



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Ativismo Judicial do STF perante as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão

Carla Kacelnik

Rio de Janeiro  
2012

CARLA KACELNIK

**O Ativismo Judicial do STF perante as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão**

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

Rio de Janeiro  
2012

## O ATIVISMO JUDICIAL DO STF PERANTE AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Carla Kacelnik

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo:** As normas de eficácia limitada presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 necessitam de regulamentação para que possam ter sua eficácia plena, objetivando a máxima efetividade das garantias constitucionais. Em decorrência da falta de regulamentação, pode ser ajuizado Mandado de Injunção ou Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, perante os quais o STF possui três opções de atuação: simplesmente declarar a inconstitucionalidade da aplicação da norma no estado em que se encontra e manter a inércia do Poder Legislativo; declarar a inconstitucionalidade e fixar prazo para que o órgão responsável pela edição da norma faltante o faça; e declarar a inconstitucionalidade e efetivar o direito pleiteado, proferindo decisão integrativa. Pretendemos mostrar, com base em jurisprudências da Corte Constitucional, que a opção inicial do STF vem se modificando, gerando a caracterização do ativismo judicial com todas as suas aprovações e críticas.

**Palavras-chave:** Normas constitucionais de eficácia limitada. Regulamentação. Poder Legislativo. Inércia. Mandado de Injunção. Ação direta de Inconstitucionalidade por omissão. STF. Decisão integrativa. Ativismo judicial.

**Sumário:** Introdução. 1. Normas Constitucionais de Eficácia Limitada. 2. Mandado de Injunção – natureza e efeitos. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão – natureza e efeitos. 4. Ativismo Judicial. 5. A transformação da jurisprudência sobre o tema no âmbito do STF. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a tratar de um tema presente e relevante dentro do mundo jurídico, o ativismo judicial, o qual é uma recente vertente de atuação do Supremo Tribunal Federal, que, para a efetivação de direitos e garantias constitucionais, passou a “legislar” através de decisões *erga omnes* e súmulas vinculantes.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veio repleta de normas programáticas, como metas de governo. Entretanto, várias normas não possuíam eficácia plena, necessitando de algum ato legislativo que as regulamentasse para que se chegasse à proteção do direito que nelas estava descrito.

O Poder Legislativo, apesar de ter elaborado alguns desses atos regulamentadores não o fez em sua totalidade, ainda quedando algumas normas impedidas de produzir seus efeitos pela falta da regulamentação. Para solucionar esse problema das normas de eficácia limitada, foram criados dois institutos: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Tais instrumentos levam até o Poder Judiciário a premente necessidade de regulamentação dessas normas para uma efetiva concretização desses direitos. Porém, apesar de o Poder Judiciário possuir função legislativa atípica, qual seja, através de seus regimentos internos, há quem entenda que, com essa atuação, viola o princípio da soberania popular e usurpa a competência do Poder Legislativo, dando origem ao ativismo judicial.

No caso do mandado de injunção, instrumento de direito subjetivo, apresentam-se três teses acerca das consequências de sua procedência. A primeira delas afirma ser papel do STF resolver a questão, de forma a regulamentar a norma de eficácia limitada no caso concreto. O segundo entendimento atribui ao mandado de injunção o efeito de declarar a inconstitucionalidade e dar ciência da omissão ao órgão responsável pela regulamentação, para que proceda à correção do fato. Por fim, a terceira posição afirma ser efeito do mandado de injunção a efetividade da norma, a tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais que se encontrem inviabilizados pela falta da norma regulamentadora. O entendimento do STF vinha sendo no sentido da segunda posição, de acordo com o MI n. 107, porém, por meio do MI n. 232 e do MI n. 283, essa concepção foi alterada, ao permitir ao Judiciário assegurar o exercício imediato do direito constitucional, como prega o terceiro entendimento.

Já, como consequência da procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, instrumento de direito objetivo, resultaria apenas na declaração de inconstitucionalidade e na ciência ao órgão do Poder Legislativo a respeito da omissão com o objetivo de que tomasse as providências necessárias. Contudo, não havia como garantir que o Legislativo agisse e nem como lhe aplicar uma sanção por não fazê-lo. Logo, a premissa maior do controle de constitucionalidade, qual seja, acabar com as inconstitucionalidades, não se realizaria.

A obediência ao princípio da separação de Poderes acabaria por comprometer o princípio da prevalência da Constituição. Acontece que a jurisprudência recente do STF vem afirmando que a declaração de inconstitucionalidade tem por efeito a imediata eliminação da lei ou ato normativo questionado em caráter *erga omnes*, não mais se exigindo a intervenção do Senado Federal, de acordo com o art. 103, §2º da CRFB.

Portanto, diante de entendimentos e jurisprudências recentes, pretende-se mostrar como o STF vem lidando com esses instrumentos, aproximando-os em relação a seus efeitos e utilizando-os para normatizar questões não observadas pelo Poder Legislativo, a fim de garantir o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Por fim, o estudo a seguir seguirá a metodologia do tipo bibliográfica.

## **1. AS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veio para alargar a dimensão dos direitos e garantias, não se limitando a assegurar os direitos individuais, mas também abrangendo os direitos coletivos e difusos. Essa Constituição pode ser qualificada como uma Constituição dirigente, uma vez que está direcionada ao futuro, buscando a transformação social.

As normas constitucionais recebem diversas classificações e uma delas é com relação à sua eficácia e aplicabilidade. Dentro dessa, a doutrina se divide e estabelece três possíveis classificações: a bipartida, a tripartida e a quadripartida. A classificação bipartida divide as normas constitucionais em: i) autoaplicáveis, que não precisam de atuação do legislador ordinário para serem aplicadas; ii) não autoaplicáveis, que necessitam dessa interferência do legislador ordinário para serem aplicadas. A classificação quadripartida as divide em: i) normas constitucionais com eficácia absoluta; ii) normas constitucionais com eficácia plena; iii) normas constitucionais com eficácia relativa restringível; iv) normas constitucionais com eficácia relativa complementável. Porém, a mais comum entre essas classificações e a que será aqui explorada é a tripartida que divide as normas constitucionais em: i) normas de eficácia plena, ii) normas de eficácia contida e iii) normas de eficácia limitada.<sup>1</sup>

As normas constitucionais de eficácia plena são dotadas de aplicabilidade imediata, direta e integral, para o que não dependem de nenhuma regulamentação posterior para produzirem efeito no mundo jurídico. Segundo José Afonso da Silva, em sua monografia sobre o tema, essas normas são: “aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.”<sup>2</sup>

Por outro lado, as normas de eficácia contida, são as que possuem aplicabilidade direta, imediata, mas por vezes não integral, já que podem sofrer restrições. Trazem os chamados conceitos jurídicos indeterminados para os quais, o legislador constituinte não restringiu a sua interpretação. Dessa forma, o âmbito de aplicabilidade da norma está diretamente condicionado à interpretação a ser dada a esse conceito amplo, o que pode alterar

---

<sup>1</sup> Moraes, Guilherme Pena de. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 76-82.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *apud* PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativa: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.67

de tempos em tempos, em decorrência das mudanças fático-sociais. Ainda, em virtude dessa dependência com relação à interpretação do conceito, as normas de eficácia contida, muitas vezes terão seu âmbito restringido.

