

Aqui o exame da coisa julgada ganha contornos próprios, tendo em vista que o enunciado prescritivo de caráter geral que for editado após a decisão de perfil aditivo incidirá para o futuro, em nada alterando o julgado proferido no mandado de injunção. Não significa ofensa à coisa julgada, porque a decisão jurisdicional não é a ultima palavra sobre o assunto, de forma que sobrevindo legislação específica, esta deverá prevalecer. Nada obstante, os

⁴¹⁸ PELICIOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTR, 2008. p. 235.

⁴¹⁹ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Constituição e Processo: Mandado de Injunção. jun. de 2012. p. 7. Notas de Aula.

⁴²⁰ MIRANDA, Ponte de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 126-127.

beneficiários do julgado poderiam, ainda, se valer da nova regulamentação, naquilo que lhes fosse mais favorável⁴²¹. Nas palavras de Francisco Wildo Lacerda Dantas:

Os limites objetivos da coisa julgada no mandado de injunção dependerão do objeto que se atribua à medida. [...] Se, no entanto, entender-se que a medida visa a regulamentação que pode ser feita pelo órgão Judiciário para suprir a omissão regulamentar, para o caso concreto ou com eficácia *erga omnes*, inevitavelmente a coisa julgada produzirá os efeitos sobre essa regulamentação⁴²².

Nada obstante, a coisa julgada não será atingida, posto que ela apenas se refere à eficácia declaratória da decisão.

Ainda sobre a coisa julgada, Francisco Wildo Lacerda Dantas discorre agora sobre o limite objetivo:

A coisa julgada somente atinge as partes entre as quais é dada, na forma, aliás, da vedação do art. 472, CPC. No que respeita ao mandado de injunção, é possível discutir-se a elaboração da norma faltante pelo órgão jurisdicional - que torne exercitável o direito de matriz constitucional.

Para os que entendem que tem por escopo a declaração da omissão na edição da norma regulamentadora, a sentença que reconhecer a procedência da ação terá eficácia *erga omnes*. Se, no entanto, for improcedente a ação, "... não haverá impedimento a que outra pessoa, que alegue ser titular do mesmo direito suscitado na ação anterior, ajuíze mandado de injunção, pois, como não integrou o polo ativo da ação julgada improcedente, não lhe pode ser oposta a exceção da coisa julgada". Com o acréscimo de que for julgado procedente e "... sendo procedida à regulamentação do direito suscitado com validade *erga omnes*, não haverá interesse processual para as pessoas que desfrutam da mesma situação de fato do impetrante ajuizarem mandado de injunção pleiteando idêntica regulamentação do mesmo direito".

Novamente considero mais aceitável a postura de CALMON DE PASSOS. Para ele, o órgão jurisdicional define a norma reguladora faltante para o caso concreto, com base nos elementos da ação que definiram a existência do direito de matriz constitucional cujo exercício estava obstaculizado pela falta da norma regulamentadora. **Posto isto, conclui que "... impõe-se igual disciplina para todos os casos concretos similares"**⁴²³. (grifos nosso)

Sendo assim, a produção de decisão jurisdicional de cunho aditivo deve ser entendida em seu sentido normativo, mesmo porque toda sentença produz modificações no plano normativo, de forma que desde logo se reconhece que "[...] *en muchos casos, los efectos 'prácticos' de una sentencia aditiva son similares a los que resultarían si el texto legal afirmase expressamente aquello que el Tribunal ha entendido que requiere para ser conforme a la Constitución*"⁴²⁴.

⁴²¹ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Constituição e Processo: Mandado de Injunção. jun. de 2012. p. 15-16. Notas de Aula.

⁴²² *Idem*, 2012, p. 14.

⁴²³ *Ibid.*, p. 14-15.

⁴²⁴ "Em muitos casos, os efeitos 'práticos' de uma sentença aditiva são similares aos que resultariam se o texto legal afirmasse expressamente aquilo que o Tribunal tem entendido requerer para ser conforme à Constituição".

A decisão jurisdicional de perfil aditivo, no caso sob análise, assinala a inconstitucionalidade da omissão do legislador - é inconstitucional a inércia do legislador -, o que lhe permite não a extensão ou ampliação do conteúdo normativo exigido pela Constituição Federal, mas se concede a proteção jurisdicional para se evitar os efeitos nocivos da inatividade do legislador, realizando para tanto um verdadeiro fenômeno de integração do ordenamento jurídico, por meio da analogia (adotou-se a regra da greve dos trabalhadores em geral). "Note-se que a ausência de regra processual prevendo técnica processual idônea à tutela de uma situação de direito substancial viola o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, previsto no art. 5º, XXXV, da CF"⁴²⁵.

No entanto, não é demais destacar que uma coisa é a interpretação dos preceitos conforme à Constituição - que deve ocorrer sempre -, outra coisa é o claro poder que tem a Constituição de converter uma omissão inconstitucional, em norma que evita os seus efeitos nocivos, norma esta que cumpre os comandos constitucionais desprezados ou esquecidos pela atividade legislativa.

Isso porque a declaração de inconstitucionalidade por omissão impõe um fazer ao Poder Judiciário, caso os demais poderes não o façam.

No caso concreto estudado, fixou-se o precedente no sentido de declarar o dever de legislar e a mora do legislador, bem como no sentido de constituir a norma faltante, sendo assim, sempre que juízos e tribunais prolatarem decisão envolvendo a mesma matéria deverão observância em face do decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Há, então, clarividente eficácia vinculante vertical⁴²⁶.

A adoção da decisão jurisdicional de perfil normativo visa perpetuar uma visão já iniciada na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, frente à inércia do Estado quando deixa de adotar as medidas necessárias para realização concreta dos preceitos constitucionais, a fim de torná-los efetivos, operantes e exequíveis, o que o faz incidir em violação negativa do texto constitucional.

Como o direito fundamental à tutela efetiva incide sobre o próprio juiz, seria completamente irracional dele retirar a possibilidade de dar utilidade à tarefa que lhe foi atribuída pela Constituição. Bem por isso, no caso de inexistência de técnica

REVORIO, Francisco Javier Dias. **Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional: significado, efectos, tipología e legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas**. España: Lex Nova, 2001. p. 167.

⁴²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 800.

⁴²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **O mandado de injunção como remédio contra a omissão inconstitucional no direito brasileiro**. Disponível em: <
<https://www.google.com.br/search?q=O+mandado+de+injun%C3%A7%C3%A3o+como+rem%C3%A9dio+contra+a+omiss%C3%A3o+inconstitucional+no+direito+brasileiro>>. Acesso em: 21 dez 2013. p. 26.

processual apta a permitir a satisfação do direito material, cabe ao juiz adotar a providência que, diante do caso concreto, for idônea para tanto, sempre limitado pela ideia de que a sua atuação corretiva deve ocorrer nos limites da regra da necessidade, não podendo ser outra que não aquela que, idônea à tutela do direito material, traz a menor restrição à esfera jurídica da parte contrária⁴²⁷.

