



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Omissão inconstitucional: Poder Judiciário como legislador positivo e a evolução dos efeitos do Mandado de Injunção

Suellen Vianna de Miranda

Rio de Janeiro  
2012

SUELLEN VIANNA DE MIRANDA

**Omissão inconstitucional: Poder Judiciário como legislador positivo e a evolução dos efeitos do Mandado de Injunção**

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós – Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

## OMISSÃO INCONSTITUCIONAL: PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO E A EVOLUÇÃO DOS EFEITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Suellen Vianna de Miranda

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

**Resumo:** O presente artigo tem por finalidade demonstrar a atuação do Poder Judiciário diante da inércia do Poder Legislativo em dar efetividade às normas constitucionais de eficácia limitada, impedindo o exercício de direitos constitucionalmente previstos. Envolve uma análise da evolução jurisprudencial da Suprema Corte em sede de Mandado de Injunção, mecanismo de controle da omissão legislativa. Questiona-se a legitimidade do Poder Judiciário para agir como legislador positivo ao fundamento de suposta ofensa a separação dos poderes e o princípio da democracia.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Omissão legislativa. Papel ativo do Poder Judiciário. Mandado de Injunção.

**Sumário:** Introdução. 1. Estado Democrático de Direito. 1.1. Participação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988. 2. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. 3. Controle de Constitucionalidade por omissão. 3.1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3.2. Mandado de Injunção. 4. Evolução da Jurisprudência do STF na extensão dos efeitos do Mandado de Injunção. 5. Riscos da intervenção judicial. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende apreciar a crescente atuação do Poder Judiciário na concretização dos mandamentos constitucionais em face da omissão do Poder Legislativo.

Busca-se questionar a legitimidade da atuação positiva do Poder Judiciário com o objetivo de dar efetividade às normas constitucionais, de forma a permitir o exercício de direitos já garantidos pelo poder constituinte, porém carentes de regulamentação.

Por ativismo judicial deve ser entendida a participação mais intensa do Judiciário na

efetivação dos valores e finalidades emanadas pela Constituição. Para tanto, interfere no espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Como exemplo dessa postura ativista, cite-se a aplicação de forma direta da Constituição a casos não expressos em seu texto, ainda que não haja a participação do legislador.

Verifica-se a omissão inconstitucional quando o Poder Legislativo não observa seu dever de legislar e, pela inobservância desse comando, a própria Constituição criou mecanismos de controle: ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §1º da CRFB) e mandado de injunção (art. 5º, LXXI da CRFB).

Ressalte-se que as decisões da Suprema Corte Brasileira, no que tange a esse controle, evoluíram no sentido de não apenas declarar a mora do legislador, mas regular, ainda que de forma provisória, o direito previsto na Constituição com uma sentença aditiva, em razão de anos de inércia, tanto com relação ao descumprimento de mandamentos constitucionais, quanto das decisões do Supremo Tribunal Federal que constataram essa mora.

O grande desafio é aferir se a atuação do judiciário ofende os princípios da separação de poderes e da democracia. Ao que tudo indica, a sociedade só tem a se beneficiar, pois trata-se de uma forma de cumprir a vontade do poder constituinte e garantir a toda sociedade o exercício de direitos, sob pena de esvaziar e tornar inócua a norma constitucional.

É por essa razão que este artigo científico objetiva defender a participação ativa do Judiciário na implementação dos direitos previstos na Constituição, mas que em razão de anos de inércia do Legislativo, tanto com relação ao descumprimento de mandamentos constitucionais, quanto das decisões do Supremo Tribunal Federal que constataram a sua mora, não podiam ser exercidos por ausência de regulamentação. Visa, também, a demonstrar que apesar de não ser função precípua do Judiciário no Estado Democrático de Direito atuar de forma positiva, busca-se legitimar sua atuação em razão da necessidade de concretizar

mandamentos constitucionais.

Adota-se metodologia da pesquisa dotipobibliográficaehistórica, qualitativa eparcialmenteexploratória.

## 1- O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado de Direito passou por três etapas: liberal, social e democrático. Estado de Direito, na concepção liberal, é caracterizado como aquele cujo poder e atividade estão regulados e controlados pela lei, entendendo-se direito e lei como tradução da vontade geral. Surgiu para confrontar com a teoria absolutista, ligado, em princípio, ao direito administrativo, designando as relações entre a lei, indivíduo e Administração. Após, transformou-se em princípio de direito constitucional, legitimando todo o sistema jurídico formal e material.

Nas lições de Gomes Canotilho<sup>1</sup>,

Ao Estado incumbe, não apenas respeitar os direitos e liberdades fundamentais, mas também garanti-los. Daqui resulta o afastamento de uma concepção puramente formal, ou liberal, dos direitos fundamentais, que os restringisse às liberdades pessoais, civis e políticas e que reduzisse estas a meros direitos a simples absteções do Estado...; por outro lado, os direitos fundamentais são também os direitos positivos, de carácter económico, social e cultural, sendo que em relação a muitos deles é sobre o Estado que impende o encargo da sua satisfação.

Por isso, Estado de Direito indica o Estado ou Ordem Jurídica em que se viva sob o primado do direito, entendido como um sistema de normas democraticamente estabelecidas e que obedeçam aos seguintes requisitos: atenda ao império da lei, expressão da vontade geral; haja a divisão dos Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário; observância do princípio da

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 1984, p.184.

legalidade pela Administração Pública; previsão de garantia jurídica, formal e efetiva dos direitos e liberdades fundamentais.<sup>2</sup>

Em sua fase social, surgida após a Segunda Guerra Mundial, tentou-se superar o individualismo trazido pelo caráter socialista, enfatizando-se os direitos sociais em busca da realização da justiça.