Por fim, as normas de eficácia limitada são aquelas que não produzem todos os seus efeitos com a sua entrada em vigor. Elas possuem aplicabilidade indireta, mediata e reduzida porque somente serão capazes de gerar esses efeitos após necessária normatividade ulterior infraconstitucional, à qual condicionou as mesmas o legislador constituinte originário.

Elas se subdividem em: declaratórias de princípio institutivo ou organizatório e declaratórias de princípio programático. As primeiras visam a constituição de órgãos e instituições e trazem os esquemas gerais dessa constituição. Têm como função principal trazer ao legislador ordinário um parâmetro inicial para que, em cima dele, possa efetivamente fazer surgir concretamente o órgão ou a instituição. Enquanto isso, as normas de cunho programático condicionam as atividades do Poder Público, estabelecendo uma ética-social que deve ser respeitada na realização de programas sociais. Trazem para o aplicador do direito os fins sociais e de justiça social que as normas devem incorporar ao serem efetivamente aplicadas.<sup>3</sup>

Nesse contexto, cabe mencionar que a Constituição Federal de 1988, ao ter sido estabelecida como inovadora no que concerne aos direitos sociais e difusos, prega a aplicação de um princípio basilar: o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Tal princípio se refere precipuamente às normas que tratam de garantias e direitos fundamentais individuais e coletivos. Porém, como visto anteriormente, as normas de viés programático que possuem um cunho social necessitam de regulamentações infraconstitucionais para que à sua aplicabilidade ou efetividade possa ser conferido grau máximo. Assim, a noção de norma

---

<sup>3</sup> Ibidem, p.67-69.

programática deve estar intimamente ligada a esse princípio com vista a manter outro princípio fundamental, qual seja, a superioridade da Constituição.

Portanto, em não ocorrendo a ulterior normatividade requerida pelo legislador constituinte originário, resta configurada a omissão do órgão responsável pela elaboração da devida norma, em outras palavras, ocorre uma inconstitucionalidade por omissão.<sup>4</sup>

Faz-se necessário mencionar que somente originarão a inconstitucionalidade por omissão mencionada, as normas de princípio institutivo impositivas, já que obrigam o legislador a emitir o comando normativo, enquanto que as normas de princípio institutivo facultativas permitem ao legislador analisar, de acordo com a conveniência, a necessidade de regulamentação. Com relação às normas programáticas, apenas aquelas ligadas ao princípio da legalidade gerarão a inconstitucionalidade em questão, na medida em que há o dever jurídico de legislar.

## **2. O ATIVISMO JUDICIAL**

Desde sempre, uma das principais características da atuação do Poder Judiciário, que inclusive o diferencia dos outros poderes, é a inércia original de seus agentes legitimamente competentes. O propósito dessa inércia é assegurar um atributo essencial a esse Poder, qual seja, a imparcialidade do juiz. Tal ideia já faz parte do mundo jurídico desde Montesquieu quando elaborou a tripartição dos Poderes, atribuindo a cada um funções típicas e atípicas.

Com o novo modelo de Constituição, recheada de princípios e valores, a atuação do intérprete acaba se expandindo em detrimento da atuação do legislador. Além disso, cabe ainda ao aplicador do direito o exercício da ponderação de valores quando se encontrar diante

---

<sup>4</sup> Art. 103, §2º da CRFB 1988: Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo para fazê-lo em trinta dias. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

de um conflito entre princípios a serem aplicados a uma determinada situação concreta. Isso porque, no pós-guerra foram criadas cortes constitucionais, às quais cabia a guarda da Constituição e seus direitos fundamentais, mesmo contra atos do Parlamento. Tais cortes permanecem até hoje, tendo como representante no Brasil o Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, os conflitos entre o Judiciário e o Legislativo acabam sendo decorrência normal e até previsível do sistema de freios e contrapesos que consagrou o controle judicial da constitucionalidade dos atos do poder público.

De acordo com Mauro Cappelletti: “... a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha, e portanto, de criatividade, um grau que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direito sociais e interesses difusos.”<sup>5</sup>

Ocorre que, não são todas as decisões tomadas pelo STF que podem ser caracterizadas como expressão do ativismo judicial. Esse órgão possui a sua competência de julgamento delineada no art. 102 CRFB 1988<sup>6</sup> e as decisões que estiverem dentro desse rol são legítimas. Assim, somente poderemos observar o ativismo judicial quando a decisão do STF superar os limites impostos pela Constituição.

Pode-se dividir o ativismo judicial em dois tipos. O primeiro deles é o ativismo material, significando a situação em que o Judiciário ao ter sido solicitado para a resolução de

---

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 129

<sup>6</sup> CRFB 1988 art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I- processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; l) a reclamação para a preservação de sua competência e a garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o **mandado de injunção**, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; II – julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

um conflito, discute o mérito de assuntos que não lhe dizem respeito. Por outro lado, o ativismo processual, pode ser tido como a situação em que o Judiciário ao julgar uma demanda, independente de seu mérito, tenha alargado seu campo de decisão, concentrando em si mais poder do que lhe foi atribuído pela Constituição.

*Mutatis mutandis*, o ativismo judicial processual ou formal é o desrespeito, em desequilíbrio ao postulado da separação de poderes, pelo Poder Judiciário das regras de ordem técnica ou procedimental para o exercício da jurisdição, ao passo que o ativismo material ou clássico configura-se na manifestação indevida por esse Poder acerca do mérito, ou seja, do conteúdo de questões da competência dos outros poderes.<sup>7</sup>

Em ambos os casos, a consequência acaba por ser a mesma, a exorbitância dos limites constitucionais para o exercício da jurisdição, com a diferença que, no ativismo material o Judiciário invade a competência de outros Poderes, enquanto que, no processual, independente dessa usurpação de competência ou não, alarga a sua própria. Logo, o que torna uma decisão ativista não tem relação com o mérito de sua questão, e sim se quem a julgou tinha competência para tanto.

