

**FRANCISCA AUXILIADORA NORJOSA**

**POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR  
POSITIVO:  
O CASO JUDICIAL DOS 28,86%**

Monografia apresentada à Banca examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) como exigência para obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional sob a orientação do Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco.

**Brasília**

**2007**

## FRANCISCA AUXILIADORA NORJOSA

### **Possibilidade de atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo:**

#### **O caso judicial dos 28,86%**

Monografia apresentada à Banca examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) como exigência para obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional sob a orientação do Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_, com menção\_\_\_\_  
(\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof. Dr.

Instituição a que pertence

---

Integrante: Prof. Dr.

Instituição a que pertence

---

Integrante: Prof. Dr.

Instituição a que pertence

*Aos meus pais,  
Tarcísio e Adalgiza,  
Pelo esforço na minha formação.*

*Ao professor doutor, Arnaldo Vasconcelos,  
catedrático da Universidade Federal do  
Ceará, quem primeiro semeou em sala de aula  
a necessidade de se ter uma visão crítica da  
Ciência do Direito.*

*(O fato de uma proposição poder revelar-se falsa depende, em última instância, daquilo que eu considero como determinante dessa proposição.)*

*Ludwig Wittgenstein – Über Gewissheit (Da Certeza.)*

## RESUMO

NORJOSA, Francisca Auxiliadora. Possibilidade de atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador Positivo : o Caso Judicial dos 28,86%. 2007. 59 folhas f. Monografia de conclusão de Curso de Especialização em Direito Constitucional *Latu Sensu*. Área: Direito Constitucional. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, Distrito Federal. 2007.

O trabalho se propõe a estudar a construção jurisprudencial realizado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 22.307/DF. A hipótese ficou comumente conhecida nos Tribunais Federais Pátrios e nos Órgãos de Defesa da União, como o caso (judicial) dos 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis) por cento. O estudo pretende analisar a doutrina e jurisprudência pátrias aplicáveis ao caso. Busca, em síntese, esclarecer qual a técnica de decisão utilizada pelo STF, neste julgamento, na busca do enfrentamento do problema da inércia na implementação da aplicabilidade das normas constitucionais. A premissa utilizada para o desenvolvimento dos argumentos pairaram sobre a questão: Poderia o STF, em sede de mandado de segurança, proceder a uma verdadeira argüição em tese de inconstitucionalidade de lei por omissão parcial, para a partir do caráter discriminatório dos atos legislativos em questão, promover a extensão, por via jurisdicional, do benefício pecuniário que não fora outorgado a todos os servidores públicos civis? O Supremo Tribunal Federal superou, no referido julgamento, o estado de inconstitucionalidade das normas infralegais (Leis nº 8.622, de 10 de janeiro de 1993, e Lei nº 8.627, de 19 de fevereiro de 1993) ao declarar a auto aplicabilidade da norma do inciso X do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, afastando a inequívoca lesão existente ao princípio da isonomia. A complemetação da lacuna normativa existente não transformou o STF em legislador positivo, na medida em que utilizou-se da técnica de decisão de efeitos aditivos, previstas nos direitos comparados italiano e espanhol.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.307/DF. Controle de Constitucionalidade. Omissão Inconstitucional Relativa. Norma Constitucional. Interpretação. Aplicação. Técnica de Decisão Aditiva. Legislador Positivo. Inocorrência.

## ABSTRACT

NORJOSA, Francisca Auxiliadora. Legitimacy of Federal Supreme Court to make use of legislative power: The 28.86% Case. 2007. 59 sheets. Monograph on theme concerning the Specialization Course on Constitutional Law *Lato Sensu*. Area: Constitutional Law. "Brasiliense" Institute of Public Law. Brasilia, Federal District. 2007.

The dissertation is a result of theoretical research on the legal construction developed by Federal Supreme Court on the occasion of the trial of the Appeal in Injunction N. 22.307/DF. The situation dealt on the trial referred was commonly known in the Federal Courts and Bodies of Federal Attorney Office, as the 28.86% - Twenty-eight point eighty-six percent Case. This research intends to examine the national doctrine and jurisprudence applicable to the case discussed. Above all, it aims to explain the technique used by the Brazilian Supreme Court to reach a fair decision in the 28% 's Case, overcoming the established inertia of Court, concerning the applicability of the constitutional clauses. The premise managed in this work relates to the question: Can the Supreme Court, in a judgment of an Injunction, discuss the matter of unconstitutional by omission of a certain constitutional clause, as it doesn't not apply to all civil servants, in spite of the guarantee of the prohibition of non-discrimination? Thus, could the Supreme Court, considering the partial omission of the rule in force, promote, through a judicial decision, the extension of the economic benefit that was not granted to all public servants civilians? In that trial, the Brazilian Supreme Federal Court overcame the infralegal norms state of unconstitutionality (Law No. 8622, enacted on January 10, 1993 and Law No. 8627, February 19, 1993), declaring the direct applicability of the Article 37, X of the Federal Constitution of 1988, in order to clear the existing damage to the principle of parity. It is important to point out that fulfilling the gap in law doesn't make the Supreme Court vested on powers of the positive legislator, the Court has only applied the techniques already in use in Spanish and Italian law and doctrine.

Key Words: Brazilian Supreme Federal Court. Appeal in Injunction N. 22.307/DF. Constitutionality Control. Relative Unconstitutional Omission. Constitutional Law. Interpretation. Applicability Additive Technique of Decision. Positive Legislator. Non occurrence.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

### ABREVIATURAS

ADInO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

CF – Constituição Federal

*DJU – Diário de Justiça da União*

*DOU – Diário Oficial da União*

EC – Emenda Constitucional

MI – mandado de injunção

MS – mandado de segurança

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal



## LISTA DE SÍMBOLOS

> maior

+ mais (sinal de adição)

= igual (sinal de igualdade)

§ parágrafo

## SUMÁRIO

<i><b>INTRODUÇÃO</b></i> .....	<b>12</b>
<i><b>Capítulo 1 - O controle judicial da omissão inconstitucional no direito brasileiro</b></i> .....	<b>15</b>
<b>1.1 O Controle abstrato dos atos omissivos</b> .....	<b>15</b>
1.1.1 A omissão inconstitucional: definição e modalidades .....	19
1.1.1 Parâmetro de controle das omissões inconstitucionais relativas .....	20
<b>1.2 Controle de Inconstitucionalidade da omissão parcial e vedação da atuação do juiz como “legislador positivo”</b> .....	<b>21</b>
<i><b>Capítulo 2 - As Sentenças Manipulativas no Direito Italiano</b></i> .....	<b>24</b>
<b>2.1 O Modelo Constitucional Italiano</b> .....	<b>24</b>
<b>2.2 Conceito e Denominação das Sentenças Manipulativas Aditivas</b> .....	<b>27</b>
<b>2.3 Sentenças Manipulativas Aditivas e o Mito do Legislador Negativo (à luz do sistema constitucional brasileiro)</b> .....	<b>29</b>
<i><b>Capítulo 3 - O julgamento do precedente (RMS nº 22.307/DF) pelo Supremo Tribunal Federal</b></i> .....	<b>35</b>
<b>3.1 O Mandado de Segurança nº 22.307-Distrito Federal</b> .....	<b>35</b>
3.1.1 A construção jurisprudencial do STF no caso judicial dos 28,86% .....	36
<b>3.2 Aplicabilidade das normas constitucionais e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no RMS nº 22.307/DF</b> .....	<b>42</b>
<b>3.3 Criação Judicial do Direito e Interpretação Constitucional: Ativismo Judicial?</b> ....	<b>45</b>
<i><b>Capítulo 4 - O Princípio da Igualdade e o RMS 22.307-DF</b></i> .....	<b>48</b>
<b>4.1 A Extensão de Benefício sob o fundamento do Princípio da Igualdade</b> .....	<b>48</b>
<b>4.2 As máximas do Princípio da Igualdade</b> .....	<b>50</b>

<b>4.3 Direitos Derivados do Princípio da Isonomia .....</b>	<b>51</b>
<b><i>CONCLUSÃO</i> .....</b>	<b>54</b>
<b><i>REFERÊNCIAS</i>.....</b>	<b>57</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo promover a análise da construção jurisprudencial realizada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento, pelo Pleno, do Recurso em Mandado de Segurança nº 22.307/DF, que teve como partes: Janete Balzani Marques e Outros (impetrantes/recorrentes), e União (autoridade coatora/recorrida).

No Mandado de Segurança, em referência, os impetrantes, postulavam a concessão do índice de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento), com fundamento nas Leis nºs. 8.622, de 10 de janeiro de 1993; 8.627, de 19 de fevereiro de 1993; e, no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, com a redação anterior à dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do referido recurso, tal como havia decidido no processo administrativo n.º 19.426-3<sup>1</sup>, com base no inciso X do artigo 37 da Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>, estendeu a outros servidores públicos a revisão salarial concedida, inicialmente, somente a determinadas categorias previstas nas Leis nºs. 8.622, de 10 de janeiro de 1993; e 8.627, de 19 de fevereiro de 1993, sob o fundamento do princípio da isonomia.

A partir, pois, do estudo da construção jurisprudencial realizada no julgamento do RMS n. 22.307/DF, promove-se uma breve análise dos institutos jurídicos envolvidos na temática, quais sejam, a questão da aplicabilidade das normas constitucionais, sua

---

<sup>1</sup> Onde considerou-se, dentre outros fatores, “a auto-aplicabilidade e, portanto, a imperatividade, com eficácia imediata, da norma constitucional asseguradora da revisão geral de remuneração de civis e militares na mesma data, sem distinção de índice” Cf. Ata da 8ª Sessão Administrativa, realizada em 29-4-1993, como transcrita no inteiro teor do voto do Ministro Marco Aurélio na *RTJ*, 163:147.

<sup>2</sup> Em sua redação anterior à Emenda Constitucional n.19, de 4 de junho de 1998.

interpretação jurisdicional, e a técnica de decisão empregada pelo Supremo Tribunal Federal no desempenho da tarefa de superação dos estados normativos inconstitucionais<sup>3</sup>, em sede de controle de constitucionalidade por omissão (art.103, § 2.º da Constituição Federal de 1988). Uma breve análise é feita, também, do dogma da proibição “do dever de não atuação” do juiz constitucional como legislador positivo.

A premissa utilizada para o desenvolvimento da argumentação apresentada tomará, por base, o questionamento: “Poderia o Supremo Tribunal Federal, em sede de mandado de segurança, suscitar a inconstitucionalidade de lei, por omissão parcial, para, a partir do caráter discriminatório dos atos legislativos em questão, promover a extensão, por via jurisdicional, do benefício pecuniário que não fora outorgado a todos os servidores públicos civis?”

A possibilidade de criação de norma constitucional imprópria, durante o processo constitucional<sup>4</sup> é, portanto, passível de discussão e crítica, na medida em que o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito importa, em *ultima ratio*, na necessidade de observância do princípio da divisão funcional dos Poderes, tal como insculpido no artigo 2º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

A monografia foi dividida em quatro capítulos: o primeiro capítulo trata do controle judicial da omissão inconstitucional no direito brasileiro; o segundo das sentenças aditivas no direito italiano; o terceiro da análise do precedente julgado pelo STF: o RMS n. 22.307/DF, e o quarto do princípio jurídico da igualdade e o julgamento do RMS n. 22.307/DF.

---

<sup>3</sup> O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em *um facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem de torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. ADIn 1.439/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 30-5-2003.

<sup>4</sup> Por **processo constitucional** deve-se entender “o conjunto de regras e actos constitutivos de um procedimento juridicamente ordenado através do qual se fiscaliza jurisdicionalmente a conformidade dos actos normativos.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 940.

## Capítulo 1

# O CONTROLE JUDICIAL DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

### 1.1. O Controle abstrato dos atos omissivos

A Constituição da República, promulgada em 5 de outubro de 1988, prevê, em seu bojo, explicitamente, dois mecanismos para o tratamento da questão do controle da omissão inconstitucional. O primeiro é o mandado de injunção, cuja finalidade é a tutela *in concreto* da omissão, mediante pedido formulado pelo titular do direito paralisado pela ausência normativa. O segundo é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com referência expressa no art. 103, § 2º, da Constituição, que dispõe *verbis*:

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.