Assim, como bem salientou o Ministro Gilmar Mendes, especialmente no que concerne à aceitação das decisões jurisdicionais de perfil normativo, elas são em geral aceitas quando integram um regime previamente adotado pelo Legislador ou ainda quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora solução constitucionalmente obrigatória⁴²⁸.

Feitas as devidas considerações, e pretendendo analisar a natureza jurídica da decisão jurisdicional de perfil aditivo, urge a necessidade de passar em revista a classificação das sentenças. Somente assim se encontrarão elementos suficientes para a discussão.

5.4 Classificação das sentenças quanto à sua carga eficaz

Analizada a decisão jurisdicional do mandado de injunção n.º 708, e as suas implicações processuais no ordenamento jurídico brasileiro, resta somente tentar delimitar a sua natureza jurídica. Para tanto, necessário se faz realizar um estudo prévio sobre as cargas de eficácia das sentenças.

Somente assim será possível tecer as devidas considerações sobre a natureza jurídica da decisão jurisdicional de perfil aditivo.

No que concerne à sentença de procedência, tem-se que ela deve ser tipificada em razão da ação de direito material admitido no provimento jurisdicional, consoante defendem Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Ovídio Baptista da Silva⁴²⁹.

A natureza da sentença de procedência é revelada por meio do seu respectivo pedido, e consequentemente na ação de direito material “afirmados” na exordial⁴³⁰. Ou seja, é o direito material que prescreve as eficácias preponderantes das sentenças.

⁴²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 801.

⁴²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI+708&pagina=2&base=baseAcordao>>. Acesso em: 18 abr. 2013. p. 37.

⁴²⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 163.

⁴³⁰ *Idem*, 2008, p. 163.

Por oportuno, expõe-se aqui a classificação quinária, originalmente elaborada por Pontes de Miranda, em virtude de se pretender estudar, também neste modelo teórico, a decisão jurisdicional de perfil aditivo, de forma a conferir uma maior propriedade às considerações tecidas a respeito do objeto do presente estudo.

A classificação quinária ponteana se estabelece nos seguintes postulados teóricos: (a) existência de cinco categorias de eficácia, (b) que estão presentes em toda sentença, no entanto, (c) o tipo de cada sentença será determinada levando em consideração a categoria preponderante⁴³¹.

Diante disso, há cinco espécies de eficácias das ações, a saber: declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva. Assim, como em cada uma das ações estão presentes em todas as espécies de eficácias anteriormente elencadas, para a determinação da sua eficácia preponderante, os elementos de eficácia são dispostos em níveis variáveis⁴³². Mais.

Ao lado da eficácia preponderante, também chamada “força” [5], por ser o efeito que dá nome à ação, existem as eficácias imediata [4] e mediata [3] e os efeitos mínimos [2 e 1]. No desenvolvimento do seu critério classificatório, Pontes de Miranda atribuiu a cada elemento de eficácia das ações um valor algébrico, situado no intervalo de 1 a 5 [em ordem decrescente], representando cada número a intensidade dos efeitos da ação⁴³³.

Dessa forma, da soma algébrica dos pesos de eficácia, será obtido sempre o mesmo resultado. Isto é, toda sentença terá como resultado da soma dos seus pesos de eficácia, o valor 15 (quinze), daí a denominação “constante 15”⁴³⁴.

Entende-se por eficácia a “propriedade de ter força ou efeitos” e, em sentido estrito, eficácia seria o ter os efeitos de imodificabilidade e de força formal de coisa julgada. Assim, força sentencial se dá como eficácia preponderante (5), sendo a eficácia imediata a que resulta da sentença (4), sem ser necessário outro pedido, consistindo a eficácia mediata a que se refere a questão prévia ou prejudicial ou a que enseja novo pedido (3)⁴³⁵.

⁴³¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratados das Ações**. Tomo I. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 131.

⁴³² Para a determinação da força se faz necessário a observação do peso de eficácia que mais se sobreleva. A eficácia imediata é aquela de peso eficaz imediatamente inferior ao da forma. Enquanto a eficácia mediata é aquela cuja intensidade vem logo após a eficácia imediata. Por fim, tem-se que a verificação dos efeitos mínimos se dá por exclusão. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 167-168.

⁴³³ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 165.

⁴³⁴ MIRANDA, *op. cit.*, p. 131-143.

⁴³⁵ MIRANDA, *op. cit.*, p. 159.

Eficácia é (a) a energia automática da resolução judicial. A sentença ou o despacho torna-se suscetível de ser obrigativo, eficaz, no momento em que faz entrar na espécie abstrata a espécie fática; mas ainda é a lei que vai marcar o momento dessa eficácia⁴³⁶.

A eficácia jurídica, pois, pressupõe a existência de um mundo jurídico, posto que a eficácia jurídica seria justamente a mudança desse mundo que o nosso espírito capta em suas relações. "A eficácia das sentenças, que, normalmente, somente começa findo o processo, é, portanto, pós-processual", ainda que logicamente o ato do juiz no qual a sentença consiste seja incluso (sentença constitutiva), imediato (sentença mandamental), ou a eficácia apenas consista em enunciado de fato (sentença declarativa), ou com certa reprovação (sentença condenatória)⁴³⁷.

Pelo exposto, verifica-se que as cargas de eficácia se tratariam de elementos mínimos da sentença, posto que nenhum deles deveriam ser desconsiderados. E isso porque em toda sentença haveria, ao menos, a declaratividade dos seguintes enunciados: "Vistos e examinados os presentes autos...", "Acordam os juízes do tribunal...". Em toda sentença haveria, pelo menos, a sua própria constitutividade. Em toda sentença existiria a condenatoriedade. Em toda sentença haveria o mandamento da sua publicação e registro. Em toda sentença haveria também a executividade da qual deriva a colocação na esfera jurídica de alguém a prestação jurisdicional, à custa do que se retira da esfera jurídica de outrem⁴³⁸.

Analizando separadamente cada espécie de eficácia, tem-se que a sentença de declaração nada pressupõe, limita-se a demarcar os limites à *res in iudicium deducta*⁴³⁹ (= pretensão de direito material). Protege-se o direito ou a pretensão, entregando-a a quem pediu a tutela jurídica sem querer "exigir"⁴⁴⁰.

Nesta, o comando da sentença possui enunciado meramente existencial. Ao buscar a eliminação da incerteza jurídica, o juiz se limita à afirmação de existência ou não de dada relação jurídica. Ora, por conferir a indiscutibilidade do direito declarado ou reconhecido em sentença, é que a eficácia de declaração se liga diretamente à coisa julgada material⁴⁴¹.

⁴³⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratados das Ações**. Tomo I. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 160.

⁴³⁷ *Idem*, 2007, p.172-173.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 142.

⁴³⁹ MIRANDA, *op. cit.*, p. 181.

⁴⁴⁰ MIRANDA, *op. cit.*, p. 197.

⁴⁴¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 169-170.

Mais. “Qualquer sentença que eventualmente contenha eficácia imediata ou mediata de declaratividade está propensa à irradiação de coisa julgada material”⁴⁴². Porém, antes de passar em julgado, a sentença declarativa não tem nenhuma força⁴⁴³.