A CRFB de 1988, apesar de também adotar o modelo de controle de constitucionalidade difuso, deu maior ênfase ao modelo concentrado, fazendo com que as ações diretas de inconstitucionalidade fossem diretamente veiculadas perante o STF. Além disso, a EC n. 3 de 1993 atribuiu à decisão de declaração de constitucionalidade eficácia *erga omnes*, fazendo com que os efeitos daquela decisão sejam válidos para todas as pessoas e não somente para as partes, e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, fazendo com que o entendimento tenha que ser adotado em outras situações análogas.

---

<sup>7</sup> SCHETTINO, José Gomes Riberto. *Controle Judicial de Constitucionalidade e Ativismo Judicial Processual*. 2008. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 111.

No STF, há três possibilidades de manifestação do ativismo judicial: 1) estender o alcance dos princípios constitucionais; 2) a declaração de inconstitucionalidade dos atos de outros Poderes por critérios mais flexíveis e não se atendo estritamente ao que está escrito, utilizando a dúvida razoável; 3) a imposição pelo Judiciário de condutas ou abstenções ao Poder Executivo. Como, no presente estudo está se tratando de inconstitucionalidade por omissão, ater-nos-emos à última possibilidade, uma vez que haverá a determinação para saneamento da omissão.

Ainda, com o advento da EC 45 de 2004, atribui-se efeito vinculante também às ações diretas de inconstitucionalidade, o que faz alargar ainda mais o âmbito de incidência das decisões tomadas pelo STF. Para concluir, podemos fazer três observações sobre o tema:

i) há inequivocadamente uma tendência, com aparência de verdadeiro projeto, dos Poderes Executivo e Legislativo, notadamente deste, de promover uma concentração de poder na esfera de decidibilidade do Supremo Tribunal Federal; ii) dentre as muitas causas que podem ser elencadas desse deferimento de poder ao STF ... o discurso da máxima e célere efetivação das normas constitucionais em nome da segurança jurídica sobressai como ponto nevrálgico das várias alterações normativas; iii) independente de suas causas, a união dessa tendência de alargamento normativo do poder do STF ao uso que o Tribunal faça dos instrumentos de controle de constitucionalidade a ele conferidos faz exsurgir o risco de um ativismo judicial processual, em detrimento da harmonia da separação dos poderes tal como originariamente estabelecida na Constituição.<sup>8</sup>

Portanto, pode assim ser traçado o contexto do ativismo judicial brasileiro de hoje: Constituição analítica, anseio pela máxima efetividade de suas normas e atribuição dessa tarefa a um único órgão jurisdicional.

Tendo em vista essas peculiaridades, há divergência na população jurídica acerca dos efeitos do ativismo judicial, seria ele um benefício ou um malefício? De um lado, alguns entendem que, definitivamente, uma decisão ao ser caracterizada como ativista, assume uma clara usurpação de competência por parte do STF perante outros Tribunais, ofendendo a separação de poderes e, assim sendo, não é visto como um instituto aceitável.

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 123-124.

Por outro lado, uma vez que as decisões são solicitadas ao STF, é um indicativo de alguma necessidade não sanada por qualquer outro Poder ou Tribunal e, assim, a atuação concretista do STF decorreria de uma falha de quem quer que fosse o responsável por atuar naquele momento.

Um dos institutos que mais representa essa dualidade é a súmula vinculante, editada pelo STF, a partir do advento da EC 45/04. Segundo Nelson de Sousa Sampaio<sup>9</sup>,

[no desempenho de sua missão, o Judiciário pode praticar ato que vai desde a sentença clássica até atos propriamente legislativos. Assim é que, quanto à crescente extensão de seus efeitos, os atos dos juízes se escalonariam em sentença clássica, precedente, sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase legislativos e plenamente legislativos.]

Em contrapartida, Kelsen<sup>10</sup> afirma que “se aos Tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais, mas também normas jurídicas gerais, estarão eles em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição, e isso significará uma descentralização da função legislativa.”

A partir desse contexto, a atenção será focada em dois institutos que têm trazido grandes divergências a respeito dos seus efeitos, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

### **3. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO)**

A inconstitucionalidade por omissão é a inconstitucionalidade negativa, resultante da abstenção, inércia do poder político que deixa de praticar determinado ato exigido pela

---

<sup>9</sup> SAMPAIO, Nelson de Sousa. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1038.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1039.

Constituição. Conclui-se que só haverá essa inconstitucionalidade quando estiver presente o dever de ação.

A primeira vez em que se fala sobre ação direta de inconstitucionalidade por omissão no sistema constitucional brasileiro é na Constituição de 1988. Isso porque, esse texto, ao assumir um papel dirigente e programático trouxe uma boa quantidade de normas sem aplicabilidade imediata. Como visto anteriormente, para que essas normas possuam eficácia plena cabe ao legislador infraconstitucional estabelecer suas regulamentações, o que por vezes não ocorre.

Nesta concepção, a omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante, existe quando o legislador não cumpre o dever constitucional de emanar normas, destinadas a atuar as imposições constitucionais permanentes e concretas. Isto significa que o legislador violou, por ato omissivo, o dever de atuar concretamente, imposto pelas normas constitucionais. Logo, o conceito de omissão aponta a não fazer aquilo a que de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado, ou seja, a omissão inconstitucional está relacionada à exigência concreta de ação contida nas normas constitucionais.<sup>11</sup>

Assim, não é qualquer lacuna que vai dar ensejo a uma omissão constitucional. Para isso, a lacuna deve ser intencional, ou seja, a vontade do constituinte foi a de transferir para os órgãos infraconstitucionais a tarefa de dar a essas normas a plena aplicabilidade.<sup>12</sup> Isto é, em sendo possível a solução da lacuna através dos meios ordinariamente utilizados para a integração das normas, não restaria configurada a omissão constitucional.

A omissão que gera a ADO pode ser total ou parcial. Será total quando o legislador não satisfaz a providência legislativa necessária. Já a omissão parcial ocorrerá quando existe um ato normativo, mas que atende somente parcialmente a vontade da Constituição. Para o

---

<sup>11</sup> CANOTILHO, J. J. G., *apud* PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativa: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.91.

<sup>12</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin., *apud* BERNARDES, Juliano Tavares. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Ações Constitucionais*. 5 ed. Juspodium, 2011, p. 530.

STF, contudo, só haverá omissão inconstitucional quando ocorrer o inadimplemento do dever de legislar.<sup>13</sup>

Ainda vale ressaltar que esse tipo de omissão só surge após um razoável lapso temporal para que os atos normativos necessários sejam elaborados. Enquanto perdurar esse prazo forma-se uma situação constitucional imperfeita, e transcorrido esse lapso temporal, configura-se, então, a omissão.<sup>14</sup> Dessa forma, o parâmetro de controle de constitucionalidade dos atos omissivos deve unir dois requisitos: ser a norma constitucional e ter sido percorrido *in albis* esse prazo razoável.