Com previsão constitucional explícita, pode-se afirmar que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, configura modalidade de controle abstrato de constitucionalidade.<sup>5</sup> Caracteriza-se, em processo típico de caráter objetivo, destinado a

---

<sup>5</sup> O controle de constitucionalidade cuida, tradicionalmente, de atos positivos do legislador ou de outro órgão estatal, não se ocupando de eventual silêncio ou omissão. A Atividade do Tribunal Constitucional deve cingir-se, em princípio, ao controle das leis ou atos emanados de órgãos estatais. Não obstante, a moderna dogmática constitucional tem desenvolvido esforços no sentido de construir mecanismos hábeis para coibir ilegitimidades decorrentes da inércia dos órgãos legislativos. E isto se faz tendo em vista a efetiva concretização dos princípios estabelecidos na Lei Maior. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade : Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo : Saraiva, 1990. p. 54.

concretização da Constituição enquanto sistema normativo<sup>6</sup> afetado pela existência de lacuna normativa ou de um ato reputado insatisfatório ou insuficiente.

Na lição de GILMAR MENDES, o processo de controle de fiscalização abstrata da omissão, que tem na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o seu principal instrumento, *verbis*:

não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica. Não se pressupõe, portanto, a configuração de um interesse jurídico específico ou de um interesse de agir. Os órgãos ou entes incumbidos de instaurar este processo de defesa da ordem jurídica agem não como autor, no sentido estritamente processual, mas como Advogado do Interesse Público ou, para usar a expressão de Kelsen, como um Advogado da Constituição.<sup>7</sup>

Em seu entendimento, configura a omissão inconstitucional não só o inadimplemento absoluto de um dever de legislar (**omissão total**), mas também, a execução falha, defeituosa ou incompleta desse mesmo dever (**omissão parcial**) (*Teilunterlassung*). Nesse sentido afirma *verbis*:

A omissão inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna, como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação.<sup>8</sup>

Como *omissão total* deve-se entender a denominada omissão absoluta do legislador, isto é, a total ausência de normas, e como omissão parcial, a hipótese de cumprimento imperfeito, defeituoso, ou insatisfatório de dever constitucional de legislar.

---

<sup>6</sup> Nos termos do artigo 1º da Constituição Federal de 1998: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo Único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1126.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 1131.

Tem-se, assim, conforme JULIANO BERNARDES, que fixar o conceito de atos omissivos inconstitucionais, com cautela, pois, nem toda inércia dos órgãos constituídos afronta a ordem constitucional, nesse sentido dispõe que *verbis*:

A omissão que interessa não é o evento naturalístico tipificado pelo simples não fazer, mas a abstenção em implementar satisfatoriamente determinadas providências necessárias para tornar aplicável norma constitucional. Logo, omissão genuinamente inconstitucional é aquela cuja fonte que qualifica como devida e necessária a atividade omitida está na própria constituição<sup>9</sup>

E de acordo com CANOTILHO devem-se diferenciar as “imposições abstratas” das “imposições constitucionais concretas”. É insuficiente violar norma constitucional certa e determinada, pois a configuração da omissão inconstitucional exige “a violação de uma imposição constitucional concreta”. A omissão há de se relacionar ao descumprimento de uma “exigência concreta de acção.”<sup>10</sup>

Devemos, ainda, levar em consideração que não são todas as lacunas constitucionais que propiciam o aparecimento de omissões inconstitucionais. A omissão inconstitucional juridicamente fiscalizável é aquela que:

decorre tão-só das lacunas constitucionais intencionais que representam opção consciente do constituinte em transferir a órgãos constituídos a tarefa de implementar a plena aplicabilidade da regulação referente a determinados bens jurídicos constitucionalizados. Assim, embora igualmente intencionais, as lacunas sinalizam “silêncio eloqüente” da constituição ou que dizem respeito a campos temáticos que o constituinte não quis ocupar dão ensejo a omissões inconstitucionais. E esse mesmo raciocínio vale para as lacunas não-intencionais, quer ofendam ou não o plano da constituição, quer possam ou não ser colmatadas, pelos tradicionais processos de integração de lacunas (interpretação extensiva, analógica, sistemática, princípios gerais de direito, etc).<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade. Elementos Materiais e princípios processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 219.

<sup>10</sup> APUD, BERNARDES, Juliano Taveira. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 332.

<sup>11</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. *Op. Cit.*, p. 220.



Com base nas lições de CANOTILHO pode-se entender o chamado silêncio legislativo como uma exigência constitucional de ação cujo fundamento não se encontra no simples dever geral de legislar. Nesse sentido afirma:

Discute-se na doutrina e jurisprudência constitucionais, o conceito, o sentido e a extensão do chamado silêncio legislativo. O conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples “não fazer”, a um simples “conceito de negação”. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. 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.<sup>12</sup>

A doutrina constitucional recente é harmônica quanto à idéia de que a existência de lacunas pode se dar em diversos graus e diferentes espécies dentro do sistema normativo constitucional. Todavia, é de se indagar quais as normas constitucionais que impõem um dever constitucional de legislar, em processo hábil a ser aferido em sede de controle de constitucionalidade por omissão. Adotando a idéia de Constituição, como sistema jurídico-normativo, a omissão censurável decorre da existência de lacunas inconstitucionais. Na lição de CLÉVE, a Constituição contempla:

a) lacunas não ofensivas ao plano constitucional, desejadas pelo Constituinte (normas de eficácia limitada, basicamente), e que, sendo, em princípio, colmatáveis pelo Legislador, implicam num dever de legislar; b) lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, embora desejadas pelo Constituinte, não podem sofrer processo de integração nem por obra do Legislador e, por fim, lacunas ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, não desejadas podem sofrer processo de integração por meio dos mecanismos convencionais de colmatação conhecidos pela doutrina (no Brasil artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil) . Assim é que apenas o primeiro tipo de lacuna é capaz de dar lugar, caso não cumprido pelo Legislador o dever constitucional de legislar, à inconstitucionalidade por omissão.<sup>13</sup>

Afirma, assim, CLÉVE que apenas as lacunas não ofensivas ao plano constitucional, que são aquelas desejadas pelo Constituinte – classificáveis como normas constitucionais de

<sup>12</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, p. 1004.

<sup>13</sup> CLÉVE, Clemerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 53-57.

eficácia limitada – são capazes de dar lugar, caso não cumprido pelo legislador o dever constitucional de legislar, à denominada inconstitucionalidade por omissão.

### ***1.1.1 A omissão inconstitucional : definição e modalidades***

A definição de atos omissivos inconstitucionais perpassa pela idéia de violação de uma imposição constitucional concreta, ou seja, a omissão há de se relacionar ao descumprimento de uma exigência concreta constitucional de ação. Assim, as omissões inconstitucionais são, em última análise, **omissões de cunho normativo**, imputáveis ora ao Poder Legislativo, na edição de suas normas primárias, ora ao Poder Executivo, quando lhe toque expedir atos secundários de caráter geral, como regulamentos, instruções ou resoluções.

Na lição de JULIANO BERNARDES, no campo dos atos omissivos, pode-se distinguir:

a) omissão em **sentido formal** e em **sentido material**: as **omissões no sentido formal** decorrem da ausência de qualquer emanção de atos voltados ao desenvolvimento da aplicabilidade da constituição; já as **omissões no sentido material** são constatadas a partir de um ato omissivo ao qual se agrega um juízo de valor acerca da respectiva adequação à Constituição.

b) **omissão total** e **omissão parcial**: a **omissão é total** quando, a despeito da prévia obrigação concreta de implementar a aplicabilidade de alguma norma constitucional, não se toma “nenhuma” providência; e a **omissão é parcial** se essa mesma obrigação for cumprida de forma “insuficiente” para atender integralmente à norma constitucional que necessita de interposição normativa.”

c) omissão absoluta e omissão relativa: a **omissão absoluta** resulta do simples não-exercício da competência normativa geral conferida pela Constituição, sem que daí se extraia necessária relação de inconstitucionalidade; já no casos de **omissão relativa**, muito embora não houvesse prévia e concreta obrigatoriedade de atuação normativa, o ato produzido pelo órgão constituído descumpra o texto constitucional, em razão de não contemplar fatos, pessoas ou situações que igualmente deveriam estar incluídos no respectivo programa normativo. Neste caso, afirma que como o legislador espontaneamente resolveu estabelecer certa disciplina jurídica, torna-se então obrigado a produzir proposições compatíveis com o princípio isonômico.<sup>14</sup>

14

---

BERNARDES, Juliano Taveira. *Op.cit.*, p. 224-225.

Para JORGE MIRANDA<sup>15</sup> as hipóteses que envolvem **omissão inconstitucional parcial** implicam:

algumas omissões parciais implicam, desde logo, inconstitucionalidade por acção, por violação ao princípio da igualdade, sempre que acarretem um tratamento mais favorável ou desfavorável prestado a certas pessoas ou a certas categorias de pessoas, e não a todas as que, estando em situação idêntica ou semelhante, deveriam também ser contempladas do mesmo modo pela lei. É então que, reagindo contra o arbítrio, mais se propicia a intervenção dos tribunais a declararem inconstitucionais as normas legais que contenham essas omissões ou, eventualmente, a estenderem ou a reduzirem o seu âmbito. E outrossim (conforme tenho sustentado e o nosso Tribunal Constitucional reconheceu em 1984 no acórdão sobre o serviço nacional de saúde), a revogação da lei que dê exequibilidade a certa norma constitucional, sem ser acompanhada da emissão de nova lei, determina inconstitucionalidade material do acto revogatório.

Considerando que o caso judicial em estudo – concessão do reajuste percentual de 28,86% a toda a categoria de servidores públicos federais – , envolveu especificamente hipótese denominada como omissão inconstitucional parcial, apenas deste tipo de omissão inconstitucional se fará referência a partir deste tópico.

### ***1.1.2 Parâmetro de controle das omissões inconstitucionais relativas***

A necessidade de definição do parâmetro de controle das omissões inconstitucionais relativas se dá porque a questão envolve, em ângulo direto, o problema da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais. Envolve, pois, a discussão do que é juridicamente controlável. A fiscalização da constitucionalidade omissiva opera no campo da implementação ou não da aplicabilidade da norma constitucional paramétrica.<sup>16</sup>

Na lição de JULIANO BERNARDES, deve-se excluir do parâmetro do controle de constitucionalidade das “autênticas” omissões inconstitucionais, todas aquelas normas

<sup>15</sup> MIRANDA, Jorge. Sessão Comemorativa do 20º aniversário do Provedor de Justiça. Disponível em: <[http://www.provedor-jus.pt/restrito/pub\\_ficheiros/PJMiranda.pdf](http://www.provedor-jus.pt/restrito/pub_ficheiros/PJMiranda.pdf)>. Acesso em 29.11.2007.

<sup>16</sup> Considerando que, o presente trabalho não se propõe a analisar a complexa doutrina desenvolvida no Brasil acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, utilizar-se-á conceitos já trabalhados pela doutrina nesta temática, sem, no entanto, desenvolvê-los em profundidade. Sobre o assunto utilizou-se como referência a obra de José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 1999.

dotadas de auto-aplicabilidade, ou seja, as normas de aplicabilidade direta. Afirma, assim, que:

considerando que é o transcurso do tempo que determina se a inércia regulamentar acarreta situação constitucional imperfeita ou inconstitucionalidade por omissão, o parâmetro do controle de constitucionalidade dos atos omissivos consiste não somente do mero aspecto material da norma constitucional, mas depende ainda da avaliação do elemento cronológico, numa equação assim exprimível: **parâmetro de controle = norma constitucional + decurso tempo**. De sua vez, a inconstitucionalidade por omissão parece ser resultado da operação : **parâmetro de controle – atuação normativa requerida = inconstitucionalidade por omissão**.<sup>17</sup>

No campo das omissões inconstitucionais relativas pode-se dizer que o parâmetro de seu controle é alguma norma ligada ao princípio da isonomia, consoante o entendimento esposado por JULIANO BERNARDES na obra já citada.

