

# **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SENTENÇAS ADITIVAS E OMISSÃO DO LEGISLADOR: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA A PARTIR DA EXPERIÊNCIA ITALIANA**

## ***SUPREME COURT, ADDITIVE SENTENCES AND LEGISLATIVE OMISSION: ANALYSIS OF THE BRAZILIAN CASE LAW AND THE ITALIAN EXPERIENCE***

JAIR MAROCCO<sup>1</sup>

**RESUMO:** No presente artigo, o autor analisa as sentenças aditivas utilizadas, pelo STF, no controle da omissão do legislador à luz das categorias desenvolvidas no direito italiano. Expõe que a comparação pode ser útil na medida em que são países com forte tradição de direito escrito. Conclui que o cotejo é oportuno, ainda, para o desenvolvimento de uma tipologia decisória em face das omissões legislativas inconstitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Omissão Legislativa; Sentença Aditiva; Corte Constitucional Italiana; Supremo Tribunal Federal.

**ABSTRACT:** In this article, the author analyzes the additive sentences used by the Supreme Court, in control of the legislator's omission in the light of the categories developed by Italian law. It states that the comparison can be useful insofar as they are countries with a strong tradition of written law. It concludes that the comparison is appropriate also for the development of a decision-making type in the face of unconstitutional legislative omissions.

**KEYWORDS:** Legislative Omission; Addictive Decision; Italian Constitutional Court; Supreme Court.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Omissão Legislativa, Supremo Tribunal Federal e Controle Jurisdicional; 2. As Sentenças Aditivas na Jurisprudência Italiana; 2.1 A Sentenças Aditivas: aditivas de regra (garantia e prestação) e aditivas de princípio; 3. Análise dos Precedentes Brasileiros em Demandas em Face de Omissões do Legislador: um cotejo a partir da experiência italiana; Conclusões; Referências.

---

*Artigo recebido em 22.06.2015. Pareceres emitidos em 15.07.2015, 16.10.2015 e 10.11.2015.*

*Artigo aceito para publicação em 16.01.2016.*

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA, Belém-Pará). Procurador do Estado do Pará. [jairmarocco@gmail.com](mailto:jairmarocco@gmail.com)

SUMMARY: Introduction; 1. Legislative Omission, the Supreme Court and Judicial Control; 2. The Additive Sentences in Italian Courts; 2.1 The Additive Sentences: rule additive (guarantee and delivery) and additive principle; 3. Analysis of the Brazilian Precedents in Demands on Legislators Omissions: a collation from the Italian experience; Conclusions; References.

## INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, no processo de controle de omissões legislativas, tem se valido recentemente de sentenças aditivas, a partir, sobretudo, de julgamentos de mandados de injunção. Embora de conhecimento que a técnica tem origem no direito italiano, ainda carecem estudos que contrastem a jurisprudência dos países e trace um diálogo que possa ser útil. O presente trabalho analisa as sentenças aditivas no Brasil à luz do desenvolvimento jurisprudencial experimentado em Itália. Pretender-se-á, com isso, contribuir para desenvolvimento de uma tipologia decisória em face das omissões legislativas inconstitucionais.

### 1. OMISSÃO LEGISLATIVA, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CONTROLE JURISDICIONAL

A Constituição Federal (CF) de 1988 prevê dois grandes remédios a fazer frente às omissões legislativas<sup>2</sup>: o mandado de injunção (MI, art. 5, LXXI) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO, art.103, § 2º). A primeira é vista como instrumento de utilização individual, cuja decisão vale inter partes; já a segunda, faz parte do rol das ações abstratas, e a decisão judicial resultante, portanto, seria *erga omnes* e vinculante.

O STF, durante algum tempo, equiparou o resultado prático das duas medidas, ao fixar o entendimento de que ambas serviriam para obter uma certificação judicial de que existiria a mora<sup>3</sup> em regulamentar por parte do demandado (Congresso Nacional), sendo que o efeito da decisão residiria na

---

<sup>2</sup> Por omissões legislativas devem-se entender tanto a omissão absoluta do legislador – total ausência normativa (*lacune di costruzione*), quanto à omissão parcial, essa referente ao cumprimento imperfeito ou parcial do dever de legislar (*lacune normative*): “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 a 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. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.” (MI 107, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 133)

<sup>3</sup> Para o STF, a mora “– que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa – é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da Lei Fundamental (...)” (MI, 361, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 08.04.1994, Plenário, DJ de 17.06.1994).

comunicação formal dessa mora. Assim, reconhecia-se a mora em legislar, e, em seguida, dava-se ciência ao mesmo “*para a adoção das providências necessárias*”<sup>4</sup>.

