



**UNICEUB – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA**  
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

CIBELE BORGES BARBOSA

**POSTURA DO STF DIANTE DA  
OMISSÃO INCONSTITUCIONAL:  
ATIVISMO JUDICIAL?**

Brasília  
2012

CIBELE BORGES BARBOSA

**POSTURA DO STF DIANTE DA  
OMISSÃO INCONSTITUCIONAL:  
ATIVISMO JUDICIAL?**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> MsC Christine Oliveira Peter da Silva.

Brasília  
2012

CIBELE BORGES BARBOSA

# POSTURA DO STF DIANTE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL: ATIVISMO JUDICIAL?

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão do curso de bacharelado  
em Direito pelo do Centro  
Universitário de Brasília.  
Orientadora: Prof.<sup>a</sup> MsC Christine  
Oliveira Peter da Silva.

Brasília, 04 de maio de 2012.

Banca Examinadora

---

Prof.<sup>a</sup> MsC Christine Oliveira Peter da Silva  
Orientadora

---

Examinador

---

Examinador

## AGRADECIMENTO

*A Deus pela concretização desse sonho.*

*A minha orientadora Christine Peter pela dedicação e ensinamentos a mim transmitidos.*

*Aos meus pais, minhas irmãs e meu namorado pelo carinho e apoio constantes ao longo da realização desta monografia.*

*Aos meus amigos que dividiram comigo as angústias e conquistas durante esses anos.*

## RESUMO

BARBOSA, Cibele Borges. Postura do STF diante da omissão inconstitucional. 2012. 52 f. Monografia (graduação em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília. 2012.

O trabalho busca investigar o grave problema da omissão constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, bem como investigar a possibilidade de seu controle por meio dos instrumentos trazidos pela Constituição Federal de 1988: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Faz-se aqui a distinção entre os dois institutos, seus objetos, legitimidade e efeitos. A partir da ideia de Constituição Dirigente criada por Canotilho, observa-se a tese da vinculação do legislador às normas programáticas, que definem tarefas a serem cumpridas para a concretização do texto constitucional. Tomando-se como base pesquisas jurisprudenciais, procedeu-se à apreciação da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, em sede de mandado de injunção, através de julgados mais relevantes, e a recente alteração jurisprudencial ocorrida em 2007, quando esta Corte passou a adotar a teoria concretista, com eficácia *erga omnes*. Analisa-se, ainda, a atuação do STF como legislador positivo, ante a inércia do órgão competente, sem que isso represente afronta à democracia e ao princípio da separação dos poderes. Por fim, conclui-se pela adoção do ativismo judicial, como forma de tutelar os direitos fundamentais, que se encontram inviabilizados por falta de norma regulamentadora, com vistas à realização da Constituição.

Palavras chaves: Direito constitucional. Omissão inconstitucional. Supremo Tribunal Federal. Efetividade. Ativismo Judicial. Separação de poderes.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>1 ESTADO CONSTITUCIONAL DIRIGENTE.....</b>	<b>9</b>
1.1 O Estado Constitucional Contemporâneo.....	9
1.2 Fundamentos da Constituição Dirigente.....	13
1.3 A influência do Constitucionalismo Dirigente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	18
<b>2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.....</b>	<b>23</b>
2.1 A Omissão Inconstitucional.....	23
2.2 Instrumentos de Controle Constitucional.....	28
2.2.1 Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.....	28
2.2.2 Mandado de Injunção.....	30
2.3 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos das decisões proferidas em mandado de injunção.....	32
<b>3 ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>38</b>
3.1 As correntes doutrinárias.....	38
3.1.1 Teoria não concretista.....	38
3.1.2 Teoria concretista geral.....	40
3.1.3 Teoria concretista individual direta.....	41
3.1.4 Teoria concretista individual intermediária.....	43
3.2 O princípio da separação dos poderes e a concretização da Constituição Federal.....	44
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>57</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como escopo o estudo da posição ativista que o Supremo Tribunal vem tomando em suas decisões sobre omissão inconstitucional. Assim como a análise da legitimidade do Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, emanar normas regulamentadoras faltantes, ainda que interferindo na esfera de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Trata-se de um tema de grande relevância para a sociedade, principalmente porque mais de 20 anos após a promulgação da Constituição Federal, muitos direitos continuam inaplicáveis em razão da inércia do Poder Legislativo. Ademais, diversos aspectos da omissão inconstitucional tem gerado discussões, principalmente em relação ao alcance das decisões judiciais proferidas.

O trabalho consiste em apresentar as possíveis soluções para o cidadão que deseja a aplicação imediata da norma constitucional obstada, analisando a possibilidade de implementar o direito por meio de decisão judicial, sem, entretanto, provocar um desequilíbrio nas relações entre poderes.

No desenvolvimento da monografia faz-se uma análise dos seguintes problemas: O direito constitucional obstado por omissão do Poder Legislativo pode ser concretizado pelo Poder Judiciário? A decisão judicial, em mandado de injunção, pode ter efeitos *erga omnes*? O ativismo judicial afronta a democracia e a “separação dos poderes”?

Como método de abordagem, utiliza-se no presente trabalho o método indutivo, e como método de procedimento, o método histórico e monográfico. Além de pesquisas bibliográficas e documentais.

Como referencial teórico adota-se o conceito de Constituição Dirigente consagrado por José Joaquim Gomes Canotilho, em que, os objetivos estipulados no texto constitucional, devem ser concretizados pelo Estado e pela sociedade. Bem como os estudos de Luis Roberto Barroso, que afirma a necessidade de um suprimento judicial ante uma omissão inconstitucional.

No primeiro capítulo, tomando-se como base a Constituição Dirigente, teoria desenvolvida por Canotilho, aborda-se o contexto político-social da transição

do Estado de Direito para o Estado Constitucional Contemporâneo, onde os valores e interesses sociais são inseridos na Constituição por meio de princípios.

Com essa transformação, o Judiciário assume um importante papel na realização do Estado Constitucional, enaltecendo as regras constitucionais, e, principalmente, os direitos fundamentais, que passam a ser observados sob uma perspectiva objetiva. O efeito dirigente dos direitos fundamentais, no Estado Constitucional contemporâneo, determina que qualquer ato do poder público deva estar a eles vinculado.

A Constituição dirigente possui um conjunto de normas-princípios com programas e metas a serem posteriormente desenvolvidos pelo legislador ordinário. Dessa forma, este fica vinculado ao texto constitucional, devendo cumpri-lo. Analisaremos ainda, a influência do dirigismo português de 1976 na Constituição de 1988, que se demonstra extensa e com um grande número de normas programáticas, além da presença de instrumentos que buscam afastar a omissão legislativa.

Após, no segundo capítulo, busca-se investigar a omissão legislativa inconstitucional e seus aspectos mais relevantes, e os dois instrumentos jurídicos controle da omissão inconstitucional trazidos pela Constituição de 1988 para propiciar a viabilidade do exercício de direitos garantidos constitucionalmente, quais sejam a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Trata-se de dois institutos bem diferentes, apesar de ambos atuarem como garantias constitucionais que se prestam a sanar uma eventual omissão do legislador ordinário. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa sanar a inércia do Poder Legiferante, a fim de preencher as lacunas normativas existentes no ordenamento jurídico. Enquanto que o *writ*, antes de tudo, procura definir a norma reguladora faltante, para possibilitar exercício do direito que se encontra obstado. O mandado de injunção volta-se para o cidadão, analisa, e procura uma solução para o caso concreto *sub judice*.

Parte-se, assim, para uma análise do controle realizado pelo Supremo Tribunal Federal, investigando a evolução do seu posicionamento a partir de acórdãos proferidos. Com destaque para a alteração jurisprudencial ocorrida em 2007, no julgamento dos MI's nº 670, nº 708 e nº 712, sobre o direito de greve dos



servidores públicos, quando o Tribunal adotou a possibilidade de legislar, ainda que provisoriamente.

Nesse contexto, são abordadas as correntes doutrinárias acerca dos efeitos das decisões proferidas pelo STF em sede de mandado de injunção, são elas: teoria concretista geral, teoria não concretista, teoria concretista individual e teoria concretista individual intermediária; bem como a natureza jurídica de tais decisões.

Por fim, o trabalho discorre sobre a possibilidade de o Judiciário atuar como legislador positivo, em busca da concretização constitucional. O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, vê-se, então, obrigado a editar normas diante da inércia do poder público, pois não pode deixar que a sociedade aguarde *ad eternum* uma ação do poder competente.

Nesse diapasão, abre-se a discussão acerca da atuação legislativa ativa do STF em face do princípio da separação dos poderes.

Assim, convido o leitor a me acompanhar na análise crítica sobre a postura ativista do Supremo Tribunal Federal diante da omissão inconstitucional.

