



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Eficácia Normativa dos Direitos Fundamentais Diante da Omissão Inconstitucional

Juliana Guimarães Ornellas

Rio de Janeiro
2012

JULIANA GUIMARÃES ORNELLAS

A Eficácia dos Direitos Fundamentais Diante da Omissão Inconstitucional

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Guilherme Sandoval
Kátia Silva
Mônica Areal
Néli Fetzner
Nelson Junior
Rafael

Rio de Janeiro
2012

A EFICÁCIA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Juliana Guimarães Ornellas

Graduada pela Universidade Cândido Mendes de Niterói. Advogada.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a importância dos direitos fundamentais dos indivíduos previstos na Constituição da República, os quais muitas vezes se encontram inviabilizados de serem exercidos. Isso ocorre porque as normas constitucionais definidoras destes direitos possuem uma eficácia limitada, deixando como dever do legislador regulamentar os direitos nelas previstos, de modo que confira plena aplicabilidade e eficácia às normas constitucionais, o que culmina na efetividade do texto magno. No entanto, apesar de tal determinação constitucional, o órgão legiferante frequentemente fica inerte, se omite em regulamentar o direito fundamental, sendo certo que essa sua omissão é inconstitucional.

Palavras-chave: Eficácia Jurídica. Direitos Fundamentais. Omissão Inconstitucional.

Sumário: Introdução. 1. Eficácia dos direitos fundamentais. 2. A omissão inconstitucional. 3. Controle judicial para combater a omissão legislativa. 3.1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3.1.1. A decisão e seus efeitos. 3.1.2. Omissão parcial. 3.2. Mandado de injunção. 3.2.1. A decisão e seus efeitos. 3.2.2. A evolução dos julgados do Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática da eficácia dos direitos fundamentais previsto pela Constituição da República que não podem ser exercidos em virtude da omissão do legislador que não cumpriu com a sua obrigação constitucional de legislar. Um dos objetivos do presente estudo é identificar os mecanismos aptos a solucionarem essa inércia.

A Carta Magna estatui os direitos mais importantes e essenciais dos indivíduos e da coletividade, os quais devem ser observados pelo Poder Público e por todos os particulares. No entanto, a Constituição da República apenas faz a previsão dos direitos fundamentais sem

regulamentá-los, por isso, existem direitos que são estabelecidos e que somente podem ser exercidos a partir de uma regulamentação. Nesse passo, a Lei Maior deixa a cargo do legislador infraconstitucional esse mister. Ocorre que muitas vezes o legislador não cumpre o mandamento constitucional e deixa de regulamentar a norma constitucional que é de eficácia limitada. Com isso, o indivíduo não consegue exercer seu direito que lhe é fundamental.

Por sua vez, o Poder Judiciário quando é chamado a se manifestar sobre a existência e aplicação do direito essencial ao indivíduo encontra uma barreira, tendo em vista que o direito tem previsão constitucional, mas não pode ser aplicado porque não existe uma regulamentação que torne possível concretizar esse direito. Ademais, diante do princípio da separação dos poderes, o Judiciário não pode de forma livre e ampla aplicar o direito, pois estaria regulamentando no caso concreto e poderia invadir a esfera de atuação do Legislativo.

Diante desse panorama, a doutrina e a jurisprudência tentam solucionar a melhor maneira de tornarem efetivas e aplicáveis as normas constitucionais que preveem direitos fundamentais quando o legislador infraconstitucional se omite descumprindo o mandamento constitucional. Assim, os indivíduos poderão exercer os direitos que lhes cabem sem ficarem tolhidos pela inércia legislativa. Resta saber, portanto, a maneira pela qual o Poder Judiciário pode solucionar a questão sem invadir a função legislativa.

O legislador infraconstitucional não cumpre com o seu dever constitucional de legislar quando deixa de regulamentar um direito fundamental que depende de sua atuação para poder ser exercido. O tema se justifica na seara jurídica, pois deve ser encontrada uma solução para que o Poder Judiciário combata a inércia legislativa sem se imiscuir na função do legislador, ou seja, sem violar o princípio da separação dos poderes.

Ademais, do ponto de vista social o tema proposto se justifica em razão de a sociedade ficar impedida de exercer um direito de suma importância que foi estabelecido pelo constituinte originário.

Dessa maneira, procura-se identificar os meios pelos quais se confere total eficácia e aplicabilidade às normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais que não se encontram regulamentadas pelo Poder Legislativo com o escopo de tutelar o interesse do indivíduo, da coletividade e da sociedade.

1. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O ordenamento jurídico tem como base a Constituição, porém ela não basta em si mesma, tendo em vista que, no mais das vezes, se limita a dispor em linhas gerais sobre determinados assuntos, sem, no entanto, exauri-lo. Percebe-se, portanto, que se trata de uma Constituição rígida com um caráter fundamentalmente sintético¹.

Enquanto algumas normas constitucionais deferem direitos subjetivos invocáveis a qualquer momento outras necessitam de integração legislativa para produzir todos os seus efeitos. Por conseguinte, admite-se que nem todas as normas constitucionais possuem idêntico grau de eficácia e aplicabilidade.

As normas constitucionais que não produzem com a simples entrada em vigor os seus efeitos essenciais são classificadas por José Afonso da Silva² como normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, pois dependem de um comportamento legislativo infraconstitucional ou da ação dos administradores para o seu integral cumprimento. Logo, são providas de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

Ao elaborar tais espécies de norma o constituinte tratou do assunto apenas superficialmente, não estabelecendo uma normatividade suficiente, bastante em si e capaz de

¹ Nos dizeres de José Afonso da Silva “a constituição rígida, por seu caráter fundamentalmente sintético, não pode descer a pormenores, a assuntos tidos como de menor relevo, ou que devem constituir apenas desdobramentos de normas e princípios constitucionais. Não pode, nem deve, regular todos os assuntos, todas as instituições políticas; por isso, deixa muitos deles às *leis ordinárias*, ou *complementares*”. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 42.

² *Ibid.*, p. 82.

produzir seus efeitos essenciais, ficando a encargo do legislador ordinário e outros órgãos estatais a incumbência de desenvolver o dispositivo constitucional carecedor de eficácia, conferindo-lhe plena exequibilidade e possibilitando o exercício do direito nele previsto.