Como se vê, a eficácia da sentença esgotava-se em si mesma, não havendo nenhuma repercussão prática, já que qualquer solução aditiva seria proscrita ao Tribunal.

Houve notável modificação desse esquema no resultado do julgamento do MI 283, em que, agregada à declaração da mora, utilizou-se em sentença a fixação de prazo para o cumprimento da decisão por parte do Legislador, além de possibilitar-se aos juízes ordinários a supressão do obstáculo da mora (ausência de legislação) no *caso concreto*.<sup>5</sup>

Tratou-se de decisão que modificaria o esquema anterior, e colocaria em evidência a necessidade de sentenças com perfil aditivo; no caso do mandado de injunção citado, uma sentença que estabeleceria um duplo diálogo: com o legislador (ao estabelecer-se prazo para a supressão da mora) e com os juízes ordinários (ao possibilitar, no caso concreto, que se desse a solução agregadora, a despeito da omissão legislativa).

Em decisões mais recentes, porém, evidenciou-se que a solução aditiva deveria ser definitivamente empregada, não se bastando a mera declaração da mora ao legislador.

Foi o que se passou no MI relacionado à aposentadoria especial de servidores públicos (MI 721); igualmente, na demanda envolvendo o direito de greve no serviço público (MI 712) e da decisão, que ao final não foi necessária, em virtude da supressão da mora, do prazo do aviso prévio (MI 943).

Examinando a discussão do direito de greve, Gilmar Mendes (2008, p. 1215) explica que o Tribunal adotou solução normativa e concretizadora; aduz, ainda, em sua obra doutrinária, e reportando-se ao caso, que “*entendi devesse recomendar a adoção explícita de um modelo de sentença de perfil aditivo, tal como amplamente desenvolvido na Itália.*”

A sentença de perfil aditivo no contexto italiano merece, pois, reflexão a fim de verificar-se como a mesma pode influenciar em nossa realidade.

---

<sup>4</sup> Art. 12-H, da Lei 9.868/99, inserida pela Lei 12.063/2009. Nesse sentido: vejam-se os Mandados de Injunção 168, 107, e 283. Para SILVA (1997, p. 58), a decisão que reconhece a inconstitucionalidade por omissão é declaratória quanto ao reconhecimento da inação e mandamental quanto ao sentido de exigir do legislador a adoção de medidas concretas ao suprimento da mesma. No entanto, a despeito da alcunha “mandamental”, tais sentenças, em verdade, possuem carga “inescondidamente, declaratória, já que a ‘ciência’ à parte demandada, como é óbvio, nada agrega de significativo a qualquer sentença” (Sarlet, Marinoni, Mitidieiro, 2012, p. 1075).

<sup>5</sup> Tratava-se da regulamentação da norma constitucional prevista nos Atos de Disposições Transitórias ADCT, art. 8, par. 3: “Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”.

## 2. AS SENTENÇAS ADITIVAS NA JURISPRUDÊNCIA ITALIANA

Sentença aditiva é tipo de decisão empregado pela Corte Constitucional italiana para a superação da omissão legislativa; declara-se a inconstitucionalidade da omissão e colmata-se a lacuna existente “*nella parte in cui*” não prevê algo que, constitucionalmente, deveria conter. Trata-se de importante papel (alternativo ao que caberia ao Parlamento) de “adequação do ordenamento positivo aos princípios constitucionais” (Pizzorusso, 1984, p. 26).

Como explica Crisafulli, já no primeiro ano de funcionamento da Corte Constitucional italiana (1956), essa afirmava “*di potere liberamente interpretare*”, sem qualquer vinculação dada à interpretação constante no processo principal ou incidental de discussão de inconstitucionalidade. Pode, então, a Corte, proferir sentença interpretativa, rejeitando a dúvida acerca da inconstitucionalidade, “*ma solo nelle misura in cui*” o verdadeiro significado normativo do texto (ou textos) seja aquela a qual a Corte lhe atribuiu (1984, p. 397, 398).