## 1. ESTADO CONSTITUCIONAL DIRIGENTE

### 1.1. Estado Constitucional Moderno

A ideia de Estado altera-se de acordo com o momento histórico em que está inserido. Após a Segunda Guerra Mundial, com o fim dos regimes totalitários o Estado Social foi instituído. As novas constituições europeias fortaleceram a jurisdição constitucional, criando meios efetivos de proteção aos cidadãos e evidenciando os direitos fundamentais, aproximaram-se do conceito de Constituição norte-americano, em que esta é autêntica lei, limitando o exercício do Poder Legislativo.<sup>1</sup>

Nesse contexto, o foco principal desloca-se para o ser humano e os valores sociais. Antes da Segunda Guerra, o Estado estava subordinado à lei, esta prevalecia sobre a Constituição, dessa forma, os direitos sociais dependiam da discricionariedade do legislador, sua fruição condicionava-se à *interpositio legislatoris*. A não concretização dessas normas constitucionais evidenciava a ausência de vinculação do Poder Público.<sup>2</sup>

Segundo Antonio-Enrique Pérez Luño, no Estado Social não há separação entre Estado e sociedade, ou seja, o poder público deve assumir para si a responsabilidade de modificar a ordem econômico-social, comprometendo-se a realizar fins materiais, de modo a buscar a justiça social. Diferencia-se do Estado Liberal, em que estão presentes o individualismo e a neutralidade do poder público, com uma mínima intervenção estatal no mercado.<sup>3</sup>

Nas últimas décadas houve, então, a transformação de Estado de Direito para Estado Constitucional. Em razão da supra e infra estatalidade normativa, comprometeu-se a soberania da lei e do Estado como fonte jurídica,

---

<sup>1</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo; Coimbra: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2009, p. 13-15.

<sup>2</sup> DANTAS, Miguel Calmon. Constitucionalismo dirigente brasileiro e a pós-modernidade: resistência e projeção do estado social enquanto dimensão do Estado Democrático de Direito. 2008. 441 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. p. 281-282.

<sup>3</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución 8 ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2003. p. 227.

outorgando autonomia normativa a outras entidades. O Estado de Direito fica caracterizado pela supremacia legal, pela separação total de poderes e pela proteção aos direitos fundamentais subjetivos; enquanto o Estado Constitucional tem como premissa a supremacia da Constituição, a interdependência entre os poderes, além da garantia dos direitos fundamentais sob a perspectiva objetiva.<sup>4</sup>

O Estado Liberal identifica-se com o princípio da legalidade, que determina ser a lei soberana. Dessa forma, a administração pública deve se submeter à lei, isto é, seus atos podem, e devem, submeter-se ao controle de legalidade caso haja discordância entre seus atos e a imposição legal.<sup>5</sup>

O momento histórico em que se viveu o Estado de Direito culminou para que o princípio da separação dos poderes fosse exaltado. A época era de revolta, e a burguesia precisava acabar com os privilégios feudais e com o absolutismo do monarca, nesse sentido, predominavam as ideias de liberdade, sobretudo, as de caráter político. O princípio desenvolvido por Montesquieu, era visto como uma garantia contra arbítrios nas esferas das liberdades políticas, pois a separação dos poderes significava um equilíbrio político, a não concentração do poder, a inexistência de um monarca, aspectos muito importante para um povo que padeceu os abusos do absolutismo.<sup>6</sup>

Diante de tal evolução, função do juiz no Estado Constitucional sofre grandes mudanças, ele deixa o papel de “ser inanimado”, como dizia Montesquieu, visto apenas como boca a lei, e passa a interpretar o direito, seus princípios e valores em cada caso concreto. Com decadência da primazia da lei, esta não é mais presumida válida, e, portanto, deve se submeter ao Poder Judiciário, para o controle constitucional, isto é, deve ser analisada a sua compatibilidade com o direito hierarquicamente superior.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. A função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, v. 4, 2010/2011. ISSN,1982-4564. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/429/277>>. Acesso em : 02.nov.2011.

<sup>5</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion. 8 ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2003. p. 223.

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 3 ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Serv. De Publicações, 1972. p. 35-49.

<sup>7</sup> GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito Supraconstitucional: Do absolutismo ao Estado constitucional e humanista de direito, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 72-74.

Dessa forma, diante da função do Judiciário, como garante dos direitos constitucionais e infraconstitucionais, existe uma grande discussão doutrinária sobre a interpretação judiciária e a criatividade do juiz. O ponto central está na “usurpação” das competências políticas historicamente reconhecidas ao Poder Legislativo pelo Poder Judiciário. O intérprete da norma jurídica deve resolver questões de incertezas dinatas das lacunas, e quando se está diante de normas constitucionais, a interpretação ganha dimensão de construção de sentidos constitucionais. No caso de direitos fundamentais, trata-se da própria definição do âmbito de proteção desses direitos.<sup>8</sup>

No Estado Constitucional, de uma sociedade aberta e pluricêntrica, o pluralismo de fontes jurídicas foi um dos fatores do deslocamento da hierarquia da lei para a primazia da Constituição, sujeitando todos os cidadãos e o poder público ao texto constitucional e a todo ordenamento jurídico. Perez Luño aponta para a transferência da “reserva da lei” para a “reserva da Constituição”, entretanto essa substituição não possibilita a usurpação da função do constituinte pelo legislador ordinário, apenas permite que este realize algumas funções constitucionais, como o desenvolvimento do sistema dos direitos fundamentais.<sup>9</sup>

Nesse sentido, como preleciona Ingo Sarlet, os direitos fundamentais integram a essência do Estado constitucional, como parte formal e material da Constituição. Podem ser considerados, juntamente com a soberania popular, elementos da ordem jurídica objetiva. Assim, o Estado constitucional assume feições de Estado ideal, e sua concretização deve ser permanente.<sup>10</sup>

Nas palavras de Pérez Luño:

“existe um estreito nexos de independência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e

---

<sup>8</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. A função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, v. 4, 2010/2011. ISSN,1982-4564. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/429/277>>. Acesso em : 02.nov.2011.

<sup>9</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 67.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005. p. 68.

implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito”<sup>11</sup>

O Estado Constitucional requer dos três poderes, Legislativo, Judiciário e Executivo, a realização conjunta dos dispositivos constitucionais, não deve haver uma separação de poderes, mas sim uma atuação compartilhada. Os três poderes deverão, portanto, comprometer-se da mesma maneira, com postura ativa, a fim de propiciar ao cidadão o que lhe é garantido na Carta Magna.<sup>12</sup>

Para Dimitri Domoulis e Leonardo Martins, “Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.<sup>13</sup> A teoria liberal dos direitos fundamentais tem como principal característica colocar o indivíduo, titular de tais direitos, numa posição superior à sociedade e ao Estado. No entanto, esse subjetivismo foi superado no Estado Contemporâneo, que trouxe consigo a dimensão objetiva aos direitos sociais.<sup>14</sup>

Os direitos fundamentais, na perspectiva objetiva, são apresentados como valores presentes na sociedade, não mais se limitando às garantias negativas de proteção do indivíduo contra o Estado. Nesse sentido, os direitos fundamentais deixam de ser analisados do ponto de vista individual, são, agora, valores fundamentais da comunidade, podendo inclusive restringir direitos individuais em prol da coletividade. A defesa dos direitos subjetivos é preservada, no entanto, prioriza-se a garantia de liberdade para todos.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> LUÑO, Pérez *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005. p. 69.

<sup>12</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. A função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, v. 4, 2010/2011. ISSN,1982-4564. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/429/277>>. Acesso em : 02.nov.2011.

<sup>13</sup> DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo; Coimbra: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2009.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22 ed., São Paulo: Malheiros, 2008. p. 628-631.

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 157-160.

Outro aspecto importante é a função dirigente dos direitos fundamentais nessa ótica objetivo-valorativa. As normas que determinam os direitos fundamentais ordenam ao poder público a obrigação da realização desses direitos, impondo determinadas tarefas e diretrizes ao Estado. Como normas constitucionais que são, os direitos fundamentais funcionam, ainda, como parâmetro no controle de constitucionalidade, principalmente por constituírem valores e princípios essenciais. Nessa perspectiva, os efeitos dos direitos fundamentais propagam-se e indicam os meios de aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, devendo todo o ordenamento jurídico observar tais regras.<sup>16</sup>

O Estado Constitucional veio para intervir na sociedade e promover um equilíbrio social e econômico, por meio de uma postura mais prestacional que o Estado Liberal, isto é, não apenas para proteger o indivíduo contra violações estatais, mas também para reivindicar providências, principalmente diante da inatividade do Poder Público. A Constituição dirigente é, dessa forma, adequada a esse contexto, pois não se restringe a meras instruções políticas, já que traz em seu conteúdo comandos que indicam diretrizes que possibilitam o Estado cumprir as normas de direitos fundamentais.<sup>17</sup>

## **1.2. Fundamentos da Constituição Dirigente**

A teoria da Constituição dirigente, desenvolvida por José Joaquim Gomes Canotilho<sup>18</sup>, surge em meio à revolução portuguesa de 25 de abril de 1974 (Revolução dos Cravos), quando, após anos de pressão na era Salazarista, um levante militar derrubou o ditador, precedendo a Constituição de 1976. Em sua obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”<sup>19</sup>, o autor faz uma análise ampla acerca do tema.

