

## **A Súmula Vinculante n. 33 e a Omissão do Poder Legislativo : A Possibilidade do Supremo Tribunal Federal Exercer Função Normativa**

The Stare Decisis n. 33 and the Omission of Legislative Power : The Possibility for Supreme Court Practice Normative Function

Bernardo Silva de Seixas<sup>1</sup>  
Roberta Kelly Silva Souza<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Pós-graduado em Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale Dei Diritti Fondamentali pela Universidade de Pisa – Itália. Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Advogado em Manaus/AM. Manaus/AM – Rua Duque de Caxias, 1527 – Telefone (92) 3232.7138 – CEP – 69020-E-mail: [seixas.bernardo@gmail.com](mailto:seixas.bernardo@gmail.com)

<sup>2</sup> Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Pós-graduada em Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale Dei Diritti Fondamentali pela Universidade de Pisa – Itália. Especialista em Direito Processual e Direito Público pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Bacharel em Direito pela Universidade Nilton Lins. Advogada em Manaus/AM. Manaus/AM – Rua Ouro Preto, 239 – Telefone (92) 3644.2728 – CEP – 69080-430 - E-mail: [rkellyss@yahoo.com.br](mailto:rkellyss@yahoo.com.br).

## **RESUMO**

O presente ensaio analisará a função normativa exercida pelo Supremo Tribunal Federal quando exercer o controle de constitucionalidade das normas de eficácia limitada e constata a inércia do legislador. Justifica-se a temática em estudo em virtude da recente atuação proativa do Supremo Tribunal em regulamentar normas constitucionais que dependam de atuação do legislador, tal qual a aposentadoria especial dos servidores públicos que laboram em situação de risco, que, por meio do mandado de injunção, foi discutida a questão, tomada a decisão, pacificada a jurisprudência e expedida a Súmula Vinculante n. 33 que regulamenta uma norma constitucional por meio de decisão judicial sem que houvesse qualquer participação do Congresso Nacional. Nesta esteira, a problemática desta atuação surge no momento em que uma decisão jurídica, oriunda de um órgão não democrático, substituiu a vontade do Parlamento brasileiro. Portanto, orientando-se por uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, almeja-se suscitar argumentos que possibilite legitimar esta atuação normativa do Pretório Excelso por meio do Mandado de Injunção, bem como discorrer sobre as hipóteses e requisitos previstos no ordenamento jurídico que permitam que um órgão do Poder Judiciário expeça enunciados normativos com a finalidade de regulamentar norma constitucional.

**Palavras-Chave:** Omissão Inconstitucional. Mandado de Injunção. Súmula Vinculante. Função Legislativa.

## **ABSTRACT**

The following paper will analyse the normative function practiced by Supreme Court when practising the constitutionality control of limited effectiveness standards and verifies inertia from legislator. It is justified the thematic under study by virtue of a recent proactive performing from Supreme Court to regulate constitutional standards which depend on legislator's performance; such the special retirement from civil servant who work in risk. Through writ of injunction it was discussed, made a decision, pacified the jurisprudence and issued to Stare Decisis n.33 which regulates a constitutional standard via court decision without having any involvement with Congress. In this case, the problematic of this performing appears at the moment that a court decision coming from a non-democratic court replaced the Brazilian Parliament will. Therefore, being guided by a bibliographic and jurisprudence research, the aim is to raise arguments which allows legitimize this normative performance of the Praetorian

Exalted through the Writ of Injunction as well as talk about the assumptions and requirements of law which allow a court the Judiciary Power expedite normative statements that regulates constitutional standard.

**Keywords:** Unconstitutional Omission. Writ of Injunction. Stare Decisis. Legislative Function.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará do estudo da função normativa exercida por intermédio da Jurisdição Constitucional. A temática abordada justifica-se em virtude da possibilidade do Supremo Tribunal Federal regulamentar preceitos fundamentais por meio de decisões oriundas de mandado de injunção ou por intermédio de Súmulas Vinculantes, tal qual ocorreu com o recente enunciado sumular vinculante n. 33 expedido pelo Pretório Excelso que trata da aposentadoria dos servidores públicos que realizam trabalho em condições especiais. Menciona-se que esta atitude normativa do Pretório Excelso, somente, ocorreu em virtude da inexistência de norma regulamentadora editada pelo Poder Legislativo para regulamentar o art. 40, § 4º, III da Constituição Federal.

Da análise do tema proposto surge a seguinte problemática: é legítimo, segundo a atual ordem constitucional, que Supremo Tribunal Federal exerça função normativa? Em quais hipóteses a função normativa pode ser exercida pelo Supremo Tribunal Federal? Quais os requisitos que devem ser preenchidos para que o Supremo Tribunal Federal possa exercer a função normativa?

Por intermédio de pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial referente à temática proposta este ensaio terá como objetivo geral formular argumentos doutrinários e jurídicos legítimos que possam referendar a atuação normativa do Supremo Tribunal Federal, no momento em

regulamenta norma de eficácia limitada, quando constatada a inércia do legislador. Oportunamente, menciona-se que o objetivo específico deste trabalho é analisar se o mandado de injunção pode ser utilizado como um instrumento apto para exercício da função legislativa pelo Supremo Tribunal Federal, bem como se este se legitima como um instrumento de freios e contrapesos disponibilizado ao Poder Judiciário para que desconcentre o poder de regulamentação da Constituição atribuído ao Poder Legislativo.