## **1.2. Controle de Inconstitucionalidade da omissão parcial e vedação da atuação do juiz como “legislador positivo”**

Vigora na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a concepção de que em sede de controle normativo abstrato não se pode atribuir qualquer efeito aditivo aos atos normativos questionados em juízo, nem mesmo a pretexto de corrigir claras distorções que neles se possam verificar. Nesse sentido:

(...) O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO : A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador. (...)<sup>18</sup>

<sup>17</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. *Op. Cit.*, p. 236.

<sup>18</sup> ADInMCQO 1.063/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 27-4-2001, p. 57.

Discute-se, portanto, no caso das omissões inconstitucionais relativas se a atuação do juiz acabaria por violar o dogma do legislador negativo, ante sua possível transformação em legislador positivo. Esclarecedores os comentários de JULIANO BERNARDES<sup>19</sup> a este respeito:

Certo, ainda é necessária a manutenção do dogma proibitivo da atuação do juiz como “legislador positivo”. Não se discute que o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito exige que o princípio da independência das funções estatais seja preservado, de maneira que o Judiciário não pode nem deve imiscuir-se na esfera discricionária da atuação normativa dos demais poderes. Nessa linha, é salutar o autocontrole da jurisdição constitucional, pois não é atribuição dela interferir ou impedir que os outros órgãos atuem, mas sim zelar para que isso seja feito de forma compatível com os preceitos constitucionais.

Todavia, se não for o caso de julgar inconstitucional o preceito impugnado em face “daquilo que foi contemplado”, o princípio da supremacia constitucional pode exigir atitude que não restrinja o poder decisório do tribunal à simples extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido.

Especialmente quando se depara com omissões inconstitucionais relativas definidas, é o próprio ordenamento constitucional que prevê regra preexistente e plenamente eficaz para ser aplicada no lugar da norma (implícita ou explícita) que consagra a discriminação arbitrária. Com isso, tem-se por descaracterizada uma atuação do juiz como “legislador positivo”, porquanto o que se faz é simplesmente permitir a aplicação da norma existente, auto-aplicável e que possui superior hierarquia. É dizer: não há falar em desrespeito ao princípio da Separação dos Poderes, pois, se a norma constitucional adequada para suprir a omissão relativa dispõe de eficácia plena, não se poderia recusar a aplicá-la em substituição à disciplina defeituosa. O tribunal limita-se a fazer aquilo há muito recomendado por HAMILTON, o precursor do controle de constitucionalidade: dar prevalência à norma constitucional em detrimento da norma infraconstitucional decorrente da providência incompleta.

Em outras palavras: infirmada a constitucionalidade do preceito discriminatório “naquilo que faltou fazer”, supera-se a omissão relativa pela incidência obrigatória de norma constitucional auto-aplicável, na mesma trincheira já aberta, na Espanha e na Itália, pelas chamadas sentenças “manipulativas” aditivas.”

A orientação jurisprudencial consolidada do STF firmou-se no sentido de que a reparação da inconstitucionalidade omissiva relativa, via utilização do princípio da interpretação conforme, acabaria por transformá-lo em legislador positivo. Nesse sentido

<sup>19</sup>

BERNARDES, Juliano Taveira. *Op.cit.*, p. 243-244

destaca-se o trecho do voto do relator Ministro Moreira Alves na Representação nº 1.417-7/DF<sup>20</sup>, *verbis* :

O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a *interpretação conforme à Constituição*, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de *inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – Teilnichtigklärung ohne Normetextreduzierung)*, o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina – e atua, portanto, como legislador negativo – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição. Porém, a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese inequívoca, porque não pode Corte dessa natureza atuar como *legislador positivo*, ou seja, o que cria uma norma nova.

Encontra-se sedimentada em alguns sistemas de direito a idéia de que o Tribunal Constitucional, no desempenho de sua função de guardião da Constituição não poderia ir além da invalidação da norma que a esta se contrapõe, o que reforça a adoção do dogma da vedação da atuação judicial como legislador positivo, por parte do STF, eis que se assim agisse, ultrapassaria sua função constitucionalmente delimitada (art. 102, CF).<sup>21</sup> Nesse sentido, a lição do autor alemão:

É aqui que aparece a distinção entre a elaboração e a simples anulação das leis. A anulação das leis se produz essencialmente como aplicação da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne ao seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais -, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisto que sua função se parece com a de qualquer outro Tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional.<sup>22</sup>

Dessa concepção, é que surge a necessidade de se refletir acerca da possibilidade de admissão, no sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade, das chamadas

<sup>20</sup> Representação nº 1.417-7/DF. Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 15.04.1998.

<sup>21</sup> Nos termos do artigo 102 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 153.

sentenças aditivas, que encontram-se consagradas em alguns sistemas de direito comparado europeus, tais como, o italiano e o espanhol. O presente trabalho utilizará algumas breves noções do sistema italiano de direito comparado. Desenvolver-se-á no capítulo seguinte a temática relativa ao uso das sentenças aditivas no direito italiano.

## Capítulo 2

### AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS ADITIVAS NO DIREITO ITALIANO

#### 2.1 O Modelo Constitucional Italiano<sup>23</sup>

O modelo de fiscalização constitucional realizado na Itália encontra-se delineado no artigo 134 da Constituição de 23 de dezembro de 1947<sup>24</sup>, que atribuiu à Corte Constitucional a solução das controvérsias relativas à legitimidade constitucional dos atos normativos dos Estados e das Regiões. Os recursos de inconstitucionalidade se limitam ao campo de contencioso entre o Estado e suas Regiões, inexistindo forma direta de impugnação às leis.

A Corte Constitucional italiana atua como órgão constitucional, de natureza jurídico-política, não integrando o Poder Judiciário, e ao exercer o controle de constitucionalidade dos atos normativos, fá-lo desempenhando funções materialmente jurisdicionais.

A apreciação da alegação de inconstitucionalidade de atos normativos pertence, com exclusividade, à Corte Constitucional, inexistindo remédios (ações constitucionais) acionáveis diretamente pelos indivíduos na busca da aferição da constitucionalidade das leis, como se dá, por exemplo, no recurso de amparo do direito espanhol e no recurso constitucional do direito alemão.

---

<sup>23</sup> NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Controle de Constitucionalidade: Modelos Brasileiro e Italiano. Breve análise comparativa.** Revista da ESMAFE. TRF 5ª Região. Recife. Nº 1. 2001. p.183.

<sup>24</sup> Art. 134. *La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi de gli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione.*



Portanto, o artigo 101, segunda parte, da Constituição italiana<sup>25</sup>, prevê que os magistrados estão sujeitos somente à lei. Ainda que se possa, com certa dose de acerto, sustentar que a Constituição é uma lei, sendo inclusive a de maior grau hierárquico, o juiz, no sistema constitucional italiano, encontra-se adstrito a aplicação da legislação ordinária.

Na hipótese, portanto, de o julgador encontrar contraste entre a lei e a ordem constitucional, jamais poderá deixar de pôr em prática a primeira, substituindo-a pela segunda. Se entender insuperável a antinomia, deverá o Juiz suspender o feito, submetendo a questão à Corte Constitucional.

No sistema constitucional italiano, o objeto do controle de constitucionalidade é o denominado **direito vivente** (*diritto vivente*), que surge a partir da relação dialética entre a *Corte Costituzionale* e a doutrina italiana.

Assim, para preservar a competência, concedida à Corte de Cassação, de uniformização da interpretação dos atos normativos infraconstitucionais, a Corte Constitucional italiana mantém-se adstrita ao modo como a disposição é aplicada pela jurisprudência dominante. Há, assim, exclusividade da Corte Constitucional para a apreciação da alegação de inconstitucionalidade de atos normativos, que somente se dá quando já perfeita a lei, ou o ato com força de lei, passível de impugnação.

Numa visão simplificada, o **direito vivente** (*diritto vivente*), pode ser conceituado como a interpretação consolidada ou predominante da lei. Revela ser possível, que o juiz constitucional, agindo na qualidade de intérprete, adote sentenças manipulativas, em sentido amplo, que importarão na transformação do significado da norma inconstitucional, ou de seus efeitos.

---

25

Art. 101. *La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge.*

A função interpretativa se divide entre o órgão que submete a questão à Corte Constitucional e esta última, enquanto órgão jurisdicional competente para decidir a questão da inconstitucionalidade da lei ou dizer sobre a interpretação do texto fundamental.

O sistema se caracteriza pela possibilidade da *Corte Costituzionale* proferir uma ampla gama de resoluções que se caracterizam por operar uma cisão entre a disposição sujeita a exame e seu conteúdo normativo. A Itália desenvolveu, portanto, um modelo de de justiça constitucional típico, formado a partir de um imaginativo direito (constitucional) jurisprudencial, que em muito difere dos modelos de justiça constitucional europeus, influenciados ora pelo modelo kelseniano, ora pela experiência do *judicial review* norte-americano.

Ao discorrer sobre o sistema de controle de constitucionalidade no modelo constitucional italiano, LÊNIO STRECK<sup>26</sup>, anota que:

“Compete ao Tribunal Constitucional Italiano o julgamento das controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos com força de lei adotados pelo Estado e pelas regiões, os conflitos de atribuição entre os diferentes Poderes de Estado, entre o Estado e as regiões e entre as regiões, e as acusações contra o Presidente da República.

Para o controle abstrato (principal) estão legitimados o Conselho de Ministros e as Juntas das Regiões. Também se reconhece em favor do Estado uma forma de controle prévio que permite o reenvio de uma lei regional à assembléia respectiva para novo exame, podendo-se impugnar a lei se a assembléia a ratificar depois do reenvio.

Em termos de controle concreto (incidental), este ocorrerá sempre no bojo de uma “ação”, levantado por um juiz ou tribunal, desde que haja “*rilevanza*” e “*non manifesta onfondatezza*”. Ou seja, o juiz a quo deve fundamentar com especificidade a questão da inconstitucionalidade a ser examinada pelo Tribunal Constitucional. O juízo comum, ao levantar uma inconstitucionalidade, funciona como uma antecâmara da Corte Constitucional, onde o juiz deve abrir o portão que dá acesso à Corte, como bem explica Calamandrei.

Pizzorusso assevera que, para traçar um quadro completo das funções do Tribunal Constitucional Italiano é preciso, antes de tudo, lembrar que a Constituição lhes atribui três tipos de competências diferentes: a primeira concerne à decisão sobre “os litígios relativos à legitimidade constitucional das leis e dos atos com força de lei, do Estado e das Regiões; a segunda, a resolução “dos conflitos de atribuições entre os

---

<sup>26</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova Crítica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002. p. 296-297.

poderes do Estado” e “aqueles entre o Estado e as Regiões, e entre as Regiões”; e a terceira, o julgamento das “acusações contra o Presidente da República e os ministros.” A primeira dessas competência divide-se em um controle “incidente”, que concerne às questões de constitucionalidade das leis que a Corte deve examinar por provocação de um juiz que a vai aplicar; e um controle “principal” que diz respeito às questões propostas pelo governo contra as leis regionais (ou das províncias de Bolzano e Trento), quando do controle preventivo delas, ou pelas Regiões ou províncias mencionadas contra as leis do Estado ou de outras Regiões ou Províncias.

Quando o Tribunal Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma norma ou de um ato com força de lei, a norma cessa a sua eficácia vinte e quatro horas depois da publicação da decisão.

A exemplo do direito português, não há na Itália forma de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, através de mecanismos como o recurso de amparo espanhol, o recurso constitucional alemão ou os diversos mecanismos existentes no direito brasileiro.