---

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 161-162.

<sup>17</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010, p. 40-46.

<sup>18</sup> Jurista e professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. É licenciado e doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

<sup>19</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

O constitucionalismo dirigente traça um Estado intervencionista, no qual a Lei Fundamental enuncia programas que vinculam a atuação dos poderes públicos, com a tarefa de assegurar os direitos fundamentais, e não um Estado que se contenta apenas em não violar a autonomia individual. A ideia de constituição dirigente ganha relevo prático no modelo de constituição-programa, mas é considerada uma introversão do pensamento constitucional no modelo de constituição-garantia.<sup>20</sup>

Para Canotilho, o tema central da sua obra é a discussão sobre o que deve uma constituição determinar aos órgãos legiferantes, e o que estes devem fazer para cumprir de maneira regular, adequada e oportuna as imposições constitucionais.<sup>21</sup>

A teoria da constituição dirigente se fundamenta numa ampla pré-compreensão, necessária para a reviravolta que vai consolidar quanto às relações entre constituição e lei. O dirigismo vai ser impositivo da ampla vinculação do legislador aos programas constitucionais como um todo, sujeitando-se às tarefas e aos objetivos assinalados, modificando-se apenas a intensidade da vinculação que, reitera-se, é plena.<sup>22</sup>

Segundo o mestre lusitano, a introdução de normas determinadoras de fins do Estado, de princípios político-programáticos e de imposições sociais, significa atirar com as normas constitucionais para o nível da administração e abrir as portas à erupção da política concreta no domínio normativo-constitucional, com dissolução do caráter geral e abstrato das leis constitucionais e conseqüente perda de racionalidade do Estado de Direito. Diz ainda, que, seria possível chegar-se às seguintes conclusões: “1) a constituição dirigente é irracional porque introduz fins políticos na constituição; 2) a política é irracional e a função política da lei constitucional se situa fora da constituição (decisão) ou apenas pode traduzir-se na

---

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010, p. 14-15.

<sup>21</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p.11.

<sup>22</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente brasileiro e a pós-modernidade: resistência e projeção do estado social enquanto dimensão do Estado Democrático de Direito*. 2008. 441 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. p.362-363.

legitimação do existente; 3) os conteúdos materiais de natureza prospectiva (dirigidos ao futuro) são inconciliáveis com a lógica racional do Estado de Direito.”<sup>23</sup>

O legislador encontra-se normativo-constitucionalmente obrigado a realizar os preceitos constitucionais que precisam de regulamentação legislativa, assim é de suma importância encontrar um meio de evitar que ele protele essas tarefas por muito tempo, além de observar como ele deverá cumprir a missão constitucional.<sup>24</sup>

Nesse sentido, tem-se a constituição como uma projeção da auto-representação comunitária que objetiva a limitação do poder visando à promoção das condições e existência digna, para isso a constituição dirigente tem uma função de resistência e outra de projeção, do que se vale para impor tarefas, vinculando positiva e negativamente o legislador, que se consubstancia em nota essencial para um Estado Democrático de Direito.<sup>25</sup>

Se a atividade do legislador não ocorrer no âmbito da vinculação jurídico-material do poder legiferante e se não observar os preceitos hierarquicamente superiores da constituição, se a distinção formal e material entre constituição e lei (poder constituinte e poder constituído) se tornar de novo claudicante, a consequência será a reintrodução da teoria positivista weimariana do poder legislativo ordinário em que a constituição não se situa sobre o legislador, mas à sua disposição.<sup>26</sup>

A Constituição limita (dever de não legislar) e condiciona (dever de legislar) a atividade legiferante, no entanto não se pode pensar que suas estipulações são sempre cristalina, particularmente moldadas e induvidosas. Ainda que o legislador esteja obrigado a legislar, pode haver juízo discricionário no que tange aos caracteres da legislação, pois o dever de legislar não, necessariamente,

---

<sup>23</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p.43.

<sup>24</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 256.

<sup>25</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente brasileiro e a pós-modernidade: resistência e projeção do estado social enquanto dimensão do Estado Democrático de Direito*. 2008. 441 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. p. 364.

<sup>26</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 63.



significa execução do prescrito pela Lei Fundamental, como se o legislador não tivesse qualquer consideração a fazer, como um simples reproduzidor, sem qualquer liberdade de conformação.<sup>27</sup>

Uma ideia essencial da teoria das determinantes<sup>28</sup> é a de que os atos de concretização são, em virtude das determinantes heterônomas objetivas, sempre atos juridicamente vinculados, havendo que procurar o problema da diferença de discricionariedade na forma como eles se movimentam na aplicação das determinantes autônomas. Determinantes autônomas seriam a parte das normas de atuação que se subtraem ao controle jurídico, na medida em que são executadas segundo princípios, valorações ou ponderações materialmente imanentes à especificidade da decisão.<sup>29</sup>

O fato das determinantes autônomas escaparem ao controle jurisdicional não quer dizer que, para a teoria da Constituição Dirigente, a liberdade de conformação do legislador tenha o mesmo grau de discricionariedade do que aquela experimentada pelo gestor público ao praticar um ato administrativo, porque aquele é órgão político encarregado da norma jurídica primária, o que aumenta a liberdade.<sup>30</sup>

Canotilho considera o problema da teoria da constituição dirigente como um problema de legitimação, o autor sustenta que tal problema não consiste só num debate filosófico-jurídico sobre a fundamentação última das normas, mas também na justificação da existência de um poder ou domínio sobre os homens e aceitação desse domínio por parte deles. Os problemas de legitimação suscitados por uma constituição dirigente podem colocar-se noutra plano que não o da justificação do domínio da ordem constitucional.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010, p. 375-376.

<sup>28</sup> Segundo a teoria das determinantes, a lei, no Estado de Direito Democrático-Constitucional, não é um ato livre dentro da Constituição; é um ato determinado pela lei fundamental. (Canotilho, 1994, p. 245)

<sup>29</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 246-247.

<sup>30</sup> ALMEIDA, Roberto Ney Fonseca. O poder judiciário: da teoria clássica à crise da constituição dirigente. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2008.

<sup>31</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 15-25.

Quando se fala de violação dos direitos fundamentais pelo legislador pensa-se em atos positivos de legiferação, não se colocando o problema da lesão através de comportamento omissivo. Mas como grande parte das ações constitucionais e dos movimentos sociais demonstra, o problema da violação de direitos prende-se também com a falta de prestações e com a inércia normativa dos órgãos de direção política. Dessa forma, a força dirigente e determinante dos direitos fundamentais inverte o objeto da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma pretensão de omissão dos poderes públicos transita-se para uma proibição de omissão.<sup>32</sup>

As normas programáticas, apesar de serem princípios ou normas abertas, carecidos de concretização, nem por isso deixam de ter força normativa vinculante no momento da concretização ou da interpretação constitucional. Tais normas contribuem para diminuir as pretensões de poder extra-constitucionais. Nesse sentido, as normas que determinam os fins do Estado não podem, e nem devem, derivar somente e primariamente da vontade política do governo, os fins políticos supremos e as tarefas de uma República devem encontrar-se normativizados na constituição.<sup>33</sup>

Num Estado de Direito, o programa de ação do governo deve ser equacionado através de sua concretização em atos normativos ou de sua conexão constitucional com o processo de formação e investidura de governos. O programa de governo tem uma concepção mais política do que constitucional, pois trata de um programa de trabalho apresentado perante o parlamento, individualizador dos fins e tarefas que o governo se propõe realizar em conformidade com a constituição, durante o período do mandato.<sup>34</sup>

Canotilho, no prefácio da 2ª edição de seu livro “Constituição Dirigente e vinculação do legislador, revê sua posição inicial de uma Constituição dirigente como instrumento de transformação social e política. Entende que o direito não mais

---

<sup>32</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p.363-365

<sup>33</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 465.

<sup>34</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 468.

é hábil a regular sozinho, devendo o texto se adequar a novos planos normativos, a novas associações abertas de estados nacionais abertos.<sup>35</sup>

Canotilho conclui que “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”.<sup>36</sup>

### **1.3. O Constitucionalismo Dirigente e sua influência na Constituição de 1988**

Para Canotilho, “Os acontecimentos políticos do fim da década de setenta e da década de oitenta revelavam sinais contraditórios. Nalguns países, como Portugal e Brasil, a queda das ditaduras fornecia o pretexto constituinte para novos textos constitucionais narrativamente emancipatórios. A programaticidade congênita da Constituição portuguesa de 1976 e da Constituição brasileira de 1988 procurava substituir uma outra programaticidade – a programaticidade conservadora-corporativista da Constituição portuguesa de 1933 e a programaticidade da Constituição brasileira de 1946, vinda já do anterior texto de 1934.”