Ainda à luz da classificação quinaria, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira⁴⁴⁴ leciona que as sentenças de eficácia preponderante (força) declaratória poderão ser dotadas de eficácia imediata de executividade a ensejar a sua execução nos mesmos autos, desde que reconheça a existência de uma obrigação.

No que concerne à sentença de constituição, entende-se que esta pressupõe a declaração, que marca os limites da constitutividade, "de modo que possa a sentença constitutiva 'enchê-los'"⁴⁴⁵.

A eficácia constitutiva corresponde ao comando sentencial que cria, modifica ou extingue uma determinada relação jurídica ou situação jurídica. Respectivamente, pode-se perceber a existência de três espécies de ações constitutivas: a) positivas; b) modificativas; ou c) negativas⁴⁴⁶.

Sabe-se que "toda sentença favorável constitui, pelo menos, a si mesma, isto é, não havia, antes, sentença, e passa a haver". Se a sentença preponderantemente constitui, provavelmente declara ou manda em peso imediato, alternando entre um ou outro peso⁴⁴⁷.

Nada obstante, entre a eficácia declarativa e a eficácia constitutiva ainda há uma importante peculiaridade a ser destacada.

As cargas eficaciais *mediatas* de declaratividade e constitutividade são sempre *inclusas* na sentença [ou seja, a sentença se basta de per se], enquanto as cargas de condenação, mandamento e execução são sempre *exclusas* [isto é, exige a demanda de outra ação para que seu efeito eficaz se realize]⁴⁴⁸.

Toda sentença constitutiva declara, porque não tem como a prestação jurisdicional modificar o mundo jurídico sem partir do seu conhecimento e da afirmação de existir a relação jurídica que corresponde à constituição positiva, modificativa ou negativa⁴⁴⁹.

⁴⁴² MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. Rio de Janeiro: Forense, 1997. P. 112. *Adup* NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 170.

⁴⁴³ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 166.

⁴⁴⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 171.

⁴⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratados das Ações**. Tomo I. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 181.

⁴⁴⁶ NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 171.

⁴⁴⁷ MIRANDA, *op. cit.*, p. 124-125; 131.

⁴⁴⁸ NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 168.

⁴⁴⁹ MIRANDA, *op. cit.*, p. 143.

Assim, o elemento declaratório que está implícito na constituição é suficiente para produzir coisa julgada material quanto aos artigos provados⁴⁵⁰.

Tanto as sentenças declaratórias quanto as condenatórias produzem coisa julgada material e podem dar ensejo à execução do julgado (artigo 475-N, do Código de Processo Civil).

Na eficácia condenatória, por sua vez, "A sentença de condenação tem cognição e, pois, elemento declarativo e de constituição"⁴⁵¹. Condenar é "reprovar", "ordenar que sofra". "Entra, além do enunciado de fato, o de valor"⁴⁵².

A eficácia condenatória corresponde à uma exortação, uma admoestação dirigida à parte vencida, e que se encontra presente no comando da sentença. Mais que uma declaração judicial, a condenação carrega o "plus" da exortação. Em virtude desta, aguarda-se a iniciativa da parte vencida para que cumpra com a sua obrigação⁴⁵³.

Dessa maneira, se o vencido não atender à condenação, o juiz nada poderá fazer para forçá-lo a cumprir a obrigação, salvo se o autor ajuizar posteriormente a ação de execução, ou se a sentença tiver eficácia imediata para possibilitar desde logo a execução⁴⁵⁴. A eficácia condenatória, força específica, vem acompanhada do efeito executivo⁴⁵⁵. No entanto, "o elemento executivo é substituível conforme a natureza do processo"⁴⁵⁶.

No que se refere à sentença mandamental, esta supõe declaração, constituição e condenação, porém, o mandado do juiz é o que mais importa⁴⁵⁷.

Na sentença mandamental, o ato do juiz é junto, imediatamente, às palavras (verbos) - o ato, por isso, é dito imediato. Não é mediato, como o ato executivo do juiz a que a sentença condenatória alude (anuncia); nem é incluso, como o ato do juiz na sentença constitutiva.

Na sentença mandamental, o juiz não constitui: 'manda'⁴⁵⁸.

A eficácia mandamental difere da condenatória, porque naquela o juiz ordena o cumprimento da obrigação, ao passo que, se necessário, faz a parte vencida cumpri-la contra a sua vontade o mandamento fixado no comando sentencial. A diferença substancial da eficácia mandamental, portanto, é a imposição da prática ou abstenção de determinado ato pelo poder

⁴⁵⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratados das Ações**. Tomo I. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 200.

⁴⁵¹ *Idem*, 1972, p. 178.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 209.

⁴⁵³ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 174.

⁴⁵⁴ *Idem*, 2008, p. 176.

⁴⁵⁵ MIRANDA, *op cit.*, p. 163.

⁴⁵⁶ MIRANDA, *op cit.*, p. 209.

⁴⁵⁷ MIRANDA, *op cit.*, p. 179.

⁴⁵⁸ MIRANDA, *op. cit.*, p. 211.

de coerção do juiz, a fim de assegurar o cumprimento da sua ordem⁴⁵⁹. Ou seja, o elemento mandamental é o que pode causar a execução simultânea à sentença⁴⁶⁰.

No mandado, o ato é aquele que somente o juiz poderá praticar, devido a sua estatalidade.

Por fim, como quinta e última carga de eficácia, a sentença de execução pressupõe todos os outros elementos, afim de que o juiz possa proceder à entrada na esfera jurídica do executado⁴⁶¹. "Na ação executiva, quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo, não o que deveria ser feito pelo juiz como juiz, sim o que a parte deveria ter feito". Isto é, na execução há mandados, no entanto, a solução final é ato da parte ou do juiz, forçando⁴⁶².

Caracteriza-se a eficácia executiva pela retirada de valor ou coisa da esfera do réu, colocando-as no patrimônio do autor. Este ato é eminentemente sub-rogatório, na medida em que o Estado se utiliza do ato executivo para realizar aquilo que não foi prestado pelo réu voluntariamente⁴⁶³.

Por oportuno, deve-se distinguir “pretensão executiva” na qual o sujeito passivo é o devedor, e “pretensão a executar”, quando o Estado-juiz é quem figura no polo passivo⁴⁶⁴.

5.5 A natureza jurídica da decisão jurisdicional de perfil aditivo

Uma vez delimitado em que consiste a decisão jurisdicional de perfil aditivo, demonstrado a possibilidade de construção normativa da mesma, e passado em revista a classificação das sentenças quanto à sua carga eficaz, têm-se subsídios para tecer considerações acerca da natureza jurídica da decisão jurisdicional de perfil aditivo.

Mantendo a interpretação de construção de decisões jurisdicionais com carga de eficácia preponderantemente declaratória, ao conceder o mandado de injunção apenas no sentido de declarar a mora legislativa (ex.: mandados de injunção n.º 168 e n.º 107), ter-se-ia a previsão de comando constitucional ineficaz, não cumprindo o Direito o seu papel de regulador de condutas intersubjetivas, por não tutelar o efetivo direito do impetrante.

⁴⁵⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 174-176.

⁴⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratados das Ações**. Tomo I. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 163.

