



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LEI DO MANDADO DE INJUNÇÃO: POSSIBILIDADE DE EDIÇÃO DE DECISÕES  
ADITIVAS E O FUTURO DO ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL

Yan Monteiro Chaves

Rio de Janeiro  
2017

YAN MONTEIRO CHAVES

LEI DO MANDADO DE INJUNÇÃO: POSSIBILIDADE DE EDIÇÃO DE DECISÕES  
ADITIVAS E O FUTURO DO ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL

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

Professores orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nélson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2017

## LEI DO MANDADO DE INJUNÇÃO: POSSIBILIDADE DE EDIÇÃO DE DECISÕES ADITIVAS E O FUTURO DO ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Yan Monteiro Chaves

Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

**Resumo** - A necessidade de se conferirem direitos constitucionalmente garantidos ao particular é premissa básica de um Estado Democrático de Direito. Com o passar do tempo, a jurisprudência do STF passou a entender pela aplicação imediata de normas definidoras de direitos fundamentais - coadunando-se com os preceitos constitucionais -, conferindo os direitos pretendidos de maneira concreta. A edição da Lei n. 13.330/2016 legitima a atuação jurisdicional criativa definindo limites, sem os quais estaria vulnerado o princípio da Separação de Poderes. A essência do trabalho é tratar dessa evolução jurisprudencial, relacionando-a com a possibilidade de edição de decisões aditivas e definindo os limites para para um verdadeiro ativismo judicial.

**Palavras-chave** - Direito Constitucional. Decisões Aditivas. Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal.

**Sumário** - Introdução. 1. Evolução Histórica do Tratamento de Omissões Inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Decisões Aditivas e Ampliação Legal dos Poderes do Juiz no Tratamento de Omissões Inconstitucionais. 3. Constitucionalidade do Ativismo Judicial e Limites para a Jurisdição Criativa. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca analisar as consequências práticas da adoção de um sistema de combate à omissões constitucionais, que impedem a ampla fruição de direitos constitucionalmente garantidos pelos particulares. Procura-se discutir a constitucionalidade desse sistema e eventuais limites que uma atuação jurídica concretista possa ter.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, visando a demonstrar que esse sistema busca regular situações de carência de meios legais e jurídicos para efetivação de direitos fundamentais.

A Constituição Cidadã de 1988 elenca inúmeros direitos e garantias fundamentais - tanto em seu artigo 5º quanto no restante de seu *corpus* -, porém, por vezes, a fruição desses direitos é condicionada à edição de um diploma legislativo regulamentador. Nesse sentido, a

falta do referido diploma faz surgir as seguintes reflexões: esta omissão vai de encontro ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais? Qual o papel do Poder Judiciário no tratamento desta questão? Seria possível uma atuação concretista?

A análise do tema esteve sujeita à evolução do entendimento jurisprudencial do STF - constituindo uma quebra de paradigma -, sendo necessário que sejam estabelecidos parâmetros para o uso da nova sistemática de acordo com a Constituição da República.

Com a entrada em vigor da Lei do mandado de Injunção (Lei n. 13.300/2016), o Poder Judiciário foi amparado por um meio legal de combate às omissões constitucionais, tendo a possibilidade de criar, em determinados casos, a solução concreta para uma situação pendente de regulamentação.

Nesse sentido, o atual estágio do tratamento da matéria é resultado do amadurecimento da jurisdição constitucional, decorrente de nova interpretação do papel dos Tribunais quanto a eficácia das normas constitucionais garantidoras de direitos.

A possibilidade de edição de sentenças aditivas - justamente aquelas em que o Estado-Juiz concede a tutela específica, garantida por preceito constitucional carente de regulamentação - surge como forma de suprir a desídia estatal, de modo a cumprir os mandamentos da Carta Magna, sem prejudicar direitos fundamentais.

Assim, o escopo do presente estudo é delimitar eventual âmbito de atuação do Poder Judiciário no tratamento de omissões constitucionais, visando a garantir ao particular o que lhe é assegurado pela Constituição da República.