As sentenças manipulativas são um traço característico da jurisdição italiana. Na ampla categoria das sentenças manipulativas é possível distinguir os seguintes tipos de sentenças: sentenças de estimação parcial, manipulativas em sentido restrito, aditivas ou aglutinativas, e substitutivas.

O presente trabalho abordará, apenas, breve classificação doutrinária relativa às sentenças manipulativas com efeitos aditivos, que, conforme se demonstrará, nas conclusões finais, foi o instituto utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, de forma implícita, na construção jurisprudencial do caso judicial dos 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento).

## **2.2 Conceito e Conteúdo das Sentenças Manipulativas Aditivas**

A palavra sentença deriva do verbo *sentire* (*credere, sentire, giudicare*). As sentenças, na doutrina processualista, sempre foram vistas como resultados de processos decisórios. É certo que, no que se refere às cortes constitucionais, as diversas constituições se limitam a usar o termo decisão, sem qualificá-la como sentença. Isto, entretanto, não ocorreu com a Constituição Italiana, eis que a *Corte Costituzionale* profere suas sentenças em nome do

povo italiano, devendo conter indicações dos motivos de fato e de direito que resultaram no seu proferimento.

A literatura jurídica italiana apresenta várias classificações e subclassificações das sentenças constitucionais pronunciadas por sua *Corte Costituzionale*. Como classificação geral de suas sentenças adota os tipos denominados em sentença estimatória interpretativa e sentença de estimação parcial; como sentença estimatória interpretativa tem-se aquela resultante de uma ou mais interpretações possíveis da norma, enquanto, configura-se como sentença de estimação parcial aquela resultante do fenômeno da anulação parcial do conteúdo normativo.<sup>27</sup>

Sobre o tema sentenças manipulativas com efeitos aditivos, pronunciou-se BLANCO DE MORAIS (2002, p. 2), durante o IX Encontro de Direito Constitucional, realizado na Faculdade de Direito da USP, no sentido da existência das seguintes variações deste tipo de sentença : a) sentenças de complementação constitucional; b) sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos; c) sentenças aditivas em sentido estrito; d) sentenças substitutivas.

Afirmou, assim, BLANCO DE MORAIS<sup>28</sup>, em sua explanação, que se deve entender por sentenças aditivas em sentido estrito, *verbis*:

**“Sentenças aditivas em sentido estrito.**

Em regra, são as que sem afectarem texto de um preceito impugnado, pressupõem a inconstitucionalidade parcial qualitativa de uma norma contida nessa disposição.

Inconstitucionalidade que decorre do facto de a mesma norma omitir uma exigência constitucionalmente devida, colmatando a decisão judicial a referida omissão, através da enunciação do critério de decisão supostamente exigível.

---

<sup>27</sup> MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La Sentencia Constitucional em Itália*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2003, p. 216-217.

<sup>28</sup> MORAIS. Blanco de. IX Encontro de Direito Constitucional. Faculdade de Direito da USP. 2002. passim.

Usualmente, a fórmula utilizada consiste na declaração da inconstitucionalidade da norma **x**, na parte e na medida que a mesma não prevê **y**, passando a considerar-se que a ablação parcial qualitativa de **x**, implica, no quadro da orientação interpretativa inserida na sentença, que a regra remanescente passe a prever **y**.

Existem diversas variantes de decisões ablativas “stricto sensu”, pelo que nos iremos ater às mais frequentes e relevantes.

As primeiras consistem nas chamadas “sentenças aditivas de garantia”.

Respeitam à salvaguarda de direitos protegidos pela Constituição, implicando a eliminação de uma manifestação de vontade do legislador, quer na parte em que intencionalmente exclua uma dada categoria de pessoas do exercício de um direito de que potencialmente as mesmas são titulares, quer na parte da norma que omita ou não preveja o alargamento desse direito a uma categoria de pessoas que, por extensão ou analogia, dele deveria ser titular.

A introdução, por via interpretativa, de um critério de decisão positivo através da sentença, destinar-se-ia a suprir a vontade negativa ou omissiva do legislador.

O princípio da igualdade tem sido o valor constitucional objecto de uma tutela mais expressiva através deste tipo de decisões.

(...)

As segundas variantes destas sentenças respeitam às chamadas sentenças aditivas de princípio, cuja proliferação tem sido mais recentemente utilizada pelo Tribunal Constitucional italiano, mitigar um período anterior onde dominavam sentenças aditivas de garantia e substitutivas, o qual gerou críticas nos tribunais comuns, no legislador e na doutrina.

O tipo de sentença em exame julga a inconstitucionalidade de um segmento de uma norma, na medida em que ela não preserve uma exigência constitucionalmente devida, atento o facto dessa omissão implicar uma pluralidade de soluções nominativas, o Tribunal Constitucional, ao invés de adaptar uma delas (domínio de competência do legislador) prefere enunciar um princípio constitucional que deverá ser respeitado pelas disposições que vierem a criar o direito omitido.

Esse princípio deverá vincular o Tribunal Comum (no caso de se estar perante o preenchimento de lacuna ) ou o legislador.

Para JORGE DE MIRANDA<sup>29</sup> o Tribunal Constitucional Italiano, a partir da apreciação da inconstitucionalidade por acção, faz verdadeira apreciação da inconstitucionalidade não por aquilo que prescreve, mas sim por aquilo que não prescreve. Afirma, portanto, que as denominadas sentenças aditivas, criativas ou apelativas resultam do

---

<sup>29</sup> MIRANDA, Jorge. Sessão Comemorativa do 20º aniversário do Provedor de Justiça. Disponível em: <[http://www.provedor-jus.pt/restrito/pub\\_ficheiros/PJMiranda.pdf](http://www.provedor-jus.pt/restrito/pub_ficheiros/PJMiranda.pdf)>. Acesso em 29.11.2007.

manejo de técnicas muito apuradas de interpretação e integração das leis e da constituição, via apreciação da inconstitucionalidade por acção.

### **2.3 Sentenças Manipulativas Aditivas e o Mito do Legislador Negativo (à luz do sistema constitucional brasileiro)**

As sentenças manipulativas aditivas são resultado, em síntese, da possibilidade de utilização, por parte dos intérpretes constitucionais, do método da interpretação conforme a Constituição, ou simplesmente, “da interpretação conforme.”<sup>30</sup> Sobre o que se deve compreender por interpretação constitucional e por “interpretação conforme à Constituição” elucidativa é a lição de Inocêncio MÁRTIRES COELHO, *verbis*:

(...) a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas – filosóficas. Metodológicas, epistemológicas – diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares, o que confirma o já assinalado carácter unitário da atividade interpretativa.”

(....)

Com efeito, ao recomendar – nisso se resume o princípio – que os aplicadores da constituição, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, esse cânone interpretativo ao mesmo tempo em que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar atos legislativos. Não por acaso, os clássicos do controle de constitucionalidade sempre apontaram, entre as *regras de bom aviso* ou *preceitos sábios*, que devem presidir, no particular, as relações entre os juízes e a legislatura, o princípio da *presunção de constitucionalidade das leis*, a significar que toda lei, à partida, é compatível com a constituição e assim deve ser considerada, até judiciosa conclusão em contrário; ou, mais precisamente, que a

<sup>30</sup> “O princípio da interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) é o princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo poder legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.” [ Grifo do original .] (Representação n. 1.417/DF, rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU de 15-4-1998, p. 8397.)

inconstitucionalidade não pode ser *presumida*, antes deve ser *provada*, de modo cabal, irrecusável e incontroverso.<sup>31</sup>

O princípio da presunção de constitucionalidade das leis está a significar que toda lei, em princípio, apresenta-se compatível com a constituição, salvo quando, havendo dúvida razoável, não se possa solucionar a antinomia. Ou seja, a inconstitucionalidade das leis não se presume, sendo necessária a demonstração da existência dos vícios, quais sejam, de ordem material ou formal.

Assim é que – os aplicadores da lei e intérpretes constitucionais - sempre guiarão sua atividade, no sentido da preservação da norma com a sua manutenção no sistema jurídico, na existência de antinomias aparentemente não solucionáveis. Considerando-se, pois, a existência de determinada norma que permita vislumbrar certa contrariedade ao **texto constitucional**, mas que, igualmente, consinta, sob determinado aspecto, sua compreensão de acordo com aquele, deverá o intérprete eleger a solução que possibilite a manutenção (da norma inconstitucional) neste sistema jurídico. Aqui está definida a idéia da interpretação conforme a Constituição, enquanto método de interpretação constitucional.<sup>32</sup>

Para LENIO STRECK<sup>33</sup> a interpretação conforme a Constituição é um mecanismo de fundamental importância para a constitucionalização dos textos normativos infraconstitucionais, tecendo, pois, a este respeito as seguintes considerações:

“Entendo que, alçada à categoria de princípio, a interpretação conforme a Constituição é mais do que princípio, é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela. Desse

---

<sup>31</sup> MARTIRES, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 2003. pp. 107 e 137-138.

<sup>32</sup> Considerando a intenção do presente trabalho monográfico, que é relacionar o método da interpretação conforme com a idéia de sentença manipulativa aditiva, tratar-se-á somente deste método de interpretação constitucional.

<sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.*, p. 444-445.

modo, em sendo um princípio (imane), os juízes e tribunais não podem (continuar a (só)negar a sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição.

(...)

Isso significa dizer que, com a institucionalização da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto através da Lei nº 9.868, o Poder Legislativo brasileiro admite (excepcionalmente) que o Poder Judiciário possa exercer uma atividade de adaptação e 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”. À evidência, isso não significa dizer que o Judiciário se transformará em legislador positivo. O instituto da interpretação conforme e os demais mecanismos hermenêuticos não têm o condão de transformar o Poder Judiciário em um órgão que está acima da Constituição.

Deixar de exercer a clássica função de legislador negativo significa afirmar que o Judiciário, em face de um dispositivo legal, necessariamente não necessita declará-lo inconstitucional ou afirmar a sua constitucionalidade. Há inúmeras hipóteses em que, comparando o texto com a Constituição, exsurgirá a conclusão de que a declaração de inconstitucionalidade trará maiores malefícios que benefícios. De qualquer sorte, a fronteira entre uma interpretação conforme e uma nulidade parcial sem redução de texto, por exemplo, bastante tênue, como se pode observar pela prática do Supremo Tribunal Federal; do mesmo modo, é difícil delimitar a fronteira entre interpretações aditivas e manipulativas, em face da própria especificidade e da abertura dos textos jurídicos.

(...)

Uma questão, entretanto, parece indiscutível, qual seja, a de que o processo hermenêutico é sempre produtivo. Quando se adiciona sentido ou se reduz o sentido (ou a própria incidência de uma norma) estar-se-á fazendo algo que vai além ou aquém do texto da lei, o que não significa afirmar que o Tribunal está legislando. Pelo contrário. Ao adaptar o texto legal à Constituição, a partir dos diversos mecanismos existentes, o juiz ou o tribunal estará tão-somente cumprindo sua tarefa de guardião da constitucionalidade das leis.”

O método de interpretação conforme a Constituição reflete, assim, a escolha de uma linha de interpretação possível, em meio a outras que o texto comportaria, procedendo-se a exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a um resultado contrastante com a Constituição. Desta atividade de integração da norma com o texto constitucional, sem sua invalidação, é que surge a possibilidade da prolação de sentenças de efeitos aditivos. Na lição de NOBRE JUNIOR<sup>34</sup>,

---

<sup>34</sup> NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista de Informação Legislativa. Senado Federal. Brasília a. 43. n. 170. abr./jun. 2006.* p. 120.



“Como sentenças aditivas deve-se considerar as decisões que, num questionamento sobre a constitucionalidade de determinado ato normativo, acolhe a impugnação, sem invalidá-lo.”

“Em vez de aportar-se na drástica eliminação da norma jurídica, esta é mantida através do adicionamento ao seu conteúdo de uma regulação que faltava para lastrear a concordância daquela com a Constituição. Nestas decisões, afirma, a estrutura literal da norma combatida se mantém inalterada, mas o órgão de jurisdição constitucional, criativamente, acrescenta àquela componente normativo, vital para que seja preservada sua conciliação com a Lei Fundamental.