A categoria das sentenças interpretativas (que incidiam sobre as consequências normativas, mas deixavam intactos os dispositivos) pressupunha a distinção entre texto e norma. Com razão, pois, Augusto Cerri quando aduz que a experiência jurídica logo demonstrou que a simples indicação do dispositivo questionado não seria suficiente para individualizar a *vera questione* constitucional (2012, p. 108). Mais tarde, outras modalidades de sentenças viriam a surgir, notadamente as sentenças manipulativas, que possuem como nota essencial a incidência sobre significado normativo e, não, imediatamente, sobre o dispositivo.

A sentença aditiva, portanto, insere-se no contexto das chamadas sentenças manipulativas (*sentenze manipulative ou paralegislative*). Para Zagrebelsky e Marcenó (2012, p. 390), manipular é diverso de interpretar: na decisão manipulativa, a Corte declara a inconstitucionalidade da lei, redefinindo seu valor normativo; há um controle de constitucionalidade não interpretativo, mas modificativo; o escopo da manipulação é a transformação do significado lei, indo-se além de sua eliminação ou interpretação conforme.

Analisando os condicionamentos políticos-institucionais para o advento das sentenças manipulativas, observou Augusto Martin de La Veja (2003, p. 229, 230) que: “es difícil entender la proliferación de las sentencias manipulativas sin tener en cuenta la combinación de tres factores determinantes em el caso italiano: la existencia de una Constitución com una fuerte carga programática y <<avocada>> a um desarrollo progressivo, la continuidad básica de un ordenamiento legal con fuertes resquicios no sólo protoliberales sino incluso autoritários, y la simultánea ineficacia do Parlamento para dar una respuesta em el tiempo socialmente requerido tanto a las demandas de actuación de la Constitución, como la necesaria adecuación del preexistente ordenamiento legal al orden constitucional.”

Isso se passou, sobretudo, a partir de solução em demandas de casos concretos. Zagrebelsky (1984, p. 644) já observava que “O mecanismo incidental

sem dúvidas aproxima a pronúncia da Corte à grande agonia da interpretação judiciária do direito”, situação essa não imaginada originalmente pelos juristas que trabalharam na promulgação da Constituição italiana, que tinham em mente a “a tese mais rígida que via apenas no texto o objeto sobre o qual incidiria a pronúncia da Corte Constitucional”.

A manipulação, então, era uma resposta processual da Corte que percebera que o esquema kelseniano do legislador negativo<sup>6</sup> não era suficiente para abarcar os relevantes casos apresentados por meio, principalmente, da via incidental. A Corte, então, viria a dizer que “*giudica su norma, ma pronunzia su disposizione*” e que a “disposição constitui o necessário veículo de acesso da norma ao controle jurisdicional da Corte” (sentença 84/1996); em suma: a manipulação leva em conta as disposições normativas e as transforma, sem anulá-las (Silvestri, 2013).

No campo das omissões legislativas é que o desenvolvimento das “técnicas de manipulação” viria encontrar uma construção original por parte da Corte Constitucional, sem paralelo na jurisprudência comparada: trata-se da sentença aditiva.

### **2.1 A Sentenças Aditivas: aditivas de regra (garantia e prestação) e aditivas de princípio**

Como ressaltado, a sentença aditiva é resultado da censura judicial acerca da omissão do legislador. Declara-se inconstitucional a omissão e agrega-se a norma faltante (Cf. Zagrebelsky, 1989, p. 655); utiliza-se da técnica quando a disposição tem valor normativo menor do que se espera constitucionalmente e declara-se a inconstitucionalidade “*nella parte in cui non*” (“na parte em que não”) se prevê algo que deveria conter.