Visando responder os questionamentos alhures mencionados, o primeiro capítulo tratará sobre a omissão inconstitucional e suas consequências para o ordenamento jurídico, bem como se estudará a inércia do legislador em regulamentar as normas constitucionais de eficácia limitada.

Por sua vez, o segundo capítulo analisará a garantia constitucional prevista no art. 5º, LXXI da Constituição Federal - mandado de injunção – haja vista que por intermédio deste instrumento processual-constitucional que se originou o enunciado normativo expedido pelo Supremo Tribunal Federal que ora se estuda.

O terceiro capítulo se debruçará, especificamente, sobre a súmula vinculante n. 33 que regulamenta o art. 40, § 4º, III da Constituição Federal, expedida em virtude da inércia do Parlamento brasileiro em cumprir seu dever de legislar. Ademais, se investigará os precedentes judiciais que originaram o enunciado judicial-normativo retromencionado, bem como quais foram as finalidades almejadas pelo Legislador Reformador quando incluiu este instituto no texto permanente da Constituição Federal.

Por fim, o derradeiro capítulo dissertará sobre o fato do Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário que se encarrega da jurisdição

constitucional no Brasil, exercer função normativa, discorrendo sobre sua viabilidade no ordenamento jurídico pátrio, hipóteses previstas na Constituição que permitem a realização atípica desta função, bem como demonstrar quais são os requisitos necessários para que a função normativa possa ser exercida sem afronta ao princípio da separação de funções.

## **1. A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. A INÉRCIA DO LEGISLADOR NO DEVER DE LEGISLAR**

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), sob a ótica de uma classificação doutrinária, é uma constituição rígida, portanto, sua modificação pelo Poder Constituinte Derivado deve seguir um procedimento especial, mais rigoroso, previsto no próprio texto constitucional, que se difere do processo legislativo das leis ordinárias e complementares.

Esta rigidez decorre da posição que ocupa o texto constitucional no ordenamento jurídico pátrio, pois a Constituição é a lei suprema no ordenamento jurídico positivo, sendo o ápice do sistema jurídico pátrio, fundamento onde todas as leis infraconstitucionais extraem sua validade. Neste sentido leciona Dimoulis e Lunardi (2011, p. 18)

A rigidez-imutabilidade expressa a supremacia (primazia) constitucional. A Constituição é o conjunto dos dispositivos supremos no ordenamento jurídico, é a “suprema lei do país”, a “superlei”, a “lei das leis”. Essas expressões indicam sua posição de superioridade em relação às demais fontes do ordenamento jurídico, que devem estar em consonância com ela. Utilizando a imagem comum, as Constituições estão no topo da hierarquia normativa ou da pirâmide das fontes do direito, sendo o “Paramount law”.

Destarte, a Constituição sendo o ápice do ordenamento jurídico pátrio, um de seus principais objetivos, é servir de parâmetro para que o legislador, no exercício do seu poder legiferante, confeccione leis infraconstitucionais válidas. Assim, devem os parlamentares verificar a compatibilidade dos projetos de lei apresentado perante o Congresso Nacional com a Constituição Federal, sob pena daquele vim a ser declarado inválido, após o término do trâmite processual legislativo, perante o ordenamento jurídico e ser extirpado do mundo jurídico por decisão do Poder Judiciário ou pelo Presidente da República, através do veto presidencial.

Diversos são os motivos para a existência da incompatibilidade entre o ato normativo e a Constituição apontados pela doutrina, no entanto, este ensaio se restringirá à classificação da inconstitucionalidade que se refere a sua causalidade. Nesta segmentação a incompatibilidade pode ocorrer tanto por ação como por omissão.

A incompatibilidade por ação ocorre quando um ato afronta os ditames constitucionais, sendo que este ato pode ter origem tanto no Poder Legislativo, como no Executivo ou no Judiciário. Assim, a inconstitucionalidade por ação pressupõe uma atividade estatal contrária às normas constitucionais.

Por sua vez, a inconstitucionalidade por omissão surge quando o Poder Legislativo ou a Administração Pública não cumprem com as determinações contidas nas normas de eficácia limitada contidas na Constituição Federal. Esta modalidade de inconstitucionalidade se caracteriza por uma inércia do Legislativo, na sua função precípua de legislar, e do Poder Executivo, quando tem que regulamentar determinada legislação infraconstitucional. Sobre esta modalidade de

inconstitucionalidade, cita-se a lição de Daniel Wunder Hachem (2012, p. 66)

A omissão estatal inconstitucional poderá dizer respeito a qualquer das funções do Estado (legislativa, política ou de governo, administrativa e jurisdicional). Basta, para tanto, que haja um dever constitucional de agir somado à inércia em atender ao mandamento da Constituição.

Faz-se imprescindível, todavia, fazer menção quando surge esta modalidade de inconstitucionalidade, pois no caso da inconstitucionalidade por ação esta ocorre no momento em que a legislação infraconstitucional entra em vigor. No entanto, no estudo da inconstitucionalidade por omissão a tarefa de constatar o momento de que a inércia do legislador ou do administrador se tornou danosa ao texto constitucional é de difícil constatação, pois seria leviano apontar que o Poder Legislativo, principal responsável pela omissão inconstitucional, seria transgressor do texto constitucional em 06 de Outubro de 1988 em relação às normas de eficácia limitada contida na Constituição Federal, haja vista que o processo legislativo de criação de leis é complexo, demanda debates políticos, reflexões sociais, dentre outras características, que permeiam o consenso democrático necessário para confecção de uma lei, que visa, sobretudo, conceder legitimidade ao texto infraconstitucional.