O objeto da ADO, assim como o da ação direta de inconstitucionalidade, ADI, é atentar para a obediência da ordem jurídica e não tratar de casos específicos. E, por isso, até 2008, não se dava tanta importância à diferenciação das duas, havendo um único instrumento, a ADI genérica. Trata-se, portanto, de uma hipótese de processo objetivo, de controle de constitucionalidade abstrato, concentrado e direto. Somente com a Lei 12.063/09 foram incluídos na Lei 9.868/99 dispositivos acerca da ADO.

Sobre o objeto especificamente, deve a omissão ser acerca de medidas genéricas e abstratas, sejam elas legislativas ou administrativas, imputáveis a órgãos federais e estaduais. Sendo o órgão municipal caberá ADPF, consoante o disposto no art. 1º Lei 9.882/99.

O grande dilema acerca do tema aparece quando se analisa a decisão em ADO. Sendo a ação julgada improcedente não há maiores discussões, vez que não se vislumbrou a omissão ou a mesma não foi reputada como inconstitucional.

Entretanto, se a ADO for julgada procedente começa o debate, porque, em um Estado Democrático de Direito, a mora na edição de normas deve ser sanada, exclusivamente,

---

<sup>13</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1336.

<sup>14</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos *apud* BERNARDES, Juliano Tavares. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Ações Constitucionais*. 5 ed. Juspodium, 2011, p. 540.

pelos órgãos de produção normativa a quem a Constituição determinou essa função. Assim, a produção da norma nunca poderia ser substituída por um comando judicial.

E assim é previsto no art. 103 §2º CRFB, em que se afirma que cabe ao Tribunal somente constatar a omissão do legislador e dar ciência ao órgão competente para que sane a omissão e, em se tratando de omissão administrativa, a decisão determinará a realização das medidas necessárias em trinta dias.

O dever dos Poderes Constitucionais ou dos órgãos administrativos de proceder à imediata eliminação do estado de inconstitucionalidade parece ser uma das consequências menos controvertidas da decisão que porventura venha a declarar a inconstitucionalidade de uma omissão que afete a efetividade de norma constitucional.<sup>15</sup>

Ocorre que, ainda assim, muitas vezes, o provimento jurisdicional não alcança os efeitos pretendidos, não sendo eficientemente eliminadas do sistema jurídico as inconstitucionalidades. Isso porque, não pode o Judiciário estabelecer prazo para que se efetue a normatização necessária e, ainda que houvesse essa possibilidade, não há sanção que o Judiciário possa determinar ao Legislativo pelo não cumprimento do prazo determinado na decisão de procedência da ADO. Dessa forma, parece prevalecer, em nosso ordenamento, o princípio da separação de poderes em face da Constituição, a qual é o principal parâmetro de todo e qualquer Estado Democrático de Direito.

Por isso, começou-se a cogitar em outras maneiras de sanar a não aplicabilidade das normas em decorrência das lacunas. Um exemplo seriam as decisões aditivas, em que o Judiciário se sub-roga na competência do ente omissor e finda a omissão constitucional. Esse entendimento, apesar de ser de grande utilidade em Tribunais na Itália e Espanha, aqui possui um obstáculo: a proibição do Judiciário em adentrar a função típica do Poder Legislativo.

---

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1350.

Surgem, portanto, em virtude dessa situação, no cenário constitucional brasileiro alguns entendimentos. O primeiro deles prega pela interpretação literal do art. 103 §2º da CRFB, ficando o STF restrito ao reconhecimento da inconstitucionalidade da omissão e à ciência do órgão competente. Esse é o que predomina para a corrente tradicional.

O segundo vai mais além e afirma que o Tribunal, ao decidir pela existência de omissão inconstitucional, poderá estabelecer um prazo razoável para que a sua decisão seja cumprida, ou seja, para que a norma lacunosa seja elaborada. Essa vertente, ainda que mais eficaz do que a primeira, resta prejudicada porque não existe sanção que o Poder Judiciário possa impor ao Poder Legislativo em virtude do não cumprimento de sua decisão.

Por fim, há um terceiro entendimento, mais contemporâneo que, diante do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, afirma poder o Tribunal agir para, no caso concreto, suprir a lacuna legislativa e satisfazer o direito constitucional pleiteado que outrora fora obstaculizado pela falta da regulamentação.

Afinal, poderá o Judiciário assumir duas posições distintas: ser um simples aplicador do Direito ou se transformar em algo parecido com o “juiz Hércules”, figura trazida por Ronald Dworkin, avocando para si a responsabilidade de efetivar os princípios e diretrizes previstos na Constituição de 1988, decidindo as lides com base nos princípios que a sociedade entende moralmente corretos.

#### **4. O MANDADO DE INJUNÇÃO (MI)**

Esse remédio constitucional veio previsto, pela primeira vez, na CRFB 1988 no art. 5º, LXXI e tem como principal objetivo sanar a falta de regulamentação prejudicial à efetividade dos direitos e garantias constitucionais. Nas palavras de José Afonso da Silva<sup>16</sup>,

---

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Brasil: Malheiros, 2005 p. 448.

Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação.

Essa ação possui três requisitos: a falta de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada; ser o impetrante beneficiário desse referido direito; e o nexos causal entre a falta da norma e a inviabilização do direito. O interesse de agir, no caso, decorre da titularidade do bem reclamado, visando a sua direta utilidade. Para a concessão do mandado de injunção deve ser comprovado pelo impetrante esse nexos causal entre a falta da norma e a impossibilidade de exercício do direito.

Discutiu-se a respeito do conceito de “norma regulamentadora” que traz o art. 5º, LXXI e, ao realizar uma interpretação sistemática da Constituição, entendeu-se que o melhor significado seria aquele trazido no art. 103 §2º CRFB quando trata da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Dessa forma, pode-se dizer que norma regulamentadora é “toda e qualquer medida para tornar efetiva a norma constitucional, o que inclui leis complementares, ordinárias, decretos, regulamentos, resoluções, portarias, dentre outros atos.”<sup>17</sup> Portanto, com essa extensão do significado de norma regulamentadora também estarão entre elas a produção de ato administrativo e ato material.

Assim, o mandado de injunção se presta a aplicar a norma constitucional ao impetrante, ainda que a norma regulamentadora não tenha sido criada, ou melhor, justamente porque ela não foi criada. O objetivo é a outorga do direito pleiteado e não a criação da norma regulamentadora.