Na sentença 190 de 1970, tida como um dos primeiros modelos de decisão aditiva, a Corte declarou a inconstitucionalidade da não previsão, pelo art. 304 do Código de Processo Penal Italiano, da obrigatoriedade de assistência do defensor no interrogatório do acusado – o citado artigo previa a assistência

---

<sup>6</sup> Partindo do pressuposto que o legislador teria como função primordial criar normas gerais e o judiciário, por sua vez, normas individuais, Kelsen concluiu que o significado de anulação de uma lei por inconstitucionalidade residiria num *actus contrarius* do ato do legislador – tal como se passa no processo de revogação de uma lei, isto é, legislar negativamente. Para o *maestro* de Viena o ponto fulcral do controle de constitucionalidade “*era a busca de garantias do exercício regular das funções estatais*” (Maués, 2010), não havendo nenhum significado relevante para a justiça constitucional de seu teorizado modelo a proteção dos direitos fundamentais. (Cf. Segado, 2004, p. 42). Mauro Cappelletti, observando o modelo austríaco adotado em 1920, anotou que o mesmo era “*totalmente insuficiente*”, pois acabava limitado a “*criar um óbice contra possíveis invasões inconstitucionais do poder legislativo federal no âmbito reservado à competência legislativa dos Lander e vice-versa*”, ficando fora do controle de constitucionalidade “*as leis lesivas dos direitos individuais de liberdade*”, já que nem o Governo Federal nem os Governos dos Lander tinham um dever, “*mas apenas uma faculdade discricionária, de instaurar o processo de controle da constitucionalidade das leis por eles consideradas inconstitucionais*”, sendo inevitável que esse interesse se passasse apenas “*em casos um tanto raros e excepcionais*” – p. 106, 107 (O controle Judicial de Constitucionalidade das leis no direito comparado).

para determinados atos, mas simplesmente era omissivo no que diz respeito a outros, decidindo-se, a partir do direito constitucional à defesa (art. 3,24 Constituição italiana), que a omissão era inconstitucional, e agregando-se, a partir daí, o reconhecimento normativo que garantia a presença do defensor do acusado nos demais atos processuais. A técnica decisória foi incluída no rol das *sentenze additive di garanzia* – equivale dizer, sentença aditiva de garantia.

Nos casos de concessão de benefício social em violação ao princípio da igualdade, a Corte Italiana vale-se de sentença que estende o mesmo à parcela inconstitucionalmente tolhida (fala-se, aqui, em *sentenze additive de prestazione* – sentença aditiva de prestação).

Na sentença 1 de 1991, a Corte, mesmo destacando que a atividade legislativa implica certa discricionariedade, assentou que é essencial que essa se passe de modo a respeitar os cânones da racionalidade e razoabilidade, estendendo-se, daí, e a partir da isonomia, o benefício previdenciário à parcela de sujeitos excluídos pela norma.<sup>7</sup>

Tais sentenças, não obstante, não escaparam de severas críticas da doutrina italiana. Antes de tudo por implicarem no intrincado campo de atividade que deveria ser típica do parlamento (criação de normas). Zagrebelsky (1984, p. 657-658) questiona-se acerca da legitimidade de a Corte, e não os juízes ordinários, ser a responsável pela aristocrática (e exclusiva) posição de colmatar a lacuna decorrente da omissão legislativa, inclusive com efeitos *erga omnes*. Em várias oportunidades, explicam Malfatti, Panizza e Romboli, (2013, p. 326), foram apresentados projetos de leis com o escopo de eliminar não apenas a possibilidade de pronúncias manipulativas, mas igualmente interpretativas, tudo em reação a decisões que desagradavam a classe política.

Na prática, contudo, o Tribunal tem se comportado de maneira restrita quando a tutela do direito relativamente à omissão e uma solução aditiva comportar adoção de escolhas discricionárias típicas do legislador – diz-se ser preclusa uma decisão aditiva quando comporte a adoção de escolhas discricionárias.

A isso tem-se dado o argumento de que as sentenças aditivas decorreriam de solução constitucionalmente necessária (“*costituzionalmente necessaria*”); equivale dizer, se trataria de solução de “rima obrigatório” (*a rime obbligate*, na expressão consagrada por Vezio Crisafulli): a norma “positiva” advinda da pronúncia judicial nada mais seria que uma revelação do que já se encontrava em estado latente no ordenamento jurídico. Crisafulli (1984, p. 404) ressalta que o resultado aditivo não decorre “da imaginação da Corte” mas sim fruto de “analogia, de outras normas e princípios contidos no sistema”. Dessa feita,

---

<sup>7</sup> Conforme assentado em fundamentação: “*Non si disconosce che la disciplina della materia è affidata alla discrezionalità del legislatore, il quale può anche adottare trattamenti differenziati in relazione al fattore tempo ma, come più volte è stato affermato da questa Corte, non può non esercitare il potere attribuitogli secondo i canoni di razionalità e ragionevolezza.*”.

não se estaria diante de escolha política, mas sim de consequência para uma solução constitucionalmente obrigatória no controle da omissão do legislador (*estensione logicamente imposta*, tal como se aduziu na sentença 109, de 1986).