Assim, ao se analisar o estudo desta modalidade de inconstitucionalidade deve-se observar, necessariamente, o fator tempo, devendo, aquele que seja competente para julgar uma omissão inconstitucional, verificar se houve um transcurso razoável de tempo para as discussões políticas, de maneira que às matérias mais complexas previstas no texto constitucional devem-se conceder maior lapso temporal

para o trâmite legislativo do que aquelas matérias menos complexas, visando que seja concedido aos parlamentares um interregno de tempo razoável para cheguem ao consenso democrático sobre determinada matéria.

Prosseguindo no estudo da omissão inconstitucional, faz-se necessário saber o que, realmente, caracteriza uma omissão legislativa, haja vista que este conceito é fundamental para ajuizamento das ações constitucionais que visam suprir essas lacunas normativas. Para tanto, cita-se os ensinamentos da doutrinadora portuguesa Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu (2011, p. 99)

Uma omissão legislativa não é só o efeito que surge da inércia legislativa ou da inexistência de normas jurídicas a regular uma determinada matéria; trata-se de uma situação em que, sendo expectável, porque imposto juridicamente, que se atuasse num determinado sentido, nada foi realizado. A omissão configura-se, por isso, como um comportamento que, apesar de passivo, não é de forma alguma neutro, gerando consequências de índole diversa, de acordo com o ramo do ordenamento em que se tenha verificado, com o concreto dever de agir violado ou com a sua natureza intencional ou não intencional.

Do conceito citado abstrai-se os elementos configuradores de uma omissão legislativa, quais sejam, dever de legislar previsto no texto constitucional, um comportamento passivo, um *non facere*, do legislador e impossibilidade de fruição do direito fundamental por seu titular.

Aponta-se como prejuízos da inconstitucionalidade por omissão a afronta ao texto constitucional de forma negativa, perda da força normativa da Constituição e não fruição de direitos fundamentais contidos na Constituição Federal. Ademais, esta inércia legislativa causa o fenômeno de

mutação informal da Constituição, que ocasiona oscilação na aplicação do texto constitucional pelos poderes da República e resulta em insegurança jurídica nas relações sociais e na aplicação do Direito. Sobre estas consequências para o texto constitucional cita-se o comentário de André Puccinelli Júnior (2007, p. 121):

Por entrever na inércia das casas legislativas um pernicioso processo de corrosão dos valores tutelados pelo constituinte [...] pressente-se que a indiferença do legislador, na medida em que estanca a aplicação da Lei Maior, deflagra sem alarde o fenômeno da mutação informal da Constituição, com desastrosas consequências a longo prazo. Vale dizer, à semelhança de um costume *contra legem*, como é o caso do desuso ou costume negativo, esta abstenção condenável investe contra a normatividade constitucional e dela faz letra morta, impedindo sua aplicação. Em vez de contribuir com a atualização semântica da Constituição, este *non facere* culmina por erodir seu quadro de valores, fazendo pouco caso de sua força normativa.

Desta feita, em virtude das diversas consequências desta modalidade de inconstitucionalidade devem todos os agentes públicos, que detenham competência para saná-las, envidar esforços para extingui-las do ordenamento jurídico, fazendo uso dos meios judiciais, quando for detentor de legitimidade constitucional processual – arts. 5º, LXXI e 103, CF/88 - ou políticos, por exemplo, a propositura do projeto de lei por iniciativa popular.

No Brasil, existem dois instrumentos para combater a inércia do legislador, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, no tópico subsequente haverá uma reflexão sobre este último instituto jurídico.

## 2. O MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção é uma garantia constitucional, prevista no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988, que tem por finalidade sanar as omissões inconstitucionais do Poder Público possibilitando o exercício de direitos subjetivos previstos na Constituição Federal aos interessados quando não houver norma regulamentadora expedida pelo Poder Legislativo. Daniel Wunder Hachem (2012, p. 78) explica que

A finalidade do instituto consiste em atribuir imediata aplicabilidade aos direitos constitucionais, possibilitando o seu exercício, quando este encontrar-se obstado pela ausência de regulamentação infraconstitucional. Constitui, portanto, a necessária instrumentalização do princípio da aplicabilidade imediata do art. 5º, § 1º, CF.

É um instrumento do controle difuso de constitucionalidade que permite que qualquer indivíduo prejudicado por falta de norma regulamentadora na fruição de direito fundamental ingresse no Poder Judiciário para ver sanada a omissão transgressora do texto constitucional, possibilitando o cumprimento pleno do direito contido na norma constitucional.

No entanto, não é somente a impetração do Mandado de Injunção que irá extinguir o não cumprimento dos ditames do poder constituinte originário, faz-se necessário que o tribunal competente para julgar esta garantia constitucional emita uma decisão que possa afastar o óbice que impede a total fruição do direito subjetivo previsto na Constituição Federal. Há intensa controvérsia doutrinária sobre os efeitos da decisão que julga o Mandado de Injunção, sendo três as correntes que tentam explicar os seus efeitos, denominadas de restritiva, intermediária e ampliativa.