Para a melhor compreensão do tema, o primeiro capítulo do trabalho traz a evolução histórica do tratamento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, apresentando a mudança de uma posição não concretista para uma posição concretista, em respeito à máxima efetividade das normas garantidoras de direitos.

Segue-se a análise abordando, no segundo capítulo, a possibilidade de edição de decisões aditivas, comparando a técnica jurisprudencial com os dispositivos da Lei n. 13.300/2016, que disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção.

O terceiro capítulo traz uma reflexão acerca da constitucionalidade do “ativismo judicial” e estabelece limites para uma atuação jurisdicional criativa, de modo a serem preservados os princípios e direitos constitucionais.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas - as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa - visando estabelecer parâmetros para a futura aplicação do novo entendimento.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

Considerando a novidade do tema, é necessário estabelecer premissas e conclusões com base em estudos e jurisprudência anteriores à edição da Lei do Mandado de Injunção. Dessa forma, se busca delimitar a aplicação prática do novo sistema com base em entendimentos sólidos, construídos a partir da evolução do tratamento sobre o tema.

## 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) consagra, em seu artigo 5<sup>o</sup>, direitos e garantias fundamentais, que possuem aplicabilidade diferenciada em razão de sua natureza. Conforme leciona José Afonso da Silva<sup>2</sup>, normas definidoras de direitos e garantias individuais, como os direitos de 1<sup>a</sup> dimensão, possuem, em regra, aplicabilidade imediata, enquanto as normas definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos, como os direitos de 2<sup>a</sup> dimensão, nem sempre possuem aplicabilidade imediata, pois dependem de providências ulteriores que lhe completem a eficácia e possibilitem sua aplicação.

Dessa forma, as chamadas normas de eficácia limitada ou reduzida são aquelas que não produzem, desde logo, os efeitos essenciais pretendidos pelo Poder Constituinte Originário<sup>3</sup>, sendo dever do legislador ordinário editar o ato capaz de conferir aplicabilidade à essas normas dependentes de regulamentação.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 408.

<sup>3</sup> Tais normas, por serem de aplicabilidade mediata ou indireta, não possuem normatividade suficiente para incidência sobre os casos concretos que elas regulam, a partir da promulgação da CRFB/88.

O artigo 5º, §1º, da CRFB/88, ao dispor que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, reforça o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que, segundo Luís Roberto Barroso<sup>4</sup>, “significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados”, sendo a aproximação entre o deve-ser normativo e o ser da realidade social.

Nesse sentido, ausente a referida regulamentação, resta nítida a desídia do legislador ordinário em estabelecer a base de aplicação de premissas constitucionalmente dirigidas para tutelar os interesses dos particulares, configurando omissão capaz de atrair a tutela jurisdicional que incidirá sobre o caso concreto, assegurando ao interessado o direito reclamado, com base no princípio da inafastabilidade da Jurisdição<sup>5</sup>, na forma do artigo 5º, XXXV, da CRFB/88<sup>6</sup>.

Para combater a chamada “síndrome de inefetividade”<sup>7</sup> das normas de eficácia limitada, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão<sup>8</sup> compreendem instrumentos capazes de perquirir a solução para os casos concretos, prestigiando direitos fundamentais. No entanto, como o tratamento das omissões pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sofreu modificações com o passar dos anos, é necessário que se entenda essa evolução para analisar, precisamente, o estágio alcançado com a edição da Lei n. 13.300/2016.

A jurisprudência do STF sempre considerou intransponível o obstáculo do “legislador negativo”, criado a partir do princípio da separação dos poderes<sup>9</sup>, na forma do artigo 2º e 60, §4º, III, da CRFB/88<sup>10</sup>. Contudo, mesmo entendendo ser impossível conferir direitos subjetivos pleiteados por ausência de diploma regulamentador de competência de outro

---

<sup>4</sup> BARROSO apud \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306.

<sup>5</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>6</sup> Art. 5º, XXXV, da CRFB/88: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>7</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1269.

<sup>8</sup> Como possuem natureza jurídica distinta, a ação de controle abstrato de constitucionalidade e o remédio constitucional buscam diferentes tutelas jurisdicionais: a primeira, justamente por ser abstrata, busca tutela como forma de garantia da Constituição, enquanto o segundo, atendendo a interesses subjetivos e concretos, busca tutela como forma de garantia individual.