⁴⁶¹ *Idem*, 1972, p. 181.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 211.

⁴⁶³ NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 176-177.

⁴⁶⁴ NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 177.

Também não satisfaz às características da decisão jurisdicional de perfil aditivo a interpretação segundo a qual se confere natureza condenatória ao julgado, posto que a eficácia condenatória tem força de exortação, de forma que se o vencido não atender à condenação, o juiz nada poderá fazer para forçá-lo a cumprir a obrigação⁴⁶⁵.

Em voto como relator do MI n.º 708⁴⁶⁶, por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes considerou que neste processo de mandado de injunção a decisão proferida teria conteúdo obrigatório ou mandamental para o legislador, destinadas a obter uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado.

No entanto, não observou que a carga mandamental da decisão somente se revelava de forma mediata, posto que, diante de eficácia mandamental, o juiz ordena que a omissão seja sanada, caso contrário, o próprio Tribunal Constitucional deverá construir norma jurídica efetivadora do direito constitucional, pela clara impossibilidade de fazer a parte vencida (Legislativo) cumprir contra a sua vontade o mandamento fixado no comando sentencial.

Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de mecanismos de coerção aptos a impor ao legislador a prática da sua função legislativa.

Sendo assim, emerge a interpretação de acordo com a qual compete ao Supremo Tribunal Federal elaborar a norma faltante para, ele próprio, suprir a omissão do legislador, a fim de tornar exercitável e tutelável jurisdicionalmente o direito a que a norma depende. Não se trata de suprimimento de omissão, pura e simples, mas de verdadeira integração: integra-se a norma e faz com que os efeitos da decisão não se limitem apenas ao caso concreto.

Ora, a decisão jurisdicional de perfil aditivo só é constitutiva porque sua carga maior (força) é a de constitutividade, ele mais constitui do que declara, do que manda, do que executa, do que condena. Assim, possui força de constituição, integra, e constitui a relação jurídica (eficácia *erga omnes*); possui carga de eficácia imediata declaratória, ao declarar a mora do Poder Legislativo (coisa julgada material); possui carga de eficácia mediata mandamental, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal manda o Legislativo suprir a sua omissão inconstitucional; seguindo-se de seus efeitos mínimos de condenação, posto que a sanção/inconstitucionalidade é uma condenação para o ato lícito, e de execução da norma constitucional.

⁴⁶⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 174.

⁴⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI+708&pagina=2&base=baseAcordao>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

Bem por isso importa salientar da importância da evolução jurisprudencial no sentido de conferir à decisão eficácia preponderante constitutiva (integrativa) que, pelo toque de autossuficiência, elas transformam o mundo jurídico, produzindo o resultado prático pretendido pelo demandante desde o seu trânsito em julgado⁴⁶⁷.

Portanto, quanto à natureza jurídica da sentença aditiva, tem-se que a eficácia desta sentença é principalmente a eficácia (força) de sentença constitutiva.

Isso porque quando se constitui, há o que noutro momento não existia, ao passo em que algo se cria. De forma que o peso da força, da eficácia imediata e da eficácia mediata são dentro da sentença, não havendo que se falar em constituir e esperar que outro juiz ou o mesmo juiz constitua em outra ação⁴⁶⁸.

A decisão jurisdicional de perfil aditivo, neste íterim, é uma sentença constitutiva integrativa, correspondendo à um imperativo para a sua realização fática imediata. O que quer dizer que o ato de suprir a regulamentação faltante por meio da analogia é integrativo da constituição. "Uma vez que ele falta, tem de ser suprido"⁴⁶⁹.

Pontes de Miranda afirma que quando o suprimento de um ato se tratar de "recusa" - ou, interpretando-se extensivamente o autor, tratar-se de omissão indevida e injustificada -, "é sentença constitutiva integrativa"⁴⁷⁰.

Assim, à exemplo do artigo 37, VII, da CF/88, trazido à baila pelo mandado de injunção n.º 708, a decisão jurisdicional de perfil aditivo tem a força de integrar o comando constitucional, dotando-o de efetividade.

Por fim, tem-se que perante o caso concreto, em primeiro lugar se deve buscar a compreensão e a solução da questão de direito em abstrato (procura e seleção do critério normativo), "[...] e a determinação do sentido normativo jurídico hipotético dessa norma". No entanto, a questão de direito em abstrato pode não possuir uma resposta positiva, quando o sistema jurídico não dispõe de uma norma diretamente aplicável. Daí se entender que se impõe uma "autônoma constituição normativa", por meio de uma decisão jurisdicional a se realizar em último caso⁴⁷¹.

Nesse sentido, Castanheira Neves afirma que:

⁴⁶⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2013. p. 16

⁴⁶⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratados das Ações**. Tomo I. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 136.

⁴⁶⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações**. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 132.

⁴⁷⁰ *Idem*, 1972, p. 132.

⁴⁷¹ NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. In: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra editora, 1993. p. 205.

a ausência de um directo critério normativo positivo não significa uma total abertura ou um vazio normativo-jurídico para o juízo decisório - precisamente porque o sistema jurídico não se identifica nem se esgota nas normas, não deixa de oferecer, na carência de normas e para além delas, uma jurídica normatividade judicativamente fundamentante, no âmbito da qual de todo se justifica que se fale (ou continue a falar) de uma integração intra-sistemática para caracterizar a índole constitutiva do juízo concretamente decisório⁴⁷².

Castanheira Neves defende que a busca da solução jurídica para o problema das lacunas deve ir além do direito positivo pressuposto, uma vez que o direito não se identifica exclusivamente com ele. Segundo o autor, o sistema jurídico não é pleno, nem totalmente consistente, tampouco é um sistema fechado, por isso a sua porosidade, indeterminação e abertura permitem a exigência de uma contínua (re) integração constitutiva através da dialética da sua realização histórica⁴⁷³.

Mais que numa incompletude, indeterminação ou numa contradição de determinado instrumento normativo, na ausência de lei (omissão total) também não se prescinde de procurar referência ao sistema positivo ou no contexto sistemático do ordenamento jurídico. As omissões legislativas se revestem de verdadeira imperfeição jurídica contrária ao plano do legislador constituinte (ilícito constitucional), as quais darão lugar à criação jurisdicional do direito⁴⁷⁴.

Nada obstante, o autor trata da lacuna como uma:

[...] insuficiência normativo-jurídica do sistema jurídico pressuposto (seja ele o da lei positiva, seja ele o do direito vigente) para a exigível realização histórico-concreta do direito -e, com essa insuficiência, convocar a necessidade de uma autônoma constituição normativo-jurídica nas judicativas decisões chamadas a essa realização⁴⁷⁵.

O grande desafio, sem dúvida, reside na implicação de se admitir tão somente uma atividade integradora (*praeter legem*) e não de correção ou alteração da lei (*contra legem*), devendo-se haver a cuidadosa abstenção da crítica e correção de normas positivas vigentes⁴⁷⁶, o que não é a pretensão da decisão jurisdicional de perfil aditivo.

A decisão jurisdicional de perfil aditivo se mostra numa aplicação concreta de critérios normativos para além da lei (que, no caso da omissão total, inexistente), como "valorações

⁴⁷² NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. In: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra editora, 1993. p. 206.