Por essa razão, um direito fundamental previsto na Carta Magna pode necessitar de normas infraconstitucionais que disciplinem o processo para a sua efetivação, o regulamentando³. Essas normas legais destinam-se a complementar, densificar e concretizar o conteúdo fragmentário, vago, aberto, abstrato ou incompleto das normas constitucionais que preveem certos direitos fundamentais.

O constitucionalismo moderno reconhece que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, uma vez que, ainda que dependa de regulamentação, a norma constitucional continua dotada de supremacia hierárquica, sendo imediatamente aplicável sobre a legislação anterior com ela incompatível, revogando-a, e também sobre a legislação futura que a ela há de se conformar sob pena de inconstitucionalidade.

Insta ressaltar, que a Carta Magna⁴ em seu art. 5º, §1º, estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. No entanto, essa regra de eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais não é absoluta, tendo em vista que a Constituição previu normas definidoras de direitos fundamentais que dependem de legislação ulterior para que, então, possa ter eficácia plena e aplicabilidade imediata⁵, como o art. 7º, XX da Carta Política⁶.

Sendo assim, não são todas as normas constitucionais que estão aptas a produzir efeitos imediatos, através de aplicações diretas, sem qualquer remissão à legislação

³ Como exemplo, tem-se o art. 5º, XLI da CRFB que estabelece que a lei regulará a individualização da pena, bem como o art. 5º, XLII da CRFB que revela que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão nos termos da lei.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *RT Códigos*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

⁵ MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO. Inocência Mártires; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287.

⁶ O dispositivo citado deixa a encargo do legislador a previsão de incentivos específicos para a proteção do mercado de trabalho da mulher.

subsidiária. Por isso, a doutrina extrai do §1º do art. 5º da Constituição o princípio da efetividade para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, reforçando a supremacia da Constituição e a sua força normativa.

Desta forma, os Poderes Públicos se sujeitam ao dever de conferir máxima e imediata eficácia às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, promovendo todas as condições para que os direitos fundamentais sejam reais e efetivos.

2. A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

O legislador, em regra, tem a faculdade discricionária de elaborar uma lei, ou seja, possui uma liberdade de conformação para criar ou não lei sobre certa matéria, sendo certo que *a priori* sua decisão política de não agir ou sua inércia não configurarão conduta inconstitucional. Contudo, o órgão legislativo está obrigado a legislar nos casos em que há mandamento na Constituição no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal para regulamentar um preceito constitucional⁷.

Essa vinculação do legislador a uma ordem emanada da Constituição se justifica por ser a Carta Magna uma lei suprema do Estado⁸, sendo certo que o princípio da supremacia é um postulado central do Direito Constitucional e pressupõe a existência de uma rigidez constitucional que decorre da maior dificuldade para modificação da norma constitucional do

⁷ Nesse sentido, J. J. Gomes Canotilho aduz que “a omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional”. CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1033. Merece destaque, o art. 5º, XXVI da CRFB, o qual preceitua que “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”. BRASIL, op. cit., p. 21. Assim, diante do citado mandamento constitucional deve o legislador definir em lei a pequena propriedade rural, pois se está diante de um dever de legislar imposto pela Constituição. Nesse caso, a abstenção do legislador será ilegítima e configurará uma inconstitucionalidade por omissão.

⁸ A superioridade da Constituição da República, na esteira do que nos ensina José Afonso da Silva, se justifica por lá se encontrarem as normas fundamentais do Estado, a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 47.

que para a alteração das demais normas jurídicas existentes.

Assim, quando a Constituição impõe ao legislador a elaboração de uma norma para regular determinada matéria e a mesma não é elaborada, essa omissão é inconstitucional, pois desrespeita mandamento da Lei Maior. Verifica-se, pois, que a Constituição é suscetível de descumprimento por ação, quando se faz o que ela proíbe, bem como por omissão, quando se deixa de fazer o que ela determina⁹.

Saliente-se que também as normas constitucionais de eficácia limitada vinculam todos os Poderes Públicos, vez que são imperativas, supremas e obrigatórias, sendo certo que a ausência da elaboração da norma integradora por parte do Poder competente paralisa a operatividade do comando normativo maior, deixando de conferir conteúdo e efetividade aos direitos constitucionais¹⁰.

Konrad Hesse¹¹, preocupado com a força normativa da Constituição, destaca que para se conceder efetividade à Lei Maior é necessário que o Poder Público e os cidadãos tenham a chamada “vontade de Constituição”, ou seja, vontade de seguir os seus preceitos.

A construção do Estado Constitucional fica vinculada a atividade do legislador que, cumprindo o que lhe é ordenado, estará concedendo plena eficácia à norma constitucional.

3. CONTROLE JUDICIAL PARA COMBATER A OMISSÃO LEGISLATIVA

⁹ Cumpre ressaltar, que para ser configurada a inconstitucionalidade por omissão se faz necessário conceder ao órgão legiferante um lapso temporal razoável, a contar da promulgação da Constituição de 1988, para que edite o ato normativo exigido pela norma constitucional. Conforme assinala Luís Roberto Barroso “intuitivamente, passada mais de década e meia da promulgação da Constituição de 1988, há inequívoca mora em relação às normas reclamadas pelo texto constitucional e ainda não criadas”. BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 208.

¹⁰ Nesse sentido, Gilmar Mendes assevera que a inércia do legislador pode “esvaziar por completo o significado dos direitos fundamentais em determinada ordem jurídica”. MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 339.

¹¹ O autor afirma que “a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição”. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 19.

Para assegurar a supremacia da Constituição, é necessário que haja controle sobre a inércia do legislador em satisfazer uma imposição de concretização do direito fundamental. Isso porque a abstenção do legislador contraria a normatividade constitucional e dela faz letra morta, impedindo sua aplicação, bem como fazendo pouco caso de sua força normativa. E, caso não exista um controle, a Constituição fica desvestida de instrumentos que efetivamente a garantam. Desta forma, o Judiciário deverá intervir de modo que realize um controle de constitucionalidade acerca da omissão do legislador que frustra o propósito do constituinte.

A Carta Magna de 1988 enfrentou o tema da omissão legislativa, concebendo dois mecanismos diversos: o mandado de injunção (MI) previsto no art. 5º, LXXI e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) referida expressamente no art. 103, §2º.