<sup>9</sup> Nesse sentido, assumia posição não concretista, de modo que eventual decisão do STF no tratamento de omissões inconstitucionais decretava a mora do Poder, órgão ou entidade com atribuição para editar a norma regulamentadora, reconhecendo-se formalmente sua inércia.

<sup>10</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

Poder<sup>11</sup>, imiscuindo-se em atividade típica deste, passou a perceber o descompasso existente entre esta orientação e a inércia legislativa, que tornava a prestação jurisdicional inócua.

Coadunando-se com os princípios constitucionais, em especial o da máxima efetividade das normas constitucionais, o STF superou seu entendimento jurisprudencial anterior e adotou a corrente concretista direta geral, pela qual o Poder Judiciário implementa uma solução para viabilizar o exercício do direito constitucionalmente garantido sem necessidade de edição de qualquer diploma legislativo. Essa decisão teria efeitos *erga omnes*, sendo aproveitável por todos os indivíduos que se encontrassem na mesma situação, a exemplo dos Mandados de Injunção n. 670<sup>12</sup> e 708<sup>13</sup><sup>14</sup>.

Neste sentido, aduz Hely Lopes Meirelles<sup>15</sup>:

passou a prevalecer, portanto, o entendimento de que a sistemática omissão do Poder Legislativo autoriza o Judiciário a garantir, de alguma forma, o exercício dos direitos assegurados na Constituição. Trata-se de garantia mediante regulamentação provisória de direito - e, portanto, não se configura uma atividade verdadeiramente legiferante do Judiciário. É, porém, indispensável a garantia da eficácia dos direitos constitucionais violados pela inércia do legislador. Se e quando editada a norma específica pelo Congresso Nacional estará afastada a regulação judicial provisória.

Dessa forma, o STF abandona a posição não-concretista e abre a possibilidade de edição de sentenças aditivas, adicionando uma perspectiva de direito substancial a ser utilizada pelos indivíduos. Segundo o STF, conferir direitos constitucionalmente garantidos nada mais é que extrair o máximo das disposições constitucionais, sem que a inércia do legislador obstaculize a fruição desses direitos.

Embora a Lei n. 13.300<sup>16</sup>, de 2016 não adote a teoria concretista direta geral<sup>17</sup>, busca tutelar os interesses subjetivos e individuais a partir de uma decisão do próprio Poder

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107-DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752372/mandado-de-injuncao-mi-107-df> >. Acesso em: 23 mar. 2017.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670-ES. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926661/mandado-de-injuncao-mi-670-es> >. Acesso em: 23 out. 2015.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 708-DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725991/mandado-de-injuncao-mi-708-df> >. Acesso em: 23 out. 2015.

<sup>14</sup> No caso, buscava-se assegurar o direito de greve por funcionários e servidores públicos, tendo em vista a omissão de diploma regulamentador para o artigo 37, VII, da CRFB/88. Conferindo uma solução hábil para possibilitar o exercício de greve por estes servidores, o STF declarou a omissão legislativa e, por maioria, determinou a aplicação, no que couber, da Lei n. 7.783 de 1989, que regula a greve para o setor privado.

<sup>15</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnaldo. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 340.

<sup>16</sup> BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm) >. Acesso em: 01 abr. 2017.

<sup>17</sup> Via de regra, pois, excepcionalmente, poderá ser prolatada decisão nesse sentido, como se verá adiante.

Judiciário. Assim, a tentativa de conferir efetividade à CRFB/88 traz um amadurecimento da jurisdição constitucional, ressaltando o papel criativo do intérprete por excelência da Constituição Federal.

Dessa forma, cumpre analisar detidamente as inovações trazidas pela novel legislação, de modo que sejam estabelecidos limites para uma criação jurisdicional que não atente contra os princípios constitucionais, permitindo ao particular a fruição dos seus direitos, sendo inarredável a conclusão que essa atividade jurisdicional criativa deve ter, como limite, o seu próprio fundamento, visto que, atualmente, todos os atos dos Poderes Públicos devem observar os ditames da Carta Magna.