⁴⁷³ *Idem*, 1993, p. 212.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 216-218.

⁴⁷⁵ NEVES, *op. cit.*, p. 231.

⁴⁷⁶ NEVES, *op. cit.*, p. 220.

aditivas"⁴⁷⁷ sem as quais a aplicação efetiva e concretamente adequada da norma geral seria possível. Por isso se dizer que:

[...] reconhecer a integração por critérios normativos que transcendem a lei, mesmo naquele domínio que se poderá dizer formalmente coberto pelo sistema legal, não é desobedecer à lei, é antes enriquecê-la daquele modo de que ela necessita para ser um instrumento normativo capaz de se desempenhar da sua própria função de direito, de concorrer na realização do direito através da decisão juridicamente adequada dos casos concretos. O decidir *contra legem* tem outro caráter, exprime a recusa de aplicar uma norma ou de decidir de acordo com uma norma considerada aplicável [...]⁴⁷⁸.

Em se tratando de decisão jurisdicional de perfil aditivo, decide-se a favor da soberania constitucional, de forma a torná-la letra viva, observada em sua plenitude. Este tipo de decisão nada mais é que a realização do prescrito, ou ao menos pré-anunciado potencialmente por um sistema jurídico definido outrora. E a sua constitutividade integrativa seria, por isso, uma integração *intra jus*.

⁴⁷⁷ HELLER *Apud* NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. In: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra editora, 1993. p. 221.

⁴⁷⁸ NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. In: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra editora, 1993. p. 222.

CONCLUSÃO

Trabalhou-se com o conceito de norma jurídica em sentido estrito, como sendo aquela que possui sentido completo. Ela e o intérprete/construtor autêntico dela têm, assim, a responsabilidade de juridicalização dos fatos sociais, atribuindo-lhes relações jurídicas deônticas (obrigatória, permitidas ou vedadas) em consequência do acontecimento efetivo desses fatos. Como também possuem responsabilidade na atribuição de elemento coercitivo que impõe a obediência ao sistema jurídico-normativo.

A partir da delimitação deste primeiro conceito, em caso de descumprimento de comando normativo constitucional de eficácia limitada, verificou-se que a norma jurídica é completa, porém, a omissão legiferante implica a consequência direta do ilícito constitucional, que obsta a aplicabilidade imediata e a efetivação de direitos fundamentais prescritos constitucionalmente.

Nesse diapasão, constatou-se que devem ser submetidos ao controle da jurisdição constitucional, todos os atos que revestem a forma de leis, assim como aqueles simples atos administrativos, a despeito de sua forma de lei⁴⁷⁹.

Constatou-se, também, que o Supremo Tribunal Federal se encontra no vértice da estrutura brasileira, além de exercer o controle dos demais Poderes. Dessa forma, detém atribuições de verdadeiro Tribunal Constitucional. Isso porque o controle de constitucionalidade também pode ser realizado por uma Corte Suprema que faz parte do Poder Judiciário, como também é o caso dos Estados Unidos da América⁴⁸⁰.

Ao Supremo Tribunal Federal não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei, em função da responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado, mas, também examinar se o poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados. Dessa forma, resta caracterizada a responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza⁴⁸¹.

Em verdade, a intensidade da interferência se revela maior no caso da invalidação do ato legislativo inconstitucional do que no simples suprimento da omissão inconstitucional. A atuação supletiva do Supremo Tribunal Federal não censura uma ação do legislador, antes

⁴⁷⁹ Kelsen, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 155.

⁴⁸⁰ Peliccioli, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTR, 2008. p. 92-93.

⁴⁸¹ Ferraz Júnior, Tercio Sampaio. **Direito Constitucional**. Barueri: Manole, 2007. p. 405.

concretiza a Constituição no âmbito de suas atribuições, diante da omissão injustificada já declarada.

Além de não ser neutro, o direito não tem a objetividade proclamada pelo raciocínio lógico-formal de subsunção dos fatos à norma. Ao revés, é a indeterminação dos conteúdos normativos uma marca do direito. Mesmo o emprego dos mecanismos do direito posto conduz a resultados conflitantes, diante das possibilidades abertas decorrentes dos textos normativos e da própria atividade interpretativa, circunstância que se torna ainda mais clara quando se trata de texto constitucional.

Ao contrário, a busca pela neutralidade não pode impor que o intérprete seja indiferente ao produto do seu trabalho, isso é utopia, principalmente devido à própria condição humana que, como tal, jamais poderá se desvencilhar do seu inconsciente.

O trabalho do magistrado - na jurisdição constitucional - sofrerá limitação pela garantia do devido processo legal, com ênfase no contraditório, e pela garantia da fundamentação racional da decisão.

Ao passo que também será limitado devido ao “[...] ônus de demonstrar, através de argumentação racional, o desacerto da atividade legislativa em relação ao texto constitucional”⁴⁸².

No Brasil, o tema tem merecido atenção destacada, podendo-se concluir desde já que sempre cabe ao Supremo Tribunal Federal fazer prevalecer a vontade constitucional; seja suprimindo atos incompatíveis com a Constituição, seja colmatando as omissões que embaracem a sua efetivação. Essa é a posição defendida por diversos doutrinadores, dentre eles: Gilmar Ferreira Mendes, Angela Cristina Pelicioni, Luis Roberto Barroso e Edilson Pereira Nobre Júnior⁴⁸³.

Aliás, os ditames da atuação do juiz estão configurados expressamente na ordem jurídica brasileira, ao dispor no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

⁴⁸² MORO, Sergio Fernando. **Por uma Revisão da Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/98>. Acesso em: 11 jan. 2011. p. 2.

⁴⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004; PELICIONI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTR, 2008; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Com o controle de constitucionalidade, o STF**. In: **Argumento: direito e cidadania**. Ano II. 5ª ed. Out.nov.-dez./2013.

que o juiz deverá atender aos fins sociais no momento da aplicação da lei, assim como deverá satisfazer as exigências do bem comum⁴⁸⁴.

Nota-se que a vinculação de todos os Poderes aos direitos fundamentais não se restringe apenas à obrigação de não violação dessa área protegida pelo Constituinte, mas, e não menos importante, estende-se a uma obrigação positiva de fazer tudo para a sua realização⁴⁸⁵.

Especificamente, a disposição do parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal, declara que todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Portanto, são aplicáveis até onde sejam oferecidas condições suficientes, caso contrário, cumpre ao Supremo Tribunal Federal não deixá-las sem aplicação diante de um caso concreto.

De certo, uma postura tímida e passiva do Supremo Tribunal Federal significaria uma espécie de renúncia à efetivação dos comandos constitucionais. Pois, em casos de omissões legislferantes inconstitucionais, não se discute a existência ou não de um direito, ele já se encontra constitucionalmente posto, o que se deseja é a manutenção da ordem e segurança jurídica por meio da preservação e efetivação da soberania da Constituição.