Contudo, mostrou-se também insuficiente, fazendo-se necessária a busca por outro modelo que conciliasse a liberdade, igualdade, democracia e o socialismo. O Estado Democrático de Direito surge nessa perspectiva e supera o Estado Social, apesar de não o excluir, apenas o integrá-lo, complementá-lo.

### **1.1-PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Durante muitos anos, a sociedade brasileira foi tolhida de seus direitos mais importantes em decorrência da ditadura militar. Por essa razão, a promulgação da Constituição da República de 1988 refletiu um sentimento constitucional gerado pela participação popular em sua formação, traduzindo seus verdadeiros anseios e perspectivas.

O artigo 1º da CRFB consagra que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>3</sup>, traduz uma síntese histórica de constitucionalismo e democracia, conceitos que, apesar de parecidos, não podem ser confundidos. Ensina que o

---

<sup>2</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 354.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros de atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrb.com.br>>. Acesso em: 07 out.2011.

primeiro traduz a limitação do poder e a supremacia da lei, ao passo que o segundo significa soberania do povo e governo da maioria.

Diante disso, afirma-se que o objetivo, tanto dos indivíduos, quanto de variados setores da República, inclusive do Poder Judiciário, é a busca da efetividade das normas constitucionais. “Para tanto, é decisiva a contribuição prestada pela doutrina jurídica, que através de inúmeros autores tem enfrentado as cruciais questões de fundamentação, delimitação e concretização dos direitos arrolados na Constituição de 1988.”<sup>4</sup>

A Constituição de 1988 tem em sua base a proteção da dignidade da pessoa humana, prevista como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III da CRFB) e dos direitos fundamentais, de forma que os três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – tem a obrigação de realizá-los da melhor e maior forma possível.

O princípio democrático, previsto no parágrafo único da CRFB, ressalta que todo poder emana do povo, núcleo do que vem a ser soberania popular. É o povo que, através do voto, elege aqueles que irão representar sua vontade, legitimando a atuação dos escolhidos – sistema representativo. Esse poder verifica-se, sobretudo, na escolha dos membros do Poder Executivo e Legislativo, que estampa, por essa razão, a idéia de governo da maioria.

No que tange ao Poder Judiciário, em regra, só poderá agir quando houver violação dos direitos tutelados. Por essa razão que, hoje, questiona-se sua atuação positiva, no sentido de se averiguar a legitimidade da interferência nas deliberações e atribuições de órgãos que representam a maioria política, tendo em vista que seus membros não são eleitos pelo povo, podendo caracterizar ofensa ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da CRFB). Nesse sentido, Luís Roberto Barroso<sup>5</sup> defende que “para que seja legítima, a atuação judicial não

---

<sup>4</sup>MARTINS, Fernando Barbalho. *Do Direito à Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 47.

<sup>5</sup>BARROSO, op. cit., p. 11.

pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.”

Daniel Sarmiento<sup>6</sup> ensina que o reconhecimento da eficácia irradiante dos direitos fundamentais é uma importante consequência de sua dimensão objetiva. Nesse sentido, os valores que norteiam esses direitos incorporam no ordenamento jurídico pátrio e condicionam a interpretação das normas legais, atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o judiciário. Essa eficácia que irradia enseja o que chama de “humanização da ordem jurídica”, ao exigir que suas normas sejam reexaminadas pelo operador do direito, que deve se basear da dignidade da pessoa humana, além da igualdade e da justiça social.

Com a promulgação da Magna Carta firmou-se no Brasil o reconhecimento da normatividade dos dispositivos previstos na Constituição, de forma a obrigar sua observância em todos os níveis da federação, em todos os poderes do Estado e por toda a sociedade. Seguindo este raciocínio, Fernando Barbalho Martins<sup>7</sup> concluiu que a Constituição deve ser compreendida como um diploma dotado de imperatividade próprias das normas jurídicas, em que se assenta a sua supremacia e torna natural o processo que a levou para o centro do sistema jurídico. Dessa forma, fez com que todo o ordenamento fosse reinterpreto e aplicado segundo os parâmetros da nova Constituição.

Seguindo esses ditames, hoje, o Estado Democrático de Direito não pode mais aceitar postura passiva e omissa do Poder Judiciário. Cabe a este concretizar as normas constitucionais e garantir direitos fundamentais. Segundo a Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto<sup>8</sup>, o

---

<sup>6</sup> SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 112.

<sup>7</sup> MARTINS, op.cit., p. 11.

<sup>8</sup> PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *Responsabilidade do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://www.amb.com.br>>. Acesso em: 07out.2011.



judiciário deve assumir seu papel de partícipe no processo evolutivo da sociedade, pois é responsável pelo bem comum, como a dignidade da pessoa humana e defesa dos direitos de cidadania. Salienta que a missão do juiz compreende-se, atualmente, na defesa do regime democrático, sem o qual a função do judiciário seria reduzida à esterilidade. Aduz que,

Dentro do sistema jurídico- constitucional vigente, deve a Magistratura desempenhar as seguintes funções básicas: solução de litígios, controle da constitucionalidade das leis, tutela dos direitos fundamentais e garfante da preservação e desenvolvimento do Estado Constitucional e Democrático de Direito contemplado na Constituição de 1988...O judiciário, nos tempos atuais, não pode se propor a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, visto que é chamado a contribuir para efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude.”