## 2. DECISÕES ADITIVAS E AMPLIAÇÃO LEGAL DOS PODERES DO JUIZ NO TRATAMENTO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

Estabelecidas as premissas básicas para compreender o atual papel do magistrado no tratamento de omissões inconstitucionais, é necessário sejam conferidos poderes e instrumentos hábeis para dar efetividade às normas constitucionais carentes de regulamentação.

As sentenças aditivas consistem em meios aptos para, frente à ausência de disciplina legal, acrescentar às normas jurídicas o elemento ausente, complementando-as através de uma decisão judicial que pode aplicar norma diversa existente ou, até mesmo, criar uma nova norma que se adeque ao caso concreto.

Verificado ausente o preceito que faltava para conferir efetividade à norma, busca-se afastar a omissão legislativa inconstitucional, produzindo um efeito de extensão ou ampliação de seu conteúdo, podendo até regulá-la integralmente, se for o caso de omissão total.

Essa técnica tem o condão de impedir que a norma inconstitucional seja declarada nula pois, já que as normas definidoras de direitos possuem aplicação imediata (Art. 5º, §1º, da CRFB/88<sup>18</sup>), devem valer ao seu propósito, isto é, ao Poder Judiciário cabe a tarefa de extrair do ordenamento jurídico a possibilidade de sua aplicação, sem que isto interfira na clássica Separação dos Poderes.

Nas palavras de Pedro Lenza<sup>19</sup>:

---

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>19</sup> LENZA, op. cit., p. 1269.

Estamos em face daquilo que Canotilho denominou declaração de inconstitucionalidade com efeito acumulativo (aditivo), na medida em que a sentença do Tribunal “alarga o âmbito normativo de um preceito, declarando inconstitucional a disposição na “parte em que não prevê”, contempla uma ‘exceção’ ou impõe uma ‘condição’ a certas situações que deveria prever (sentenças aditivas).

A necessidade de regulamentação do Mandado de Injunção sempre existiu, já que se trata do instrumento apto a resolver a síndrome de inefetividade das normas constitucionais mais próximo do cidadão. Assim, as regras que antes eram definidas pela jurisprudência do STF com base na aplicação subsidiária das regras do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009)<sup>20</sup> se mostraram insuficientes para enfrentamento de casos complexos, que demandavam profundo conteúdo normativo.

Dessa forma, a atividade jurisdicional poderia extrapolar os clássicos limites do legislador negativo e da Separação de Poderes, criando um complexo normativo próprio para apreciação das omissões inconstitucionais. Por isso, em casos complexos, os Tribunais não tinham alternativas a não ser constituir o Poder Legislativo em mora, pois destes dependiam para implementar o direito previsto constitucionalmente.

A Lei n. 13.300/2016<sup>21</sup>, definitivamente, abre portas para decisões aditivas. A histórica construção jurisprudencial da impossibilidade do Poder Judiciário conferir direitos e garantias fundamentais previstos na CRFB/88 não mais subsiste.

Com efeito, seu artigo 8º, I e II<sup>22</sup>, determina que, reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida injunção para determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora ou, sucessivamente, estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Constatando-se a mora do Poder Legislativo em editar o diploma legislativo, caberá ao Judiciário determinar prazo razoável para tanto ou, adotando posição concretista, criar uma norma jurídica concreta específica para aquele impetrante, estabelecendo as condições que se

---

<sup>20</sup> BRASIL. Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm) >. Acesso em: 01 abr. 2017.

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 16.

<sup>22</sup> Ibidem.

dará o exercício dos direitos ou das prerrogativas reclamados, conciliando as funções legislativa e jurisdicional.

Nesse sentido, dispõe o artigo 9º da Lei do Mandado de Injunção<sup>23</sup> que a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora, restringindo o alcance da norma jurídica criada - em prestígio à corrente concretista direta e individual -, além de limitar seus efeitos à condição da edição da referida norma regulamentadora, respeitando a função legislativa típica do Poder Legislativo.