Assentou-se, pois, que, quando a atividade interpretativa resvalar em escolhas tipicamente afeitas ao legislador, o Tribunal deveria conter-se, declinando sua competência e pontuando que se deve esperar do legislador a solução para o caso. As questões que assim emergem são usualmente rejeitadas “*per inammissibilitá*” (exemplos: sentenças 267, 268, 287, todas de 2009).

Outro exemplo nesse sentido foi a tentativa de declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos do código civil, por discriminação e violação a direitos fundamentais, no que diz com o regulamento do matrimônio de pessoas de sexo diverso em detrimento da união homossexual; para a Corte, porém, não haveria nada a se impugnar, pois se estaria não diante de uma prescrição inconstitucional quanto aos homossexuais, mas simplesmente diante de uma “não disciplina” (Sentença 138, de 2010). Nesse rol devem-se incluir hipóteses em que se invoca uma disciplina de matéria e situação que o legislador ainda não levou em consideração – “lacuna ideológica” (Zagrebelsky e Marcenó, 2012, p. 339).

Solução a “*rima obrigatória*”, por exemplo, se passa na concessão legal de benefícios sociais que desrespeitem parcela de membros da benesse em violação ao princípio da isonomia (as já mencionadas sentenças aditivas de prestação). No entanto, mesmo nesses casos, e em face dos efeitos financeiros imediatos emanados a partir do pronunciamento da Corte, tais decisões aditivas de prestações adentram em outro problema consistente nas profundas implicações orçamentárias a fazer frente a despesa, principalmente quando se tem em vista o artigo 81 da Constituição que exige fonte de recurso obrigatória para assunção de novas despesas públicas (Cf. Pizzorusso, 1984, p. 53).

Como informa Gaetano Silvestri (2013), as difíceis consequências de ordem financeira e os encargos decorrentes da solução aditiva de prestação, especialmente em período de crise financeira e déficit nas contas públicas, vêm ocasionando progressiva diminuição desse tipo de tutela – não sendo poucos os que apontam como uma das causas fundamentais a constante intervenção da jurisdição constitucional na concessão de sentenças aditivas de prestação.

Essa situação é particularmente agravada porque, ao contrário do Brasil, não existe, na Itália, um sistema de pagamento via precatório (Constituição Federal, art. 100), além do que as decisões do Tribunal, tal como prevê o art. 136.1 da Constituição italiana, têm efeitos no dia seguinte à publicação da decisão.

Daí por que, mais recentemente a Corte viria a desenvolver uma nova variante da adição.

Em virtude da gravidade das sentenças que custam ou mesmo nos casos em cuja superação da omissão importa uma zona aberta de possibilidades

(escapando-se do esquema “rima obrigatória”), tem-se valido a Corte de outra técnica, qual seja as sentenças aditivas de princípio (*sentenze additive di principio*), pronúncia a qual se remete ao legislador a possibilidade de corrigir a omissão, oferecendo ao mesmo uma espécie de roteiro, na medida em que se indicam quais princípios jurídicos envolvidos e quais bases devem ser seguidas ao momento de se proceder sua atividade legislativa – um esboço de projeto legislativo (Cf. Cerri, 2012); ao mesmo tempo, permitem-se aos juízes ordinários, a partir das linhas gerais da decisão, resolver os casos concretos que lhe são submetidos (a despeito da omissão constatada).

Exemplo desse mecanismo se deu na sentença 307 de 1997, em que se declarou inconstitucional legislação “*nella parte in cui non*” previa, a cargo do Estado, uma indenização em caso de dano à saúde dos que tiveram que se submeter de maneira compulsória à vacinação pública contra a poliomielite; decidiu-se que caberia ao legislador prever essa obrigação geral, mas permitiu-se aos juízes estabelecer, até que a disciplina legislativa viesse a tona, a indenização cabível nos casos de danos particulares (Cf. Zagrebelsky e Marcenó, 2012, p. 404).