Pelas razões expostas, percebe-se a importância da participação ativa do poder judiciário no Estado Democrático de Direito.

## **2. EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

Tanto a eficácia quanto a aplicabilidade dizem respeito à produção dos efeitos jurídicos das normas constitucionais existentes e válidas.

A teoria bipartida americana de Thomas Cooley divide as normas constitucionais em *self-executing* (autoaplicáveis) e *not self-executing* (não autoaplicáveis). Esta última não seria dotada de efeito jurídico algum.

No Brasil, porém, a teoria americana<sup>9</sup> é combatida pela eficácia negativa das normas constitucionais ou efeitos jurídicos mínimos.

---

<sup>9</sup> MENDES, op. cit., p. 1.353.

Todas as normas constitucionais, independentemente de sua classificação, possuem eficácia. Pedro Lenza<sup>10</sup>, em sua obra *Direito Constitucional Esquematizado*, lembra as lições de Michel Temer e explica que a eficácia social das normas está caracterizada quando a norma vigente é aplicada de forma efetiva aos casos concretos. Já a eficácia jurídica significa que a norma está pronta para produzir seus efeitos diante de uma situação concreta, embora já produza, por si só, alguns outros efeitos, como por exemplo, revogar as normas que lhe são anteriores e que com esta conflitam.

Toda e qualquer norma, portanto, produz efeitos jurídicos mínimos, por servir de fonte de interpretação, parâmetro de constitucionalidade, parâmetro de recepção ou não das normas infraconstitucionais que lhe são anteriores, etc.

Há diversas classificações para as normas constitucionais. Uma primeira classificação<sup>11</sup> divide as normas constitucionais em: supereficazes ou com eficácia absoluta; normas com eficácia plena; normas com eficácia relativa restringível; normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa.

Já Carlos Ayres Britto e Celso Ribeiro Bastos<sup>12</sup> dividem as normas constitucionais em normas de aplicação e normas de integração.

Uadi Lammêgo Bulos<sup>13</sup> divide em normas constitucionais de eficácia exaurida e de aplicabilidade esgotada.

Porém, no Brasil, a classificação mais utilizada é a do ilustre José Afonso da Silva<sup>14</sup>, adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo o professor, as normas constitucionais se dividem em: normas constitucionais de eficácia plena; normas constitucionais de eficácia

---

<sup>10</sup>TEMER, Michel apud LENZA. *Curso de Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo:Saraiva, 2010, p. 59.

<sup>11</sup>LENZA, op.cit., p. 60.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>14</sup> Ibidem.

contida; normas constitucionais de eficácia limitada.

As normas de eficácia plena são aquelas aptas a produzir efeitos desde sua entrada em vigor, independente de outra norma infraconstitucional. Portanto, tem aplicabilidade direta, imediata e integral. São disposições constitucionais completas, “suficientemente precisas na sua hipótese de incidência e na sua disposição, aquelas que ministram os meios pelos quais se possa exercer ou proteger o direito que conferem [...]”.<sup>15</sup> Como exemplo, pode-se citar as normas contidas nos artigos 2º, 45 e 226, §1º da CRFB.

Já as normas de eficácia contida nascem com a capacidade de produzir todos os seus efeitos, embora norma infraconstitucional venha restringir sua aplicação, ou seja, venha limitar seus efeitos. Logo, tem aplicabilidade direta, imediata, mas eventualmente não integral. Por exemplo, art. 139 da CRFB.

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada não produzem todos os efeitos quando de seu nascimento, dependendo de lei integrativa constitucional. Segundo ensina Gilmar Mendes<sup>16</sup>, essas normas não auto executáveis “são as disposições constitucionais incompletas ou insuficientes, para cuja execução se faz indispensável a mediação do legislador, editando normas infraconstitucionais reguladoras.” Sendo assim, possuem aplicabilidade mediata e reduzida.

É neste ponto que há de se encontrar a grande diferença da teoria brasileira, capitaneada por José Afonso da Silva para a teoria bipartida americana, já citada. Ainda que de eficácia limitada, as normas produzirão efeitos, ainda que mínimos.

Pode-se, ainda, fazer uma classificação dentro das normas de eficácia limitada: as que declaram princípios institutivos, como a do art. 18, §2º da CRFB e as que declaram

---

<sup>15</sup> MENDES, op. cit., p. 94.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 95.

princípios programáticos, como art. 196 da CRFB, que traz o direito à saúde.

É justamente no campo da eficácia limitada que surge a omissão do legislador, já que, muitas vezes, mantém-se inerte na obrigação constitucional de legislar, impossibilitando o exercício de um direito garantido pela Constituição.

### 3- CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes<sup>17</sup>, sobre a problemática referente à inconstitucionalidade por omissão,

Envolve não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais. Ela desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual é a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador. Quais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão.

O professor Guilherme Peña de Moraes<sup>18</sup> ensina que o referido pressuposto da omissão inconstitucional pressupõe a violação do dever que a Constituição impõe de legislar, dever este encontrado em normas constitucionais não auto-aplicáveis, ou seja, de eficácia limitada (declaratórias de princípio institutivo ou programático), e que precisam de norma infraconstitucional que as regulamentem a fim de se tornarem, finalmente, aplicáveis. Aliado a este pressuposto, aduz que para que a omissão reste devidamente caracterizada é necessário que qualquer um dos poderes do Estado se mantenha inerte por período razoável de tempo. Explica que:

---

<sup>17</sup>MENDES, op.cit., p. 1.345.

<sup>18</sup> MORAES, Guilherme Peña. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 175.