A Constituição brasileira de 1988 tem o perfil de Constituição Dirigente, e isso fica nítido por, já no preâmbulo, afirmar que foi elaborada para instituir um Estado Democrático, e por ter como fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana.<sup>37</sup>

A Carta Magna não é apenas um instrumento de governo que determina competências e regula processos, é também enunciador de diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Apesar das inúmeras

---

<sup>35</sup> MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. A Constituição Dirigente realmente morreu? Disponível em: <<http://www.viajuridica.com.br>> Acesso em: 20.nov.2011.

<sup>36</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Prefácio da 2ªed. do livro Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>37</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, Controle Judicial da Omissões do Poder Público.São Paulo: Saraiva, 2004. p.69.

emendas, continua sendo uma constituição dirigente, como se vê nos preceitos de seus artigos 3º, 1º e 170.<sup>38</sup>

O texto inovou ao ampliar o catálogo de direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais e econômicos, além de estabelecer o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, inserto em seu art. 5º, § 1º. Assim, aos cidadãos foi conferido o direito de exigir do ente estatal a concretização desses direitos.<sup>39</sup>

Pela primeira vez no constitucionalismo pátrio a matéria foi tratada com a merecida relevância, sendo resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar. Essa relevância dos direitos fundamentais foi como uma reação do Constituinte ao regime de restrição das liberdades fundamentais. Três características atribuídas à Constituição do Brasil podem ser consideradas presentes também no título dos direitos fundamentais, seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente.<sup>40</sup>

Esse caráter analítico, isto é, aborda tudo que é considerado fundamental pelo povo, tem uma matéria extensa, reflete-se no Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais), pois contém sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, além dos diversos direitos fundamentais dispersos pelo texto constitucional. Já o pluralismo da Constituição se aplica ao título dos direitos fundamentais, uma reunião de dispositivos conferindo direitos sociais, clássicos e novos direitos de liberdade, políticos, etc. Seu cunho programático e dirigente resulta do grande número de disposições que dependem de regulamentação legislativa posterior, estabelecendo programas e fins a serem implementados e assegurados pelos poderes públicos.<sup>41</sup>

A concretização dos direitos pelo poder público, reforça a ideia de que a participação estatal é imprescindível, principalmente quanto ao aspecto social,

---

<sup>38</sup> GRAU, Eros Roberto. CANOTILHO, Constituição dirigente e vinculação do legislador, 2ª edição: resenha de um prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Canotilho e a Constituição Dirigente. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>39</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, Controle Judicial da Omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 70.

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005. p. 73-75.

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005. p. 75-76.

nesse sentido, o sistema constitucional de 1988, possui delineamentos de um Estado intervencionista, voltado ao bem-estar social, e condicionado à realização de políticas públicas.<sup>42</sup>

Diante da sociedade cada vez mais antagônica e plural, as constituições contemporâneas encontram grande dificuldade em converter princípios em direitos acionáveis, mormente quanto aos direitos sociais relativos à educação, à cultura, à previdência e à saúde. O grande problema está em como estabelecer meios que efetivamente possam garantir esses direitos tão básicos. A constituição dirigente aponta à eficácia dos preceitos sociais, culturais e econômicos previstos, no entanto, o desafio está na concretização constitucional, já que esta depende de regulação e aplicação-interpretação.<sup>43</sup>

O grande desafio do constitucionalismo contemporâneo refere-se à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, a fim de que todas tenham força normativa suficiente para vincular todos os seus destinatários, sob pena de quebra da unidade e identidade da Constituição, seu núcleo compromissado com as promessas do Estado social democrático.<sup>44</sup>

Em Portugal, diferente do que ocorre no Brasil, o texto constitucional já alcançou seus objetivos, entre outros fatores, em razão das reformas promovidas na Carta de 1976. Aqui, o âmbito normativo programático presente na Constituição ainda enfrenta severa resistência conservadora, como o que alguns consideram, a tese da existência de um legislador totalmente livre.<sup>45</sup>

Na Constituição brasileira ainda há um conjunto de programas não cumpridos, para Lenio Luiz Streck, a Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia visa resgatar as condições necessárias para que as promessas da modernidade sejam cumpridas. O que se pretende é que os preceitos constitucionais postos à disposição do cidadão sejam efetivados, e tornem-se

---

<sup>42</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.41.

<sup>43</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.42-43.

<sup>44</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, Controle Judicial da Omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2004. p.71.

<sup>45</sup> GUEDES, Néviton. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Canotilho e a Constituição Dirigente. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 7-8.

mecanismos capazes de evitar que os agentes públicos disponham livremente da Constituição.<sup>46</sup>

Nesse sentido, os países subdesenvolvidos, ou em desenvolvimento, como o Brasil, não podem assumir a mesma condição dos já desenvolvidos, deve ser adotada uma teoria própria à singularidade de cada nação. Portanto, não é a Constituição Dirigente a responsável pelo descompromisso dos agentes públicos, e sim a sua inadequação a determinado país.<sup>47</sup>

Não significa que uma teoria adequada seja aquela que leva em consideração exclusivamente a juridicidade, deve-se considerar o contexto da sociedade daquele país. Então, é de suma importância uma teoria da Constituição Dirigente adaptada às peculiaridades do nosso país. Há em relação à Carta Magna de 1988 uma sensação de frustração, de descrédito, impulsionada por um conjunto de afrontas, do Estado, dos indivíduos, pois se trata de um modelo em que os preceitos só poderiam ser realizados se as condições sociais fossem outras.<sup>48</sup>

A solução não seria acabar ou tornar o texto constitucional menos vinculante, não obstante a Constituição Simbólica não ter efetividade no seu núcleo, é capaz de incentivar a mobilização pela sua implementação.<sup>49</sup> Na lição de Marcelo Neves:

“o contexto da constitucionalização simbólica proporciona o surgimento de movimentos e organizações sociais envolvidos criticamente na realização dos valores proclamados solenemente no texto constitucional e, portanto, integrados na luta política pela ampliação da cidadania. Assim sendo, é possível a construção de uma esfera pública pluralista que, embora restrita, tenha capacidade de articular-se com êxito através dos procedimentos previstos no texto constitucional. Não se pode excluir a possibilidade, porém, de que a realização dos valores democráticos expressos no documento constitucional pressuponha um momento de ruptura com a

---

<sup>46</sup> STRECK, Lenio Luiz. Uma abordagem hermenêutica do triangulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo; Coimbra: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2009, p. 50-75.

<sup>47</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010, p.448.

<sup>48</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010, p.442-444.

<sup>49</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010, p. 444.

ordem do poder estabelecida. E isso torna-se tanto mais provável na medida em que os procedimentos democráticos previstos no texto constitucional são deturpados no processo concretizador, não se operacionalizando como mecanismos de legitimação do Estado”<sup>50</sup>

Nesse contexto, o Poder Judiciário, com o advento da Constituição de 1988, assume uma função promocional, voltada à implantação da igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais,<sup>51</sup> diante da omissão dos poderes Legislativos e Executivo.

A Carta de 1988 traz como novidade, três instrumentos de controle de constitucionalidade importantes para a Constituição Dirigente, os quais, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Mandado de Injunção.<sup>52</sup> Dois desses instrumentos processuais, o Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por omissão, serão estudados no próximo capítulo.

---

<sup>50</sup> NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas sociais de poder. In: Revista Trimestral de Direito Público, n.12. p. 164-165, 1995.

<sup>51</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, Controle Judicial da Omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 70.

<sup>52</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010, p. 211.

## 2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

### 2.2A Omissão Inconstitucional

A inconstitucionalidade caracteriza-se pela violação a uma norma constitucional, que tanto pode ser positiva, quando decorre de uma ação, quanto negativa, quando decorre de uma omissão. Dessa forma, haverá inconstitucionalidade em razão de uma ação que viole um preceito constitucional, como no caso de o poder público se manter inerte quando a norma constitucional impõe um agir. A inconstitucionalidade pode ainda ser formal, quando não observa o procedimento legislativo determinado na Constituição, ou material, se o conteúdo da norma for contrário aos princípios e regras constitucionais.<sup>53</sup>

A questão abordada é, sem dúvida, de grande repercussão para o direito brasileiro, em especial por trazer reflexos na imediata aplicação do direito garantido na Constituição. Uma constituição rígida, ou seja, com mecanismos mais difíceis de mudança, apóia-se na supremacia da Carta sobre as normas não-constitucionais, se há superioridade constitucional, então deve haver mecanismos de controle de constitucionalidade, com a fiscalização abstrata das normas constitucionais. Essa fiscalização é necessária em um Estado Democrático de Direito, pois deve haver uma submissão dos poderes constituídos ao poder constituinte.<sup>54</sup> A inconstitucionalidade por omissão resulta da abstenção ou silêncio do poder político, que não pratica o ato imposto na Constituição. Portanto, a omissão inconstitucional só existe se houver um dever constitucional de ação.<sup>55</sup>

A omissão legislativa caracteriza-se pelo silêncio do poder legiferante, ao deixar de cumprir as medidas legislativas previstas constitucionalmente. Segundo os ensinamentos de J.J. Gomes Canotilho, “A omissão legislativa só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexas com uma exigência constitucional de

---

<sup>53</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, Controle Judicial da Omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 111-115.