3.1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Com a introdução da ação direta de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento jurídico pátrio, o texto constitucional passou a reconhecer que o desrespeito à Constituição pode advir não só de uma ação, mas também da omissão ou do silêncio, quando os órgãos permanecem inertes, não cumprindo seu dever de elaborar as leis ou atos administrativos normativos indispensáveis à eficácia e aplicabilidade da Lei Maior.

A ação direta de inconstitucionalidade tem como objetivo suprir as lacunas inconstitucionais do ordenamento jurídico, fazendo com que o legislador passe da inação para a ação, expedindo as medidas regulamentares necessárias para conferir plena eficácia às normas constitucionais. Com isto, conforme nos ensina Michel Temer¹², “os preceitos que demandem regulamentação legislativa ou aqueles simplesmente programáticos não deixarão de ser invocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador”.

¹² TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 50.

Ressalte-se que esta ação não se destina à proteção de situações individuais, mas sim à defesa da própria ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis, configurando um interesse público de controle. Pretende-se, portanto, com essa medida, o restabelecimento da integridade do sistema jurídico, conferindo plena eficácia à Constituição.

3.1.1. A decisão e seus efeitos

Cumpra destacar os precisos termos do art. 103, §2º da Carta Magna¹³ que estatui o seguinte: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Depreende-se que, sendo declarada a inconstitucionalidade por omissão, deve a Corte Constitucional apenas cientificar o órgão competente a fim de proceder a regulamentação necessária¹⁴. Portanto, não cabe a Suprema Corte criar as normas faltantes, sendo a decisão apenas declaratória da mora do órgão legislativo em cumprir dever constitucional de legislar ou do órgão administrativo em adotar o ato normativo requerido para tornar efetiva determinada disposição constitucional.

Note que se a omissão for de um órgão político não haverá fixação de prazo para a edição da norma faltante e a comunicação terá valia essencialmente política. É forçoso reconhecer que a mera ciência dada ao legislador é incapaz de constrangê-lo a expedir as normas reclamadas para a exequibilidade dos preceitos constitucionais.

Já se a omissão for de um órgão administrativo será fixado um prazo de 30 dias para a sua atuação visando a suprir a omissão inconstitucional, podendo acarretar a

¹³ BRASIL, op. cit., p. 72.

¹⁴ A ação direta de inconstitucionalidade por omissão será processada e julgada originariamente pelo Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, I, “a”, da Constituição da República.

responsabilização do agente público que não a cumpra.

Verifica-se que, a decisão proferida na ação em comento tem caráter mandamental, pois se destina a obtenção de uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado¹⁵.

Importa enfatizar, que o Supremo Tribunal Federal não atuará como legislador positivo, adotando as medidas que repute necessárias ao afastamento da omissão, nem mesmo quando dada a ciência ao Poder ou órgão omisso e este não adote qualquer providência. Isto porque tal conduta não se compatibiliza com os princípios constitucionais da democracia e da divisão de poderes, conforme a Corte deixou assente na decisão proferida no Mandado de Injunção nº 107-DF da relatoria do Ministro Moreira Alves.

Ocorre que a simples cientificação do órgão competente não é capaz de compeli-lo a produzir a norma que falta. Assim, a não elaboração da norma torna a decisão da Corte Maior sem efeito e deixa a Constituição Federal sem exequibilidade, mantendo o estado de inconstitucionalidade que deveria ser eliminado imediatamente¹⁶.

Diante da ineficácia da decisão do Pretório Excelso, diversos autores propõem uma solução para suprir a omissão inconstitucional.

Primeiramente, merece destaque a posição de José Afonso da Silva¹⁷ que opina que a sentença que declara a inconstitucionalidade por omissão já poderia dispor normativamente sobre a matéria até que a legislação fosse suprida, conciliando, portanto, o princípio da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento do texto constitucional.

O jurista Luís Roberto Barroso¹⁸ também entende que cabe ao Judiciário suprir a

¹⁵ Percebe-se mais nitidamente este caráter mandamental em se tratando de ordem dirigida ao órgão administrativo para a edição dos atos normativos necessários, já que este tem fixado o prazo de 30 dias.

¹⁶ Barroso se posiciona nesse sentido quando assevera que “a literalidade do §2º do art. 103 e a resistência do Supremo Tribunal Federal em dar-lhe sentido mais abrangente, sob o fundamento de que não pode tornar-se legislador positivo, transformaram a ação direta de inconstitucionalidade por omissão em um remédio jurídico de baixa eficácia e, conseqüentemente, de uso limitado. A reduzida valia da mera ciência dá ao instituto um efeito essencialmente moral ou político, próprio para quem busca uma declaração de princípios, mas insuficiente para a tutela objetiva constitucional, quando vulnerado em sua supremacia”. BARROSO, op. cit., 2004, p. 209.

¹⁷ SILVA, op. cit., 1994, p. 49.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 164.

matéria omissa que impede a efetivação da Constituição, devendo ser concedidos poderes explícitos que consubstanciam meios idôneos e efetivos para realizar os direitos e os fins delineados na Lei Maior. Isto porque o próprio constituinte outorgou ao Judiciário a autoridade de intérprete da Constituição e das normas jurídicas, com competência de fazê-las atuar concretamente, devendo sempre fazer prevalecer a Constituição¹⁹. Atualmente, o autor defende a aprovação de uma emenda constitucional que altere a redação do art. 5º, §1º da Constituição Federal de modo a realçar o papel dinamizador de uma jurisprudência²⁰.

Ressalte-se ainda a proposta apresentada por Flávia Piovesan²¹ que defende que seria mais conveniente e eficaz a concessão de atribuição de competência ao Supremo Tribunal Federal para, primeiramente, declarar a inconstitucionalidade da omissão e fixar um prazo para que a omissão seja sanada. A autora inclusive sugere que o prazo a ser adotado poderia ser de 45 dias, o mesmo da apreciação em “regime de urgência” estabelecido no art. 64, §2º da Carta Política. Assim, findo o prazo sem ser adotada nenhuma providência pelo legislador, a autora entende que a própria Corte poderia, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, porém de maneira provisória, até que o legislador elaborasse a norma faltante. Dessa forma, o preceito constitucional pode ser concretizado, tornando-se efetivo, bem como se observa o princípio político da autonomia do legislador.