A inconstitucionalidade por omissão deflui de conduta omissiva (*non facere*) do Estado no campo do processo legislativo. Em regra, não há a produção da norma infraconstitucional reclamada por norma constitucional de eficácia limitada, desde que satisfeitos o pressuposto e os requisitos da omissão inconstitucional.

Luís Roberto Barroso<sup>19</sup> leciona que a omissão que viola o que dispõe o mandamento constitucional pode ser imputada aos três poderes. Mas, a omissão que vem provocando inovações jurisprudenciais e novas teses na doutrina é justamente a que se refere à inércia do poder legislativo na elaboração de atos normativos.

Em regra, não há obrigatoriedade de o legislador elaborar leis. Porém, nos casos em que a Constituição impõe esse dever, sua omissão será, sem dúvidas, inconstitucional.

É importante acrescentar que a omissão pode ser total ou parcial. Diz-se total ou absoluta quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada.<sup>20</sup> O legislador mantém-se totalmente inerte diante de um mandamento do constituinte originário ou derivado para que legisle. Configura-se a omissão parcial ou relativa “quando a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que nele deveria estar abrigada, privando-a de um benefício, em violação ao princípio da isonomia.”<sup>21</sup>

A inconstitucionalidade por omissão passou a fazer parte dos textos constitucionais em 1974, na Constituição da antiga Iugoslávia e na de Portugal, em 1976.<sup>22</sup>

Já no Brasil, a Constituição de 1988 trouxe dois remédios para sanar a omissão legislativa: mandado de injunção, disposto no art. 5º, LXXI, CRFB e ação de inconstitucionalidade por omissão, encontrada no art. 103, §2º, CRFB. A diferença entre estes institutos constitucionais reside que no primeiro, o controle efetuado pelo poder

---

<sup>19</sup> BARROSO, op. cit., p. 33.

<sup>20</sup> MENDES, op. cit., p. 1.355.

<sup>21</sup> BARROSO, op. cit., p. 37.

<sup>22</sup> MENDES, op. cit., p. 1.352.

judiciária é incidental, tutelando direitos subjetivos constitucionais, ao passo que no segundo, o controle se dá pela via principal e será exercido em tese, ou seja, de forma abstrata, desligado de qualquer relação jurídica concreta.

### **3.1 – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

A inconstitucionalidade por omissão legislativa é um dos temas mais discutidos do direito constitucional moderno, principalmente em decorrência dos efeitos que seu reconhecimento produz.

Hans Kelsen<sup>23</sup> ensinava que era inadmissível impor ao Estado o dever de elaborar leis e afirmava que seria impossível formular pretensão em face do legislador. Este entendimento se devia à liberdade do legislador na elaboração das normas e à certeza de que atuava no interesse da coletividade.

Com o tempo, essa visão foi se modificando e Otto Bachof<sup>24</sup> passou a entender pela possibilidade de configurar a responsabilidade do Estado no que tange aos atos normativos.

Segundo Gilmar Mendes<sup>25</sup>, nessa época, o Tribunal Constitucional Alemão reconhecia o dever de atuação do judiciário contra omissão parcial do legislador, porém, não declarava nulidade do ato normativo, limitando-se a constatar que um direito constitucional fora ofendido por esta omissão. Esta Corte concluiu que configuraria a omissão inconstitucional tanto o inadimplemento absoluto de um dever de legislar quanto a execução defeituosa, incompleta deste mesmo dever.

---

<sup>23</sup> MENDES, op. cit., p. 1.350.

<sup>24</sup> BACHOF apud MENDES, p. 1.353.

<sup>25</sup> MENDES, op.cit., p. 1.348.

No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe a ação direta de inconstitucionalidade por omissão no art. 103, §2º dispondo no sentido de que uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional, o Poder Competente terá ciência a fim de adotar as providências que se fizerem necessárias. Em se tratando de órgão administrativo, será determinado que atue num prazo de trinta dias.

Luís Roberto Barroso<sup>26</sup> conceitua esta ação como “processo objetivo de guarda do ordenamento constitucional, afetado pela alegada lacuna normativa ou pela existência de um ato normativo reputado insatisfatório ou insuficiente.”

O Ministro Celso de Mello<sup>27</sup> explica que o controle normativo abstrato constitui processo de natureza objetiva tendo por finalidade a busca da harmonização de todo o sistema constitucional vigente. Por esta razão, conclui-se que não tem por objetivo a tutela de interesses individuais, relações subjetivas, mas sim a defesa do ordenamento jurídico.

Flávia Piovesan<sup>28</sup> ensina que a inconstitucionalidade por omissão é reflexo e consequência da CRFB de 1998 que, dentro das classificações das Constituições, é concebida como dirigente, impondo metas para o Estado. Sendo assim, os Poderes Públicos ficam vinculados à realização dos ideais traçados.

A regra geral é a de que o legislador não tem a obrigação de elaborar leis, constituindo-se numa faculdade. Ocorre que, em determinadas situações, a própria Constituição instituiu o dever de legislar. Nestes casos, a inércia do legislativo será ilegítima, configurando a inconstitucionalidade por omissão. Ressalta-se que, como visto, a omissão pode ser parcial, onde a norma, embora existente, não atende de forma satisfatória o mandamento constitucional.

---

<sup>26</sup> BARROSO, op. cit., p. 248.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg na ADInMCn. 1.254. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 out.2011.

<sup>28</sup> BARROSO apud PIOVESAN, p. 245.