<sup>54</sup> RIBEIRO, Ricardo Silveira. Omissões Normativas. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p.64.

<sup>55</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.78.



ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão inconstitucional”.<sup>56</sup>

Dessa forma, o legislador, por um ato omissivo, viola o dever constitucional de emanar normas, não o dever geral de legislar, mas sim um dever específico que lhe é incumbido constitucionalmente. Algumas normas constitucionais possuem auto-aplicabilidade, isto é, não dependem de uma regulamentação legal posterior, como as que determinam as atribuições dos órgãos, ou as que definem a estrutura política do estado, porém muitas normas dependem de regulamentação legislativa infraconstitucional, chamadas de normas programáticas, que possuem eficácia limitada. Para que essas normas possam realizar os fins sociais estabelecidos pelo constituinte, ensejam intervenção do legislador, pois se torna eficaz quando consegue alcançar o objetivo para o qual foi instituída.<sup>57</sup>

A omissão inconstitucional tem duas modalidades, a omissão total e a omissão parcial. Aquela se caracteriza pela falta de ação diante do dever jurídico de agir, pela inércia do legislador, enquanto esta se dá quando o poder legislativo age, porém não nos termos exigidos pela Constituição, logo, atua de forma insuficiente. No dizer de Jorge Miranda:

“É total a inconstitucionalidade por omissão que consiste na falta absoluta de medidas legislativas ou outras que dêem cumprimento a uma norma constitucional ou a um dever prescrito por norma constitucional e parcial aquela que consiste na falta de cumprimento do comando constitucional quanto a alguns dos seus aspectos ou dos seus destinatários.”<sup>58</sup>

A inconstitucionalidade por omissão parcial pode, em determinadas situações, consistir em inconstitucionalidade por ação. Sempre que forem editadas normas de cumprimento da Constituição que favoreçam certas pessoas, e não a todas que se encontrem em pé de igualdade, ocorrerá violação ao princípio da

---

<sup>56</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos: O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões Normativas. In: As Garantias do Cidadão na Justiça. São Paulo, Saraiva, 1933, p. 354-355.

<sup>57</sup> RIBEIRO, Ricardo Silveira. Omissões Normativas. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p.86-89.

<sup>58</sup> PIOVESAN, Flávia C. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.83.

igualdade. Diante desse tipo de omissão, quando há ofensa ao princípio supracitado, há uma diversidade de soluções que podem ser oferecidas.<sup>59</sup>

Segundo o Ministro Moreira Alves, se a omissão parcial é impugnada por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o STF a julgará procedente e a lei será declarada nula, no entanto, se o controle for o difuso, a solução será diversa, haverá a declaração de inconstitucionalidade, mas a sua não aplicação restringe-se ao caso concreto.<sup>60</sup>

Assim, a omissão parcial caminha entre a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão. Diante de tal fenômeno, os Tribunais encontram-se no dilema de declarar a inconstitucionalidade da norma omissa, posto que viola o princípio da igualdade, ou estende a atuação da norma aos que não haviam sido contemplados.<sup>61</sup>

O cidadão possui direito subjetivo, ou seja, direito que tem como contrapartida um dever de prestação por parte de outrem, ao passo que o legislador tem um dever jurídico de legislar. Se o Legislativo não cumpre o que foi imposto pela Constituição, o direito continua sem regulamentação, porém não deixa de ser direito e nem por isso deixa de ser exigível judicialmente.<sup>62</sup>

Gilmar Mendes se pronunciou:

“A adoção, pela Constituição Brasileira, de instituto especial, destinado à defesa dos direitos subjetivos constitucionalmente assegurados contra a omissão do legislador, não dá ensejo a qualquer dúvida quanto à configuração de direito subjetivo público a uma ação positiva de índole normativa por parte do legislador.”<sup>63</sup>

O “direito à legislação” que o cidadão possui não se trata do simples dever de emanar normas gerais, mas sim de uma norma específica sobre

---

<sup>59</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Controle Judicial da Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.122.

<sup>60</sup> PIOVESAN, Flávia C. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.84.

<sup>61</sup> PIOVESAN, Flávia C. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.84.

<sup>62</sup> HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1989. p.53.

<sup>63</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de Controle abstrato da omissão*, p.13. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/49/26> > Acesso em: 19 de mar. 2012.

determinada matéria, que foi previsto expressamente na Constituição. A intenção do constituinte é deixar que os poderes públicos concretizem o texto constitucional, por meio de normas regulamentares. A Constituição garante à sociedade o direito, porém muitas vezes ele fica obstaculizado em razão da mora do legislador ordinário em cumprir a segunda parte da norma, ou seja, a sua regulamentação.<sup>64</sup>

A omissão legislativa impossibilita que o cidadão possa exercer os direitos fundamentais sociais que lhe foram garantidos na Constituição. Dessa forma assiste ao cidadão dois direitos, o que está materializado constitucionalmente, e o direito subjetivo à regulação normativa, indispensável para o exercício do direito. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, § 1º, aponta expressamente ao princípio da aplicabilidade direta e imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais possuem força vinculante, isto é, obrigam o Poder Público a concretizá-los. Nesse sentido, Canotilho se pronuncia

“A vinculação dos órgãos legislativos significa também o dever de estes conformarem as relações da vida, as relações entre o Estado e os cidadãos e as relações entre os indivíduos, segundo as medidas e directivas materiais consubstanciadas nas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias. Neste sentido, o legislador deve “realizar” os direitos, liberdades e garantias, otimizando a sua normatividade e actualidade. Muitos direitos, liberdades e garantias carecem de uma ordenação legal [...]; outros pressupõem dimensões institucionais, procedimentais e organizatórias “criadas” pelo legislador [...]”<sup>65</sup>

O Poder legiferante, por ser Poder Constituído, terá sua discricionariedade sempre limitada à Constituição. O legislador não é soberano, e por isso, não se pode deixar à sua discricionariedade a normatização, ou não, do que foi imposto na Constituição. Não há que se questionar a submissão do poder público às imposições constitucionais, a hierarquia constitucional confirma a prevalência da Carta em relação às leis. Destarte, o legislador deve cumprir os preceitos constitucionais, e regular as normas, já que não dispõe das imposições, e

---

<sup>64</sup> HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1989. p.70.

<sup>65</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p.432.

o seu descumprimento pode gerar sanções jurídico-constitucionais, como ações de inconstitucionalidade por omissão.<sup>66</sup>

Por ser o destinatário das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, deve agir em tempo hábil à sua realização, e criar preceitos em conformidade com essas normas.<sup>67</sup>

Numa situação de não cumprimento do preceito constitucional, isto é, diante do silêncio do Poder Legislativo, cabe ao Judiciário possibilitar o cumprimento da norma, interpretando os dispositivos constitucionais definidores de direitos fundamentais, e aplicando-a ao caso concreto *sub judice*. E assim, com base no princípio da efetividade máxima, viabilizar a aplicação imediata quando não houver lei regulamentadora. Quando o Poder Público se omite, deixa ao Judiciário o dever de solucionar os casos concretos que lhe são apresentados até que o legislador cumpra o preceito constitucional, e legisle acerca do direito obstado.<sup>68</sup>

As oposições à atuação judicial em razão da violação aos princípios da “separação de poderes” e da “reserva da lei” perderam forças.<sup>69</sup> Os tribunais não podem servir apenas para aplicar a norma diante de um conflito, o juiz não pode deixar de decidir com pretexto de ausência da lei, seria como negar ao cidadão o direito de acesso à justiça, deixando de desempenhar sua função de solucionar conflitos. Se o poder legiferante mantém-se silente, o Judiciário deverá declarar a mora do poder competente e resolver o caso concreto trazido à sua apreciação.<sup>70</sup>

A sociedade não pode ficar à espera de uma ação do legislador, impossibilitada de usufruir de um direito constitucionalmente garantido. É nesse contexto que a atuação do Poder Judiciário torna-se fundamental, pois por meio de uma decisão, o juiz concede ao cidadão o exercício do direito obstado, e como bem preleciona Jorge Hage “se o Legislador quisesse limitar (ou quando assim venha a

---

<sup>66</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 314-323.