Para tanto, Piovesan faz uma analogia da ação direta de inconstitucionalidade por ação com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que se na primeira ação é possível o Supremo Tribunal Federal expelir do sistema a lei ou ato normativo inconstitucional, caberia também a esta Corte na segunda ação afastar a inconstitucionalidade

¹⁹ O autor traz a baila o art. 7º, XI, o qual prevê o direito do trabalhador à participação nos lucros e na gestão da empresa, conforme definido em lei. Entende que na hipótese de haver omissão do legislador em elaborar a lei que define a participação nos lucros é possível o juiz decidir o mérito de um determinado caso concreto por meio do auxílio de um perito e valendo-se das regras de experiência e de casos análogos. *Ibid.*, p. 167.

²⁰ Nesse sentido, Barroso propõe a seguinte redação para o art. 5º, §1º, da CRFB/88: “As normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais têm aplicação direta e imediata. Na falta de norma regulamentadora necessária ao seu pleno exercício, formulará o juiz competente a regra que regerá o caso concreto submetido à sua apreciação, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito”. *Ibid.*, p. 170.

²¹ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 125.

por omissão que afronta a ordem constitucional. E isto se faz suprindo as lacunas normativas que impedem a aplicação do texto constitucional.

O controle de constitucionalidade tem por fim manter a ordem jurídica compatível com a Constituição da República e para tanto é necessário impedir a subsistência de todo comportamento inconstitucional, banindo ações e omissões que atentem contra a Lei Maior.

No entanto, a autora ressalva hipóteses em que a atuação do legislador se afigura insubstituível, não cabendo ao Supremo Tribunal Federal dispor normativamente. Ressalta a distinção entre “o dever constitucional de legislar, suscetível de complementação ou suprimimento, daquela exigência insuprível na via judicial, posto que requer, necessariamente, a intervenção insubstituível do legislador”²².

Vale citar, que na ADI 3.682 o Tribunal estipulou um prazo de dezoito meses para que o Congresso Nacional conferisse disciplina legislativa a cumprir o dever constitucional imposto pelo art. 18, §4º da Constituição Federal.

Verifica-se que a Lei Maior em seu artigo 103, §2º teve a intenção de não permitir ao Judiciário a supressão da lacuna normativa que tolhe a eficácia e aplicabilidade da norma constitucional, cabendo-lhe apenas dar ciência ao órgão competente para elaborar o ato normativo faltante. Assim, somente por meio de uma emenda constitucional seria possível atribuir poderes normativos ao Supremo Tribunal Federal.

Sustenta André Puccinelli Júnior²³ que emenda dessa natureza não fere o princípio da separação dos poderes, petrificado no art. 60, §4º, III, da Carta Magna, pelas seguintes razões:

O referido princípio não mais “apregoa um *apartheid* radical, mas impõe uma nova

²² Piovesan destaca que não é possível a atuação normativa do Supremo Tribunal Federal em relação às “normas de eficácia limitada do tipo institutivo (exemplos: art. 134, parágrafo único, referente à Defensoria), as normas relativas à elaboração de Códigos (art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referentes à elaboração do Código de Defesa do Consumidor)”. Também é possível se deparar com outros exemplos como a instituição de imposto sobre grandes fortunas ou qualquer outra espécie de tributo, tendo em vista que para tanto deve ser observado o princípio da estrita legalidade tributária, o que excluiria a possibilidade do Supremo fazer uso da atribuição normativa. Ibid., p. 127.

²³ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 161.

forma de relacionamento entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, onde cada órgão estatal fiscaliza a atuação do outro”²⁴. Assim, o Judiciário fiscaliza o Legislativo para que este não se distancie dos valores constitucionais.

O autor²⁵ entende que a proposta concilia os princípios da separação dos poderes e da supremacia constitucional, “pois inicialmente concede ao legislador prazo razoável para adotar as providências cabíveis, limitando-se a autorizar o Supremo Tribunal Federal a expedir normas provisórias somente quando a omissão persistir após o decurso deste lapso temporal”. Com isso, não se busca reconhecer a prevalência do Judiciário sobre os demais órgãos do Estado, mas apenas defender a supremacia da Constituição, concedendo ao Supremo poderes específicos para suprir as lacunas inconstitucionais da ordem jurídica²⁶.

Saliente-se que o Judiciário quando invalida lei inconstitucional no exercício do controle de constitucionalidade interfere na atividade legislativa, o que ocorreria da mesma forma se suprisse provisoriamente uma lacuna que impede a eficácia do texto constitucional²⁷.

Deve-se assinalar que a jurisdição já possui uma natureza criadora, pois o legislador cria uma lei fixando parâmetros gerais e o juiz como intérprete da lei escolhe uma interpretação para aplicar a um caso concreto. Inclusive a própria Constituição quando prevê princípios deixa uma abertura que culmina na necessidade da participação de intérpretes²⁸.

²⁴ Ibid., p. 161.

²⁵ Ibid., p. 161.

²⁶ Puccinelli Júnior explica que “ao humor do Congresso Nacional há de se contrapor a atuação enérgica do Supremo Tribunal Federal que, para além da função de legislador negativo, exercerá o mister de guardião da Lei Maior, articulando o debate público em torno dos princípios constitucionais, de molde a constringer os agentes políticos a observá-los no desenrolar do jogo democrático, conferindo plena efetividade às normas constitucionais, seja pela censura positiva, suprimindo as omissões legislativas que obstam a produção de todos os seus efeitos, seja por meio da censura negativa, sustando os atos reputados inconstitucionais”. Ibid., p. 103.

²⁷ O autor argumenta que “a independência orgânica e a especialização funcional, caracteres associados à separação de poderes, não podem reduzir o Judiciário à condição de mero legislador negativo, de apático observador do processo de elaboração normativa ou de simples títtere encarregado de pronunciar o que lhe dita a lei, jamais supri-la. E isto é assim porque não há diferenças ontológicas entre colmatar uma lacuna ilegítima e invalidar a lei inconstitucional. Em ambos os casos, o Poder Judiciário acaba sempre interferindo na atividade legislativa”. Ibid, op. cit., p. 128.

²⁸ Lênio Streck, conforme se extrai da obra de Puccinelli Júnior, comenta sobre as novas técnicas interpretativas introduzidas pela Lei nº 9.868/99, aduzindo que “com a institucionalização da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto através da Lei n.º 9.868/99, o Poder Legislativo brasileiro admite (explicitamente) que o Poder Judiciário possa exercer uma atividade de adaptação e

Depreende-se do art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que cabe ao juiz quando a lei for omissa decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Isso porque o legislador jamais conseguirá abarcar todos os fenômenos mundanos, o que demonstra a importância da atividade judicial criativa para suprir as lacunas e adaptar as normas a cada caso concreto.