Quanto ao objeto do mandado de injunção trava-se uma divergência doutrinária. O art. 5º, LXXI CRFB diz: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma

---

<sup>17</sup> PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativa: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.135.

regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. A respeito do tema surgiram, então, três correntes de entendimento.

A primeira corrente afirma que o inciso, ao inserir em sua parte final, a nacionalidade, a soberania e a cidadania estaria restringindo tanto as prerrogativas quanto os direitos e liberdades mencionados anteriormente. Trata-se, logo, da corrente mais restritiva. Por todos cita-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho.<sup>18</sup>

Uma segunda corrente, intermediária, defendida por Celso Bastos<sup>19</sup>, sustenta que a expressão “direitos e liberdades constitucionais” está adstrita aos direitos e garantias fundamentais do Título II da Constituição.

A terceira corrente de entendimento, ampliativa e majoritária, afirma que os direitos, liberdades e prerrogativas salvaguardados pelo artigo são quaisquer direitos e liberdades previstos em qualquer dispositivo da Constituição, por não haver no inciso LXXI do art. 5º nenhuma restrição, ficando somente as prerrogativas restringidas àquelas temáticas mencionadas no artigo<sup>20</sup>.

Há quem sustente ainda uma quarta corrente, a superampliativa, a qual entende que além da proteção trazida pela corrente anterior, caberia também mandado de injunção para assegurar prerrogativas demarcadas em normas infraconstitucionais, desde que inerentes à nacionalidade, à soberania ou à cidadania.

Quanto ao procedimento processual dessa ação, como ainda não há norma específica para ele, utiliza-se das regras do mandado de segurança, de acordo com o art. 24, parágrafo único da Lei 8.038/90. Certo é que nem todas as regras do mandado de segurança são

---

<sup>18</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves., *apud* op. cit., p.139.

<sup>19</sup> BASTOS, Celso., *apud* op. cit., p.140.

<sup>20</sup> Nesse sentido: José Afonso da Silva, Carlos Mário Velloso, Celso Agrícola Barbi, Carlos Augusto Alcântara Machado, Paulo Roberto Lyrio Pimenta e Clèmerson Merlin Clève.

aplicáveis ao mandado de injunção, logo essa aplicação se dá na medida de sua compatibilidade com o objetivo do instrumento.

A legitimidade ativa é ponto diferencial desse remédio constitucional para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Enquanto aqui, segundo o texto constitucional, qualquer um que tenha o exercício de seu direito inviabilizado pela falta da norma regulamentadora poderá pleitear a efetividade do mesmo, na ADO somente o rol de sujeitos elencado no art. 103, I a IX CRFB é que poderá requerer em juízo a solução da omissão. Já, a legitimidade passiva recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito e não sobre a autoridade competente para elaborar a norma faltante.

A essência desse instrumento é transitória, já que com o fim das omissões legislativas não haveria mais objetos capazes de ensejar o seu ajuizamento.

A grande discussão acerca do mandado de injunção se refere à sua decisão, ou melhor, até onde a sua decisão pode chegar. E, em virtude disso, criaram-se algumas teorias a serem exploradas a seguir.

A primeira teoria é a Teoria da subsidiariedade, segundo a qual o órgão competente para julgamento, na decisão, deve se limitar a declarar a mora legislativa, dando ciência ao responsável omissor para que seja editada a norma necessária, assim como ocorre nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103 §2º CRFB). Logo, os dois institutos teriam a mesma função, fazendo com que um deles se tornasse desnecessário.

Tal teoria foi adotada pelo STF em várias decisões. Ocorre que, ainda que a intenção fosse boa, essa decisão não possuía efetividade, uma vez que sequer determinava um prazo para seu cumprimento. A sentença aqui possuía caráter meramente declaratório da omissão e assim, o direito poderia continuar tendo seu exercício obstaculizado pela não edição da norma. Barroso<sup>21</sup> assim explica essa teoria: “Assim, de acordo com a interpretação da

---

<sup>21</sup> BARROSO, Luis Roberto. *apud* op. cit., p.151.

Suprema Corte, há dois remédios para que seja dada ciência ao órgão omissor do Poder Público, e nenhum para que se componha, em via judicial, a violação do direito constitucional pleiteado.”

A segunda teoria é a Teoria da independência jurisdicional, em que a natureza da sentença será constitutiva *erga omnes* porque caberia ao órgão julgador editar uma norma geral, não se atendo ao caso concreto. Nesse caso, o Judiciário atuaria em substituição ao órgão omissor responsável pela regulamentação.

Essa é a teoria que mais recebe críticas tendo em vista que a função legislativa é atípica no Judiciário e, assim, estaria gerando conflito com o princípio da separação dos poderes. Estaria se transformando um meio de tutela de direito subjetivo em tutela de direito objetivo, o que seria matéria de ADO. Enquanto que nessa o objetivo é a supressão das lacunas, no mandado de injunção a finalidade é dar efetividade ao direito inviabilizado.

Como terceira e última teoria, apresenta-se a Teoria da resolutividade. Essa é para alguns doutrinadores<sup>22</sup> a mais adequada ao nosso ordenamento jurídico. Essa teoria afirma que a decisão em sede de mandado de injunção será constitutiva *inter partes* em relação à norma faltante. Segundo esse entendimento, o órgão julgador deverá decidir o caso tomando como base os princípios constitucionais positivados e a equidade, fazendo com que a efetividade do direito, até então obstado, seja plena e imediata. Trata-se, no caso, de atividade integradora do Poder Judiciário, em que se cria norma jurídica individual para o caso concreto não eliminando a lacuna do sistema que será tarefa do Poder Legislativo. Através dessa corrente, o mandado de injunção permite ao Judiciário exercer uma interpretação criativa para construir uma solução satisfatória, constituindo o direito do impetrante.

---

<sup>22</sup> MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa *apud* MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Ações Constitucionais*. 5 ed. Juspodium, 2011, p. 228.