Por não tutelar relações jurídicas subjetivas, exatamente por se tratar de processo de cunho objetivo, a Constituição traz rol de legitimados ativos para a propositura da ação em questão. A atuação se dará como advogado da Constituição e não como autor. É por isto que Barroso sustenta tratar-se de legitimação extraordinária, tendo em vista que a atuação não se dá na defesa de um direito próprio, mas sim do interesse da coletividade, materializado na supremacia da Constituição.

O artigo 103 da CRFB traz os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Nada se diz com relação à propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por esta razão é que doutrina e jurisprudência passaram a entender que legitimados para a primeira o seriam também para a segunda. Gilmar Mendes<sup>29</sup> critica este posicionamento, embora, ao final, concorde com ele. Afirma que no rol dos legitimados, o Presidente da República, integrantes da Mesa do Senado Federal e da Mesa da Câmara dos Deputados possuem iniciativa legislativa. Conclui da seguinte forma:

Assim, salvo nos casos de iniciativa privativa de órgãos de outros poderes, como é o caso do Supremo Tribunal Federal em relação ao Estatuto da Magistratura (art. 93, caput, CF/88), esses órgãos constitucionais não poderia propor ação de inconstitucionalidade, porque, enquanto responsáveis ou co-responsáveis pelo eventual estado de inconstitucionalidade, seriam eles os destinatários primeiros da ordem judicial de fazer, em caso de procedência da ação.

A legitimidade passiva será daquele responsável pelo ato exigido pela Constituição Federal e que não fora observado.

O objeto dessa ação é a inconstitucionalidade em decorrência da mora dos órgãos competentes na concretização de normas constitucionais. A omissão que será impugnada será a de cunho normativo, de forma a abranger atos ferais, abstratos, obrigatórios de outros

---

<sup>29</sup> MENDES, op.cit.,p. 1.351.



Poderes que não apenas o Legislativo. Caberá o controle da constitucionalidade de atos normativos primários e secundários (regulamentos, instruções) do legislativo, executivo, e eventualmente, do Judiciário.<sup>30</sup>

Se houver revogação da norma que necessitava de regulamentação, haverá perda do objeto da ação em análise. O mesmo não ocorrerá quando, embora haja projeto de lei, regulamentando o direito previsto na Constituição, a demora na promoção de seu andamento se der por prazo não razoável.

O procedimento para essa ação encontra-se na Lei n.9.868/99. Na forma do artigo 3º dessa lei, caberá ao requerente indicar em sua petição inicial a norma constitucional que necessita de regulamentação para sua efetivação, bem como demonstrar a inércia do Poder Legislativo. Sendo inepta a inicial, ou manifestamente improcedente, será indeferida liminarmente pelo relator (art. 4º, parágrafo único, Lei n.9.868/99).

Não será admitida a desistência da ação (art. 5º da Lei n.9.868/99) bem como a intervenção de terceiros (art. 7º da Lei n.9.868/99). Porém, há a figura do *amicus curiae*, art. 7º, §2º da Lei n. 9.868/99(amigo da Corte), que poderá apresentar manifestação escrita e apresentar memoriais.

Devem ser ouvidos o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, conforme previsão do art. 8º da Lei n.9.868/99, no prazo de quinze dias. Insta ressaltar que o primeiro somente será ouvido em caso de omissão parcial, já que em se tratando de omissão total não haverá norma a ser defendida.

No que tange ao cabimento de medida cautelar, o entendimento amplamente majoritário é no sentido do não cabimento, pois a regra geral é a da impossibilidade de o Judiciário suprir a inércia do legislativo. Não obstante, Luís Roberto Barroso sustenta que

---

<sup>30</sup> BARROSO, op. cit., p. 256.

passará a existir a divergência caso se passe a entender que o Supremo Tribunal Federal pode, observadas algumas limitações, preencher a lacuna de alguma maneira.

Com relação aos efeitos da decisão final, há de ser feita uma diferenciação partindo-se da premissa de que existem hipóteses de omissão total e outras de omissão parcial.

A decisão que declara a omissão total constitui em mora o Poder ou órgão administrativo inerte. No primeiro caso, dá-se ciência ao Poder competente que se omitiu e, no segundo, o Supremo Tribunal Federal dará ordem ao órgão administrativo para que adote providências necessárias.

Segundo o Ministro Celso de Mello<sup>31</sup>, no julgamento da ADI 1.458-DF, em 20 de setembro de 1996:

A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao STF, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não assiste ao STF, contudo, em face dos próprios limites fixados pela CRFB em tema de inconstitucionalidade por omissão, a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do legislativo competente.

Contudo, a jurisprudência do STF evoluiu em relação a esse entendimento acima exposto, o que será analisado em momento oportuno.

### **3.2 – MANDADO DE INJUNÇÃO**

Previsto no artigo 5º, LXXI, CRFB, o mandado de injunção é o remédio constitucional utilizado quando não há norma regulamentadora que torne possível o exercício de direitos previstos inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania. É um dos mecanismos de controle de constitucionalidade por omissão tendo por objetivo a busca de maior

---

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI. n.1.458-DF. Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 24 abr.2011.

efetividade das normas constitucionais.<sup>32</sup>

Inicialmente, muitos na doutrina, como Manoel Antônio Teixeira Filho<sup>33</sup>, passaram a afirmar que a norma constitucional que previa o mandado de injunção não era auto-aplicável, necessitando de norma regulamentadora de suas regras processuais.

Segundo Barroso<sup>34</sup>, no contexto atual do constitucionalismo brasileiro, o mandado de injunção “tornou-se uma desnecessidade, havendo alternativa teórica e prática com muito maior eficiência.”