Como se vê, os precedentes italianos demonstram certa cautela no uso da técnica, na medida em que implicam, em maior ou menor medida, uma função que mais se liga à competência do legislador. Não se pode perder de vista, igualmente, que o direito positivo italiano prevê que o controle de constitucionalidade de leis exclui qualquer “*avaliação de critério político*” e, igualmente veda o “*controle acerca do uso do poder discricionário*” do legislador (art. 28 da Lei 87 de 1953). Embora taxada de ingênua, infeliz, supérflua, inconstitucional e aberrante por Sabino Cassese, tem-se que, na prática, ainda se vê *self-restraint* no uso de decisões que importem amplas soluções de regulamentação na superação da omissão.

Como se vê, é delicada a questão no que diz até aonde deve ir a Corte no uso de soluções aditivas e em que medida deve conter-se. As dificuldades de justificação das mesmas redundaram num esquema que não impõem diretamente a norma para-legislativa (aditivas de regra e de prestação), mas indicam os princípios constitucionais que devem ser atuados (aditivas de princípio).

Em tempos mais recentes, a Corte deparou-se com a delicada questão do caso que ficou conhecido como Dorigo (Sentença 113, ano 2011): se tratava de um condenado terrorista que teve sua pena decretada a partir de uma prova adquirida invalidamente, porque não respeitado o contraditório, segundo entendeu a Corte de Estrasburgo. O caso chegou até a Tribunal Constitucional com o questionamento acerca da inconstitucionalidade do código de processo penal “*nella parte in cui non*” previa hipótese de revisão do processo quando a prova resultante da condenação não tenha sido colhida em contraditório. Tratou-se de um caso em que adição da norma faltante recairia em hipóteses múltiplas cuja solução não seria a “*rima obrigatória*”.

Sabino Cassese (2015, p. 156) bem pontuou a questão: “haveria uma contraposição entre a concepção tradicional de *judicial modesty*, que invoca a soberania parlamentar e um diminuto papel do juiz constitucional e uma concepção segundo a qual se põe em evidência o dever de os juízes constitucionais adequarem o ordenamento jurídico”.

A Corte, após inicial hesitação, decidiu que a decisão mais justa seria a de rever a sentença, pelo o que se admitiu a possibilidade de sentença transitada em julgado ser rescindida em mais uma hipótese que não as previstas pelo legislador; no caso, a reabertura do processo quando seja necessário em face de uma sentença definitiva pela Corte Europeia de Direitos Humanos.<sup>8</sup>

### **3. ANÁLISE DOS PRECEDENTES BRASILEIROS EM DEMANDAS EM FACE DE OMISSÕES DO LEGISLADOR: UM COTEJO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA ITALIANA**

No Brasil, nota-se que parte das soluções adotadas pelo STF que poderiam ser reconduzidas às sentenças aditivas (tal como desenhadas na justiça italiana) é dirimida com outros recursos processuais.

Um exemplo foi o que se decidiu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, Rel. Marco Aurélio, em que se questionou a constitucionalidade de ter-se como conduta criminosa o aborto de fetos anencéfalos; o Tribunal julgou “procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal”.

Talvez melhor fosse concluir-se pela inconstitucionalidade do art. 128 do CP “*nella parte in cui non*” se previu como excludente de tipicidade o aborto de fetos anencéfalos. Ficaria claro, nesse aspecto, que a censura se dirigiria ao legislador e não ao intérprete da lei, já que é um pouco mais do que evidente que a inclusão de excludente de ilicitude para o caso não é solução interpretativa obrigatória; por outro lado, a pronúncia bem se adequaria ao que se disse sobre a decisão manipulativa – já que houve cabal transformação do significado da lei (indo além de sua mera interpretação, criando-se novo valor normativo não originalmente previsto).

Experiência que pode ser reconduzida à técnica da *sentença aditiva de princípio* se passou no resultado do MI 283: nessa ação, declarou-se a mora do legislador no relativo à ausência de regulamentação da norma constitucional que previa o dever de indenização a atingidos por ato governamental em

---

<sup>8</sup> A Corte assim concluiu o julgado: “*dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 630 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell’art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo.*”

período da ditadura, fixando-se prazo ao mesmo; porém, possibilitou-se aos juízes ordinários a supressão em concreto do obstáculo da mora.<sup>9</sup>

No tocante às *sentenças aditivas de prestação*, o Supremo Tribunal tem histórico mais reservado quanto à possibilidade de estender-se benefícios econômicos a parcela de sujeitos tolhidos da benesse, não se admitindo, de modo geral, a extensão de vantagem social outorgado por lei, mas violadora do princípio da isonomia. De fato, consolidou-se, já em 1963, o entendimento estampado na Súmula 339, segundo o qual “*Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob fundamento de isonomia*”; o entendimento foi reafirmado mais recentemente, dessa vez por meio de súmula vinculante (Súmula Vinculante nº 37, com a mesma redação).