Contudo, dentro dessa teoria há uma subdivisão em duas vertentes, segundo Rodrigo Mazzei<sup>23</sup>. A primeira afirma que o órgão julgador, além de editar a norma faltante deve resolver a lide no caso concreto, proferindo uma sentença condenatória, constitutiva ou declaratória. Defensor dessa corrente é José Carlos Barbosa Moreira que manifestou seu entendimento no MI nº6<sup>24</sup>. Ainda filiada a esse entendimento, está Maria Helena Diniz<sup>25</sup> que assim dispõe:

A tarefa integradora ou de colmatação de lacunas é criadora, no sentido de criar como algo explícito, algo já implícito no sistema jurídico, estabelecendo-se uma norma individual relativa à hipótese não regulamentada, submetida à apreciação do Judiciário. Não cria direito novo, mas apenas uma norma individual que se aplica só ao caso que lhe deu origem. O Judiciário, portanto, não daria uma decisão substituindo o legislador, eliminando a lacuna técnica, nem tampouco recomendaria ao legislador a feitura da lei. (grifo nosso)

A segunda vertente entende que o papel do órgão competente para o julgamento do mandado de injunção se limita à integração normativa, já que essa ação estaria vinculada a um outro processo, no qual o indivíduo tenha tido o exercício de algum direito ou prerrogativa constitucional obstaculizado pela falta da norma regulamentadora. Na esteira dessa segunda corrente encontra-se Calmon de Passos<sup>26</sup>. Vê-se que nessa última vertente há um requisito além: já existir um processo em curso, no qual o direito do indivíduo não pôde ser realizado

---

<sup>23</sup> MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Ações Constitucionais*. 5 ed. Juspodium, 2011, p. 228.

<sup>24</sup> “[...] imprime-se maior efetividade prática ao remédio constitucional que, assim manejado, passa a corporificar instrumento verdadeiramente útil à proteção dos direitos previstos na Lei Maior, mas de exercício inviabilizado pela inércia do órgão regulamentador, suscetível – sem essa válvula de frustrar, indefinida e intoleravelmente, o cumprimento do que determina a própria Constituição, conforme é sabido que aconteceu, ao longo da nossa história, em hipóteses cuja repetição, justamente, se quis evitar.” MOREIRA, José Carlos Barbosa *apud* Ibid., p. 229.

<sup>25</sup> DINIZ, Maria Helena *apud* Ibid., p. 230.

<sup>26</sup> “Já dissemos que no mandado de injunção não há certificação do direito subjetivo de natureza constitucional. Esse acerto é prévio. Nem há condenação no mandado de injunção, que se limita a editar a norma regulamentadora, para aplicação no caso concreto. Temos, portanto, uma sentença de natureza constitutiva, positiva, que cria ou constitui uma situação nova, inobtenível sem a decisão judicial: condição para o exercício do direito já certificado.” PASSOS, José Joaquim Calmon de. *apud* Ibid., p. 230.

pela falta da norma regulamentadora. Seria, portanto, uma hipótese de ação incidental de controle de constitucionalidade.

Há, também, uma posição mista, combinando a Teoria da subsidiariedade com a Teoria da resolutividade. Essa teoria mista foi utilizada pelo STF em alguns casos. A partir dela, o STF, ao julgar procedente o pedido no mandado de injunção determinaria prazo razoável para que o responsável pela edição da norma sanasse a omissão e se, ao final desse prazo esse provimento não tivesse sido cumprido, ficaria autorizado ao indivíduo o exercício do direito invocado.

Portanto, é possível vislumbrar que entre esses dois institutos, apesar de serem diferentes, a ligação pode ser grande, sendo difícil por muitas vezes identificar qual o instrumento certo para acionar o Judiciário, uma vez que os efeitos de ambos têm sido adaptados pelas decisões dos Tribunais. A seguir será feita uma análise evolutiva de como a jurisprudência do STF encara essas duas ações e qual o impacto disso na comunidade jurídica.

## **5. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DO TEMA**

Inicialmente, como afirmado anteriormente, o STF encarava o mandado de injunção como simples meio de realizar direitos constitucionais obstados pela falta de norma regulamentadora, limitava-se a declarar a inconstitucionalidade por omissão e a determinar que o legislador tomasse as providências necessárias para supri-la, dando plena eficácia à norma. Dessa maneira, estabelecia-se o mesmo efeito para o MI e para a ADO, determinada pelo art. 103 §2º CRFB que assim dispõe: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para

a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Tal tese é comprovada pelo MI 107 em que a maioria dos Ministros entendeu ser o caso de apenas reconhecer a inconstitucionalidade e cientificar o órgão competente. Contudo, o Ministro Carlos Velloso, já nesse precedente se mostrava contrário à maioria, apostando em um novo efeito do MI. Assim disse ele em seu voto vista<sup>27</sup>:

Sustento a tese no sentido do caráter substancial do mandado de injunção, pelo que faz o mesmo as vezes da norma infraconstitucional ausente e integra o direito ineficaz, ineficaz em razão da ausência da norma regulamentadora, à ordem jurídica. Quer dizer, mediante o mandado de injunção, o juiz cria, para o caso concreto, a norma viabilizadora do exercício do direito (...) Divirjo, portanto, data vênua, do entendimento segundo o qual com o mandado de injunção obtém-se o mesmo que se obtém com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão: procedente a ação do mandado de injunção, simplesmente dá-se ciência ao órgão incumbido de elaborar a norma regulamentadora de que está ele omissa. Esse entendimento, data vênua, esvazia a nova garantia constitucional do mandado de injunção, que tem por escopo viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Seguindo na esteira desse entendimento, de trazer efeitos mais eficazes para o mandado de injunção, o MI 232 inovou. Nele o relator, o Ministro Moreira Alves, em seu voto a respeito do mérito da questão, superada a preliminar de *ilegitimidade ad causam*, além de reconhecer a mora legislativa do Congresso Nacional determinou o prazo de seis meses

---

<sup>27</sup> MI 107. EMENTA : Mandado de injunção. Estabilidade de servidor público militar. Artigo 42, paragrafo 9., da Constituição Federal. Falta de legitimação para agir. - Esta Corte, recentemente, ao julgar o mandado de injunção 188, decidiu por unanimidade que só tem "legitimatío ad causam", em se tratando de mandado de injunção, quem pertença a categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele. - Em se tratando, como se trata, de servidores públicos militares, não lhes concedeu a Constituição Federal direito a estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação desse direito, mas, ao contrario, determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores públicos militares, estabelecendo quais os requisitos que estes devem preencher para que adquiram tal direito. - Precedente do STF: MI 235. Mandado de injunção não conhecido. STF. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28107%2ENUMER%2E+OU+107%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 13 set. 2012.

para que se regulamentasse o referido direito, sob pena do mesmo ser exercido pelo impetrante, ainda que sem a norma faltante. Foi como concluiu seu voto<sup>28</sup>:

Assim, conheço, em parte, do pedido, e, nessa parte, o defiro para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do art. 195, §7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.