A primeira corrente, adotada pelo Supremo Tribunal Federal logo após a promulgação da Constituição Federal, reduziu os efeitos da decisão em sede de mandado de injunção, determinando-lhe que somente era deferido ao Poder Judiciário comunicar a mora do Poder Legislativo em regulamentar determinada norma constitucional. Baseou-se, o pretório excelso, no princípio da separação dos poderes para restringir os efeitos do Mandado de Injunção, haja vista que não é permitido pelo princípio supramencionado que uma função estatal interfira na outra, sob pena, caso houvesse a atuação do Poder Judiciário no sentido de emanar alguma ordem ao Poder Legislativo, de usurpação do ofício precípua de cada Poder. Ademais, esta corrente entende, por meio de interpretação gramatical, que as hipóteses de cabimento do mandado de injunção se restringem aos direitos suscitados no art. 5<sup>a</sup>, LXXI, CF/88.

A corrente intermediária foi uma solução adotada pelo Pretório Excelso para conceder maior efetividade ao Mandado de Injunção. Tem por principal característica a concessão de prazo para que o Poder Legislativo regule a norma constitucional, instituto denominado de apelo ao legislador. Desrespeitado o prazo concedido o Supremo Tribunal determina a transformação da norma constitucional de aplicabilidade limitada em plena, passando o dispositivo constitucional a ter aplicação independentemente de lei infraconstitucional.

Ao adotar esta corrente extrai-se duas mudanças de posicionamento na jurisprudência do Supremo no tocante ao mandado de injunção. Primeiro que se admitiu converter uma norma constitucional de eficácia limitada em norma de eficácia plena concedendo aos indivíduos o direito subjetivo público para requerer em juízo os direitos previstos na legislação constitucional. Segundo que o mandado de injunção é

instrumento apto à concretização de quaisquer direitos que não possam ser usufruídos por falta de regulamentação legal e não somente os direitos previstos no art. 5º, LXXI, CF/88. Sobre as hipóteses de cabimento do Mandado de Injunção cita-se o comentário de Maria Cecília Cury Chaddad (2011, p. 70)

Por tratar-se de instrumento que visa salvaguardar direito e garantias constitucionais, é natural e exigível que se interprete da maneira mais abrangente possível, a fim de se atingir sua máxima efetividade, motivo pelo qual o objeto do mandado de injunção deve ser visto como instrumento de grande amplitude, abarcando todos os direitos individuais e coletivos previstos na Constituição Federal.

Por fim, a terceira corrente adota uma postura vanguardista que determina que o Poder Judiciário possa tomar as medidas cabíveis necessárias para fruição do direito fundamental. Assim, havendo o estado de letargia do legislador em cumprir os mandamentos constitucionais há autorização, implícita, da Constituição Federal para que o Supremo Tribunal Federal regulamente a questão como forma de afastar todo e qualquer óbice que impeça a concretização de qualquer direito fundamental, tornando-o, portanto, um instrumento para exercício da função normativa pelo Poder Judiciário. Esta corrente vem sendo adotada com parcimônia pelo Pretório Excelso, pois não houve situações de criação de normas genéricas, gerais e abstratas para regulamentar as normas constitucionais, havendo, tão somente, a regulamentação por meio de normas já existentes aplicadas para outras categorias, tal como, o caso da greve para o funcionalismo público, onde se aplica, em virtude de entendimento jurisprudencial, a lei geral de greve dos trabalhadores celetistas.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal tem evoluído na sua interpretação sobre os efeitos do mandado de injunção, conforme se demonstrou, transformando esta garantia constitucional em um instrumento para conceder efetividade às normas constitucionais, seja por meio de aplicação analógica de leis regularmente válidas, seja por expedição de súmula vinculante, quando o Pretório Excelso regulamentou o art. 40, § 4º, III, CF/88 por intermédio do enunciado normativo n. 33, tema analisado a seguir.

### **3. A SÚMULA VINCULANTE N. 33**

O instituto da Súmula Vinculante foi criado pela Emenda Constitucional n. 45/04, ato normativo que modificou profundamente o Poder Judiciário, tendo, dentre outros dispositivos, inserido o art. 103-A na Constituição Federal. O principal objetivo da Súmula Vinculante é racionalizar os trâmites processuais e pacificar a jurisprudência no Supremo Tribunal Federal quando houver controvérsia sobre determinada norma constitucional entre os órgãos do Poder Judiciário ou na Administração Pública. Corrobora este entendimento a lição de Glauco Salomão Leite (2007, p. 05) para quem

[...] a súmula vinculante se afigura como a sedimentação de uma linha interpretativa que o Supremo Tribunal Federal consolidou ao construir sua jurisprudência sobre determinada questão. Em última análise, ela representa a opção jurídica-constitucional que aquele tribunal, reiteradas vezes, considerou como a devida para uma série de situações semelhantes. Portanto, à medida que se atribui efeito vinculante às diretivas interpretativas constantes das súmulas, devendo ser aplicadas às situações vindouras, percebe-se que elas significam um

relevante instrumento de padronização da interpretação jurídico-constitucional.

A Corte Suprema brasileira, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, editou trinta e três verbetes vinculantes, que tratam de inúmeras controvérsias a respeito das normas e/ou princípios constitucionais. Oportunamente, menciona-se que o instituto ocasiona discussões doutrinárias, haja vista, que no caso da Súmula n. 11, que trata sobre o uso das algemas, não foi respeitado o requisito de reiteradas decisões, sendo a mesma expedida sem a observância dos requisitos previstos no *caput* do art. 103-A, CF/88. José de Albuquerque Rocha (2009, p. 101) defende que o instituto das súmulas vinculantes afronta diversas normas constitucionais, mormente os princípios democráticos e da separação de funções, neste sentido é o seu escólio

[...] constatamos ser inconstitucional por sua manifesta incompatibilidade com vários dispositivos constitucionais de proteção da democracia em geral, entre os quais, os artigos 2º, e 95, I a III, parágrafo único, I a V, que preveem, respectivamente, a independência dos poderes e as garantias da independência dos juízes; 5º. II que tutela a liberdade das pessoas, entendida como autonomia privada e pública, reservando à lei de modo absoluto sua limitação; 60, § 4º, incisos III e IV, que proíbe emendas constitucionais tendo por objeto abolir a “separação de poderes” e os direitos e garantias individuais.