Ressalte-se que, nesse sentido, o artigo 11, da Lei n. 13.300/2016<sup>24</sup> prevê que a norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

O ponto mais marcante da novel legislação é o seu artigo 9º, §1º<sup>25</sup>, que dispõe que poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração, isto é, o Tribunal poderá expandir os efeitos da decisão a todos que estiverem na mesma situação, típica solução adotada pela corrente concretista geral.

Trata-se de instrumento essencial para a tutela de direitos coletivamente considerados, tendo em vista que, por meio de mandado de injunção, via de regra, a solução era apenas *inter partes* - processo subjetivo, ao contrário da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Assim, interessados que se encontrem na mesma situação, não deverão propor demanda individual, mas sim, serão abrangidos pela norma formulada para o caso concreto individual caso ela seja generalizável o suficiente para atingir, de modo indistinto e indeterminado, todos os casos análogos.

Essa interpretação do dispositivo justifica, por exemplo, o conhecido caso do direito de aposentadoria especial dos servidores públicos<sup>26</sup>, um Mandado de Injunção individual que, ao produzir naturais efeitos *inter partes*, acabou resultando numa norma de conteúdo geral e abstrato, determinando a aplicação analógica aos servidores públicos de forma distinta e

---

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 721. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390> >. Acesso em: 01 abr. 2017.

indeterminada da disciplina legal da aposentadoria especial dos trabalhadores em geral, conforme o artigo 57, parágrafo 1º, Lei 8.213/1991<sup>27</sup>.

Embora o dispositivo citado possa ser alvo de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, certo é que a Lei 13.300/2016<sup>28</sup> representa um marco histórico, consolidando orientação que há anos vem sendo construída pelo STF, em atenção aos direitos e garantias fundamentais do Cidadão.

Trata-se de instrumento de controle da atividade legislativa e, sobretudo, remédio para fazer cessar a violação, por omissão, à prerrogativas constitucionais.

Nesse sentido, cumpre trazer o discurso do falecido Ministro Teori Zavaski, durante a cerimônia de sanção do ato<sup>29</sup>:

a opção de conferir ao mandado de injunção o perfil normativo-concretizador, como faz o STF, importa, em boa medida, atribuir ao Judiciário uma atividade tipicamente legislativa, cujo resultado será uma decisão com especialíssimas características, a saber: (a) uma decisão com natural eficácia prospectiva, ou seja, com efeitos normalmente aptos a se projetar também para o futuro (o que não é comum nas sentenças em geral); (b) uma decisão que, por isso mesmo, fica sujeita, quando necessário, a ajustes em função de supervenientes modificações do estado de fato ou de direito; e, enfim, (c) uma decisão com natural vocação expansiva em relação às situações análogas, efeito esse que, aliás, também decorre e é imposto pelo princípio da isonomia, inerente e inafastável aos atos de natureza normativa.

Embora a novel legislação pouco tenha inovado em relação aos últimos precedentes do STF em mandado de injunção, seu grande mérito foi constituir, de maneira objetiva e sistematizada, o estatuto específico desse remédio constitucional - não apenas sobre os efeitos de eventual decisão normativa, mas, também, relativamente aos seus aspectos procedimentais.

Sendo um ato legislativo editado pelo próprio Congresso Nacional, a Lei do Mandado de Injunção corrobora a legitimação democrática de decisões normativas do Poder Judiciário, que são constitucionalmente adequadas e necessárias em contextos excepcionais.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm) >. Acesso em: 01 abr. 2017.

<sup>28</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>29</sup> Discurso de Teori Zavascki no Palácio do Planalto durante a cerimônia de sanção da Lei 13.300/2016. Disponível em: <<http://jota.info/o-discurso-de-teori-zavascki-no-palacio-planalto-o-pais-esta-enfermo>>. Acesso em 01 abr. 2017.

Trata-se da primeira manifestação específica de um instrumento de combate às omissões inconstitucionais, respeitando o princípio democrático e o próprio Cidadão, que se via desamparado na busca de direitos e garantias constitucionalmente previstos.