<sup>67</sup> PIOVESAN, Flávia C. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.90.

<sup>68</sup> HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1989. p.71.

<sup>69</sup> HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1989. p.72.

<sup>70</sup> HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1989. p.72-75.

querê-lo) o âmbito de escolhas do Judiciário, nos casos concretos, bastar-lhe-ia manifestar a sua vontade, elaborando a norma geral aplicável.”.<sup>71</sup>

Contudo, essa “solução jurisdicional” deve ser limitada, restringindo-se a legislar apenas no caso trazido a juízo, “sem prejuízo de que o Legislativo, no futuro, exerça suas atribuições constitucionais”.<sup>72</sup>

A forma como o Poder Judiciário lida com a problemática do controle da omissão legislativa inconstitucional, coibindo a inaplicabilidade do texto constitucional, e os instrumentos que utiliza para alcançar tal fim, o Mandado de injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, serão abordados ao longo do presente trabalho.

## **2.2 Instrumentos de Controle**

### **2.2.1 Ação de Inconstitucionalidade por Omissão**

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, assim como o mandado de injunção, foi introduzida pelo constituinte como remédio constitucional utilizado para “enfrentar” a mora do Poder Legislativo, e encontra-se no art. 103, § 2º sob os seguintes termos, “declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder Público e, em se tratando de órgão administrativo haverá o prazo de 30 dias para que sejam adotadas as providências necessárias”.

Tal instituto objetiva a edição da norma inexistente, de forma que, o que pretende é declarar a omissão inconstitucional, e comunicar o Poder inerte para que sejam editadas medidas que tornem efetivas as normas constitucionais, evitando que a omissão impossibilite o exercício do direito garantido na Constituição.

<sup>73</sup>

A ação de inconstitucionalidade por omissão tem como principal função dar ciência ao Poder omissor, para que as lacunas constitucionais sejam preenchidas

---

<sup>71</sup> HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1989. p.89.

<sup>72</sup> HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1989. p.72.

<sup>73</sup> Por todos, vide: PUCCINELLI JÚNIOR, André. A omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador. São Paulo: Saraiva, 2007, p.139

e a norma torne-se eficaz. Seu objeto é a própria omissão, pois defende a integridade do sistema normativo, e não o direito subjetivo do cidadão prejudicado.<sup>74</sup>

Dessa forma, Gilmar Mendes:

Tal como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), o processo de controle abstrato da omissão (ADO) não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica. Não se pressupõe, portanto, a configuração de um interesse jurídico específico ou de um interesse de agir.<sup>75</sup>

Na ocorrência de omissão parcial, a ação de inconstitucionalidade por omissão é o instrumento mais adequado para supri-la. Será declarada a inconstitucionalidade da lei que violou o princípio da isonomia, e, então, considerada ineficiente ou insatisfatória.

Trata-se de uma forma abstrata de controle de constitucionalidade, que se presta a tutelar direito objetivo, não precisa haver necessariamente um direito obstado, basta a falta de norma regulamentadora. Apenas os sujeitos enumerados no art. 103, incisos I a IX, estão legitimados para propor a referida ação, assim, o cidadão não possui legitimidade ativa. O Supremo Tribunal Federal é o órgão competente originariamente para processá-la e julgá-la.<sup>76</sup>

O provimento da ação de inconstitucionalidade por omissão gera somente a declaração do vício, ou seja, da omissão inconstitucional, e a ciência do poder competente para que tome as devidas providências, em se tratando de órgão da administração pública, no prazo de 30 dias. Deste modo a decisão é apenas de caráter declaratório e mandamental.<sup>77</sup>

No entanto, apesar da comunicação para que o Poder legiferante adote as medidas necessárias, não há como o Judiciário assegure o cumprimento do preceito constitucional, já que, se não o fizer não há meios de sancioná-lo. O ideal

---

<sup>74</sup> HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1989. p.117-118.

<sup>75</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 3682. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 09 mai. 2007 DJ de 06/09/2007.

<sup>76</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 164.

<sup>77</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 164.

seria o STF declarar a inconstitucionalidade e, ao cientificar o legislador, estabelecer um prazo para tornar a norma eficaz, findado o período fixado, e sem que a omissão tenha sido suprida, pode o órgão jurisdicional expedir decisão normativa, em caráter provisório, até que o legislador omissor cumpra o seu dever, e elabore a norma regulamentadora, de modo a viabilizar o direito constitucionalmente garantido.<sup>78</sup> Essa decisão será abstrata e geral, com efeitos *erga omnes*.

### 2.2.2 Mandado de Injunção

O mandado de injunção surgiu no direito pátrio com o advento da Constituição de 1988, previsto em seu art. 5º, LXXI, qual seja, “conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. A Constituição ainda traz outros artigos que dispõem a respeito do mandado de injunção, dentre os quais o art. 102, I, *q*, que estabelece a competência originária do Supremo Tribunal Federal, o inciso II, *a*, do mesmo artigo estabelecendo a competência recursal da Corte Suprema e a originária dos Tribunais Superiores, e o art. 105, I, *h*, determinando a competência originária do Superior Tribunal de Justiça.<sup>79</sup>

O mandado de injunção atua como um instrumento que propicia o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.<sup>80</sup> O objetivo desse instituto é, através do Poder Judiciário, satisfazer o direito subjetivo do cidadão, e assim, definir a norma regulamentadora faltante que obsta o exercício imediato do direito previsto constitucionalmente, por meio de uma decisão para o caso concreto.

De acordo com André Puccinelli Júnior, “mandado de injunção será impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, desde que

---

<sup>78</sup> PIOVESAN, Flávia C. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.104-108.

<sup>79</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, Controle Judicial da Omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2004. p.510.

<sup>80</sup> PIOVESAN, Flávia C. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.124.

titular de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais tolhidos por ausência de norma regulamentadora”<sup>81</sup>

O *mandamus* visa garantir o direito subjetivo do impetrante, titular do direito que se encontra paralisado pela ausência de norma regulamentadora, ou seja, não se presta a sanar, de forma geral, as lacunas inconstitucionais presentes no ordenamento jurídico, nem a ordenar que o poder competente elabore a norma faltante. Não é finalidade do mandado de injunção combater a omissão do legislador, já que, mesmo após seu julgamento, a omissão normativa permanecerá.<sup>82</sup>

O Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que não é cabível a injunção quando existe uma norma regulamentadora, mesmo que essa lei seja ineficiente ou inconstitucional, nesse caso deve ser feito o controle de constitucionalidade tradicional, pois o *writ* pressupõe a existência de omissão normativa. No MI 79-4, o STF declarou: “Não cabe mandado de injunção, para, sob color de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional (art. 39, § 1º da CF), pretender-se a alteração de lei já existente, supostamente incompatível com a Constituição”.<sup>83</sup>

Sua titularidade ativa é ampla, qualquer pessoa que seja titular de um direito fundamental, e que esteja impossibilitada de exercê-lo devido à omissão do sujeito passivo, o poder público, tem legitimidade para impetrar o remédio constitucional. Alguns entes coletivos também poderão propor a injunção, como partidos políticos com representação no congresso nacional, organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos direitos de seus membros ou associados. Assim como o Ministério Público, se for o caso de direitos difusos ou coletivos. Tem-se aqui, o mandado de injunção coletivo, aplicando o art. 5º, LXX da Constituição Federal, em razão da similitude com o mandado de segurança.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 179.

<sup>82</sup> HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1989. p.118.

<sup>83</sup> PIOVESAN, Flávia C. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.121.

<sup>84</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, Controle Judicial da Omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2004. p.520.



O mandado de injunção é um instrumento de controle concreto de inconstitucionalidade, isto é, se faz com base num caso concreto. O cidadão que se encontrar prejudicado devido à não regulamentação de um direito constitucional que lhe foi conferido, pode impetrar o *writ*.<sup>85</sup>

Cabe ao Poder Judiciário, através de uma sentença, solucionar o caso *sub judice*, respeitando o ordenamento jurídico pátrio, e emanar uma norma satisfatória para o caso em análise. Dessa forma, irá concretizar o direito do impetrante, que se encontrava obstado pela omissão do legislador. A decisão proferida terá efeitos *inter partes*, pois o juiz não pode emanar normas de caráter geral, já que sua função não é legislar de forma abstrata, e sim possibilitar o exercício imediato dos direitos e garantias constitucionais.<sup>86</sup>

O objeto do mandado de injunção é o direito que se encontra inviabilizado, destarte, com base no princípio da proibição do *non liquet*, “que impõe a obrigatoriedade da decisão”, o órgão jurisdicional não pode recusar-se a solucionar o caso concreto, devendo, por meio de decisão judicial, realizar o direito paralisado.<sup>87</sup>

### **2.3 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos das decisões proferidas em mandado de injunção**

O mandado de injunção, primeiramente, foi interpretado pelo Supremo Tribunal Federal como um instituto semelhante à ação de inconstitucionalidade por omissão. Ao apreciar o MI nº 107-DF, em 23 de novembro de 1989, o Tribunal sustentou que a finalidade do *writ* seria a declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, com a respectiva comunicação ao órgão competente para que tome as medidas necessárias. No julgado, o Relator, Ministro Moreira Alves, argumenta que o Tribunal não pode regular por lhe faltar condições técnicas, e ainda que, não foi conferido aos órgãos jurisdicionais o poder de regulamentação.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, Controle Judicial da Omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 513.