Todavia, em que pese os argumentos suscitados terem fundamento perante os dispositivos da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal não declarou a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 45/04, que introduziu o art. 103-A no rol permanente da Constituição, tendo inclusive expedido, desde então, diversos enunciados normativos sobre

controvérsias jurídicas relacionadas à Constituição e sua aplicação, fato que enseja, mesmo que por presunção, que os ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal entendem ser constitucional o instituto da Súmula Vinculante. Desta maneira, em virtude dos objetivos deste trabalho, este se debruçará, tão somente, no estudo da Súmula n. 33, discorrendo sobre as razões e argumentos que motivaram sua expedição pelo Supremo Tribunal Federal.

A Súmula Vinculante n. 33 foi editada em virtude da omissão do legislador em editar a lei complementar que regulamentaria o art. 40, § 4º, III, CF/88 que prevê a aposentadoria diferenciada para servidores públicos que exerçam atividades em condições especiais que possam causar danos à saúde ou integridade física. O verbete determina que “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 de lei complementar específica”.

A proposta de súmula vinculante, autuada com o n. 45, foi apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes em razão da existência de inúmeros mandados de injunção ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal versando sobre a questão da mora do legislador em regulamentar o art. 40, § 4º, III, CF/88. Na sessão que deferiu a propositura do enunciado normativo o Ministro Teori Zavascki apresentou um levantamento de mandados de injunções no Supremo Tribunal Federal, de 2005 a 2013, onde se constatou a existência de 5.219 demandas injucionais tratando sobre aposentadoria especial dos servidores públicos.

Neste sentido, a edição da súmula vinculante tem o escopo de racionalizar os trabalhos do Supremo Tribunal Federal no tocante aos processos que versam sobre a omissão do legislador referente à

aposentadoria especial de servidores públicos, sendo que desde o dia 09 de Abril de 2014, data de publicação no diário oficial da súmula, os Ministros e os órgãos da Administração Pública podem utilizar o entendimento do Pretório Excelso de aplicar a regra de aposentadoria especial do Regime Geral de Previdência Social, previsto no art. 57, Lei 8.213/91 para os servidores públicos até que sobrevenha a Lei Complementar específica emitida pelo Poder Legislativo.

Como cediço para que ocorra a publicação de uma Súmula Vinculante faz-se imprescindível reiteradas decisões da Corte Suprema para legitimar o enunciado normativo. Desta maneira, foram indicados os seguintes mandados de injunção como precedentes para confecção do verbete: MI 721/DF; MI 795/DF; MI 788/DF; MI 925/DF; MI 1.328/DF; MI 1.527/DF; MI 2.120/DF; MI 1.785/DF; MI 4.158 AgR-segundo/MT; MI 1.596 AgR/DF; MI 3.215 AgR-segundo/DF. Ressalta-se, oportunamente, que os precedentes reconheceram a inércia do Poder Legislativo em regulamentar a Constituição, assim como determinou a aplicação da lei de benefícios previdenciários dos trabalhadores celetistas de forma análoga aos servidores públicos. Portanto, o objetivo deste enunciado normativo é orientar a Administração Pública como proceder no momento de expedição do ato administrativo de aposentadoria para o servidor que exercer função de risco, evitando, assim, aplicações não isonômicas da legislação e prejuízos pecuniários para o erário.

Outrossim, percebe-se que a vigência da Súmula Vinculante ora em estudo é temporária, haja vista que na sua parte final faz-se a ressalva de que se aplicará a Lei 8.213/91 até que o Congresso Nacional edite lei complementar específica. Compulsando o sítio da Câmara dos Deputados verificou-se a existência do Projeto de Lei Complementar n. 555/2010,

enviado pela Presidência da República, que visa regulamentar o inciso III, do art. 40, § 4º da Constituição Federal. Todavia, o projeto encontra-se sem tramitação desde o dia 01/03/2010 na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público. Desta maneira, percebe-se que a súmula visa apenas atuar de forma excepcional, já que no momento em que houver a edição do ato normativo pelo Congresso Nacional cessará, de imediato, a aplicação da Súmula Vinculante n. 33, pois a função de regulamentar a Constituição e os novos fatos jurídicos que surgem no seio social é do Poder Legislativo e não do Poder Judiciário, ocorrendo a regulamentação por este tão somente para garantir direitos previstos constitucionalmente.

Todavia, esta atuação normativa do Poder Judiciário não pode passar despercebida, seja através de edição de enunciados sumulares vinculativos, seja pela possibilidade da decisão em mandado de injunção ter a característica de regulamentar situações de inércia do Poder Legislativo, devendo ser analisada com mais vagar para que não ocorram afronta ao princípio da separação de poderes e, principalmente, a desarmonia entre os órgãos que exercem as funções estatais.

#### **4. A FUNÇÃO NORMATIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

No capítulo anterior verificou-se o estudo da súmula vinculante n. 33, dos seus precedentes e argumentos para que o Supremo Tribunal Federal expedisse esse enunciado normativo. No presente momento se debruçará sobre esta atividade atípica do Poder Judiciário que se denomina de função normativa da jurisdição constitucional.