Já o Ministro Marco Aurélio, assim como o Ministro Carlos Velloso e o Ministro Sepúlveda Pertence, não se contentaram com a aplicação de prazo para que o legislador atue. Afirmam que, no mandado de injunção o direito obstaculizado deve ser efetivado ao impetrante e, portanto, em seus votos já aduziram os requisitos que entenderam serem cabíveis para que as entidades obtenham a imunidade requerida. Em suas palavras:

Creio que, mais cedo ou mais tarde, (...) teremos que atentar para o objetivo, a *mens legis* da norma constitucional, que outro não é senão tornar eficaz um direito previsto na Carta. ... O mandado de injunção deve viabilizar o exercício do direito previsto na Carta. Com isso, concluo pelo acolhimento do pedido e estabelecimento dos requisitos que poderão vir a ser substituídos por uma outra legislação específica(...) (Marco Aurélio)

Com tais considerações, peço licença ao eminente Ministro Relator para divergir do seu douto voto e, em divergindo, estabeleço, de pronto, como entendo que quer a Constituição que eu o faça, a norma viabilizadora do direito, em concreto. Tal como fez o Sr. Ministro Marco Aurélio, adoto, como requisitos a serem observados, os que se inscrevem no art. 14 do Código Tributário Nacional para obtenção da imunidade referente a imposto. (Carlos Velloso).

Entretanto, pela maioria dos votos prevaleceu o entendimento do relator, corroborado no voto do Ministro Sydney Sanches<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> MI 232. Ementa: Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. STF. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28232%2E+OU+232%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 13 set. 2012.

Também peço vênia aos eminentes Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja para acompanhar o eminente Ministro Relator. Entendo que a solução encontrada por S. Exa. não fecha ao Legislativo a oportunidade de legislar, mas também não deixa de indicar uma consequência para a omissão, porque determina que, se não legislar, a imunidade fica desde logo reconhecida, de maneira que o requerente não resta desamparado.

Na ADI 3682, foram seguidos esses passos, uma vez que o Ministro Gilmar Mendes, Relator do processo, após digressão a respeito do controle de constitucionalidade por omissão no Brasil e no direito comparado, decidiu reconhecer a mora do legislador e estabelecer, como prazo razoável para suprir a omissão, o decurso de dezoito meses<sup>30</sup>.

Assim sendo, voto no sentido de declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote

<sup>29</sup> MI 232. Ementa: Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. STF. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28232%2ENUMER%2E+OU+232%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 13 set. 2012.

<sup>30</sup> ADI 3682. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. STF. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283682%2ENUMER%2E+OU+3682%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 13 set. 2012.

ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão.

Grande evolução no tema promoveu o MI 708 que tratava do exercício do direito de greve pelos funcionários públicos. Tal tema já tinha sido apreciado pelo Judiciário, o qual já havia constatado a mora legislativa e determinado a sua elaboração, porém a inércia permaneceu. O inteiro teor do acórdão, além de ser recheado de conteúdo acerca do próprio mandado de injunção, traz divergências sobre como sanar a omissão, tendo prevalecido, no caso, a aplicação analógica da lei referente ao direito de greve para os funcionários de empresas particulares. O Ministro Gilmar Mendes sustentou que<sup>31</sup>:

---

<sup>31</sup> MI 708. EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIACÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003. 2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. 2.1. (...) Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à

Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetida absoluta e exclusivamente a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo [...]

Não estou aqui a defender a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, enfatizo tão somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo [...]

De resto, uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos. Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vigência democrática de um Estado de Direito.

É certo, igualmente, que a solução alvitrada por essa posição não desborda do critério da vontade hipotética do legislador, uma vez que se cuida de adotar, provisoriamente, para o âmbito da greve no serviço público, as regras aplicáveis às greves no âmbito privado.

Adiante, finda o relator reconhecendo a omissão legislativa, determinando que se aplique a Lei 7.783/1989 e fixando prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional sane a omissão.

O Ministro Ricardo Lewandowski, a seu turno, pugnou pela concessão de maior efetividade ao mandado de injunção, dando concreção aos direitos fundamentais, mas discordou com o Relator acerca da solução. Para Lewandowski, não se deveria aplicar analogicamente a referida lei, pois suscitaria uma série de dúvidas sobre o que realmente seria aplicável ou não<sup>32</sup>.

---

declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. 2.2. Em alguns precedentes(em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI no 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei no 7.783/1989). (...) 4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII) (...) 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis. STF. Disponível em<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28708%20ENUNUM%2E+OU+708%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 13 set. 2012.

<sup>32</sup> MI 708. EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA Apreciação NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS,

De fato, embora sedutora a ideia segundo a qual seria possível e desejável, até, aplicar-se a todos os movimentos parciais do setor público a Lei 7.783/1989, destinadas a regular as paralisações no setor privado, disciplinado, assim, definitivamente, ou enquanto perdurar a inércia do Legislativo, as greves dos servidores públicos, hoje carentes de qualquer regramento, quer me parecer que tal solução, insisto, representaria indevida ingerência do Judiciário na competência privativa do Congresso Nacional de editar normas abstratas e de caráter geral, além de desfigurar o mandado de injunção, importante instrumento concebido pelo constituinte para regular, caso a caso, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativas assegurados na Carta Magna.

Logo, o Ministro preconiza que melhor seria estabelecer um regramento próprio, até que se editasse a norma, o que foi feito em seu voto. Para tanto, utilizou-se de princípios e regras constantes da Lei 7.783/1999 que entendeu serem cabíveis à situação concreta. Ainda,

---

FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5o, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003. 2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. 2.1. (...) Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. 2.2. Em alguns precedentes(em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI no 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei no 7.783/1989). (...) 4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII) (...) 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis. STF. Disponível em<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28708%2ENUMER%2E+OU+708%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 13 set. 2012.

o Ministro Joaquim Barbosa mostrou a sua preocupação em essa disciplina excepcional a respeito da matéria se tornar a verdadeira norma. Prevaleceu o entendimento do Relator, aplicando-se analogicamente a norma.

Por fim, o Ministro Eros Grau (MI 712) como novamente o Ministro Gilmar Mendes (MI 670), ambos acerca do direito de greve do servidor público, unem-se a essa ideia de superar o obstáculo construído pela falta da norma regulamentadora e utilizar-se de outras para dar a efetividade necessária ao direito reclamado. Dessa forma, passaram a entender pela necessidade de sentenças aditivas. Nas palavras do Ministro Eros Grau<sup>33</sup>:

[...] constitui poder-dever deste Tribunal a formação supletiva, no caso, da norma regulamentadora faltante [...]

Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o art. 37, VII da Constituição, função normativa, porém não legislativa.

O Poder Judiciário, no mando de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado.

---

<sup>33</sup> MI 712. EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. (...) 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnudas de eficácia. (...) 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. (...)14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. [...]



é possível, contudo apenas de forma complementar e não de forma substitutiva como estava ocorrendo. Após tecer análise sobre a essencialidade da Defensoria Pública, o Ministro determinou que a Defensoria fosse criada no prazo de seis meses.