<sup>86</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 161-162.

<sup>87</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 145.

<sup>88</sup> HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1989. p.130-132.

Os fundamentos desse primeiro não merecem prosperar, pois se forem considerados, o mandado de injunção restaria inútil. Sua finalidade é viabilizar diretamente o exercício do direito paralisado pela inércia do Poder Público, cabendo ao juiz permitir, no caso concreto, que o cidadão goze do direito que lhe foi conferido. Na doutrina muitos autores manifestaram-se em posição divergente ao posicionamento adotado pelo STF no MI 107, de equiparação entre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão. Como por exemplo, Galeno Lacerda, que afirma:

“(...) enquanto a injunção socorre o direito concreto do prejudicado pela ausência de norma, a ação (de inconstitucionalidade por omissão) se limita a uma definição em tese da lacuna e a uma vaga ciência ao poder competente (...). Pretender reduzir o MI a isso seria proscrevê-lo dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, com grave infração ao texto constitucional”<sup>89</sup>

A mudança na composição da Corte Suprema modificou seu posicionamento em relação ao mandado de injunção e os efeitos de sua decisão. Após o julgamento do *leading case*, o MI nº107, algumas alterações significativas ocorreram nos MIs nº 232, 283 e 284. No MI nº 232, de relatoria do Ministro Moreira Alves, a principal evolução foi no sentido de não apenas declarar a mora do Poder legiferante, mas fixar um prazo de seis meses para que as providências fossem adotadas, passado o prazo, e não sendo cumprida a determinação, o impetrante passaria a gozar da imunidade requerida.<sup>90</sup> Tem-se a ementa do julgado:

“Mandado de injunção. Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no § 7º 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, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida” (MI 232, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 27-3-1991).”

<sup>89</sup> LACERDA, Galeno, apud, HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1989. p.216.

<sup>90</sup> HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1989. p.198.

Durante muito tempo a Corte atuou como uma mera informante, proferindo decisões que somente declaravam a existência da omissão do órgão legiferante, manifestando-se unicamente sobre a necessidade de se elaborar as normas regulamentadoras inexistentes, sem, de fato, concretizar o texto constitucional.

Finalmente, no MI nº 670, sendo relator o Ministro Gilmar Mendes, o STF concedeu ao mandado de injunção seu alcance necessário. Há quase vinte anos o direito de greve do servidor público não podia ser exercido por causa da inércia do Legislativo<sup>91</sup>, foi então que nesse julgado, o Tribunal reconheceu a mora do legislador e a necessidade de efetivar o exercício do direito reclamado. Em seu voto, o relator argumentou que a não-atuação nesse momento, configuraria uma forma de omissão judicial, já que o direito de greve dos servidores públicos ainda não tinha obtido uma solução satisfatória, e os cidadãos prejudicados, não poderiam ficar à espera do juízo de oportunidade e conveniência do legislador, obstando, assim, o exercício da prerrogativa garantida constitucionalmente. Diante dessa situação, viu-se a necessidade de uma intervenção mais concretista, com a adoção da sentença de perfil aditivo.<sup>92</sup>

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes sentença de perfil aditivo é aquela que integra ou completa um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora “solução constitucionalmente obrigatória”.<sup>93</sup> Isto é, na existência de uma lacuna constitucional, o Judiciário aplica uma norma análoga até que o poder competente omisso elabore uma lei, por meio de uma decisão com eficácia *erga omnes*. No julgado em questão, ficou determinado que fosse aplicada à greve dos servidores públicos a Lei 7.783/89, que regula o exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada. Conforme trecho da ementa da decisão:

[...] Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente

<sup>91</sup> LAGO, Rodrigo P. Ferreira. Mandado de Injunção nº 670: uma releitura do instrumento integrativo mandamental. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/mandado-de-injuncao-n%C2%B0-670-uma-releitura-do-instrumento-integrativo-mandamental>>. Acesso em: 15.out. 2011.

<sup>92</sup> MENDES, Gilmar. Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional. Discurso proferido no 14º Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Européias, realizado em Vilnius, capital da Lituânia, de 2 a 6 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Lituania.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2011.

<sup>93</sup> MEDEIROS, Rui, apud MENDES, Ferreira Gilmar; Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p.1157.

ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional. 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)”<sup>94</sup>

Os MIs nº 708 e nº 712, sobre o mesmo tema, apresentaram propostas semelhantes, no sentido de uma maior efetivação da Constituição. Assim, em 25 de outubro de 2007, o Tribunal conheceu conjuntamente dos três mandados de injunção e passou a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória do próprio Judiciário, no intuito de viabilizar o exercício do direito obstado e realizar a concretização da Constituição Federal, afastando-se da posição inicialmente adotada, de apenas declarar a mora legislativa.<sup>95</sup>

A solução encontrada pelo STF ainda é controversa no meio jurídico. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio votaram no sentido de limitar a eficácia da decisão do mandado de injunção apenas aos sindicatos representados. A seguir alguns trechos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no mandado de injunção nº 712

“[...]Ademais, ao emprestar-se eficácia *erga omnes* à tal decisão, como se pretende, penso que esta Suprema Corte estaria intrometendo-se, de forma indevida, na esfera de competência que a Carta Magna reserva com exclusividade aos representantes da soberania popular, eleitos pelo sufrágio universal, direto e secreto.

[...]Embora comungue da preocupação de que é preciso dar efetividade às normas constitucionais, sobretudo àquelas que consubstanciam direitos fundamentais, estou convencido de que o Judiciário não pode ocupar o do Poder ao qual o constituinte, intérprete primeiro da vontade soberana do povo, outorgou a sublime função de legislar.”<sup>96</sup>

<sup>94</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MI nº 670. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 25 out. 07 DJ de 30/10/2007

<sup>95</sup> MENDES, Gilmar. Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional. Discurso proferido no 14º Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Européias, realizado em Vilnius, capital da Lituânia, de 2 a 6 de junho de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Lituania.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2011.

<sup>96</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MI nº 712. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 25 out. 07 DJ de 30/10/2007

A decisão com efeitos *erga omnes* contrapõe-se à ideia original de mandado de injunção, concebida pelo constituinte, pois a ação destinada a suprir as lacunas constitucionais de forma geral e abstrata, é a ação de inconstitucionalidade por omissão. Dessa forma, o mandado de injunção acaba por produzir os mesmos efeitos que a ADIN por omissão.<sup>97</sup>

Diante da nova configuração do mandado de injunção conferida pelo Supremo Tribunal Federal em seus últimos julgados, surgiu o anseio de uma regulamentação do instituto. Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.128, de 2009, encaminhado pelos Ministros Gilmar Mendes (STF) e Teori Zavascki (STJ), que visa alcançar tal regulamentação. Embora tratar-se de jurisprudência pacificada na Corte, vê-se a necessidade de uma lei que discipline a atuação dos órgãos judiciais, principalmente no que tange aos efeitos das decisões de procedência, na apreciação do remédio constitucional.<sup>98</sup>

O Projeto de Lei indicado, determina, em seu artigo 9º, que a procedência da injunção deva, em regra, ter natureza transitória e eficácia *inter partes*, dessa forma discorre: “A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.”. Entretanto, o § 1º<sup>99</sup> do referido artigo, vislumbra a possibilidade de, excepcionalmente, conferir à decisão eficácia *erga omnes*, quando o objeto da ação for a viabilização do exercício de direitos coletivos, tal como ocorreu nos julgados sobre o direito de greve dos servidores públicos.<sup>100</sup>

A mudança jurisprudencial do STF, com a adoção de uma posição concretista, gerou opiniões divergentes. As correntes doutrinárias acerca dos tipos

---

<sup>97</sup> HAJE, Jorge. O PL que regulamenta o Mandado de Injunção – uma iniciativa mais que oportuna. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 3, 2009/2010. ISSN 1982-4564 Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/374/257>>. Acesso em: 19 out.2011.

<sup>98</sup> BENVINDO. Juliano Zaiden. Mandado de Injunção em Perigo: Os Riscos da Abstração de Seus Efeitos no Contexto do Ativismo Judicial Brasileiro. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 5, 2011/2012. ISSN 1982-4564. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/597/400>> Acesso em: 20 abr. 2012.