Esta função, que é exercida pelo Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico brasileiro, consiste na hipótese de órgão do Poder

Judiciário expedir decisões judiciais com caráter amplo e genérico com o escopo de regulamentar normas constitucionais que necessitam de lei infraconstitucional para serem efetivadas, logo, a atuação da Corte Supremo liberta-se da função de legislador negativo para exercer atividade normativa positiva, regulamentando fatos jurídicos tal qual uma lei proveniente do Poder Legislativo. Esta modificação de paradigmática deve-se, na esteira de Rui Medeiros (1999, p. 493-494), à crise das instituições democráticas, principalmente na falta de representatividade do Poder Legislativo, e falência do Estado Liberal, pois o Estado Social impõem obrigações de fazer em prol da coletividade aos agentes públicos, o que modifica as determinações das normas constitucionais e, conseqüentemente, a forma de exercer o controle de constitucionalidade dessas.

Compulsando a Constituição Federal, verificam-se dispositivos constitucionais que expressamente possibilitam a realização desta função atípica, podendo-se citar a possibilidade de expedição de súmulas vinculantes (art. 103-A, CF/88) ou quando o próprio Supremo Tribunal Federal edita seu regulamento interno (art. 96, I, a, CF/88) ou quando se prevê que as decisões oriundas da ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade produzirão efeitos vinculantes e serão eficazes contra todos (art. 102, § 2º, CF/88).

Corroborando a existência expressa da função legislativa no texto constitucional o escólio de Lenio Luiz Streck (1998, p. 13) quando enfatiza que “ao editar uma súmula vinculante, oponível *erga omnes*, o Supremo Tribunal Federal assume funções legiferantes, agregando ao produto legislado a sua prévia interpretação”. No mesmo sentido de reconhecer a viabilidade desta função atípica da Jurisdição Constitucional Mauro Cappelletti (1993, p 81) afirma que os juízes

[...] operam com competência legislativa, e não judiciária, quando exercitam, como na hipótese das cortes supremas dos países da Europa Oriental, o poder de emanar “diretivas” genéricas em tema de interpretação, vinculantes para os tribunais inferiores e emitidas sem qualquer conexão com determinado caso concreto.

Desta maneira, verifica-se que a própria Constituição Federal, de forma expressa, legitima a atuação normativa da jurisdição constitucional em casos excepcionais, no entanto, deve-se salientar que o Supremo Tribunal Federal transcende, por meio da interpretação constitucional, os limites impostos pelo legislador constituinte originário, quando legisla via decisão injuncional no momento em que regulamenta norma constitucional de eficácia limitada que ainda não foi objeto de regulamentação pelo Poder Legislativo ou via decisão aditiva, quando amplia a aplicação de uma lei ao fato não previsto na sua hipótese de incidência pelo legislador. Em que pese o tema das sentenças aditivas ser importante no estudo das omissões inconstitucionais, este trabalho se restringirá à temática do mandado de injunção.

Analisando a questão das lacunas inconstitucionais André Ramos Tavares (2005, p. 331) ensina que o Tribunal Constitucional exercer tipicamente função legislativa no combate às omissões inconstitucionais. Esta concepção é corroborada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal ao determinar que as decisões oriundas do mandado de injunção tem um caráter genérico e abstrato, havendo a possibilidade de serem aplicadas em demandas diversas daquelas em que a decisão foi tomada. Neste aspecto instrui Gilmar Ferreira Mendes (2013, p. 18-19)

O que se evidencia é a possibilidade de as decisões nos mandados de injunção surtirem efeitos normativos não

somente em razão do interesse jurídico de seus impetrantes, estendendo-os também para os demais casos que guardem similitude. Assim, em regra, a decisão em mandado de injunção, ainda que dotada de caráter subjetivo, comporta uma dimensão objetiva com eficácia *erga omnes*, a qual serve para tantos quantos forem os casos que demandem a concretização de uma omissão geral do Poder Público, seja em relação a uma determinada conduta, seja em relação a uma determinada lei.

Neste sentido, entende-se que a possibilidade do Supremo Tribunal Federal de controlar as omissões do legislador é combater, em última instância, o controle que o Legislativo detem para regulamentar a Constituição, haja vista que se não houver atuação dos legisladores para regulamentar o texto constitucional haverá a concentração de poder nas mãos dos Parlamentares. Sobre o poder de regulamentar a Constituição e a omissão no exercício deste dever indica Walter Claudius Rothenburg (2005, p. 39)

[...] a ausência de iniciativa [legislativa] pode, em casos extremos, escapar a qualquer justificativa razoável, traduzindo um excesso de poder em sentido negativo (omissivo). O ordinário respeito que se deve ter pelas formalidades – constitucionalmente definidas – do processo legislativo choca-se com a intolerável omissão do titular da iniciativa, tendo-se de optar entre o obséquio à sua vontade caprichosa e a realização do comando constitucional material. Em tais casos-limites, atribuir a iniciativa legislativa a outrem pode representar a saída para uma regulamentação adequada da situação.