Em comentário, o Ministro Cezar Peluso sustenta:

Eu acho que seria importante também notar que não estamos expedindo nenhuma ordem para o Estado criar; não é essa a nossa função no caso. Isto é, o Estado vai ser colocado diante da seguinte alternativa: se, dentro de certo prazo, não criar a Defensoria Pública, a assistência será prestada na forma das leis em vigor, salvo as que declaramos inconstitucionais.

E complementa o Ministro Marco Aurélio: “Nem mesmo na ação direta de inconstitucionalidade por omissão podemos fixar prazo para que outro Poder exerça atividade precípua.”

Por fim, o Ministro Luis Fux aduz que:

Senhor Presidente, pela ordem. É só para lembrar que o Supremo Tribunal Federal tem vários precedentes, e essa classificação de que na ação declaratória de constitucionalidade nós nos limitamos a declarar a nulidade é já uma tendência superada, como também já é superada essa questão de se imaginar que a Suprema Corte não exerça e nem possa exercer o papel de legislador positivo no caso das sentenças aditivas. Essa classificação moderna, hoje, da eficácia das decisões no controle de constitucionalidade modificou-se completamente. Nós temos vários exemplos, inclusive mandando aplicar decisões a determinados funcionários que não estavam nem encampados na ação proposta, e há declarações de constitucionalidade eliminando outros dispositivos. De sorte que não há mais aquela ortodoxia de nós nos limitarmos a declarar a inconstitucionalidade. Então, como há possibilidade de sentença aditiva, a proposta do Relator talvez fosse ponderada, sob o ângulo do prazo razoável.

A ADI acabou por modular os efeitos da inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados a partir do prazo de um ano. Assim, apesar de não manifestar claramente sobre a determinação da criação da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina em um ano, foi o que o STF acabou por fazer.

Vê-se assim, que em se tratando da jurisprudência da mais alta Corte Constitucional brasileira, vem ela evoluindo e tentando se amoldar aos novos anseios da sociedade para que exerça realmente seu papel: efetivar os direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Como afirma Gilmar Mendes<sup>35</sup>:

O dever dos Poderes Constitucionais ou dos órgãos administrativos de proceder à imediata eliminação do estado de inconstitucionalidade parece ser uma das consequências menos controvertidas da decisão que porventura venha a declarar a inconstitucionalidade de uma omissão que afete a efetividade de norma constitucional. O princípio do Estado de Direito, a cláusula que assegura imediata aplicação dos direitos fundamentais e o disposto no art. 5, LXXI, que, ao conceder o mandado de injunção para garantir os direitos e liberdades constitucionais, impõe ao legislador o dever de agir para a concretização desses direitos, exigem ação imediata para eliminar o estado de inconstitucionalidade.

## 6. CONCLUSÃO

A Lei Fundamental de um Estado, segundo a teoria de hierarquia de Hans Kelsen, constitui a norma suprema do ordenamento jurídico, o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. A Constituição Federal de 1988 é caracterizada por ser uma Constituição Dirigente, que impõe atitudes positivas por parte dos Poderes Públicos para complementar seu alcance e atingir seus objetivos, uma vez verificadas as chamadas normas de eficácia limitada.

Para sanar essas eventuais omissões foram criados dois instrumentos: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, anteriormente estudados. A partir dessa análise, vê-se que desde a criação desses institutos jurídicos, a sua aplicação rendeu frutos diferentes. Isto é, com a evolução da jurisprudência brasileira, as decisões do Judiciário nessas searas passou a ser eficaz e conferir àquele que pleiteia, o seu direito.

Com isso, inúmeras foram as críticas ao Poder Judiciário, afirmando se tratar de uma usurpação de competência do Legislativo, sustentando que seriam casos de ativismo judicial. Ocorre que o direito é feito de interpretação de normas e conceitos. E então, chega-se à questão: o que é o ativismo judicial?? Será ele realmente tão ruim?? Como resposta obtemos os mais diferentes pensamentos, já expressos nesse trabalho, na parte específica sobre o tema.

---

<sup>35</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1350.

O que realmente importa é que aqueles que tinham seus direitos protegidos constitucionalmente obstados têm conseguido a sua efetivação, seja por via de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, seja através do mandado de injunção. E isso se deve em função de, ao concluir pela omissão Legislativa, recusar-se o Judiciário a ficar inerte diante do fato. Deve-se em função de juízes que acham inconcebível que formalismos processuais atravanquem a máxima efetivação dos direitos previstos na Constituição de 1988 e chamam para si a responsabilidade da decisão. Não se pode admitir que, concluindo-se pela existência de uma omissão legislativa que impede a concretização de um direito fundamental, simplesmente se dê ciência ao órgão competente e se permaneça sob o seu juízo de conveniência e oportunidade. Se assim o fosse, de acordo com o entendimento de Barroso, anteriormente citado, haveria como se dar ciência ao órgão a respeito da omissão, porém nada se poderia fazer para evitar a violação ao direito constitucional requerido.

Nesses casos, o Judiciário foi solicitado em virtude da não entrega efetiva dos direitos do cidadão e, como guardião da ordem constitucional que, hoje é conhecida como Constituição cidadã, deve fazer com que os direitos e deveres que regem a sociedade sejam obedecidos e efetivados.

Entendendo-se a atuação jurisdicional, nesses casos, como ativismo judicial, conclui-se que, efetivamente, ocorreu uma usurpação de competência e uma violação ao princípio da separação de poderes. Contudo, a grande problemática é a concessão aos cidadãos dos direitos que lhes foram conferidos através da Constituição de 1988 e que, até determinado momento, não foram regularizados pelo competente Poder Legislativo. Assim, o que se pretende é solucionar uma lacuna que se mostra indevida e impeditiva da realização de direitos fundamentais.

Logo, independente do nome ou do efeito que se dê para a recente atuação do Judiciário, frisa-se que se tem por objetivo fazer cumprir os ditames trazidos pela

Constituição de 1988, dar maior efetividade à Constituição cidadã. O sistema de interdependência entre os poderes ou o sistema de freios e contrapesos deve, por certo, ser mantido, contudo sem que para isso, seja necessário o sacrifício de direitos de cidadãos ou que se imponha uma desídia por parte do Judiciário em atuar quando é requisitado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> . Acesso em 27 set 2012.

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

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Ações Constitucionais*. 5 ed. Juspodium, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Guilherme Pena de. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Atlas , 2010.

PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativa: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SCHETTINO, José Gomes Riberto. *Controle Judicial de Constitucionalidade e Ativismo Judicial Processual*. 2008. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Brasil: Malheiros, 2005.

STF. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 27 set 2012.