No entanto, embora comporte um avanço em relação ao processo constitucional, incorporando técnicas hábeis à promoção de direitos fundamentais, não significa que terá atuação ilimitada. Assim, a análise dos limites dessa atuação jurisdicional criativa é tão importante quanto sua instituição, sob pena de serem desvirtuados, também, valores constitucionais.

### 3. CONSTITUCIONALIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL E LIMITES PARA A JURISDIÇÃO CRIATIVA

A ampliação dos poderes do magistrado no tratamento de omissões inconstitucionais tem nítido fundamento constitucional. Com efeito, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º, da CRFB/88<sup>30</sup>), o que reforça a necessidade de se conferir a máxima efetividade possível a essas normas - mesmo sem a atuação imediata do Poder Legislativo -, realizando o pretendido pelo Poder Constituinte Originário, com fulcro no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB/88<sup>31</sup>).

Nesse sentido, é preciso delimitar o âmbito de atuação de uma jurisdição criativa, de modo que esta não fique aquém do seu dever - não realizando o preconizado pelo legislador constituinte -, nem além - indo de encontro, por exemplo, ao princípio da separação dos poderes (art. 2º e 60, §4º, III, da CRFB/88)<sup>32</sup>.

Primeiramente, deve-se considerar que, naturalmente - isto é, não só no Direito -, à expansão de poderes corresponde o aumento de arbitrariedades, sobretudo se não dispostos limites. Assim, parte da doutrina contemporânea tem criticado a possibilidade de criação de normas jurídicas - e não espécies legislativas -, de acordo com a vontade de cada julgador (solipsista), violando a Constituição. Dessa forma, o aumento dos poderes levaria à

---

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> Ibidem.

discricionabilidade do julgador e a um decisionismo antidemocrático, visto que poderia impactar valores como a segurança jurídica.

Contudo, o aumento de poderes tendentes a evitar uma omissão que impede a fruição de direitos constitucionalmente garantidos deve ser visto sob duas óticas: a primeira referente à possibilidade de um dos Poderes da República tutelar e conferir esses direitos ao cidadão; a segunda referente à possibilidade deste Poder extrapolar sua função constitucionalmente estabelecida e violar preceitos fundamentais, tais como os da separação dos poderes e o da própria segurança jurídica.

De acordo com o demonstrado ao longo da exposição, é inegável que a exacerbação dos poderes do magistrado no trato de mandados de injunção visa a conferir ao cidadão direitos constitucionalmente garantidos. No entanto, muitos juízes podem entender a prerrogativa legal em favor do cidadão como forma de legislar - usurpando função típica do Poder Legislativo -, ou como forma de fazer Justiça, sem a observância das disposições necessárias para tanto. Assim, o que seria considerada uma decisão, em sede de mandado de injunção, justa e constitucional?

Conforme leciona Pedro Lenza - citando Daniel Sarmento<sup>33</sup> -, ao tratar sobre o “pamprincipiologismo”, assevera que os juízes passaram a buscar a justiça - ou o que entendem como justo - sem fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Essa “euforia” teria aberto um espaço muito maior para o decisionismo judicial, aquele julgamento discricionário e sem fundamentação. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, sendo prática profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito.

Seria, assim, prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, comprometendo a separação dos poderes; e seria prejudicial à segurança jurídica, pois torna o Direito muito menos previsível, prejudicando a capacidade de planejamento do cidadão e fortalecendo a “loteria judicial”.

A partir do exposto, não deve ser outro o limite para a jurisdição criativa que não a Constituição da República. O texto constitucional é o porto seguro para os necessários limites da interpretação e criação judicial. As soluções para o caso concreto posto à análise do Judiciário, que dependa de diploma regulador a ser editado pelo Poder Legislativo, devem se

---

<sup>33</sup> SARMENTO apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 186/187.

pautar nos princípios e regras constitucionais, incidindo as técnicas da ponderação, de concordância prática e da proibição de excessos, além da aferição da razoabilidade e proporcionalidade da medida, visando atingir uma situação de igualdade entre os cidadãos<sup>34</sup>.