Ademais, merece destaque o art. 103-A da Constituição da República, o qual atribui competência a Suprema Corte para aprovar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública em geral, bem como a sentença normativa típica da Justiça do Trabalho, o que segundo Puccinelli Júnior²⁹ demonstra uma flexibilização do princípio da separação dos poderes e aumenta a justificativa para uma extensão de poderes que garanta o efetivo cumprimento da Carta Política.

Verifica-se que o autor³⁰ se filia a posição já citada da Flávia Piovesan, uma vez que ele defende a elaboração e aprovação de emenda constitucional que modifique o art. 103, §2º da Constituição da República para que se permita ao Supremo Tribunal Federal, após a declaração da inconstitucionalidade da omissão, conceder prazo para o órgão competente elaborar a norma faltante e, caso passe o prazo sem nenhuma medida, possa o Tribunal expedir normas provisórias que irão vigor até a edição do ato normativo pelo Legislativo.

3.1.2. Omissão parcial

Haverá inconstitucionalidade por omissão total quando o legislador, convocado pelo constituinte a agir, simplesmente não edita lei alguma, configurando o que se convencionou denominar de “silêncio transgressor”, ao passo que a omissão parcial corresponde àquela ação

adição/adjudicação de sentido aos textos legislativos, reconhecendo, ademais, que a função do Poder Judiciário, no plano do controle de constitucionalidade, não mais se reduz – repita-se – à clássica concepção de “legislador negativo”. STRECK *apud* PUCCINELLI JÚNIOR, op. cit., p. 104.

²⁹ Ibid., p. 161.

³⁰ Ibid., p. 162.

imperfeita que atende apenas em parte o regramento constitucional, isto é, o legislador não cumpre integralmente o dever constitucional de legislar.

Pode ocorrer de o legislador que tem o dever de elaborar o ato normativo, criá-lo, mas se omitir em parte, concedendo privilégios ou impondo ônus a certa categoria de pessoas e deixando de lado outras pessoas que estão em situação idêntica e que deveriam ser contempladas de igual modo, incidindo no que se chama de “exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia”.

Segundo Canotilho³¹, essa exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia pode acarretar em inconstitucionalidade por ação ou inconstitucionalidade por omissão a depender do caso, pois se a intenção do legislador for a de conceder vantagens a certos grupos ou contemplar certas situações haverá uma inconstitucionalidade por ação enquanto que se o legislador não tiver essa intenção, mas apenas apreciar as situações de fato de maneira incompleta a inconstitucionalidade será por omissão.

Verificada a omissão parcial, Barroso³² nos coloca três linhas possíveis de atuação judicial. Inicialmente, existiria a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação por violar o princípio da igualdade. Contudo, essa solução acarreta na universalização da situação desvantajosa, aprofundando o estado de inconstitucionalidade, pois haverá uma supressão do benefício concedido a certos setores sem permitir a extensão da vantagem aos seguimentos discriminados.

A segunda possibilidade seria declarar a inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias em relação à categoria que ficou prejudicada³³. E, por fim, teria a solução da extensão do benefício à categoria dele excluída, ampliando o campo de incidência da norma a fim de contemplar os

³¹ CANOTILHO, op. cit., p. 1036.

³² BARROSO, op. cit., 2004, p. 36.

³³ Esta foi a fórmula adotada pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte na ADI 1.458 MC/DF, publicada em 1996.

grupos esquecidos, garantindo, desta forma, a observância do princípio da igualdade³⁴.

Importa destacar ainda outra solução mencionada por Gilmar Mendes³⁵, qual seja: a declaração de inconstitucionalidade da norma incompleta sem a pronúncia de sua nulidade, fazendo com que a mesma subsista até a sua revogação pelo direito superveniente³⁶. Contudo, ressalta o autor que tal medida não parece compatibilizar-se com o princípio da nulidade da lei inconstitucional, entendendo, assim, pela não aplicação da lei declarada inconstitucional.

3.2. MANDADO DE INJUNÇÃO

A vigente Constituição, no intento de assegurar a plena eficácia e aplicabilidade de seus dispositivos, ao lado do controle abstrato da omissão inconstitucional, acresce um novo remédio de caráter concreto, ou seja, se destina ao controle incidental da omissão do legislador, a ação denominada mandado de injunção, prevista no art. 5º, inciso LXXI, nos seguintes termos: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”³⁷.

Cuida-se de uma garantia processual concebida para a tutela de direitos subjetivos constitucionais frustrados pela inércia ilegítima do Poder Público, cujos pressupostos essenciais são: (1) existência de uma omissão legislativa em regulamentar o exercício de

³⁴ Nesse sentido, foi a decisão prolatada pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte no RMS 22.307/DF, publicada em 1997, onde se reconheceu a existência de omissão legislativa e se estendeu aos servidores públicos civis o reajuste de 28,86% previsto nas Leis 8.622/93 e 8.627/93 aos funcionários inicialmente excluídos do cumprimento do art. 37, X, da Constituição Federal. Contudo, o Supremo Tribunal Federal tem a súmula nº 339 em sentido diverso, segundo a qual não compete “ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”, entendendo, portanto, que não cabe ao Judiciário estender o benefício àqueles que foram excluídos. Neste norte, é a posição da Suprema Corte no AI 804.586 AgR/CE, publicado em 2012, de onde se extrai que “o Poder Judiciário não pode conceder aumento a servidores públicos ou a militares com fundamento no princípio da isonomia, uma vez que não possui atribuição legislativa”.

³⁵ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., 1243.

³⁶ Nesse sentido, temos a ADI 2.240 cujo julgamento se deu em 2007 com a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade do ato impugnado, o qual se manteve vigente pelo prazo de 24 meses, lapso temporal razoável para o legislador estadual reapreciar o tema.

³⁷ BRASIL, op. cit., p. 24.

direitos e liberdades asseguradas constitucionalmente ou para a efetividade de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; (2) inviabilização do exercício de um direito ou liberdade constitucional, ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, decorrente da omissão legislativa inconstitucional.