Outros sustentavam que competia ao magistrado, através deste remédio constitucional, sanar a omissão que impedia o exercício de direito estabelecidos pela Constituição.<sup>35</sup>

Gilmar Mendes<sup>36</sup> leciona que uma variante da corrente acima exposta afirmava que:

O constituinte teria dotado o tribunal, excepcionalmente do poder de editar normas abstratas, de modo que essa atividade judicial apresentaria fortes semelhanças com a atividade legislativa. Para superar as dificuldades que decorrem dessa concepção, procura-se restringi-la, afirmando-se que se o direito subjetivo depender da organização de determinada atividade ou de determinado serviço público ou, ainda, da disposição de recursos públicos, então deverá ser reconhecida a inadmissibilidade do mandado de injunção.

Hely Lopes Meirelles<sup>37</sup>, todavia, entendia que o mandado de injunção destinava-se apenas a aferição da existência ou não da alegada omissão, sendo inconcebível que o poder judiciário proferisse sentença de cunho normativo.

A Ministra Carmen Lucia<sup>38</sup> do Supremo Tribunal Federal, em seu voto no mandado de injunção 2.195, salientou que para ser cabível esta ação não basta que haja eventual obstáculo ao exercício deste direito ou liberdade constitucional em razão de omissão legislativa, mas

<sup>32</sup> BARROSO, op. cit., p. 132.

<sup>33</sup> TEIXEIRA, Manoel Antonio. *Mandado de Injunção e direitos sociais*. LTr, n. 53, 1989, p. 323.

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 112.

<sup>35</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 452.

<sup>36</sup> MENDES, op. cit., p. 1378.

<sup>37</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 283.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 2.195. Ministra Carmen Lucia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 03 mai.2011.

concreta inviabilidade de sua plena fruição pelo seu titular. Daí por que há de ser comprovada, de plano, a titularidade do direito e a sua inviabilidade decorrente da ausência de norma regulamentadora do direito constitucional.

Qualquer pessoa poderá ajuizar o mandado de injunção, portanto, desde que comprovados os requisitos expostos pela Ministra Carmen Lucia. A omissão legislativa deve tornar inviável o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania. Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, no mandado de injunção n. 725 admitiu que pessoa jurídica de direito público pudesse impetrar esta ação. Gilmar Mendes, relator deste processo, salientou que não se deve negar aos municípios, peremptoriamente, a titularidade de direitos fundamentais e a eventual possibilidade das ações constitucionais cabíveis para sua proteção.<sup>39</sup>

Em se tratando de mandado de injunção coletivo, a doutrina aponta como legitimados as entidades de classe ou associativas e os sindicatos, bem como o Ministério Público se se tratar de direito coletivo *lato sensu*.<sup>40</sup>

Com relação à legitimidade passiva, como não norma constitucional a definindo, coube à doutrina e a jurisprudência este papel. De maneira geral, atribui-se legitimidade passiva ao órgão público omissor. Barroso<sup>41</sup> salienta, ainda, que deveria entender como legitimidade também a parte à qual caberá prestar a obrigação decorrente da norma a ser integrada.

A questão mais polêmica e causadora de divergência entre entendimento dos tribunais e teses doutrinárias refere-se ao objeto do mandado de injunção, ou seja, qual é o seu papel no ordenamento jurídico e suas limitações.

---

<sup>39</sup> LENZA, op. cit., p. 652.

<sup>40</sup> BARROSO, op. cit., p. 134.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 133.

Barroso<sup>42</sup> destaca que a discordância está em definir se esta ação possibilita ou não o suprimento judicial da norma inexistente ou estimula a produção da norma pelo órgão que detém esta competência. Vale destacar importante trecho de sua obra em que esclarece a importância deste remédio constitucional na busca da efetivação das normas constitucionais:

A melhor inteligência do dispositivo constitucional e se real alcance está em ver no mandado de injunção um instrumento de tutela efetiva de direito que, por não terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo. O objeto da decisão não é uma ordem ou uma recomendação para edição de uma norma. Ao contrário, o órgão jurisdicional substitui o órgão legislativo ou administrativo competentes para criar a regra, criando ele próprio, para os fins estritos e específicos do litígio que lhe cabe julgar, a norma necessária. A função do mandado de injunção é manda fazer com que a disposição constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada.

No que toca ao procedimento a ser observado no processamento desta ação, a lei 8.038/90, no parágrafo único do art. 24, estabeleceu que enquanto não editada legislação específica, aplicam-se as normas do mandado de segurança, no que couberem, ao mandado de injunção e habeas data.

#### **4- EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EXTENSÃO DOS EFEITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO**

Não é pacífico na doutrina nem mesmo na jurisprudência os efeitos da decisão do mandado de injunção.<sup>43</sup>

Parte da doutrina, como Luís Roberto Barroso<sup>44</sup>, sustenta que a decisão teria natureza constitutiva, devendo o juiz agir positivamente, regulamentando a norma para o caso levado à sua apreciação, com eficácia entre as partes. Por outro lado, outra corrente

---

<sup>42</sup> BARROSO, op. cit., p. 137.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 158.

doutrinária, capitaneada por Hely Lopes Meirelles, defende que a decisão teria cunho mandamental, cabendo ao poder judiciário dar ciência ao poder omissivo que está em mora, a fim de que tome as providências necessárias.