As sentenças manipulativas aditivas são proferidas, no direito italiano, nas hipóteses em que o Tribunal Constitucional, se defronta com a existência de omissões inconstitucionais parciais, para permitir o acréscimo necessário suficiente a tornar a norma impugnada concordante com o texto constitucional.

Na lição de ZAGREBELSKY<sup>35</sup> as sentenças aditivas ou adjuntivas são, *verbis*:

“utilizadas quando uma disposição tem uma carga normativa inferior àquela que, constitucionalmente, deveria possuir. A Corte Constitucional intervém nestes casos declarando inconstitucional a disposição na parte na qual prevê algo, pretendendo que este conteúdo normativo ulterior seja introduzido no ordenamento, não obstante em presença de um texto que – mesmo depois da sentença da corte – não é per se idôneo a exprimi-lo. (tradução livre).

O uso da técnica decisória manipulativa de caráter aditivo, em sede de controle de constitucionalidade, não viola o mito do legislador negativo, preconizado por Kelsen.<sup>36</sup> O preceito é, pois, no sentido de que os Tribunais devem comportar-se como legisladores

<sup>35</sup> NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista de Informação Legislativa. Senado Federal. Brasília a. 43. n. 170. abr./jun. 2006. p. 121.*

<sup>36</sup> Nas lições doutrinárias de KELSEN : “A anulação de uma lei é função legislativa, um ato — por assim dizer — de legislação negativa. Um tribunal que é competente para abolir leis — de modo individual ou geral — funciona como um legislador negativo. Em síntese, a idéia é que a tarefa de invalidação dos atos normativos inconstitucionais assemelha-se à de um legislador negativo. Um dos problemas comumente levantados, no exercício da fiscalização abstrata da constitucionalidade, é o possível desrespeito ao princípio constitucional da tripartição das funções estatais, preconizada por Montesquieu. Para bem entender a questão, ainda, temos que nos utilizar das lições de KELSEN, que preceitua que “anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa” . E um Tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo.” Prossegue o autor – como aferir a compatibilidade constitucional das leis representa legislar negativamente, a tarefa de controlar a constitucionalidade dos atos do parlamento poderia ser vista tanto como divisão da função legislativa entre dois órgãos (o que produz a lei e o que controla) quanto intromissão no poder legislativo. KELSEN. *Hans. Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 151-152.

negativos, anulando leis contrárias à Constituição, quando for o caso, e jamais como criadores de normas, ainda que por via interpretativa.

Aliás, o uso desta técnica de decisão permite ao juiz constitucional suprir as omissões inconstitucionais parciais do Legislador, com fundamento no princípio da igualdade, que será objeto de discussão no último capítulo desta monografia.

Por outro lado, um dos pilares do Estado democrático é a divisão ou separação de poderes (art. 2º, da Constituição Federal de 1988). Sobre o princípio da separação de poderes BARROSO<sup>37</sup> preconiza:

Embora viva, nesta virada de século, um momento crucial, entre a decadência e a necessidade de reformulação, o princípio da separação de Poderes subsiste como uma valiosa referência para a interpretação constitucional, definindo papéis e estabelecendo limites. Caracterizam-no a especialização funcional e a independência orgânica, que não se contrapõem, no entanto, à circunstância de que cada Poder não exerce, de modo exclusivo, a função que normalmente lhe corresponde, e sim nela a sua competência principal e predominante. A função legislativa, escreveu Seabra Fagundes, liga-se ao fenômeno de criação do direito, ao passo que as funções administrativa e judicial se prendem à sua realização. Legislar é editar o direito positivo; administrar é aplicar a lei de ofício; e julgar é aplicar a lei contenciosamente.

Ao Poder Judiciário cabe prestar jurisdição, que é a atividade estatal destinada a fazer atuar o direito objetivo, promovendo a tutela dos interesses violados ou ameaçados. A função jurisdicional é, tipicamente, de restauração da ordem quando vulnerada, e destina-se à formulação e à atuação da norma concreta que deve disciplinar determinada situação. O ser exercício pressupõe, assim, um conflito, uma controvérsia em torno da realização do direito, e visa a removê-lo pela definitiva e obrigatória interpretação da lei.

A grande preocupação em torno da utilização das decisões aditivas gira em torno da possibilidade de uma inadmissível invasão pelos juízes ao campo destinado à atuação do legislador ordinário. Apesar da existências de ferrenhos opositores ao uso da técnica da decisão aditiva, a doutrina italiana, liderada por Crisafulli, majoritariamente tem defendido a idéia de que a *Corte Costituzionale* “não cria livremente a norma jurídica, como o faz o

---

<sup>37</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 168-169.

legislador, limitando-se a individuar aquela que, presente no ordenamento, ou suscetível de extração dos princípios constitucionais, é capaz de preencher o vazio que deriva da omissão reconhecida pela decisão.”<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sentenças Aditivas e o Mito do legislador Negativo. *Revista de Informação Legislativa. Senado Federal. Brasília a. 43. n. 170. abr./jun. 2006.* p. 111-141.

## Capítulo 3

### O JULGAMENTO DO PRECEDENTE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### 3.1 O Mandado de Segurança nº 22.307-DF

Neste tópico far-se-á breve evolução processual da ação judicial, para que melhor se possa compreender a análise do caso. A hipótese envolve o julgamento realizado, pelo Pleno, do Supremo Tribunal Federal, do recurso ordinário interposto no Mandado de Segurança nº 22.307/DF, em sede de controle de constitucionalidade concreto ou difuso.

Cumprir observar, de início, que o mandado de segurança foi proposto por Janete Balzani Marques e Outros (impetrantes/recorrentes), contra a União (autoridade coatora/recorrida), sob o fundamento de que – eles, os impetrantes -, teriam direito à revisão de seus vencimentos considerado-se o índice de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento), previsto nas Leis nº 8.622, de 10 de janeiro de 1993; 8.627, de 19 de fevereiro de 1993.

No julgamento desta ação originária, o Superior Tribunal de Justiça denegou a segurança, consignando que, na hipótese, não havia como reconhecer a procedência do pedido, ante a inexistência de lei específica, que contivesse previsão à pretendida revisão salarial.

Os impetrantes(recorrentes) interpuseram recurso ordinário, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, sustentando que o índice de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento) consubstanciava a revisão geral prevista no inciso X do artigo 37 da Constituição

Federal, tal como fora reconhecido pelo Poder Legislativo, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, pelos demais Tribunais Regionais Federais e, pelo Ministério Público Federal.

O inteiro teor do v. acórdão proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal restou assim ementado:

RECURSO ORDINÁRIO-PRAZO-MANDADO DE SEGURANÇA-SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O silêncio da legislação sobre o prazo referente ao recurso ordinário contra decisões denegatórias de segurança, ou a estas equivalentes, como é o caso da que tenha implicado a extinção do processo sem julgamento do mérito – mandado de segurança nº 21.112-1/PR (AGRG), relatado pelo Ministro Celso de Mello, perante o Plenário, cujo acórdão foi publicado no Diário de Justiça de 29 de junho de 1990, à página 6.220 – é conducente à aplicação analógica do artigo 33 da Lei nº 8.038/90. A oportunidade do citado recurso submete-se à dilação de quinze dias.”

“REVISÃO DE VENCIMENTOS – ISONOMIA. “a revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data” - inciso X – sendo irredutíveis, sob o ângulo não simplesmente da forma (valor nominal), mas real (poder aquisitivo) os vencimentos dos servidores públicos civis e militares – inciso XV, ambos do artigo 37 da Constituição Federal.

Como resultado do julgamento os Ministros do Supremo Tribunal Federal, acordaram, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para deferir parcialmente a segurança, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (designado Relator), vencidos os Ministros Celso de Mello, Octávio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves, que negavam provimento ao recurso. A seguir, passar-se-á à análise da construção jurisprudencial realizada pelo STF no *supra* citado caso.

### **3.1.1 A construção jurisprudencial do STF no caso judicial dos 28,86%**

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RMS nº 22.307/DF, tal como havia decidido no processo administrativo n.º 19.426-3<sup>39</sup>, reconhecendo a auto aplicabilidade do

<sup>39</sup> Onde se considerou-se, dentre outros fatores, “a auto-aplicabilidade e, portanto, a imperatividade, com eficácia imediata, da norma constitucional asseguradora da revisão geral de remuneração de civis e militares na

inciso X do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, estendeu a outros servidores públicos a revisão salarial concedida, inicialmente, somente a determinadas categorias previstas nas Leis n.ºs. 8.622, de 10 de janeiro de 1993; e 8.627, de 19 de fevereiro de 1993, sob o fundamento do princípio da isonomia.

O Pleno debateu se seria possível, com base no princípio da isonomia, estender benefício a categoria de servidores, não contemplada pelas leis em debate, com o fim de suprir omissão inconstitucional parcial constituída pelo próprio legislador. Por maioria, venceu a tese que defendia a necessidade de tal extensão, entendendo que o referido posicionamento não feria o princípio da separação de poderes, dava maior efetividade à Constituição, e solucionava o caso de forma equânime.

A construção realizada pelo STF distanciou-se do dogma do legislador negativo reproduzido em inúmeros precedentes daquela Corte Suprema. De se destacar que o silêncio intencional do legislador necessitou ser colmatado pelo STF durante o julgamento do RMS n.º 22.307/DF, ante a necessidade da adoção de uma solução obrigatória na perspectiva constitucional. É que acaso o legislador tivesse previsto a inconstitucionalidade, teria alargado o âmbito de aplicação da lei. Restou, assim, desacolhida a tese de que o reconhecimento do direito ofenderia o disposto na Súmula n.º 339 do ementário do STF.

Ao promover a extensão do direito a outras categorias não abrangidas pelas leis já apontadas, o STF utilizou-se da técnica de decisão denominada “sentença de perfil aditivo” que não tem matriz no sistema constitucional pátrio. De se esclarecer, pois, que em julgados mais recentes, tais como: o Mandado de Injunção n.º 670/ES e o Mandado de Injunção n.º 708/DF<sup>40</sup> (ambos da relatoria do Ministro GILMAR MENDES), e o RE n.º 405.579/PR

---

mesma data, sem distinção de índice” Cf. Ata da 8ª Sessão Administrativa, realizada em 29-4-1993, como transcrita no inteiro teor do voto do Ministro Marco Aurélio na *RTJ*, 163:147.

<sup>40</sup> Informativo do Supremo Tribunal Federal N.º 468, Brasília, 21 a 25 de maio de 2007.

(relatoria do Ministro JOAQUIM BARBOSA), o STF têm utilizado, de forma clara e explícita, a referida técnica de decisão, trazida do sistema de direito comparado italiano.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RMS nº 22.307/DF, utilizou-se, de forma implícita e inovadora, da técnica de “sentença de perfil aditivo”, sem no entanto assumir o papel de legislador positivo. Faz-se fundamental transcrever trechos do inteiro teor do julgamento, para uma melhor análise, como se vê a seguir:

Voto do Ministro Marco Aurélio, relator (favorável a aplicação da técnica de “sentença perfil aditivo”):

“A revisão não é procedimento a depender de penada única, mas sim garantia constitucional assegurada na Carta de 1988 aos servidores, visando, acima de tudo, a manter a equação inicial relativamente à comutatividade do ajuste – art. 13 da Lei n.º 8112/90, onde despontam direitos e obrigações recíprocos.

(...)