A partir de uma interpretação sistemática do texto constitucional - e as leis infraconstitucionais que a ele devem se adequar, com base na hierarquia constitucional - e considerando as técnicas interpretativas que fortalecem o papel criador do Poder Judiciário, em contraponto às críticas referentes à ilegitimidade deste papel criador e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal como o guardião da Constituição, é forçoso reconhecer a necessidade de exacerbação, também, da necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Na histórica superação, pela jurisprudência do STF, do obstáculo do legislador negativo, restou consignado que não viola a função típica do Legislativo decisão que, suprindo a inércia deste Poder, defere o direito pretendido pelo particular. A adequada e pertinente fundamentação das decisões é o elemento legitimador destas, de modo que a falta de eleição, pelos cidadãos, dos membros do Poder Judiciário não impede a legitimidade de suas decisões. Será legítima, portanto, a decisão que se mostrar fundamentada de acordo com os dispositivos constitucionais, na forma do artigo 93, IX, da CRFB/88<sup>35</sup>.

Sendo a jurisdição o exercício do poder que emana do povo (artigo 1º, § único da CRFB/88<sup>36</sup>), a fundamentação das decisões proferidas no exercício da atividade judicial, para muito além de garantia processual, é mecanismo de controle que instrumentaliza a submissão do poder público não somente à fiscalização das partes, mas ao crivo social, legitimando a própria jurisdição, desempenhada com déficit democrático.

Nesse sentido, o artigo 489 do Novo Código de Processo Civil<sup>37</sup> dispõe, taxativamente, sobre o dever de fundamentação dos magistrados, compreendido sob ótica que mais se coaduna com o preceito constitucional. Assim, prestigia-se, também, o princípio do contraditório, evitando que decisões sejam proferidas sem levar em consideração os argumentos das partes, bem como os precedentes jurisprudenciais, seja para aplicá-los ou não.

---

<sup>34</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 144-185

<sup>35</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>36</sup> *Ibidem*

<sup>37</sup> BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm) >. Acesso em: 15 abr. 2017.

Percebe-se, dessa forma, que as legislações mais recentes que tratam da matéria impõe, explícita ou implicitamente, um ônus de fundamentação maior ao magistrado, pelos motivos já expostos. Trata-se da legitimação do poder exercido pelo Judiciário conferido pelo povo, já que seus membros não foram eleitos.

Assim, acompanhando a velha máxima que “grandes poderes são acompanhados de grandes responsabilidades”, nada mais escorreito que ampliar o ônus argumentativo do magistrado quando for deferir mandado de injunção criando norma jurídica com efeitos *ultra partes*.

Não se trata de obstaculizar o trabalho do magistrado no trato de omissões inconstitucionais, mas sim, de legitimar a atividade jurisdicional criativa, que veio a combater, justamente, uma “síndrome de omissões inconstitucionais”. Por isso, não cabe atender a um comando constitucional deixando outro de lado, devendo a atividade dos Poderes deve ser hígida e coordenado, sem espaço para discricionariedade anti-democrática.

Desse modo, as inovações trazidas pela Lei n. 13.300/2016<sup>38</sup>, por mais que se destinem ao cidadão desamparado pelo Poder Público, devem observar a necessária e adequada fundamentação para serem eficazes e legítimas no mundo jurídico, coibindo arbitrariedades e atendendo aos requisitos constitucionais mínimos para a validade do ato.

Se afastando de uma esfera meramente discricionária, a possibilidade de uma jurisdição criativa serve para atender os anseios dos cidadãos em ver seus direitos fundamentais respeitados, harmonizando os Poderes da República de forma que a falta de um deles não recaia sobre o cidadão, parte hipossuficiente em relação ao Poder Público.

## CONCLUSÃO

A necessidade de uma efetiva atuação do Poder Público para possibilitar a fruição de direitos constitucionalmente garantidos pelo particular possibilitou que a “síndrome de inefetividade das normas constitucionais” pudesse ser sanada pelo Poder Judiciário.

A “omissão inconstitucional” - referente à inércia do Poder Legislativo em editar um diploma regulamentador do exercício dos direitos fundamentais, sua função típica - fortaleceu o entendimento do Supremo Tribunal Federal em conferir aplicabilidade imediata às normas

---

<sup>38</sup> BRASIL, op. cit., nota 16.

definidoras de direitos e garantias fundamentais, independente da existência de espécie legislativa.