O primeiro mandado de injunção que chegou ao Supremo Tribunal Federal foi o MI n.107 de Relatoria do Ministro Moreira Alves<sup>45</sup> proposto por Oficial do Exército em face do Presidente da República. Alegava-se que este não teria encaminhado ao Congresso Nacional projeto de lei que disciplinasse a duração de serviços temporários tal como previsto no art. 42, §9º da CRFB. Alegava o impetrante que prestou serviços durante nove anos e, ao completar o décimo, iria para reserva, pois se aplicaria legislação anterior à Constituição de 1988.

Nesta ação, a Corte Constitucional entendeu que não caberia ao Tribunal expedir norma geral ou concreta para o caso, pois ofenderia o princípio da separação de poderes, o princípio da democracia e o princípio da reserva legal, pelo qual somente a lei poderia criar direitos e obrigações. Não caberia ao Judiciário substituir a vontade do Legislativo, por ser incompatível com a Constituição.

Ensina Gilmar Mendes<sup>46</sup> que, nessa época, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a entender que caberia ao Tribunal apenas constatar a inconstitucionalidade pela omissão e determinar que o legislador adotasse as providências requeridas.

Foi no Mandado de Injunção n. 283<sup>47</sup> que a Suprema Corte passou a estabelecer prazo para que o legislativo editasse norma a fim de sanar a lacuna legislativa impeditiva de exercício de um direito garantido pela Constituição, de forma a evoluir significativamente. E

---

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n.107. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 24 abr.2011.

<sup>46</sup> MENDES, op. cit., p. 1.381.

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n.283. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 24 abr.2011.

mais, além do prazo para saneamento da mora, restou evidenciado que a não observância pelo legislativo da decisão ensejaria ao prejudicado a satisfação de seu direito. Essa ação tinha por fundamento o disposto no art. 8º, §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB, que prevê que os cidadãos afetados por atos discricionários do Ministério da Aeronáutica, editado após o movimento militar de 1964, fazem jus a uma reparação de natureza econômica, na forma em que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

Luís Roberto Barroso<sup>48</sup> informa que como a lei não fora editada no prazo estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal foi impetrado novo Mandado de Injunção, o MI n. 283-5 também de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Decidiu a Corte que em razão da insistência da inércia legislativa, após o prazo concedido para que fosse purgada a mora, o prejudicado teria direito de postular perdas e danos. Mais adiante, o Tribunal reconheceu que, diante da não observância do prazo pelo Legislativo, não caberia mais ao Judiciário comunicá-lo sobre a mora, salientando, entretanto, o direito do impetrante de ingressar em juízo a fim de obter a indenização pelas perdas e danos.

No Mandado de Injunção n. 232, tendo por objeto a norma contida no art. 195, §7º da CRFB, que dispõe serem isentas de contribuição para seguridade social as entidades beneficiárias de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei, a Corte determinou que a mora do legislador e concedeu o prazo de seis meses para a elaboração da norma faltante, sob pena de, passado esse prazo, o requerente gozaria da imunidade conferida pelo dispositivo constitucional. Nas lições de Barroso<sup>49</sup>, nesta decisão, restou claro que o Tribunal conferiu auto-aplicabilidade à norma que impescindia de lei para produção de seus efeitos.

---

<sup>48</sup> BARROSO, op.cit., p. 147.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 150.

Embora todas essas decisões tenham contribuído na evolução dos efeitos do Mandado de Injunção, recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu uma das questões mais tormentosas, caracterizando o marco da virada jurisprudencial sobre o tema. Trata-se da omissão inconstitucional do legislador em regulamentar o direito de greve do servidor público.<sup>50</sup>

Anteriormente, o Supremo Tribunal Federal entendia que o direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido enquanto não editada a lei complementar respectiva, ao argumento de que o preceito constitucional que reconheceu este direito (art. 37, VII, CRFB) era norma de eficácia limitada.<sup>51</sup>

Gilmar Mendes<sup>52</sup> ressalta que, embora este fosse o entendimento do STF, muitos ministros, como Carlos Veloso, enxergavam a necessidade de uma atuação mais positiva do judiciário em se tratando de omissão inconstitucional a ser sanada via mandado de injunção. Ensina que não se trata de faculdade do legislador conceder ou não o direito de greve. Trata-se de uma regulamentação obrigatória sob o ponto de vista constitucional. Aduz que:

No caso do direito de greve dos servidores públicos, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 9º, caput, c/c 37, VII) de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua (CF, art. 9º, §1º), de outro. Evidentemente, não se outorga ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição ou da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderá adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderá deixar de reconhecer o direito previamente definido na Constituição.

Por fim, em outubro de 2007, no mandado de injunção n. 670 de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que, após declarar diversas vezes a mora legislativa com relação ao direito de greve dos servidores

---

<sup>50</sup> MENDES, op. cit., p. 1.345.

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 20. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 nov.2011.

<sup>52</sup> MENDES, op. cit., p. 1.388.



públicos e a persistência da inércia, deveria ser aplicada a lei 7.783/89, relativa ao direito de greve dos trabalhadores em geral, enquanto não for elaborada lei específica. Segue trecho de suma importância do acórdão:

A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira “lei da selva”.

Atualmente o Plenário da Suprema Corte está julgando o Mandado de Injunção n. 943, que tem por objeto a ausência de regulamentação do art. 7º, XXI, CF. O dispositivo constitucional dispõe que é direito do trabalhador o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei. Neste processo, o Ministro Gilmar Mendes faz todo o histórico da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde o simples reconhecimento da mora legislativa à solução normativa e concretizadora do direito em questão. Deve-se aguardar o resultado, mas, desde já, o relator deixou claro que a jurisprudência da Corte não pode retroceder.<sup>53</sup>

Com isso, percebe-se a clara mudança jurisprudencial da Corte inicialmente limitada a declaração de mora do Poder Legislativo em decorrência do princípio da separação dos poderes, passando para edição de norma regulamentadora do direito, assumindo um papel ativo, função legislativa, ainda que de forma provisória, enquanto não suprida a inércia daquele que tem o dever de elaboração da norma.