Destarte, em virtude da inércia do dever de legislar, *Verfassungsaiftrag*, do Poder Legislativo deve o Poder Judiciário, quando instado para tanto, exercer função normativa que vise regulamentar a Constituição Federal, haja vista que se perdurar o vácuo legislativo estará se

retirando a força normativa da Constituição, fato que torna as normas constitucionais ineficazes e inviabiliza o programa institucional promovido pelo legislador originário ao conceber uma constituição dirigente. Neste viés de entendimento Guilherme Peña de Moraes (2012, p. 64-65) leciona que

Os organismos de justiça constitucional detêm uma função legislativa, exteriorizada pela criação de normas dotadas de abstração, generalidade e autonomia, apta a inovar o sistema jurídico. [...] a função propriamente legislativa da justiça constitucional coadunar-se-ia com o fenômeno da “descentralização da produção normativa”, que se baseia na negação do postulado do monopólio da criação do Direito pelo Poder Legislativo, em ordem a aproximar, ao máximo possível, os sujeitos produtores dos destinatários das normas jurídicas [...].

Comentando sobre a descentralização da produção normativa Clèmerson Merlin Clève (2011, p. 76-77) esclarece que a

A descentralização legislativa – fenômeno que vem se desenvolvendo de uma maneira impressionante – consiste na possibilidade de criação de atos normativos, sob a forma de lei ou não, por outros órgãos que não propriamente o Legislativo. Ou seja, identifica-se com o exercício de uma função normativa, definida quer seja sob o ponto de vista forma (lei) ou material (regulação heterônoma de interesses particulares – regra de direito – ou regulação genérica e abstrata – norma geral). A descentralização legislativa de delegação ou de competência conferida pelo Constituinte.

Desta maneira, é viável a defesa de que a competência para regulamentar as normas constitucionais não reside, tão somente, no Poder legislativo, mas sim em todos os órgãos que exercem o poder Estatal, residindo tanto no Poder Executivo como no Poder Judiciário, possibilitando, assim, uma desconcentração do poder que detem o

Legislativo de concretizar as normas constitucionais, que caso não exercido torna ineficaz todas as transformações pretendidas pelo poder constituinte e veiculada na Constituição Federal. No Brasil a desconcentração normativa pode ser exercida pelo Poder Executivo quando expede as medidas provisórias e pelo Poder Judiciário, quando expede as súmulas vinculantes ou quando julga o mandado de injunção, em que pese haver entendimentos contrários sobre este último, conforme a lição de Clèmerson Merlin Clève (2011, p. 83)

Parece acertado, todavia, que o mandado de injunção autoriza a remoção dos obstáculos ao exercício do direito constitucional. Neste caso, o órgão jurisdicional não irá propriamente exercer função normativa genérica, mas possibilitar ao impetrante, caso mereça procedência sua pretensão, a fruição do direito não exercido em face da falta da norma regulamentadora. A norma jurídica individual “criada” pelo juiz não seria diferente das normas jurídicas concretas veiculadas por qualquer decisão judicial. O papel do juiz não seria o de “legislar”, mas o de “aplicar” o direito ao caso concreto, revelando a normatividade já inscrita no dispositivo constitucional e removendo eventuais obstáculos à sua efetividade.

Em que pese a lição do doutrinador paranaense, comunga-se do entendimento que a decisão jurídica expedida em sede de mandado de injunção é revestida de caráter constitutiva-normativa, segundo as lições de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (1989, p. 88-89), pois a normatividade que necessita a norma constitucional para ter total aplicabilidade teria regulamentação por meio de uma decisão judicial.

Mesmo havendo divergência sobre se há ou não descentralização normativa em sede de mandado de injunção há opiniões que não aceitam a possibilidade de exercício da função normativa pela Jurisdição

Constitucional, pois o exercício desta função coloca em risco o princípio democrático que fundamenta o Estado brasileiro. Assim, José Joaquim Gomes Canotilho (1996, p. 882-883) menciona que

O Tribunal Constitucional desempenha e não pode deixar de desempenhar fundamentalmente a função de *jurisdictio*; não é um legislador. Ora, quando os tribunais constitucionais usam e abusam de decisões aditivas corre-se sempre o risco de as folgas democráticas de apreciação política serem restringidas a ponto de os tribunais constitucionais merecerem a censura de se arvorarem em “superlegisladores”.

No discurso retromencionado há coerência, pois ocorreria a modificação dos debates políticos do Parlamento, representantes eleitos diretamente pelo povo, para um Tribunal, onde seus componentes não recebem qualquer legitimidade popular, todavia, comunga-se do entendimento que se não há atuação do Poder Legislativo em cumprir com suas determinações em um lapso temporal razoável é possível que o Poder Judiciário atue no cenário político, haja vista que a crise na Democracia indireta e na representatividade daqueles que exercem o poder não pode inviabilizar o cumprimento das determinações constitucionais, impedindo as transformações sociais veiculadas na norma constitucional.

Assim, deve-se entender que a possibilidade do Supremo Tribunal Federal colmatar as normas de eficácia limitada da Constituição Federal, por meio do mandado de injunção, é mais uma forma de exercício do método de freios e contrapesos, inserido na teoria da separação dos poderes. Oportunamente, ressalta-se que foi o próprio legislador originário que previu a existência do mandado de injunção, logo, não há como um instrumento processual da jurisdição constitucional criado pelo próprio Poder Constituinte Originário ser incompatível com o princípio da

separação de funções, pois há o entendimento, no Brasil, de que não ocorre inconstitucionalidade nas normas constitucionais originárias.