A partir da evolução deste entendimento, o STF atestou que uma atuação concretista estaria de acordo com a finalidade da Constituição da República, considerando tanto a íntima correlação entre um Estado Democrático de Direito - garantidor, portanto, de direitos abstratamente considerados - e a limitação vertical do poder de império do próprio Estado, quanto o papel do próprio Tribunal em salvaguardar o preconizado pela Carta Magna.

Dessa forma, passou a adotar posição concretista, conferindo direitos fundamentais aos particulares independentemente de diploma legislativo regulamentador e coadunando-se com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

A edição da Lei n. 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção) vem ao encontro da evolução jurisprudencial do STF, sendo a normatização legislativa geral da possibilidade de concretude de direitos por parte do Poder Judiciário, isto é, trata-se de verdadeira legitimação da atuação concreta do Poder Judiciário, sem que isso implique eventual afronta à Separação dos Poderes.

Contudo, como a concessão de poderes demanda, também, vinculação à finalidade pretendida, a própria lei dispõe sobre requisitos para se proferir esse tipo de decisão, conferindo freios à atividade jurisdicional criativa. Nesse sentido, preserva-se a competência do Poder Legislativo para editar o diploma regulamentador e confere-se ao Judiciário esse poder quando houver reconhecida omissão inconstitucional.

A possibilidade de edição de decisões aditivas - justamente aquelas em que o Estado-Juiz concede a tutela específica, garantida por preceito constitucional carente de regulamentação - contribui para o amadurecimento da jurisdição constitucional, suprimindo a desídia estatal e, ao mesmo tempo, impõe a necessidade de se estabelecerem limites à esse tipo de atuação.

Sendo a Lei do Mandado de Injunção considerada uma novidade no ordenamento jurídico - regulamentando uma atuação construída jurisprudencialmente -, deverá observar, obrigatoriamente, a Constituição da República, de acordo com a perspectiva kelseniana.

Assim, sua constitucionalidade se presume, já que se trata de ato do Poder Legislativo conferindo poderes típicos ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, alinhados Poderes Legislativo e Judiciário no trato das omissões inconstitucionais, a legitimidade da atuação do último dependerá, assim como suas decisões, da necessária e adequada fundamentação, sem a qual não se considerará válida a norma jurídica produzida no caso concreto.

Percebe-se, assim, que a edição da Lei do Mandado de Injunção se destina a combater uma das piores mazelas de um Estado Democrático de Direito: a falta de normatividade para o exercício de direitos fundamentais. A omissão do Poder Legislativo confere ao Poder Judiciário a legitimidade para suprir a deficiência estatal, em sintonia com os preceitos constitucionais.

É inaugurado um novo - e potencialmente eficaz - instrumento de tutela dos direitos fundamentais, posto à disposição do particular quando a falta de regulamentação legislativa impedir o exercício desses.

O tão aguardado e festejado diploma legislativo exerce papel eminentemente democrático, disciplinando o chamado “ativismo judicial”, tão temido no passado. Atualmente, a preocupação é com o cidadão, não sendo a inércia legislativa motivo hábil para impedir o acesso a direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm)> Acesso em: 20 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MI 107-DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752372/mandado-de-injuncao-mi-107-df>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MI 670-ES. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926661/mandado-de-injuncao-mi-670-es>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MI 708-DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725991/mandado-de-injuncao-mi-708-df>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MI n. 721. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Primeiros comentários à Lei nº 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção)*. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/06/primeiros-comentarios-lei-133002016-lei.html>>. Acesso em: 20 set. 2016.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALUF, André Luiz. *Lei do Mandado de Injunção abre portas para sentenças aditivas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-25/andre-maluf-lei-mandado-injuncao-abre-portas-sentencas-aditivas>>. Acesso em: 20 set. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. MENDES, Gilmar Ferreira. WALD, Arnaldo. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

OLIVEIRA, Cintia. *Mandado de injunção como fator de estímulo ao crescente ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8249](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8249)>. Acesso em: 20 set. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de Sousa. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Fórum, 2016.