Gilmar Mendes <sup>54</sup> ressalta, ainda, que a extensão dos efeitos emanados da decisão do mandado de injunção. Atualmente, a decisão não produz, apenas, efeito

---

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 903. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jun.2011.

<sup>54</sup> MENDES, op. cit., p. 1.394.

*interpartes*, mas também para todos aqueles casos semelhantes. Trata-se de uma dimensão objetiva, com eficácia *erga omnes*.

## 5. RISCOS DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

A primeira objeção para atuação do Poder Judiciário como legislador positivo seria o risco para a legitimidade democrática. Os membros do Judiciário não são escolhidos pelo povo, não tendo, portanto, representatividade, como os membros do Legislativo. Por esta razão, poderia ser questionada a sua legitimidade para atuar positivamente, como legislador, nos casos em que este queda-se inerte diante de um mandamento constitucional. Salienta que o Supremo Tribunal Federal, por ser intérprete final das normas constitucionais, razão pela qual, deve atuar desta forma somente quando tiver de ser preservada a democracia e os direitos fundamentais.<sup>55</sup>

Clève<sup>56</sup> entende o Poder Judiciário como contra-majoritário e traz em sua obra os prós e contras da atuação positiva do magistrado:

Se é certo que há um consenso no que diz respeito à atuação dos juízes enquanto legislador negativo, o mesmo não ocorre quando se está a falar numa atuação análoga à do legislador positivo. Ou, eventualmente, do administrador. De outro viés, cumpre verificar se, do fato de o Judiciário não dispor de um meio de legitimação como os demais poderes (o mecanismo eleitoral para a investidura de seus membros), não se poderia deduzir que está impedido de atuar a partir de determinado limite. Poder-se-ia, eventualmente, afirmar, para afastar o argumento, que o Judiciário atua como uma espécie de delegado do Poder Constituinte para a defesa da Constituição e, especialmente, dos direitos fundamentais.

A segunda objeção seria o risco de politização da justiça brasileira. Sob esta ótica, Barroso<sup>57</sup> explica que o juiz só poderá agir em nome da Constituição e das leis, nunca

<sup>55</sup> BARROSO, op. cit., p. 340.

<sup>56</sup> CLÈVE, ClemersonMèrlin. *Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <<http://www.be.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 22 mar.2012.

<sup>57</sup> BARROSO, op.cit., p. 341.

por vontade política pessoal e que sua atuação deve estar em harmonia com o sentimento social.

Além disso, a atuação do Poder Judiciário poderia ofender o princípio da separação dos poderes. Nos Estados Democráticos há a visível separação das funções de legislar, administrar e julgar, delegadas a poderes distintos exatamente para que possam exercer controle recíproco sobre as atividades de cada um.<sup>58</sup>

## CONCLUSÃO

Em que pese a função legislativa tenha sido atribuída precipuamente ao Poder Legislativo, percebe-se que a mora em legislar, impedindo a concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição, que precisam de regulamentação, constitui manifesta inconstitucionalidade por omissão.

É por esta razão que o Poder Judiciário, com o passar do tempo, entendeu que precisava atuar positivamente a fim de garantir o exercício de direitos previstos no texto Constitucional. Assumiu, portanto, um papel ativista, ou seja, passou a participar de forma mais intensa na efetivação dos valores e finalidades extraídas do texto da Constituição.

Por toda a exposição, percebe-se que esta postura se deu de forma gradativa. O remédio constitucional do mandado de injunção, inicialmente, prestava-se apenas a declarar a mora do poder legislativo, dando-lhe ciência deste fato e nada mais.

Somente após as diversas decisões declarando a mora legislativa aliada a persistência dessa inércia é que o judiciário passou a decidir de forma a dar solução normativa

---

<sup>58</sup>BARROSO, op. cit., p. 343.

e concretizadora do direito em questão, garantido, assim, a efetividade das normas constitucionais que precisavam de regulamentação.

Críticas sempre irão surgir tendo em vista que trata-se de função atípica exercida pelo Judiciário. É por esta razão que deve atuar somente nos casos estritamente necessários sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes e da legitimidade, ante a ausência de representatividade.

É de se ressaltar que, como guardião do texto Constitucional, a fim de preservar a efetividade das normas, sua atuação deve ter como foco a proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático, além de respeitar o princípio da razoabilidade em suas decisões. Como salienta Barroso: precisamos de uma reforma política e não cabe aos juízes fazê-la. Mas, enquanto esta não é feita, a esperança de concretização de direitos fica a cargo do Poder Judiciário, enquanto o Poder Legislativo persistir em permanecer inerte, se imiscuindo do dever de legislar imposto pelo Constituinte Originário.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros de atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrb.com.br>>. Acesso em: 07 nov.2011.

CANOTILHO, Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra, 1984.

CLÈVE, ClemersonMèrlin. *Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <<http://www.be.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 22mar.2012.

LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Fernando Barbalho. *Do Direito à Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MORAES, Guilherme Peña. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.
- PINTO, OrianaPiske de Azevedo Magalhães. *Responsabilidade do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://www.amb.com.br>>. Acesso em: 07out.2011.
- SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: Fragmentos de uma teoria*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Mandado de Injunção e direitos sociais*. LTr, n. 53, 1989.