Portanto, a possibilidade de exercício de função legislativa pelo órgão que exercer a jurisdição constitucional não afronta o princípio da separação de funções insculpido no art. 2º da Constituição Federal, tendo em vista que esta somente se exerce quando o legislador não exercer seu dever de legislar, sendo, portanto, excepcional, precária e subsidiária, desde que legitimada pelo uso dos meios disponíveis na Constituição Federal para colmatar as omissões inconstitucionais, quais sejam, o mandado de injunção ou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

## **CONCLUSÃO**

O presente trabalho teve como temática a súmula vinculante n. 33 e a atuação normativa do Supremo Tribunal Federal. Com o escopo de fundamentar o estudo, tratou-se da omissão inconstitucional, do mandado de injunção, do enunciado normativo exarada pelo Pretório Excelso e da possibilidade de função legislativa pelo órgão de cúpula do ordenamento jurídico brasileiro.

No caso da Súmula Vinculante n. 33 este enunciado foi extraído em virtude de inúmeros mandados de injunção ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal para regulamentar o art. 40, § 4º, III, CF/88, tendo o escopo de orientar a aplicação do entendimento jurisprudencial do Pretório Excelso, bem como reduzir o número de demandas propostas perante o órgão de cúpula do Poder Judiciário que tratavam, tão somente, da falta de norma regulamentadora da aposentadoria dos servidores públicos que exercem atividade sob condições especiais. Todavia, o fato do Supremo

Tribunal expedir súmula vinculante revela uma faceta da jurisdição constitucional, qual seja, o exercício de função legislativa quando constatada a inércia do legislador no dever de legislar.

Constatou-se que é possível a atuação normativa do Supremo Tribunal Federal de forma precária, subsidiária e excepcional, desde que reconhecida a inércia do dever de legislar por intermédio dos instrumentos processuais disponíveis para colmatar as omissões inconstitucionais, quais sejam, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ressalta-se que o fato de um órgão do Poder Judiciário expedir enunciados normativos genéricos e abstratos não cabe repreensão no ordenamento jurídico pátrio, em que pese a existência de entendimentos contrários, tendo em vista que o chefe do Poder Executivo também expede atos normativos com características gerais e abstratas mediante a expedição de medidas provisórias. Logo não há razão para que entendimentos contrários, principalmente fundamentos da teoria da separação dos poderes, impossibilitem a defesa da Constituição contra os atos omissivos do Poder Legislativo.

Oportunamente, menciona-se que os instrumentos processuais-constitucionais supramencionados, principalmente o mandado de injunção, são formas de exercício da teoria dos freios e contrapesos pelo Poder Judiciário, haja vista que permitir a existência das omissões inconstitucionais é delegar e concentrar demasiado poder nas mãos do Congresso Nacional para regulamentar a Constituição Federal, deixando ao seu alvitre qual o melhor momento para concretizar as determinações do Poder Constituinte Originário. Com a possibilidade de expedição de enunciados normativos por intermédio do mandado de injunção há uma desconcentração do poder de regulamentar a Constituição Federal,

permitindo que não só o Poder Legislativo possa regular os ditames constitucionais, mas também o Poder Judiciário.

É cediço que o Poder Judiciário não detem a legitimidade social que fundamenta a escolha dos parlamentares e do chefe do Poder Executivo, entretanto, como guardião da Constituição, função esta delegada pelo próprio poder constituinte, constata-se que há legitimidade, não social, mas jurídica que autorize o Supremo Tribunal Federal a atuar no combate às omissões inconstitucionais, desde que respeitado o procedimento previsto na própria Constituição Federal.

Assim sendo, deve-se refutar, toda e qualquer argumentação, que aponte para a incompatibilidade do exercício da função legislativa pelo Supremo Tribunal Federal com o princípio da separação de funções previsto na Constituição Federal, haja vista que a função normativa deve ser entendida como uma forma de fazer cumprir todas as determinações constitucionais que necessitam de substrato normativo infraconstitucional para terem eficácia plena, bem como um instrumento da técnica de freios e contrapesos existente entre as funções estatais para retirar do Poder Legislativo a concentração excessiva do poder de regulamentar a Constituição tão somente quando lhe convir, fato que ocasiona a perda da força normativa do texto constitucional e retirar a efetividade das normas constitucionais.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ABREU, Joana Rita de Souza Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento : A inércia do legislador e suas consequências**. Curitiba : Juruá, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva**. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra : Coimbra, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1993.

CHADDAD, Maria Cecília Cury. **A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção : o controle da omissão parcial**. Belo Horizonte : Fórum, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. **Processo Constitucional : Controle de Constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo : Atlas, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte : Fórum, 2012.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional brasileira**. Rio de Janeiro : Forense, 2007.

MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade : os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa : Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa**. In MENDES, Gilmar Ferreira *et. al.* (Org.). **Mandado de Injunção. Estudos sobre sua Regulamentação**. São Paulo : Saraiva, 2013

MORAES, Guilherme Peña de. **Justiça Constitucional : Limites e Possibilidades da Atividade Normativa dos Tribunais Constitucionais**. São Paulo : Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **A natureza do mandado de injunção**. REPRO, n. 56, São Paulo, out.-dez. 1989.

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

**STRECK, Lenio Luiz. Súmulas no Direito Brasileiro.** 2 ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.

**ROCHA, José de Albuquerque. Súmula Vinculante e Democracia.** São Paulo : Atlas, 2009.

**ROTHENBURG, Walter Claudius. Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito - A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

**TAVARES, André Ramos. Teoria da Justiça Constitucional.** São Paulo : Saraiva, 2005.

**Data do recebimento: 17/06/2013**

**Data da aceitação: 20/09/2013**