Senhor Presidente, **sob pena de caminhar-se para verdadeiro paradoxo, fulminando-se princípio tão caro às sociedades que se dizem democráticas, como é o da isonomia, não vejo como adotar óptica diversa em realção ao pessoal civil do executivo federal, já que o militar foi contemplado.** As premissas assentadas por esta Corte quando da deliberação administrativa continuam de pé e mostram-se adequadas ao caso vertente. Houve revisão geral de vencimentos, deixando-se de fora os servidores civis. **Apanhada esta deficiência e em face da auto-aplicabilidade do preceito constitucional, Legislativo, inclusive o Tribunal de Contas da União, Judiciário e Ministério Público, cujos servidores integram o próprio Executivo, determinaram a inclusão do reajuste nas folhas de pagamento, tendo como data-base janeiro de 1993. Nisso, deram fidedigna observância ao preceito constitucional que prevê a revisão a ser feita na mesma data e sem distinção entre servidores civis e militares.** Assim, o ato atacado exsurge contrário à ordem jurídico-constitucional em vigor, valendo notar que de duas uma: ou o Legislativo, Tribunal de Contas da União, Judiciário e Ministério Público agiram em homenagem à Carta da República, e então procede a irresignação dos Recorrentes, ou a vulneraram. Pelas razões acima lançadas, excluo esta última conclusão.

Conheço e provejo parcialmente o recurso para conceder a ordem pleiteada, não na extensão pretendida, já que o mandando de segurança não pode ser transmutado em verdadeira ação de cobrança. A impetração ocorreu em 6 de julho de 1993, mês a servir de termo inicial relativamente à eficácia desta decisão. Reconheço, a partir de tal data,, aos Impetrantes, o direito ao reajuste dos vencimentos na base de 28, 86%. As diferenças vencidas devem ser apuradas em liquidação.

É como voto na espécie dos autos.” (grifos nossos)

Voto do Ministro Celso de Mello (contrário a aplicação da técnica “sentença de perfil aditivo”):

“(…) Sendo assim, nada pode justificar, a meu ver, o acolhimento da pretensão de direito material deduzida pelos recorrentes.

Impende observar, ainda, tal como expressamente ressaltado no parecer da d. Procuradoria-Geral da República, que, **mesmo que razão assistisse aos recorrentes, faleceria poder ao Judiciário, que não tem função legislativa, para, sob fundamento da isonomia, conceder a postulada extensão, aos agentes públicos civis, de vantagens pecuniárias exclusivamente outorgadas, por lei, aos servidores militares.**

A Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal – que consagra, na jurisprudência desta Corte, uma específica projeção do princípio da separação de poderes – exclui da pretensão mandamental deduzida neste causa a viabilidade jurídica essencial ao seu acolhimento. O conteúdo dessa formulação sumular foi recebido pela Carta Política de 1988. À Súmula 339/STF reveste-se, em consequência, de plena eficácia e de integral aplicabilidade sob a vigente ordem constitucional.

Insista-se, neste ponto, por sua extrema pertinência, que a disciplina jurídica da remuneração devida aos servidores públicos em geral está sujeita ao princípio da reserva legal absoluta, que submete ao domínio normativo da lei forma a veiculação das regras pertinentes a este tema.

A exigência constitucional de lei para o regramento do estipêndio funcional traduz indeclinável formalidade jurídica que torna inviável a pretensão dos ora recorrentes de verem estendidas aos servidores civis em questão o denunciado aumento geral que teria sido concedido aos servidores militares.

Nem se diga que a lei em causa, porque alegadamente infringente do que dispõe o art. 37, X, da Constituição, permitiria que se postulasse em favor dos agentes públicos civis, a extensão das vantagens pecuniárias, que por ela somente foram concedidas aos servidores militares

É de se registrar, neste ponto, que, em tema de inconstitucionalidade por omissão parcial de lei, emerge a grave questão da exclusão de benefício, com ofensa ao princípio da isonomia.

(…)

A discussão das possíveis soluções jurídicas estimuladas pela questão da exclusão do benefício, com ofensa ao princípio da isonomia, permite vislumbrar três mecanismos destinados a viabilizá-las: (a) extensão dos benefícios ou vantagens às categorias ou grupos inconstitucionalmente deles excluídos; (b) supressão dos benefícios ou vantagens que foram indevidamente concedidos a terceiros; (c) reconhecimento da existência de uma situação ainda constitucional (situação constitucional imperfeita), ensejando-se ao poder público, em tempo razoável, a edição de lei reestabelecadora do dever de integral obediência ao princípio da igualdade, sob pena de progressiva inconstitucionalização do ato estatal que, embora existente, revela-se insuficiente e incompleto (RTJ 136/439-440, rel. Min. Celso de Mello).

(…)



**O que não se revela possível, senhor Presidente, tendo em vista o nosso sistema de direito positivo, é proceder, em sede mandamental, a uma verdadeira arguição em tese da inconstitucionalidade de lei por omissão parcial, para, a partir do reconhecimento do caráter discriminatório do ato legislativo em questão, postular-se a extensão, por via jurisdicional, do benefício pecuniário que não foi outorgado aos servidores civis.**

(...)

**O respeito ao princípio da separação de poderes impede que se estendam às categorias funcionais eventualmente discriminadas as vantagens das quais vieram elas a ser injustamente excluídas pelo ato legislativo impugnado.**

(...)

Assim sendo, e com estas considerações, peço vênias para negar provimento ao presente. É como voto.”(grifamos)

Voto do Ministro Maurício Côrrea (favorável a aplicação da técnica de “sentença perfil aditivo”):

Para melhor clarear o meu entendimento, aqui me valho do raciocínio desenvolvido por José Afonso da Silva: “Como, então, resolver a inconstitucionalidade da discriminação? **Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem ao Poder Judiciário, caso por caso. Tal ato é insuscetível de declaração genérica de inconstitucionalidade por via de ação direta**”. (Curso de Direito Constitucional Positivo, 12ª edição revista, Malheiro Editores, página 222). (destacamos)

Voto do Ministro Carlos Velloso (favorável a aplicação da técnica de “sentença perfil aditivo”):

Senhor Presidente, os votos que me antecederam demonstraram que, na revisão geral da remuneração dos servidores públicos, objeto da causa, ocorreu a distinção de índices entre servidores públicos civis e servidores públicos militares – distinção ofensiva ao inciso X do art. 37 da Constituição. Quer dizer, o legislador ordinário, efetivando revisão geral da remuneração dos servidores, destinou a um grupo certo índice em detrimento de outro grupo que a Constituição equipara ao grupo beneficiado. Diante de inconstitucionalidade deste tipo, há aqueles que entendem que se tem uma inconstitucionalidade por omissão parcial que deve ser sanada, no controle concentrado, mediante o aforamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Senhor Presidente, essa é a solução adequada, correta, nos sistemas constitucionais onde existe apenas o controle concentrado, o que ocorre na Europa continental – todos sabemos os países da Europa continental que têm cortes constitucionais que praticam apenas o controle concentrado e não praticam o controle difuso de constitucionalidade. Todavia, Sr. Presidente, nos sistemas

constitucionais que consagram o controle difuso, ou o difuso e o concentrado – tal é o caso do Brasil – a solução preconizada naqueles Estados onde existe apenas o controle concentrado, não é, data vênia, a mais correta.

O que deve ser dito é que a inconstitucionalidade por omissão foi instituída no Brasil com a Constituição de 1988, com a finalidade de ampliar-se o raio da proteção à Constituição e não para reduzi-lo. Então, se a questão de inconstitucionalidade, nos moldes que estamos tratando e falando, vem no controle difuso, tal como ocorre na hipótese, o que deve ser entendido, ao que penso e ao sustento – o que já sustentei, neste Plenário, por mais de uma vez – é que se têm uma autêntica inconstitucionalidade por ação, é dizer, o legislador ordinário, não obstante a determinação constitucional, dela fez ouvidos moucos, não deu cumprimento ao que lhe ordenava a criatura do poder constituinte originário. Como é de sabença geral, que no controle de constitucionalidade deve o juiz evitar fulminar a lei, mas, na medida do possível, emprestar-lhe interpretação inteligente, a fim de retirá-la do mundo jurídico, então o que deve fazer o juiz é, no controle difuso, estender ao grupo discriminado pela lei, em situação idêntica aos beneficiados, os benefícios da lei. Assim, dá-se cumprimento à Constituição e evita-se a declaração de inconstitucionalidade. **A decisão no sentido de que o caso que temos sob exame traduz hipótese de inconstitucionalidade por omissão parcial, deixa a Constituição a descoberto, descumprida, e descumprida ao talante dos que já a descumpriram. A declaração de inconstitucionalidade por omissão tem como efeito apenas a ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias ( CF, art. 103, § 2.º). Então, se entendermos que no caso ocorre simplesmente uma inconstitucionalidade por omissão parcial, esses onze impetrantes nada vão receber e deverão aguardar que uma daquelas entidades inscritas na Constituição como legitimadas para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e o efeito da sentença será simplesmente a comunicação ao Congresso de que ele foi omissor. Certamente nas próximas legislaturas a questão não estaria ainda resolvida e a Constituição descumprida.**

Sr. Presidente, **a solução que preconizam os que pensam como eu em caso assim é a quem presta à Constituição o máximo de eficácia; é a solução que, mais de uma vez, a Suprema Corte Norte-Americana emprestou às suas decisões; é a solução que ilustres Tribunais brasileiros, por mais de uma vez, emprestaram à questão. Acho até que caminha-se para um retrocesso afirmar-se que em caso assim ter-se-á que se valer da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.**

Sr. Presidente, não há invocar, em caso assim, a Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal. A lei, no caso, é a própria Constituição. A Corte Constitucional emprestará, decidindo desta forma, à Constituição a eficácia que ela tem.

(...)

Concluo meu voto, Senhor Presidente, acompanhando o Senhor Ministro Relator, pelo que dou provimento ao recurso. (destacamos)

Em síntese, infirmada a constitucionalidade do preceito discriminatório “naquilo que faltou fazer” superou-se a omissão inconstitucional relativa pela incidência obrigatória da

norma constitucional auto-aplicável (art. 37, X, da CF), na mesma linha doutrinária já aberta na Espanha e na Itália, com a utilização das sentenças manipulativas aditivas.<sup>41</sup>

Se é certo que o uso das sentenças manipulativas pelas Cortes espanhola e italiana está longe de uma pacificação; no Brasil, a discussão está, apenas, em seu início, daí a importância de se recorrer ao direito comparado para solucionarmos as hipóteses que envolvam omissões inconstitucionais em sede de fiscalização de controle abstrato.

### **3.2 Aplicabilidade das normas constitucionais e a jurisprudência do STF no RMS n. 22.307/DF**

José AFONSO DA SILVA<sup>42</sup> elaborou a classificação das normas constitucionais de acordo com sua aplicabilidade e eficácia, o que vem sendo utilizado, usualmente, pela doutrina e jurisprudência pátrias. Em síntese, nos termos da referida classificação, haveria distinção entre as normas constitucionais que teriam aplicabilidade imediata (as de eficácia plena e as de eficácia contida) e as que teriam aplicabilidade mediata (as de eficácia limitada), com a ressalva, entretanto, de que, mesmo estas, possuiriam a eficácia mínima de coibir a prática de atos que lhes fossem contrários. E, diga-se de passagem, que o Judiciário brasileiro tem comumente adotado à referida classificação na resolução dos casos concretos, distinguindo, no texto constitucional, normas de uma e de outra espécie.

Assim é que se a norma constitucional é daquelas que possuem aplicabilidade imediata (**normas auto-aplicáveis** ou auto-executáveis), o caso concreto pode ser solucionado, outorgando à parte o bem garantido pelo texto constitucional. Se a norma, entretanto, é daquelas que possuem aplicabilidade mediata (normas não auto-executáveis, ou,

---

<sup>41</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. *Op. Cit.*, p. 244.

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 82-83.

**normas não auto-aplicáveis**), o caso concreto não é efetivamente solucionado, ou seja, não se dá à parte o bem pretendido, mas apenas profere-se uma decisão que reconhece a ausência de lei reguladora e a impossibilidade de colmatação por parte do Poder Judiciário.

Desta feita, a Constituição brasileira criou instrumentos processuais – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção - para a solução do problema, os quais não atingiram seus objetivos, principalmente, em virtude da interpretação restritiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a eficácia do mandado de injunção, baseada principalmente no dogma da “vedação da atuação do juiz como legislador positivo.”