Porém, o caminho definitivo na consagração de soluções aditivas se passou com o caso da aposentadoria dos servidores públicos<sup>10</sup>, e, igualmente, com caso do direito de greve no serviço público<sup>11</sup>. Ambas aplicaram, por analogia, as normas previstas para o setor privado no que diz com o direito à aposentadoria especial e no que diz com a regulamentação do direito de greve. Não obstante, mesmo aqui, é preciso ressaltar-se que a solução aditiva, ao contrário do que se verifica nos exemplos da Corte italiana, não partiu de uma censura da disciplina já regulada pelo legislador, não se tratando de adição de norma “*nella parte in cui non*” se previu algo constitucionalmente esperado. Tanto no caso do direito de greve, quanto no de aposentadoria especial, o vácuo normativo era de maior monta, já que sequer havia disciplina legislativa sobre os mesmos.

Já no caso do Aviso Prévio (MI 943-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes), o STF iria dar um passo ousado – ao admitir solução normativa decisória que resvalaria em múltiplas escolhas de normatização. O caso merece uma contextualização:

---

<sup>9</sup> Trecho do acórdão, com destaque: “(...) Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: **a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8º, par. 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República;** **b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;** c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.” (MI 283, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 20.03.1991, DJ 14.11.1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882).

<sup>10</sup> Os inúmeros precedentes, decorrentes dos julgamentos de mandados de injunção sobre o tema, redundaram no advento da Súmula Vinculante 22: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral da Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição da lei complementar específica”.

<sup>11</sup> “(...) Mandado de Injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis 7.701/88 e 7.783/89 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.” (MI, 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25.10.2007)

Nos termos da Constituição Brasileira, artigo 7º, XXI é dever de o empregador conceder aviso prévio ao empregado demitido, que deverá ser proporcional ao tempo de serviço prestado e não podendo ser inferior, em qualquer caso, a trinta dias: (“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei); No entanto, desde o advento da Carta de 88, a prática tem sido a concessão de 30 dias em todos os casos, haja vista a ausência de regulamentação legislativa sobre o assunto – o que represente, como se vê, desprestígio ao mandamento constitucional.

A contenda era especial na medida em que, como notou o Min. Gilmar Mendes no MI 943 DF, diferentemente dos precedentes do direito de greve e aposentadoria especial, “o aviso prévio proporcional não possui qualquer parâmetro normativo preestabelecido ou outro critério para ser utilizado provisoriamente na integração do vácuo normativo.”, pelo que uma solução aditiva redundaria em múltiplas opções de regulamentação – tratava-se, pois, de caso em que se distanciaria da “rima obrigatória”. No entanto, observou o Ministro que seria dever da Corte “concretizar o direito constitucional ao aviso prévio proporcional”, concluindo que o julgamento deveria ser adiado em virtude das diversas soluções alvitadas e “(...) para consolidar as propostas apresentadas e formular solução conciliatória quanto à forma de concretização do aviso prévio proporcional.”.

A discussão levada a efeito pelos ministros demonstrou certa perplexidade no que diz com parâmetro a ser definido. O Min. Gilmar Mendes ressaltou que a fixação de prazo aleatório por parte do Supremo poderia ser objeto de questionamentos, haja vista que se “careceria de amparo fático ou técnico, uma vez que a Constituição conferira ao Poder Legislativo a legitimidade democrática para resolver a lacuna”. De outro lado, o Min. Luiz Fux acrescentou que “o art. 8º da Consolidação de Lei Trabalhistas admitiria como método de hetero-integração o direito comparado (...) Apontou, ainda, uma recomendação da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre a extinção da relação trabalhista”;

Por sua vez, o Min. Cesar Peluso propôs fixação de regra no sentido de “que o benefício fosse estipulado em um salário mínimo a cada 5 anos de serviço”.