Na hipótese de se estar diante de um vício de omissão legislativa parcial que afronte o princípio da isonomia, os excluídos poderão utilizar-se do mandado de injunção, pois para eles a situação equivale à ausência de norma³⁸.

3.2.1. A decisão e seus efeitos

Há uma série de teses jurídicas acerca dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade por omissão no mandado de injunção.

Uma primeira tese jurídica, conhecida como teoria da subsidiariedade ou não concretista, se posiciona no sentido de que compete ao Poder Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, declarar a inconstitucionalidade da omissão normativa e dar ciência ao órgão competente para que este edite a norma faltante.

Com fundamento na separação dos poderes, essa corrente entende que não cabe ao Judiciário suprir a lacuna mediante a edição de ato normativo geral e abstrato, nem elaborar a norma faltante e aplicá-la ao caso concreto para assegurar ao impetrante o exercício do direito carente de norma regulamentadora, tampouco obrigar o Legislativo a legislar³⁹.

Existem muitas críticas da doutrina acerca desta teoria, tendo em vista que a declaração do estado de inércia, assim como a mera cientificação desse estado não é apta a satisfazer a pretensão do autor prejudicado pela omissão legislativa, o que confere pouca

³⁸ PIOVESAN, op. cit., p. 137.

³⁹ Oportuno registrar que esta foi a posição inicialmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual entendia que a decisão em mandado de injunção possuía eficácia declaratória, uma vez que se reconhecerá a inconstitucionalidade da omissão, e também eficácia mandamental, já que haverá a comunicação da mora na elaboração da norma regulamentadora ao órgão competente omissor, para que ele adote as providências cabíveis.

efetividade ao mandado de injunção. Sabe-se que pelo princípio da máxima efetividade deve ser atribuído a uma norma jurídica o significado que lhe conceda maior eficácia. Ademais, com a finalidade declaratória do mandado de injunção o prejudicado não obtém uma tutela jurisdicional efetiva, o que culmina também na afronta ao princípio da inafastabilidade do controle judicial, consagrado no art. 5º, XXXV, do texto magno.

É de observar, outrossim, que a tese da subsidiariedade promoveu a equiparação do mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁴⁰. Como bem coloca André Puccinelli Júnior⁴¹, “ao menos, não é razoável pressupor que o constituinte tenha criado dois remédios para dar ciência ao órgão remisso e nenhum para viabilizar, de pronto e efetivamente, o exercício do direito constitucional ainda não regulamentado”. Acrescenta também que nada adiantaria o rol taxativo do art. 103 da Lei Maior para propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois qualquer pessoa poderia impetrar mandado de injunção visando atingir a mesma finalidade daquela ação.

Uma segunda tese jurídica conhecida como teoria da independência jurisdicional ou concretista geral, sustenta que compete ao Poder Judiciário elaborar a norma faltante para suprir, com eficácia *erga omnes*, a omissão do legislador. Por esta posição, o Poder Judiciário deve reconhecer a existência da omissão legislativa ou administrativa e possibilitar, mediante provimento judicial revestido de normatividade e efeito geral, a concretização do exercício do direito até que seja expedida a norma regulamentadora pelo órgão competente, alcançando todos os titulares daquele direito, inclusive àqueles que não pediram a tutela jurisdicional. Com isto, se observaria o princípio da isonomia, evitando a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos submetidos ao mesmo

⁴⁰ Essa tese teve como primeiro precedente o julgamento do MI 107/DF, segundo o qual o mandado de injunção “é ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade desta omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão”.

⁴¹ PUCCINELLI JÚNIOR, op. cit., p. 187.

preceito constitucional.

Essa corrente é criticada por se entender que ao conceder a injunção o juiz usurparia a função legislativa a pretexto de preencher uma lacuna jurídica e também porque o mandado de injunção está voltado à satisfação de um direito subjetivo ao passo que esta solução proposta está convertendo-o em um instrumento de tutela de direito objetivo, em nítida violação do princípio da separação dos poderes.

Uma terceira tese jurídica é aquela conhecida como teoria resolutiva ou concretista individual direta, a qual defende que compete ao Poder Judiciário reconhecer a existência da omissão legislativa ou administrativa e possibilitar, mediante um provimento judicial revestido de normatividade e efeito *inter partes*, a concretização do exercício do direito até que seja expedida a norma regulamentadora pelo órgão competente.

Conforme essa teoria, o órgão jurisdicional demandado deve decidir o caso balizando-se nos princípios constitucionais positivados, na analogia, nos costumes, nos princípios gerais de direito e no seu sentimento de equidade, possibilitando a concretização direta e imediata do exercício do direito constitucional apenas para o autor da ação. Assim, assegura-se a eficácia da norma constitucional pela atividade integradora do Judiciário⁴².

Os defensores desta tese sustentam que o papel do Poder Judiciário ao conferir a fruição do direito constitucional ao impetrante não seria o de legislar, mas o de aplicar o direito ao caso concreto, apenas revelando a normatividade já inscrita naquela norma, atribuindo-lhe, assim, efetividade. Além disso, o Judiciário não estaria neste caso legislando porque os efeitos da sentença só alcançariam as partes litigantes, não editando, assim, uma norma geral e abstrata, a qual realmente é prerrogativa exclusiva do Poder Legislativo.

⁴² É de se observar no MI 95/RR que alguns Ministros da Suprema Corte se filiam a esta corrente doutrinária, entendendo que “no mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável, em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável”.

Assim, como diz Flávia Piovesan⁴³, “a decisão judicial preenche, mas não elimina a lacuna do sistema jurídico. A eliminação da lacuna, via de regra, é tarefa do Poder Legislativo, quando da elaboração da norma jurídica geral e abstrata”. Desta forma, o princípio da separação dos poderes não estaria sendo violado.

Ademais, o Judiciário deve julgar todas as causas que cheguem ao seu conhecimento, conferindo uma tutela jurisdicional efetiva, o que atende o princípio da inafastabilidade do controle judicial, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição da República⁴⁴.

Com isso, é possível o exercício de uma jurisdição criativa e ampliada, visando conferir efetividade à norma constitucional, bem como a concretização dos direitos fundamentais que vinculam todos os Poderes Públicos e que devem ser imediatamente aplicáveis, nos termos do art. 5º, §1º da Lei Maior.