Para tanto, cabe ao Supremo Tribunal Federal fiscalizar e agir no sentido de acompanhar a evolução dos anseios sociais, muito embora não possuindo meios coercitivos eficazes para impelir o Poder Legislativo à cumprir o seu papel, deve, extraordinariamente, lançar mão da criatividade interpretativa, de forma a evitar ou minimizar a inconstitucionalidade permanente e a crise das instituições democráticas.

Flávia de Almeida Viveiros de Castro⁴⁸⁶ corrobora com o entendimento de que “Ao Poder Judiciário cabe velar para que tais direitos sejam não só respeitados, mas implementados”. E, nesse diapasão, a prolação de decisões de cunho aditivo não tem como objeto a criação de novos direitos, visa tão somente impor a execução daqueles já previstos, porém sem observação efetiva.

Ora, se o Poder Legislativo cumprisse com o seu papel primário de legislar, não haveria a necessidade de intervenção do Poder Judiciário no plano político. Como essa não é a realidade brasileira atual, em determinadas matérias, “[...] é através da função interpretativa

⁴⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 158.

⁴⁸⁵ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Safe, 2002. p. 78.

⁴⁸⁶ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **O Poder Judiciário na virada do século: paradigmas de atuação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 17.

que se alcança a desejável estabilidade jurídica, adequando-se a letra seca da lei à evolução operada no seio da sociedade. [...]”⁴⁸⁷.

Diante disso, conclui-se, diante do estudo do caso concreto (mandado de injunção n.º n.º 708), que a partir do comando constitucional do artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, o qual assegura o direito de greve "nos termos e limites definidos em lei específica", se constrói uma norma jurídica de estrutura dotada de modal obrigatório – tendo em vista ser portadora do comando normativo para editar outra norma – com claros problemas de aplicabilidade. Uma vez que não editada legislação regulamentadora do comando constitucional até os dias atuais.

Visto isso, tem-se que não se trata de uma incompletude normativa, mas de ilícito constitucional, quando da omissão legislativa diante de um dever de ação imposto pelo legislador constituinte.

Isto é, a norma jurídica que prescreve o direito de greve dos servidores públicos civis é completa, embora carente de efetividade. A omissão reside justamente no destinatário da norma (Poder Legislativo), ao não editar novo comando normativo (por meio de lei ordinária específica) prevendo os termos e limites para que seja viabilizado o gozo do direito constitucional.

Em outras palavras, tendo em vista o “dever-ser” modalizado das normas jurídicas, a inércia do legislador constituído perante norma constitucional com sentido deôntico classificado em obrigatório tem como consequência a impossibilidade de aplicabilidade da norma jurídica completa, dando origem à omissão (legiferante) inconstitucional.

De forma que a declaração de inconstitucionalidade por omissão impõe um dever ao Poder Judiciário, caso os demais Poderes não o façam.

Nada obstante, verificou-se que grande parte dos doutrinadores trata o tema "omissão inconstitucional" como uma mera interpretação conforme, com a invocação do princípio da isonomia, com a declaração (ou não) de nulidade, ou a questão pura e simples de inconstitucionalidade⁴⁸⁸. Porém, no caso sob análise, tais questões não são suficientes para conferir uma solução concreta à questão da omissão total. Mais que isso. Vislumbrou-se a imprescindibilidade de uma atuação integrativa por meio da analogia, para a efetiva realização do direito constitucional.

⁴⁸⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 166.

⁴⁸⁸ Aqui podem ser citados o Edilson Pereira Nobre Júnior, Leo Brust, Carlos Blanco de Moraes, Francisco Javier Diaz Revorio e Fredie Didier Jr.

Sendo o enfoque do presente trabalho a norma originada de uma decisão jurisdicional de perfil aditivo, logo se nota que do enunciado programático também se constrói um mínimo de precisão (ou quadro) que permita deduzir dele uma decisão (possível) e, em que pese veicularem programas e serem carentes de regulamentação, devem ser aplicáveis de forma imediata, sobretudo aquelas que se encontram no mais alto grau de hierarquia normativa.

Em que pese isso, a decisão jurisdicional também é fonte de direito, ao construir norma jurídica que implica diretamente na ordenação do social, de acordo com a sua eficácia preponderante. Da mesma forma, em se tratando de enunciado com eficácia limitada, ainda que estas sejam direcionadas ao Estado de forma imediata, mediatamente se dirigem à satisfação de um direito anteriormente prescrito, posto, carente de efetivação.

O enunciado de eficácia limitada de modal obrigatório não possui a pretensão de não realização, ao contrário, traz consigo a obrigatoriedade da regulamentação, a fim de se tornar também aplicável (operável). Daí se dizer, em caso de uma omissão inconstitucional, que um poder constituído - Legislativo - não pode embaraçar, deixar de tornar realizável um direito resguardado pela própria Constituição, sob pena de ferir de morte a sua soberania.

Esclareceu-se, no tópico 4.2.2, que para a finalidade pretendida neste estudo, utilizou-se o termo “decisão jurisdicional de perfil aditivo” para denominar as decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal proferidas em razão de omissão total, que criam normas gerais e abstratas, a fim de garantir a própria soberania constitucional.

Demonstrou-se a possibilidade de construção normativa da decisão jurisdicional de perfil aditivo, confirmando a hipótese inicialmente levantada.

Isso porque o respeito à validade das normas do direito necessita de instrumentos que têm a função de repelir as condutas que infringem as normas por meio de sanções com que as pune⁴⁸⁹. Isto é, "Se constitui um revide do ordenamento à violação de suas normas, é evidente que se trata de uma sanção"⁴⁹⁰.

A declaração de inconstitucionalidade por omissão é, pois, a constatação de um ilícito constitucional⁴⁹¹ imposto ao legislador que inobservou comando constitucional obrigatório.

A declaração de inconstitucionalidade da omissão, então, assume um caráter de sanção imposta pelo ordenamento jurídico para punir essa espécie de ato contrário a direito⁴⁹².

⁴⁸⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 86.

⁴⁹⁰ *Idem*, 2013, p. 87.

⁴⁹¹ O termo ilícito constitucional corresponde, no caso, à omissão violadora de direito constitucionalmente prescrito, que causa dano a outrem. Conceito esse extraído da legislação substantiva civil, em seu artigo 186.

⁴⁹² MELLO, *op. cit.*, p. 86.

Ora, sabendo-se que o comando constitucional é impositivo - modalizado deonticamente como obrigatório -, vencido o termo da declaração de mora sem que haja o cumprimento do comando, há a possibilidade de controle jurisdicional, em face da omissão⁴⁹³.

Foi o que realizou o Supremo Tribunal Federal, no contexto da insuficiência das alternativas dispostas no ordenamento jurídico brasileiro para atingir a efetividade constitucional, especificamente no tocante ao caso do direito à greve dos servidores públicos civis. Observou-se que, em que pese não ter sido suprida a omissão declarada – edição de lei ordinária específica –, o preceito constitucional foi aplicado concretamente nos termos determinados pela decisão (mandado de injunção n.º 708).

Resolveu-se o problema da omissão inconstitucional, assim como os instrumentos que o próprio sistema jurídico dispõe para solucioná-lo. Ressaltou-se, contudo, que a decisão jurisdicional de perfil aditivo não deve ser utilizada indiscriminadamente, ao contrário, deve ser usada de forma subsidiária, temporária e fundamentada.