O mandado de injunção foi julgado procedente, mas o julgamento foi suspenso a fim de que se deliberasse quanto a sua parte dispositiva, ou melhor, quanto à solução da controvérsia ante as inúmeras possibilidades abertas. Entretanto, o resultado da decisão não se concretizou uma vez que o legislador, logo após, outorgou a Lei 12.505 de 2011.

Melhor que assim tenha ocorrido o desfecho, pois, como lembra Pizzorusso (1984, p. 342), o recurso a essas técnicas pode redundar em desbordamento do “marco geral de distribuições de funções entre os órgãos constitucionais do

Estado”, expondo o mestre italiano que isso pode ser evitado com os seguintes “freios”: “a) mediante a propia autolimitación (*self-restraint*) a la que recorre frecuentemente el Tribunal, no ya solo em virtud de uma genérica prudencia por parte de sus miembros sino también por la advertencia de la posibilidad com que cuenta el Parlamento *to curb the Court* mediante intervenciones legislativas o a través de la revisión constitucional em el caso de uma grave situación de conflicto (...) b) por la circunstancia de que la iniciativa em el processo constitucional corresponde a sujetos extráneos al proprio Tribunal, sobre los que éste tiene sólo uma influencia limitada: le queda sólo al Tribunal la posibilidad de proceder ante sí mismo como juez *a quo*; c) por la posibilidad – ratificada prácticamente a lo largo de toda una diversidad de casos – de llegar a acuerdos informales entre el Tribunal y los demás órganos constitucionales con vistas, al menos, a la aceleración o atemperamiento em el ritmo de determinados procesos”.

### CONCLUSÕES

As sentenças aditivas reconhecem a omissão do legislador e, a partir daí, agregam a norma faltante “*nella parte in cui non*” se previu algo que, constitucionalmente, deveria estar presente (solução constitucionalmente obrigatória). Nesse sentido, o emprego de técnicas aditivas reforça o fato de que a censura da omissão dirige-se ao legislador, deixando-se evidente uma “funzione parrallela di indirizzo legislativo” (Cf. Crisafulli, 1984, p. 409) por parte da Corte, de modo a acentuar o diálogo com esse poder. Do contexto italiano fica a lição de que esse diálogo deve ser comedido, a fim de melhor equacionar-se a relação entre omissão, discricionariedade legislativa e liberdade interpretativa.

De tudo isso, parece que a tipologia decisória empregada pela Corte Italiana pode ser proveitosa para a análise das sentenças jurisdicionais em face das omissões legislativas também no Brasil – já que ambos os países são de forte tradição de direito escrito. Com razão, portanto, Jonh Marryman ao denunciar não passar de *folklore* o *italian Style* e a ideia que via o direito somente como produto da lei e o juiz como um papel limitado, quando, na realidade, a jurisprudência e os juízes operam um papel criativo de destaque.

### REFERÊNCIAS

- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- CASSESE, Sabino. *Dentro la Corte. Diario de in Giudice Costituzionale*. Bologna: Il Mulino Editora, 2015.
- CERRI, Augusto. *Corso di Giustizia Costituzionale Plurale*. Milano: Giufre Editore, 2012.
- CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni Di Diritto Costituzionale*. Quinta edizione interamente riveduta. Tomo II, 2 – L’ordinamento Costituzionale Italiano (La Corte Costituzionale). Padova: CEDAM, 1984.
- DE LA VEJA, Augusto Martín. *La Sentencia Constitucional em Italia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2013.

- MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI. *Giustizia Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.
- MAUÉS, Antonio Moreira. *O Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil como um Sistema Plural*. Pensas, Fortaleza, v. 15, nº 2, p. 356-386, jul./dez. 2010.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984.
- SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SEGADO, Francisco Fernández. *La Justicia Constitucional ante el Siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. Universidad Nacional Autónoma de México. Primeira Edición, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVESTRI, Gaetano. *La Corte Costituzionale Italiana e la Portata di una Dichiarazione di Illegittimità Costituzionale*. 2013. Disponível em: <[http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_internazionali/Parigi201304\\_Silvestri.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/Parigi201304_Silvestri.pdf)>. Acesso em: 03 jun. 2015.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Processo Costituzionale*. Milano: Giuffré Editore, 1989.
- ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. *Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2012.