Uma última tese jurídica que merece destaque é aquela conhecida como concretista individual intermediária, a qual defende que compete ao Poder Judiciário ao julgar procedente o mandado de injunção declarar a inconstitucionalidade da omissão normativa e dar ciência ao órgão competente para a adoção das medidas pertinentes, fixando-se um prazo razoável para a expedição da norma regulamentadora. Ao término desse prazo, se a omissão do órgão competente para expedir a norma regulamentadora permanecer, o Poder Judiciário fixará as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor do mandado de injunção.

Os defensores desta posição entendem que desta forma haverá uma conciliação da prerrogativa do Legislativo de fazer a lei com a possibilidade de o Judiciário garantir aos cidadãos o efetivo exercício de direito assegurado no texto magno diante da ausência de lei⁴⁵.

⁴³ PIOVESAN, op. cit., p. 159.

⁴⁴ No registro de Gilmar Mendes “uma sistemática conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV)”. MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 1268.

⁴⁵ Cabe mencionar que a Suprema Corte já se posicionou nesse sentido embora seja possível perceber a preponderância das decisões que apenas dão ciência aos órgãos competentes da mora em regulamentar as normas constitucionais definidoras de direitos, liberdades e prerrogativas. No julgamento do MI 283, a Corte Maior concedeu a injunção para configurar a mora legislativa em relação ao art. 8º, §3º do ADCT, o qual prevê que cidadãos afetados por atos discricionários do Ministério da Aeronáutica, editados logo após o movimento militar

3.2.2. A evolução dos julgados do Supremo Tribunal Federal

Após inclinar-se inicialmente pela tese que equipara o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal evoluiu em seu entendimento ao julgar o MI 232 e 283 e adotar a última posição acima assinalada.

Com efeito, a postura da Corte Política vem sofrendo mutações com o abandono da teoria da subsidiariedade, uma vez que sua composição está sendo modificada. É possível perceber este avanço em alguns julgamentos mais recentes acerca da efetivação do direito de greve dos servidores públicos.

O art. 37, VII da Carta da República assegura o direito de greve aos servidores públicos, porém assevera que este direito será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. Contudo, ainda não foi editada a lei específica sobre o tema, o que culminou na impetração de diversos mandados de injunções pleiteando fosse viabilizado o exercício deste direito constitucional que encontra obstáculo na omissão legislativa.

Inicialmente, foi impetrado o MI 20 (Rel. Celso de Mello, *DJ* de 22-11-1996), no qual se constatou que o dispositivo em apreço trata de norma de eficácia limitada, desprovida de auto-aplicabilidade e que, por conseguinte, o direito de greve não poderia ser exercido antes da edição da lei complementar respectiva. Assim, a decisão no mandado de injunção limitou-se a declarar a existência da mora legislativa em editar norma reguladora específica⁴⁶.

de 1964, fazem jus a uma reparação de natureza econômica, na forma que dispuser a lei. A Corte conferiu um prazo de 45 dias, acrescidos de mais 15 para o Congresso Nacional sanar a omissão, estabelecendo que se ao final desse prazo a mora legislativa persistisse ficaria o prejudicado autorizado a obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida. De igual modo, o Pretório Excelso resolveu o problema do art. 195, §7º da CRFB que concede imunidade de um tributo as entidades beneficentes da assistência social que atendam as exigências estabelecidas em lei. Por meio do MI 232/RJ foi declarada a inconstitucionalidade da omissão e concedido prazo de 6 meses para que o Congresso Nacional adotasse as providências legislativas necessárias, sob pena de vencido o prazo sem que a obrigação se cumprisse, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.

⁴⁶ No mesmo norte, foram as decisões proferidas nos MI 485/MT (Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 23-8-2002) e MI 585/TO (Rel. Ilmar Galvão, *DJ* de 2-8-2002).

Entretanto, o Min. Carlos Velloso já entendia que deveria se aplicar aos servidores públicos, provisoriamente, a lei de greve relativa aos trabalhadores em geral, conforme trecho de seu voto no MI 631/MS (Rel. Ilmar Galvão, *DJ* de 2-8-2002). Destaca que, ao estender uma norma já existente aos servidores públicos, a Corte apenas estaria exercendo a sua função de julgar, fixando a norma ao caso concreto, nos moldes do que determina a Constituição.

O Min. Gilmar Mendes no MI 670-9/ES e MI 708/DF, assim como o Min. Eros Grau no MI 712-8/PA, apresentaram votos que recomendam a adoção de uma solução normativa e concretizadora para a omissão verificada.

Com efeito, merece destaque o estudo do MI 670-9/ES, haja vista que no bojo desta ação houve um confronto entre as teorias da subsidiariedade, da independência judicial e da resolutividade, já que cada Ministro fundamentou seu voto com uma teoria distinta. A relatoria deste MI coube ao Min. Maurício Corrêa que aderiu a tese da subsidiariedade ao entender pela declaração da mora legislativa.

Por sua vez, o Min. Gilmar Mendes, aparentemente adotando a teoria da independência judicial, entendeu que enquanto a norma não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos deve ser aplicada a Lei nº 7.783/89, a qual rege o direito de greve para os trabalhadores em geral. Ressaltou que devem ser levados em conta os imperativos da continuidade do serviço público, devendo a Corte fixar limites ao exercício deste direito, além de prever questões de organização, procedimento e competência a serem seguidas enquanto não houver a lei específica. Assim, manifestou-se por uma sentença aditiva com eficácia *erga omnes* tendo por fim conferir uma maior efetividade à Constituição.

De outra banda, em uma posição intermediária, o Min. Ricardo Lewandowski parece ter se inspirado na teoria da resolutividade, restringindo a abrangência da solução normativa ao caso concreto, eis que, primeiro, não se poderia emprestar, ainda que por analogia, os institutos da Lei n.º 7.783/89, que regem o direito de greve dos trabalhadores em geral aos

servidores públicos, em razão da diferença entre os regimes celetistas e estatutários, e, segundo, é função do Poder Legislativo elaborar normas de caráter abstrato, e não do Judiciário que agindo assim viola um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, qual seja o princípio da separação e harmonia entre os poderes.

Em 25 de outubro de 2007, o Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei nº 7.783/89, que dispõe sobre o direito de greve na iniciativa privada. Ainda, foram fixados parâmetros de definição de competência e procedimento. Assim, o Tribunal, afastando-se da orientação inicialmente adotada, aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário com eficácia *erga omnes*, eis que a decisão alcançou todos os servidores públicos e não se limitou a alcançar a categoria representada pelo sindicato impetrante.