Nas decisões de cunho aditivo, ocorre o reconhecimento de uma omissão (inconstitucional) que permite a devida integração normativa por meio da analogia, a fim de tornar a norma efetiva, de acordo com o que prescreve o próprio texto constitucional.

Tratou-se, então, não de omissões encontradas em determinados atos normativos, mas da ausência do próprio ato decisório, que deveria ser existente para que determinado comando constitucional fosse realizado.

Devido à necessidade de conformação constitucional para impor coesão interna ao sistema, é o Supremo Tribunal Federal o órgão de cúpula nessa seara, tendo a função de fixar a interpretação cabível, dentre as possibilidades postas pela moldura (artigo 102, inciso I).

Pois bem, a incidência da norma constitucional (neste trabalho, sendo estudado especificamente o artigo 37, inciso VII, da CF/88), tem o condão de criar norma jurídica para regular as condutas intersubjetivas ante a não atuação do Poder Legislativo, até que a regulação conferida pelo Poder Judiciário seja revogada pela autoridade competente, por meio de lei ordinária específica.

O controle jurisdicional se dá justamente com a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, de comando normativo específico, construído mediante a entrega da prestação jurisdicional que preencha a norma constitucional (geral) dentro da moldura lógico-formal, dotando de efetividade direito já prescrito pelo sistema jurídico.

⁴⁹³ MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas. In: **Revista do Mestrado em Direito**. v. 2. n. 3. dez. 2006. Maceió: Edufal, 2008. p. 111.

Em voto como relator do MI n.º 708⁴⁹⁴, o Ministro Gilmar Mendes considerou que neste processo de mandado de injunção a decisão proferida teria conteúdo obrigatório ou mandamental para o legislador, destinadas a obter uma ordem judicial dirigida a um outro órgão do Estado.

No entanto, não observou que a carga mandamental da decisão somente se revelava de forma mediata, posto que, diante de eficácia mandamental, o juiz ordena que a omissão seja sanada, caso contrário, o próprio Tribunal Constitucional deverá construir norma jurídica efetivadora do direito constitucional, pela clara impossibilidade de fazer a parte vencida (Legislativo) cumprir contra a sua vontade o mandamento fixado no comando sentencial.

Sendo assim, emerge a interpretação de acordo com a qual compete ao Supremo Tribunal Federal elaborar a norma faltante para, ele próprio, suprir a omissão do legislador, a fim de tornar exercitável e tutelável jurisdicionalmente o direito a que a norma depende. Não se trata de suprimimento de omissão, pura e simples, mas de verdadeira integração: integra-se a norma por meio da analogia e faz com que os efeitos da decisão não se limitem apenas ao caso concreto.

A decisão jurisdicional de perfil aditivo só é constitutiva porque sua carga maior (força) é a de constitutividade, ele mais constitui do que declara, do que manda, do que executa, do que condena. Assim, possui força de constituição, integra, e constitui a relação jurídica (eficácia *erga omnes*); possui carga de eficácia imediata declaratória, ao declarar a mora do Poder Legislativo (coisa julgada material); possui carga de eficácia mediata mandamental, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal manda o Legislativo suprir a sua omissão inconstitucional; seguindo-se de seus efeitos mínimos de condenação, posto que a sanção/inconstitucionalidade é uma condenação para o ato lícito, e de execução da norma constitucional.

A decisão jurisdicional de perfil aditivo corresponde, pois, a uma sentença constitutiva integrativa. Assim, a exemplo do artigo 37, VII, da CF/88, a decisão jurisdicional tem a força de integrar o comando constitucional, dotando-o de efetividade.

Diante dos comandos constitucionais que prescrevem a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o Supremo Tribunal Federal não poderia se abster de reconhecer que, da mesma forma como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do

⁴⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI+708&pagina=2&base=baseAcordao>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

legislador, é possível que a Corte Suprema atue também nos casos de inatividade ou omissão do Poder Legislativo.

Isso porque, no presente caso, a mora legislativa já tinha sido reiteradamente declarada. Portanto, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passou a invocar os riscos de consolidação de uma típica "omissão judicial", nas palavras do ministro Gilmar Mendes, relator do mandado de injunção n.º 708.

Sendo assim, analisando especificamente o caso da decisão em mandado de injunção de n.º 708, que visa sanar omissão constitucional, observou-se a seguinte estrutura lógico-formal da proposição jurídica: SE os servidores públicos civis possuem o direito constitucional ao exercício de greve (artigo 37, inciso VII, da CF/88), ENTÃO deve o Poder Legislativo cumprir com o seu dever constitucional de editar a norma regulamentadora de tal direito; SE o Poder Legislativo não edita a norma faltante, que obstrui a fruição de um comando constitucional, ENTÃO deve ser a inconstitucionalidade por omissão, como uma espécie de sanção pelo descumprimento, que autoriza a realização da regulamentação pelo Supremo Tribunal Federal.

Observa-se, da construção normativa do acórdão supramencionado, que a declaração de inconstitucionalidade por omissão e a regulação de direito realizada pelo Poder Judiciário se apresentam como as consequências jurídicas do MI n.º 708, segundo as quais a regra autorizativa integra o consequente da norma secundária em função da sanção imposta à omissão inconstitucional declarada.

A prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e a importância da preservação da vontade soberana da Constituição, em observância à garantia dos direitos fundamentais, deve ser posta em primeiro lugar, na medida em que possui o clarividente objetivo de preservar o próprio Estado Democrático de Direito.

Nada obstante, a decisão jurisdicional de perfil aditivo, se construída dentro do prescrito pelo ordenamento jurídico, não significa limitação ao poder de legislar (futuramente), uma vez que a atividade dos legisladores já foi cerceada só e somente só quando se estabeleceu a norma programática pelo constituinte, não podendo haver outro programa⁴⁹⁵.

Pelas características de generalidade e concreção, no caso objeto de estudo, a decisão assumiu eficácia de lei, uma vez que somente poderá ser revogada pelo Poder Legislativo.

⁴⁹⁵ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Constituição e Processo: Mandado de Injunção. jun. de 2012. p. 7. Notas de Aula.

Trata-se, portanto, de uma grande inovação, uma vez que em sede de controle de constitucionalidade.

Nada obstante, cumpre ressaltar que a decisão do mandado de injunção n.º 708 não vincula o Poder Legislativo, já que este a qualquer momento poderá editar lei que modifique a decisão, limitado unicamente pela norma programática estabelecida pelo legislador constituinte.

Sendo assim, desde logo se afirma que é plenamente possível (e até mais recomendável) a admissibilidade de uma modificação posterior do julgado pelo Poder Legislativo, sempre em respeito às exigências constitucionais; por meio de lei ordinária específica.

O que significa que a decisão jurisdicional de perfil aditivo, embora definitiva (uma vez que irrecurível), não é imune a controle, ocorre que ela possui eficácia *erga omnes* revogável apenas pelo Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Controle de constitucionalidade**. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2007.