A doutrina e a jurisprudência pátrias não obtiveram êxito em abandonar a classificação dicotômica apresentada pelo constitucionalista pátrio José Afonso da Silva, apenas logrando formular críticas a referida teoria. Mas, o fato é que a partir do precedente ora analisado (o caso judicial dos 28,86%) o Supremo Tribunal Federal, de modo implícito, pareceu dar um passo adiante à doutrina adotada, no sentido de desenvolver e dar uma maior efetivação às normas constitucionais, partindo de enfoque diverso ao costumeiramente adotado.

Assim, parece que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do precedente nº 22.307/DF, de forma inauguradora, inciou lenta evolução no sentido de adotar técnicas de decisão para dar efetividade às normas constitucionais. Na hipótese em concreto, o STF, ao reconhecer a aplicabilidade plena ao inciso X, art. 37, da CF (em sua redação original), supriu a omissão parcial existente em relação aos servidores públicos civis, estendendo o reajuste dos 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento), inicialmente previsto, apenas, para os servidores militares, com fundamento no princípio da igualdade. À hipótese, o Pleno do STF, entendeu não ser aplicável o enunciado da Súmula nº 339 de seu ementário de jurisprudência, que dispõe: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa,

“aumentar vencimentos de servidores públicos, sob o fundamento de isonomia”, o qual passou, a partir deste julgado, a merecer revisão.

Na linha de argumentação utilizada, pelo Pleno do STF, deve-se entender que todas as normas constitucionais podem ser invocadas pelo Poder Judiciário na decisão dos casos concretos. Assim, a questão da aplicabilidade da norma constitucional se torna um problema de repartição de competência entre Legislativo e Judiciário, relacionado diretamente com os limites existentes à atuação jurisdicional deste último, e não uma querela relativa à atribuição abstrata de graus diferentes de eficácia ou aplicabilidade das normas constitucionais.

Se correto este pensamento, o problema se desloca do plano abstrato da classificação e aplicação das normas constitucionais, para os limites inerentes ou impostos à atividade jurisdicional, sempre que se encontrarem em jogo o desenvolvimento e a efetivação judicial da Constituição. Ou seja, a questão a se resolver é a seguinte: pode ou não o Poder Judiciário desenvolver e dar efetividade à norma jurídica, independentemente de atividade legislativa? Esta é a pergunta mais atual e conflituosa que tem sido enfrentada pelo moderno Poder Judiciário brasileiro.

O princípio da igualdade tem, pois, papel fundamental na solução das hipóteses de “inconstitucionalidade por omissão legislativa parcial”. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do caso judicial dos 28,86%, utilizou-se desse princípio, reconhecendo a auto-aplicabilidade da norma constitucional (art. 37, X, da CF), portanto, a sua efetividade, suprimindo omissão parcial criada pelo legislador, que só concedera o benefício para os servidores públicos militares (subcategoria dentro da classificação dos servidores públicos federais). Resolveu, estender o referido aumento para a categoria geral (servidores públicos civis), corrigindo discriminação arbitrária que pairava sobre todos os funcionários não

contemplados na disciplina legal, salvando, desta forma, a constitucionalidade das normas previstas nas Leis nº. 8.622, de 10 de janeiro de 1993; e 8.627, de 19 de fevereiro de 1993.

No julgamento do RMS nº 22.307/DF, o Plenário do STF, mesmo após longa discussão entre os seus membros, proferiu, de forma implícita e inauguradora, em sede de controle de fiscalização, sentença interpretativa resultante do uso da técnica de decisão de efeitos aditivos, gerando novas despesas, não dotadas no orçamento de pessoal da União daquele ano financeiro.

### **3.3. Criação Judicial do Direito e Interpretação Constitucional : Ativismo Judicial ?**

O Pleno do STF, ao julgar o precedente RMS nº 22.307/DF, utilizou-se, de forma implícita, da técnica de decisão denominada “sentença de perfil aditivo” no suprimento de omissão inconstitucional relativa, produzindo sentença interpretativa<sup>43</sup> conformadora do ordenamento jurídico. Discutiu-se, no ponto, se a Corte Suprema estava a legislar com a intenção de suprir a referida omissão relativa. O uso desta técnica de decisão encontra-se intimamente ligado à possibilidade dos juízes exercerem função criadora durante a atividade de interpretação. Na doutrina nacional, Francisco Campos, já expunha:

“O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la; é o que demonstra a jurisprudência do nosso Supremo Tribunal, particularmente, a da Suprema Corte americana. Nos tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o Poder Constituinte.”<sup>44</sup>

O problema se dá porque a atividade interpretativa envolve, de certa forma, uma função criadora do direito. Doutrinadores pátrios sustentam que esta função criadora não

<sup>43</sup> APUD STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.*, p. 479

<sup>44</sup> APUD NOBRE JUNIOR. Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: IOB Thomson. Ano IV. Nº 13, p. 44.

implica em uma atuação do julgador como legislador positivo, à medida em que, dentro do poder jurisdicional inclusa estaria uma função legislativa limitada.

Inocência MÁRTIRES COELHO<sup>45</sup> preceitua *verbis*:

No âmbito da jurisdição constitucional, o exercício desta criatividade, a rigor, não conhece limites, não só porque as Cortes Constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, mas também porque a sua atividade interpretativa desenvolve-se quase que exclusivamente sobre enunciados abertos, polissêmicos, e indeterminados, como são os preceitos que veiculam a chamada *matéria constitucional*.

Intérpretes finais da Constituição e juízes últimos de sua própria autoridade, estes tribunais – aliás com ampla aceitação nas sociedades democráticas – acabaram virando legislaturas sem mandato (...)

Se é verdade que novas acepções atribuídas ao mesmo termo equivalem a criação de *termos novos*, parece lícito concluir-se que, a rigor, quando juízes e tribunais emprestam sentidos novos a um mesmo enunciado normativo, em verdade estão a produzir novos enunciados, embora mantendo inalterada a sua roupagem verbal. Funcionam, então, esses operadores jurídicos, como instâncias *heterônomas* de criação *abreviada* do direito

Todavia, ressalta que tal atividade criadora não se deve dar de forma ilimitada, confira-se:

Em síntese, como entusiasta da interpretação constitucional como concretização, também Konrad Hesse se vê obrigado a admitir que a norma seja o resultado e não o pressuposto da interpretação, o que, afinal, explica o seu empenho – como doutrinador e, sobretudo, como juiz constitucional – em estabelecer certos limites, mínimos embora, para a criatividade dos intérpretes da Constituição.<sup>46</sup>

A função criadora que é inerente à atividade dos juízes constitucionais, deve, ainda, ser aliada à idéia de justiça constitucional, objetivo principal do direito, como instrumento de conservação da paz social. Se, entretanto, essa função criadora viola o axioma, predominante nos Estados de Direito, da subdivisão das funções estatais em legislar, executar e julgar, é

---

<sup>45</sup> COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003, p. 42-43.

<sup>46</sup> COELHO, Inocência Mártires. *Op. Cit.* p. 144-145.

outra questão. LAFUENTE BALLE<sup>47</sup> posiciona-se no sentido de que a atividade da jurisdição constitucional é, indiscutivelmente, criativa, ainda quando atue como legislador negativo, nesse sentido preceitua que, *verbis*:

“A norma constitucional apresenta a diferencial característica de sua não-concreção e de seu sentido político. Estas circunstâncias favorecem um número crescente de interpretações, todas distintas, que qualquer observador informado e imparcial consideraria corretas e lógicas. É neste labor de optar por uma dessas interpretações onde o Tribunal Constitucional exerce sempre sua função criadora e normativa. Por isso, não existe nenhum caso fácil do qual conheça o Tribunal Constitucional. Em nenhum caso, o tribunal se limita a aplicar a norma constitucional simplesmente e sem interpretá-la. Este labor interpretativo é, precisamente, o fator determinante da transcendental importância do precedente constitucional.” (tradução livre).”

Há, ainda, uma tendência acentuada ao alargamento dos poderes normativos dos Tribunais Constitucionais (neste sentido, cite-se o exemplo da *Corte Costituzionale italiana*), no sentido de permitir aos juízes constitucionais o exercício da função interpretativa de forma mais ampla, podendo, assim, proferir sentenças criativas (interpretativas, aditivas, manipulativas, apelativas, etc.), “cujo teor suaviza o enfrentamento com os órgãos parlamentares, porquanto, em vez de invalidar uma lei contrária à Constituição, incorpora-se, por meio de um novo sentido, uma nova norma ao ordenamento jurídico.”<sup>48</sup>

Assim, a utilização da técnica de decisão “sentença de perfil aditivo” pelo Supremo Tribunal Federal, que encontra respaldo na doutrina italiana e espanhola, justifica-se com base em seu poder normativo, enquanto função jurisdicional, não havendo desta forma violação ao princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 2º, *caput*, da CF.

---

<sup>47</sup> NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista de Informação Legislativa. Senado Federal. Brasília a. 43. n. 170. abr./jun. 2006. p. 115.*

<sup>48</sup> NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista de Informação Legislativa. Senado Federal. Brasília a. 43. n. 170. abr./jun. 2006. p. 115.*





## Capítulo 4

### O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O RMS N. 22.307-DF

#### 4.1 A extensão de benefício sob o fundamento do princípio da igualdade

Pode-se afirmar que a concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais, até porque *a igualdade consiste em dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais*.<sup>49</sup> Ou seja : o direito deve distinguir pessoas e situações diferentes entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais entre si.

A questão que é de máxima importância está em se saber, na dicção de BANDEIRA DE MELLO, “que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia.”<sup>50</sup>

No caso judicial, em estudo, o que os impetrantes(recorrentes) efetivamente pretendiam era a concessão, por via jurisdicional ou mediante simples ato administrativo do órgão impetrado, de vantagem pecuniária concedida a categoria funcional diversa, sob o fundamento do princípio da isonomia.

Há que se refletir, portanto, se as leis em causa (Leis n.ºs. 8.622, de 10 de janeiro de 1993; e 8.627, de 19 de fevereiro de 1993), por suposta infringência ao disposto no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, permitiria que se postulasse, em favor dos servidores

---

<sup>49</sup> Esta notória afirmação de Aristóteles é repetida quase que automaticamente por todos aqueles que visam a utilização do princípio da igualdade na resolução dos casos concretos.

<sup>50</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p.10.

públicos civis, a extensão de vantagens pecuniárias que por elas somente haviam sido concedidas aos servidores militares.

Emerge, assim, em tema de inconstitucionalidade por omissão parcial de lei, a grave discussão da questão da exclusão do benefício, com ofensa ao princípio da isonomia. Na doutrina de GILMAR FERREIRA MENDES<sup>51</sup>, *verbis*:

“Nem sempre a afronta ao princípio de igualdade há de ser resolvida com a extensão do benefício. A identificação de uma exclusão de benefício constitui, normalmente, uma questão técnica. A propósito, convém registrar a lição de Pestalozza:

“Uma disposição contida na norma “A”, que por si só se afigura neutra, pode-se transformar em uma discriminação, se a outro grupo se outorga situação mais favorável, ou menos restritiva, mediante a edição da norma “B”. Não pode ter relevância para a decisão do Tribunal Constitucional, o fato de a afronta ao princípio da igualdade dimanar de uma norma ou de um complexo de normas, isto é, se resulta de uma interpretação isolada ou sistemática. Há de se dar tratamento idêntico aos dois grupos.

É possível que a lesão decorra não da exclusão de eventual benefício, mas, e sobretudo, da outorga de vantagens a terceiros. A impugnação não visa à extensão do benefício, senão a sua própria supressão (...). A inconstitucionalidade reside, nesses casos, na própria vantagem outorgada a outrem.”