Assinale-se que a Corte considerou na decisão do MI 670-9/ES que “o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo”.

Posteriormente, no julgamento do MI 712-8/PA, o relator Min. Eros Grau firmou entendimento no mesmo sentido, entendendo que a norma a ser formulada pelo Tribunal deve conter eficácia *erga omnes*, alcançando todos aqueles que tenham o exercício de direitos constitucionais inviabilizados pela omissão legislativa. Isto porque se a Corte somente aplica a norma para aqueles que fossem ao Judiciário haveria uma violação ao princípio da isonomia. Assim, segundo o relator, o Poder Judiciário interpreta o direito na sua totalidade para produzir a norma de decisão aplicável à omissão.

A Suprema Corte decidiu, no bojo do MI 712-8/PA, que cabe ao Supremo Tribunal Federal suprir a omissão quando houver a mora legislativa, pois se não suprir emitirá decisões ineficazes. Ademais, o Tribunal entendeu que “no mandando 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”. Assim, não há ofensa ao princípio da separação dos poderes. Desta forma, aplicou-se a lei federal nº 7.783/89 à greve no serviço público até que sobrevenha lei regulamentadora.

Releva notar, outrossim, que o julgamento do MI 721/DF também impulsionou o Supremo Tribunal Federal a adotar uma nova linha de orientação jurisprudencial. Esta ação injuncional tem por objeto a omissão do legislador em relação ao dever constitucional imposto pelo art. 40, §4º de editar lei que o regulamente, eis que sua inércia inviabiliza o exercício do direito à aposentadoria especial de certos servidores.

O Tribunal confirmou o direito da impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço, adotando como parâmetro o art. 57 da Lei nº 8.213/1991 que dispõe sobre aposentadoria especial na iniciativa privada.

Saliente-se que esta decisão foi adotada por se entender que cabe ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da Constituição, afastar as consequências da inércia do legislador, estabelecendo no caso concreto e de forma temporária o exercício do direito que está inviabilizado por faltar norma que o regulamente.

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada no dia 15/04/2009, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem em uma série de mandados de injunção⁴⁷ para comunicar a mora legislativa à autoridade coatora competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei nº 8.213/1991. Na mesma oportunidade, o Tribunal autorizou que os Ministros decidam monocraticamente e definitivamente os casos idênticos.

Nesse passo, cumpre concluir que a Corte Maior flexibilizou a interpretação constitucional originariamente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o

⁴⁷ MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF.

Tribunal passou a admitir soluções normativas para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva, nos termos do art. 5º, XXXV da Carta Política.

CONCLUSÃO

A intervenção legislativa não apenas se afigura inevitável, como também necessária quando existir norma constitucional definidora de direito fundamental que não pode ser exercida pelo indivíduo em razão de não ter lei que a regule. Isso porque somente com a atuação do legislador é que tal direito constitucionalmente assegurado poderá ter aplicabilidade e efetividade.

É cediço que o Poder Legislativo fica vinculado a atuar, uma vez que mesmo a norma constitucional de eficácia limitada é imperativa, suprema e obrigatória, sendo certo que a ausência da elaboração da norma integradora por parte do poder competente paralisa a operatividade do comando normativo maior. Por isso, faltando o legislador infraconstitucional a esse dever, dá ensejo a inconstitucionalidade por omissão.

Note-se que os Poderes Públicos se sujeitam ao dever de conferir máxima e imediata eficácia às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, promovendo todas as condições para que os direitos fundamentais sejam reais e efetivos.

A abstenção do legislador contraria a normatividade constitucional e dela faz letra morta, impedindo sua aplicação, bem como fazendo pouco caso de sua força normativa. Assim, o Judiciário deverá intervir de modo que realize um controle judicial acerca da omissão do legislador que frustra o propósito do constituinte.

A nova ordem constitucional incorporou remédios jurídicos que possibilitam um controle das omissões do Poder Legislativo. No entanto, a decisão da Suprema Corte na ação direta de inconstitucionalidade por omissão não apresenta nenhuma eficácia, visto inexistir

prazo para o adimplemento do dever constitucional de legislar. Por isso, a melhor solução é daqueles que defendem a aprovação de emenda constitucional que dê nova redação ao § 2º do art. 103 da Constituição, outorgando competência ao Supremo Tribunal Federal para, após declarar a omissão inconstitucional, fixar prazo para a adoção das medidas legislativas pertinentes e, transcorrido este lapso sem o adimplemento do dever constitucional de legislar, expedir normas provisórias vigentes até a promulgação de lei que suprirá, em definitivo, a lacuna normativa.

Quanto ao mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal tem evoluído seu entendimento adotando a teoria concretista, visto que além de declarar a mora do órgão omissor em regulamentar certa norma constitucional, a Corte Suprema tem apresentado uma solução normativa a ser aplicada no seio do mandado de injunção, a qual terá efeito *inter partes* ou *erga omnes* a depender da matéria apresentada.

Nessa linha de atuação, o Supremo Tribunal Federal busca eliminar as lacunas da ordem jurídica, atuando como legítimo guardião da Carta Magna, o que não importa permissão para adentrar indiscriminadamente na competência dos demais poderes. Portanto, não há violação ao princípio da separação dos poderes.

A intervenção supletiva do Poder Judiciário tem por finalidade possibilitar que todas as normas constitucionais sejam invocáveis para a solução de casos concretos e, conseqüentemente, corroborar com a força normativa da Constituição e a sua efetividade.

A concretização dos direitos fundamentais, com Poderes Públicos responsáveis e comprometidos com a realização de valores constitucionais confere aplicabilidade e efetividade à Constituição da República, valorizando a supremacia constitucional, os direitos fundamentais e a dignidade humana.

Dessa maneira se observa os princípios da efetividade, da proporcionalidade e da supremacia constitucional ensejando a implantação de um constitucionalismo forte, atuante e

capaz de conferir harmonia e coerência interna aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. *Constituição da república federativa do brasil*, de 05 de outubro de 1988. *RT Códigos*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BULOS, Uadi Lammego. *Constituição federal anotada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e Controle de constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra Omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a Responsabilidade do estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 1. ed. Niterói: Impetus, 2007.