ALVIM, Tatiana Araújo. Apontamentos sobre a estrutura lógica da norma jurídica. In: **Revista do Mestrado em Direito**. V. 1. n. . dez. 2005. Maceió: Nossa Livraria, 2008.

ASCENSÃO, J. Oliveira. **Interpretação das leis. Integração das lacunas. Aplicação ao princípio da analogia**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OAInter.pdf>. Acesso em 12 abr. 2014.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. Orientador Lúcio Grassi de Gouveia, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. 2ª ed. V. 4. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1484. Impetrante: Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Partido dos Trabalhadores (PT). Impetrado: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 21 agosto de 2001. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819200/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1484-df-stf>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 107. Impetrante: José Emídio Teixeira Lima. Impetrado: Presidente da República. Relator: Moreira Alves. Distrito Federal, 21 de novembro de 1990. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752372/mandado-de-injuncao-mi-107-df>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 283. Impetrante: Alfredo Ribeiro Daudt e Wilson Afonso K. Santos. Impetrado: União Federal e Congresso Nacional. Relator: Sepúlveda Pertence. Distrito Federal. 14 de novembro de 1991. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752112/mandado-de-injuncao-mi-283-df>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 712. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do estado do Pará e outros. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Eros Grau. Distrito Federal. 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 708. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI+708&pagina=2&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Recurso Extraordinário 376.852-2. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Recorrido: Antônio Pires. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Santa Catarina, 17 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-abr-10/stf_examina_formula_desafogar_judiciario>. Acesso em: 5 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n.º 943. Impetrante: Raimundo Nonato de Almeida e outros. Impetrado: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 06 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23508283/mandado-de-injuncao-mi-943-df-stf>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

BELOCCI, M.; GIOVANNETTI, T. Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale. In: quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la corte costituzionale di ungheria. **Palazzo della Consulta**, 11 giugno 2010.

BRUST, Leo. **A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 5, n. 2, jul/ago. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322009000200014&script=sci_arttext>. Acesso em: 27 out. 2012. ISSN 1808-2432.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1993.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2 ed. Porto Alegre: Safe, 1992.

_____. **Repudiando Montesquieu? A expansão e legitimidade da “Justiça Constitucional”**. In: CANECA, Cesar Lourenço (org.). Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, ano 99, V. 366, mar./abr. 2003. ISSN 0102-8413.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Tributário. Linguagem e Método**. 3 ed. São Paulo: Noeses, 2009.

_____. **Regras técnicas ou procedimentais no direito tributário**. In: Teoria comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha. São Paulo: Noeses, 2011.

_____. **Teoria da Norma Tributária**. 5 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. V. I. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **Interpretação constitucional e prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. **O Poder Judiciário na virada do século: paradigmas de atuação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade.** Maceió-AL: EDUFAL, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e prática.** Salvador: Podivm, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: Podivm, 2008.

_____. **O Controle Judicial das Omissões do Poder Público.** São Paulo: Saraiva, 2008.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria Geral do Processo (Jurisdição, ação (defesa), processo).** 2 ed. São Paulo: Método, 2007.

_____. Tribunal constitucional do Brasil: novo paradigma do poder moderador. **Revista Esmafe** - Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n.º 7, ago. 2004.

_____. Constituição e Processo: Mandado de Injunção. jun. de 2012. Notas de Aula.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil.** V. 2. 3ª ed. Salvador: Jus Podivw, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** V. 1. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Constitucional.** Barueri: Manole, 2007.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** São Paulo: Atlas, 2010.

GAMA, Tacio Lacerda. **Competência Tributária – Fundamentos para uma Teoria da Nulidade.** São Paulo: Noeses, 2009.

HART, Herbert L. A., **O conceito de Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, Pós-escrito.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. As decisões interpretativas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade e seu efeito constitucionalizador ordinário. **Revista Depoimentos**, 17 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/8.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Safe, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Nilobook, 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Claudia Lima Marques. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição**. São Paulo: Atlas, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O mandado de injunção como remédio contra a omissão constitucional no direito brasileiro**. Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=O+mandado+de+injun%C3%A7%C3%A3o+como+rem%C3%A9dio+contra+a+omiss%C3%A3o+inconstitucional+no+direito+brasileiro>>. Acesso em: 21 dez 2013.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas. **Revista do Mestrado em Direito**. Ano 2, n.º 3, 2º semestre. Alagoas: EdUFAL, 2008. ISSN 1809-1873.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Teoria do fato jurídico. Plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 38.

_____. Teoria Geral do Direito: Estrutura lógico-formal da norma jurídica. 16 de out. de 2013. Notas de Aula. Mimeografado.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Mandado de Injunção**. DPU n.º 13, jul./set. 2006, p. 11. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/413/324>>. Acesso em: 02 mar. 2013.

MIRANDA, Ponte de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Tratados das Ações**. Tomo I. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. **Tratado das Ações**. Tomo III. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

MORO, Sergio Fernando. **Por uma Revisão da Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/98>. Acesso em: 11 jan. 2011.

NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. In: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra editora, 1993.

NEGRELly, Leonardo Araujo. O ativismo judicial e seus limites frente ao Estado. Trabalho publicado nos **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza - CE, jun./ 2010.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Jurisdição constitucional: aspectos controvertidos**. Curitiba: Juruá, 2011.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Com o controle de constitucionalidade, o STF. In: **Argumento: direito e cidadania**. Ano II. 5ª ed. Out.nov.-dez./2013.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. Salvador: JusPodivm, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. Ano 34, n. 168, fev./2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PELICIOLI, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTR, 2008.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. **Jurisdição constitucional do Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 16.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Sujeição passiva tributária**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REVORIO, Francisco Javier Dias. **Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional: significado, efectos, tipología e legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas.** España: Lex Nova, 2001.

ROBLES, Gregório. **O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito.** Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri-SP: Manole, 2005.

_____. **Perspectivismo textual y principio de relatividad sistêmica en la teoria comunicacional Del derecho.** In: Teoria comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha. São Paulo: Noeses, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito.** Ano 1, n.º 1, jan./dez. 2005. Maceió: Nossa Livraria, 2005. ISSN 1809-1873.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución.** México: Nacional, 1981.

_____. **La defensa de la constitucion.** España: Tecnos, 1983.

SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial.** Salvador: Juspodivm, 2007.

_____. Considerações acerca da incidência na teoria de Pontes de Miranda. In: **Revista do Mestrado em Direito.** v. 1. n. . dez. 2005. Maceió: Nossa Livraria, 2008.

_____. Dimensões da linguagem e efetividade dos direitos fundamentais: uma abordagem lógica. In: **Revista do Mestrado em Direito.** V. 2, n. 2, jun. 2006. Maceió: Nossa Livraria, 2006.

_____. **Fundamentação da sentença como cláusula pétrea e seu reflexo na sentença cível.** Maceió: 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Allan Rocha de. A efetividade das normas constitucionais programáticas. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005.

SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é preguiça?** In: Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2012.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Revista Direito GV**. Jul-dez. São Paulo, 2008. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2012.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. **Causalidade e relação no Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

XIMENES, Sérgio. **Dicionário da língua portuguesa**. 3 ed. São Paulo: Ediouro, 2001.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.