O Ministro CELSO DE MELLO<sup>52</sup> do STF, sintetiza a questão da exclusão de benefício, com ofensa ao princípio da isonomia, nos seguintes termos:

A discussão das possíveis soluções jurídicas estimuladas pela questão da exclusão de benefício, com ofensa ao princípio da isonomia, permite vislumbrar três mecanismos destinados a viabilizá-las: (a) extensão dos benefícios ou vantagens às categorias ou grupos inconstitucionalmente deles excluídos; (b) supressão dos benefícios ou vantagens que foram indevidamente concedidos a terceiros; (c) reconhecimento da existência de uma situação ainda constitucional (situação inconstitucional imperfeita), ensejando-se, ao Poder Público, em tempo razoável, a edição de lei restabeecedora do dever integral de obediência ao princípio da igualdade, sob pena de progressiva inconstitucionalização do ato estatal que, embora existente, revela-se insuficiente e incompleto.

---

<sup>51</sup> MENDES, GILMAR FERREIRA. **Controle de Constitucionalidade : Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva. 1990. p. 69-70.

<sup>52</sup> *RTJ* 136/439-440, rel. Min. CELSO DE MELLO.

O doutrinador BANDEIRA DE MELLO<sup>53</sup> ao discorrer sobre o princípio da igualdade dispõe, *verbis*:

*“Não se podem interpretar como desigualdades legalmente certas situações, quando a lei não haja “assumido” o fator tido como desequiparador. Isto é, circunstâncias ocasionais que proponham fortuitas, acidentais, cerebrinas ou sutis distinções entre categorias de pessoas não são de considerar.*

(...)

Bem, por isso, é preciso que se trate de desequiparação querida, desejada pela lei, ou ao menos, pela conjugação harmônica das leis. Daí, o haver-se firmado que discriminações que decorram de circunstâncias fortuitas, incidentais, conquanto correlacionadas com o tempo ou a época da norma legal, não autorizam a se pretender que a lei almejou desigualar situações e categorias de indivíduos. E se este intento não foi professado inequivocamente pela lei, embora de modo implícito, é intolerável, injurídica e inconstitucional qualquer desequiparação que se pretenda fazer.”

A solução jurídica dada pelo STF ao caso judicial dos 28,86% envolveu especificamente a questão do reconhecimento da existência de omissão parcial relativa com base no princípio da igualdade, insculpido na Constituição Federal. Teve-se, assim, adoção de solução jurídica pelo STF, no que toca ao problema da inconstitucionalidade por exclusão indevida de benefício, com aplicação do princípio da isonomia. Na hipótese, refutou-se a tese segundo a qual o mandado de segurança não se qualificava como instrumento processual adequado à arguição da inconstitucionalidade da lei, por omissão parcial, quando, resultando esta da exclusão discriminatória de benefício de natureza pecuniária, o ato estatal vem a ofender o princípio da isonomia.

## 4.2 As máximas do Princípio da Igualdade

<sup>53</sup>

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, p. 45-46.

Robert ALEXY<sup>54</sup> relaciona o princípio da igualdade com a proibição de tratamento arbitrário, ou seja, a Constituição não estabelecerá vedação ao tratamento desigual ou igual, mas ao tratamento desigual ou igual arbitrários, formulando, assim, duas máximas denominadas “mandato do tratamento igual” e “mandato do tratamento desigual” que orientariam o intérprete na aplicação deste princípio :

a) se não há nenhuma razão suficiente que permita um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual;

b) se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual, após formulou duas máximas assim denominadas : “mandato do tratamento igual” e “mandato do tratamento desigual”.

Para FERNANDO MORO<sup>55</sup> há diferença sutil entre as duas máximas formuladas por Robert ALEXY. Afirma, assim, que, *verbis*:

Para que prevaleça a orientação em favor da igualdade, ALEXY exige menor carga de argumentação para se demonstrar que está ordenado um tratamento igual do que para se demonstrar que está ordenado um tratamento desigual. A regra, portanto, é que deve prevalecer o tratamento igual. O tratamento desigual funciona como exceção, exigindo argumentação suficiente por parte do operador jurídico.

### 4.3 Direitos derivados do Princípio da Isonomia

Um dos problemas a serem solucionados doutrinariamente é aquele decorrente da situação que gera direitos derivados do princípio da isonomia ou os denominados casos de “exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia.” Nestas hipóteses a lei

---

<sup>54</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 391.

<sup>55</sup> MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad. 2001. p. 116-117.

veicula um benefício que, em princípio, não é inconstitucional, e que termina por privilegiar determinados grupos. Veja-se que o que é contrário à Constituição é a não-contemplação legislativa de grupos que, por força do princípio da isonomia, também, seriam beneficiários do benefício em questão.

É certo que a posição dos tribunais brasileiros têm prevalecido na posição de abstenção na resolução dos casos concretos, ou seja, na não adoção de medidas necessárias para aplicar a norma, evitando situações claras de injustiça material. Tal posicionamento se dá, principalmente, em razão do dogma da “vedação da atuação judicial como legislador positivo”, já analisada neste trabalho.

É fato, entretanto, que os tribunais brasileiros nem sempre adotaram esta linha de argumentação. A jurisprudência brasileira já registra decisões judiciais em que houve a extensão de benefícios legais a grupos não-contemplados em lei. Foi o que se registrou no julgamento promovido pelo Supremo Tribunal Federal (RMS nº 22.307-7/DF), caso jurídico que, passou a ser comumente referido pela comunidade jurídica em geral : como o caso judicial dos 28,86%.

No julgamento deste precedente, o STF não se deteve diante do referido dogma e, considerando que a hipótese era de omissão parcial relativa, considerou existente a violação ao princípio da isonomia, tomando medidas para salvar a norma, estendendo-a a grupos não-contemplados os benefícios dirigidos especificamente a outros.

Como foi dito no Capítulo 3 da presente Monografia a hipótese envolveu o julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 22.307-7/DF. O STF entendeu que à hipótese não se aplicava a Súmula nº 339 de seu ementário de jurisprudência, resolvendo estender o benefício à toda a categoria de servidores públicos civis, inicialmente, não contemplados nas Leis nºs. 8.622, de 10 de janeiro de 1993; e 8.627, de 19 de fevereiro

de 1993, sob o fundamento do princípio da isonomia. No voto vencido do Ministro Celso de Mello restou elucidado que a hipótese se caracterizava como caso de inconstitucionalidade por omissão parcial.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico analisou a questão da superação da omissão constitucional parcial em cotejo com o princípio da isonomia, questão esta que não passou despercebida no julgamento do RMS n. 22.307-7/DF<sup>56</sup> pelo Pleno do STF. Neste precedente – que se conclui como tendo sido o inaugurador da utilização da técnica da decisão aditiva no sistema constitucional brasileiro – o STF apresentou solução oposta ao entendimento já tradicional da Corte, que apontava no sentido de que, em havendo a declaração da inconstitucionalidade por omissão de lei (fosse ela absoluta ou relativa), faltariam-lhes poderes para promover a extensão da norma, havendo de cingir-se a promover a comunicação ao órgão legislativo competente para que suprisse a referida omissão.

No julgamento do RMS n. 22.307/DF o STF constatou a ocorrência de omissão constitucional parcial implícita, razão pela qual procedeu a aplicação da regra constitucional obrigatória ao caso (art. 37, inciso X), corrigindo, assim, a discriminação arbitrária aos funcionários não contemplados na disciplina das Leis n.ºs. 8.622, de 10 de janeiro de 1993; e 8.627, de 19 de fevereiro de 1993.

Por outro lado, predominava, até o julgamento deste precedente, no sistema constitucional brasileiro, a concepção **da não possibilidade de atribuição**, por parte do STF de qualquer efeito aditivo aos atos normativos questionados em juízo, fosse em sede de controle concentrado (abstrato), ou concreto (difuso), ante o dogma do legislador negativo.

Pareceu, claro, entretanto, que a partir do precedente ora submetido à estudo, o STF tende a um abrandamento de sua postura auto-limitativa (*self-restraint*), ao ter que decidir

---

<sup>56</sup> Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, m.v., DJU 13.06.1997.



casos judiciais, que envolvam a eficácia prática das decisões de declaração de inconstitucionalidade, proferidas no âmbito do seu poder jurisdicional.

A construção jurisprudencial realizada pelo STF, no precedente em estudo, demonstrou que, muito embora, o exercício das atribuições jurisdicionais estejam sujeitas a limites, é possível, em um Estado Democrático de Direito, a utilização de técnicas processuais de decisão, que são legítimas, à medida em que suplantam os comportamentos omissivos imputados ao Legislador.

Nesse sentido, é de se entender que, as implicações dessa reconstrução normativa, no âmbito das decisões de inconstitucionalidade, apenas resulta, no proferimento de sentenças interpretativas conformadoras do ordenamento jurídico<sup>57</sup>, que não importam na superação do dogma do legislador negativo, defendido por Hans Kelsen<sup>58</sup>, e nem possível desrespeito ao princípio constitucional da tripartição das funções estatais, preconizado por Montesquieu.

É certo que o Supremo Tribunal Federal tem buscado soluções para a superação das omissões inconstitucionais, sejam de caráter total ou parcial, utilizando-se dos sistemas de direito comparado, em especial, do italiano, que tem concepções teóricas, digamos, exclusivas, acerca do tema ora submetido à estudo e análise. Como exemplo de tal postura, cite-se o Mandado de Injunção nº 708/DF<sup>59</sup>, relatoria Ministro GILMAR MENDES, julgado pelo Pleno do STF em 25.10.2007.

Destarte, o uso da técnica de decisão denominada sentença de perfil aditivo, que tem sede no direito comprado italiano, não configura atividade legislativa típica, nem importa

---

<sup>57</sup> O termo sentenças interpretativas surge nos procedimentos de controle abstrato e concreto de inconstitucionalidade, com suas peculiaridades legais, visando a interpretação dos preceitos legais de acordo com a Constituição.

<sup>58</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 261.

<sup>59</sup> MI nº 708/DF, relator Min. GILMAR MENDES, Impetrante: SINTEM Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa e Impetrado: Congresso Nacional. Pleno. STF. 25.10.2007.

violação à atividade jurisdicional exercida pelo Supremo Tribunal Federal (quando do seu uso). Muito embora, possa parecer, que no caso em análise, o STF estaria a assumir função tipicamente legislativa, tal fato não ocorreu. É que o STF analisou a questão não como um problema legislativo, mas sim, como um problema jurisdicional, demonstrando que o uso de técnicas decisórias aditivas não transforma o juiz em legislador positivo.

Em conclusão, pode-se afirmar que a construção jurisprudencial, realizada pelo STF no precedente em estudo, demonstrou que, muito embora, o exercício das atribuições jurisdicionais estejam sujeitas a limites e tensões, é possível, em um Estado Democrático de Direito, a utilização do processo constitucional como instrumento de justiça material, consolidando as idéias de justiça e efetividade Constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy. 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros. 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade. Elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Efeitos das Normas Constitucionais no Sistema Normativo Brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CANOTILHO GOMES, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. Bryant Garth. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1988.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1997. Reimpressão: 2002.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

\_\_\_\_\_ *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

MÁRTIRES, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. Sessão Comemorativa do 20º aniversário do Provedor de Justiça. Disponível em: <[http://www.provedor-jus.pt/restrito/pub\\_ficheiros/PJMiranda.pdf](http://www.provedor-jus.pt/restrito/pub_ficheiros/PJMiranda.pdf)>. Acesso em: 29.11. 2007.

MORAIS, Blanco de. IX Encontro de Direito Constitucional. Faculdade de Direito da USP. 2002, São Paulo. Texto distribuído aos participantes.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 2006, nº 43, nº 170, nº 111-141, abr./jun. 2006.

ROTHERNBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1999.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VEGA, Augusto Martín de La Vega. *La sentencia constitucional em Itália*. Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, 2003.

**Instituto Brasiliense de Direito Público**

Insera  
aqui a  
logomarca  
e só  
depois  
apague a

**FRANCISCA AUXILIADORA NORJOSA**

**POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR  
POSITIVO:  
O CASO JUDICIAL DOS 28,86%**

**Brasília**

**2007**

**FRANCISCA AUXILIADORA NORJOSA**

**POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR  
POSITIVO:  
O CASO JUDICIAL DOS 28,86%**

**Brasília**

**2007**