<sup>99</sup> Dispõe o § 1º, do art. 9º, do PL n. 6.128/09: “Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração.”

<sup>100</sup> RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 5, 2011/2012. ISSN 1982-4564. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/594/398>> Acesso em: 20 abr. 2012.

de decisões judiciais, os efeitos de tais decisões, a legitimidade do Poder Judiciário para exercer uma função normativa, frente à teoria da separação dos poderes, e o fenômeno jurídico “ativismo judicial” serão abordados no capítulo seguinte.

### 3. ATIVISMO JUDICIAL

#### 3.1 As correntes doutrinárias

Como observado até o momento, no presente trabalho, a posição do Supremo Tribunal Federal em relação aos efeitos das decisões em sede de mandado de injunção sofreu mudanças ao longo desses mais de vinte anos de existência do *writ*.

Assim, surgem no campo doutrinário diversas correntes, que estão vinculadas aos efeitos das decisões, tais como: teoria não concretista; teoria concretista geral; teoria concretista individual direta; teoria concretista individual intermediária.

##### 3.1.1 Teoria não concretista

A posição não concretista preponderou nos julgados do STF desde o surgimento do mandado de injunção até meados de 2007.

Segundo essa corrente, a decisão do mandado de injunção tem natureza mandamental, isto é, trata-se de uma ação que objetiva a declaração da omissão inconstitucional, devendo o Judiciário dar ciência ao Poder competente, que se encontra em mora, para que este tome as providências necessárias.<sup>101</sup>

Por essa corrente entende-se que cabe ao órgão julgador apenas aplicar a lei já existente, vedada a criação de normas. O juiz poderá, no máximo, determinar a suspensão de processos judiciais ou administrativos que possam causar dano ao impetrante, que não ocorreria se direito obstado fosse exercitável.

102

É bem de ver que, quando o Poder Judiciário declara a omissão inconstitucional e científica o Poder legiferante, equipara o mandado de injunção à

---

<sup>101</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição. São Paulo: Atlas, 1999. p. 107.

<sup>102</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição. São Paulo: Atlas, 1999. p. 107-108.

ação direta de inconstitucionalidade por omissão, atribuindo-lhes as mesmas finalidades, inexistindo, assim, qualquer distinção entre os dois institutos.<sup>103</sup>

Não seria razoável que a Constituição trouxesse dois instrumentos jurídicos com efeitos idênticos; porém quando analisado dessa maneira o mandado de injunção torna-se inútil como remédio constitucional capaz de viabilizar o exercício de direitos fundamentais paralisados por falta de norma regulamentadora.<sup>104</sup>

Para fins exemplificativos, faz-se importante transcrever trecho da ementa do mandado de injunção nº 284:

“O novo “writ” constitucional consagrado pelo art. 5º, LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são constitucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos constitucionais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder.”<sup>105</sup>

Como preleciona Rodrigo Mazzei, “a presente teoria não absorve o espírito de garantia constitucional do *writ*”, já que a mera declaração de inércia com a consequente cientificação do órgão responsável não atinge seu principal objetivo, que é a integração da norma para a satisfação da pretensão do indivíduo prejudicado pela omissão.<sup>106</sup>

Nessa corrente, a omissão não é apenas legislativa, tem-se também uma omissão na função jurisdicional, pois, conforme Graziela Honorato, o Poder Judiciário ao não prover as decisões que lhe são submetidas, passa a exercer a função meramente administrativa de comunicar o Poder omissivo.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.132-133.

<sup>104</sup> HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1989. p.130.

<sup>105</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MI nº 284. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 22 nov. 91 DJ de 26/06/1992.

<sup>106</sup> MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., Fredie. *Ações Constitucionais*. 3. ed. rev. atual. Bahia: Jus PDIVM, 2008. p. 224.

<sup>107</sup> HONORATO, Graziela Rosal. *Considerações acerca do Mandado de Injunção*. 2007. In: SILVA, Marília Oliveira Santana da. *A concreção e efetividade do mandado de injunção frente à nova jurisprudência do STF*. Disponível em: < <http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29115>> Acesso em: 03 abr. 2012.



### 3.1.2 Teoria concretista geral

Segundo com a teoria concretista, ante uma omissão inconstitucional, o Poder Judiciário pode tornar exequível o direito que se encontra obstado pela ausência de norma regulamentadora. Essa posição é dividida em duas espécies, a concretista geral e a concretista individual.<sup>108</sup>

Pela concretista geral, a decisão proferida pelo juiz em sede de mandado de injunção tem caráter constitutivo *erga omnes*, devendo o órgão judiciário editar uma norma abstrata e geral, que alcança inclusive aqueles que não pediram tutela jurisdicional.<sup>109</sup>

Mais uma vez temos aqui, por parte do Poder Judiciário, uma equiparação entre mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois cabe a esta afastar qualquer vício de natureza omissiva com a devida supressão de lacunas presentes no ordenamento jurídico.<sup>110</sup>

O objetivo do mandado de injunção é tornar viável um direito subjetivo violado em razão da falta de norma regulamentadora, com a finalidade de conceder o exercício desse direito no caso concreto. Com o seu provimento, o juiz deve estabelecer uma norma como forma de solucionar apenas para o caso trazido em juízo.<sup>111</sup>

Essa corrente desvirtua a concepção do instituto processual, já que sua finalidade é tutelar direitos subjetivos e não uma defesa genérica da ordem jurídica.<sup>112</sup>

A partir de 2007, no julgamento conjunto de três mandados de injunção (MI nº 670, nº 708 e nº 712) sobre o direito de greve de servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal reviu seu posicionamento, ao aceitar a possibilidade de o Poder Judiciário solucionar a omissão legislativa, mostrando uma tendência à teoria concretista geral.

---

<sup>108</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição. São Paulo: Atlas, 1999. p. 106.

<sup>109</sup> MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., Fredie. *Ações Constitucionais*. 3. ed. rev. atual. Bahia: Jus PDIVM, 2008. p. 224.

<sup>110</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.131.

<sup>111</sup> HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1989. p.118.

<sup>112</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição. São Paulo: Atlas, 1999. p. 107.

É possível observar no MI nº 708/ PA a adoção a esta corrente a partir do trecho do voto do Ministro relator, Eros Grau:

“[...] atividade normativa é denominada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos submetidos ao mesmo preceito constitucional. Também aqui é preciso ter presente que não cumpre ao tribunal remover um obstáculo que só diga respeito ao caso concreto, mas a todos os casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos. [...] O Poder Judiciário, no mandado 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>113</sup>

Trata-se de um avanço no posicionamento da Suprema Corte, pois a adoção da corrente não concretista causa uma frustração no que tange à finalidade do mandado de injunção, no entanto recebe fortes críticas em razão de a decisão estender-se além do caso concreto, substituindo o órgão responsável pela edição da norma faltante.<sup>114</sup>

Não seria prudente atribuir ao Poder Judiciário a elaboração de normas gerais e abstratas quando o que se quer é a solução do caso *sub judice*, ademais, estaria o órgão judicante afrontando o princípio da separação dos poderes, tendo em vista que a edição de normas gerais e abstratas é função típica do Poder Legislativo.<sup>115</sup>

### 3.1.3 Teoria concretista individual direta

A teoria concretista individual direta entende que a decisão final do mandado de injunção é constitutiva *inter partes*, devendo o órgão jurisdicional, ao julgar procedente a ação, possibilitar uma imediata efetivação da promessa de direito subjetivo.<sup>116</sup>

<sup>113</sup> Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MI nº 712. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 25 out. 07 DJ de 30/10/2007

<sup>114</sup> MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., Fredie. Ações Constitucionais. 3. ed. rev. atual. Bahia: Jus PDIVM, 2008. p. 224.

<sup>115</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.131.

<sup>116</sup> MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., Fredie. Ações Constitucionais. 3. ed. rev. atual. Bahia: Jus PDIVM, 2008. p. 224.

O juiz em sua decisão deverá, além de editar a norma individual e concreta, de forma a integrar o texto constitucional, resolver a lide gerada, prolatando decisão condenatória, constitutiva ou declaratória.<sup>117</sup>

O objeto do mandado de injunção não é uma ordem para expedir a norma regulamentadora faltante, de maneira abstrata, pois se trata de tarefa atribuída à ação de inconstitucionalidade por omissão. O *writ* apenas viabiliza o exercício de um direito fundamental interdito devido à inércia do Poder Público, por meio de uma sentença com efeitos limitados e específicos para o litígio em análise.<sup>118</sup>

Impende ressaltar que a teoria concretista individual não fere a tripartição dos poderes, tendo em vista que o Poder Judiciário efetiva a norma constitucional de maneira individual, apenas no caso concreto. Em outras palavras, o que ele faz é preencher uma lacuna existente no ordenamento jurídico, e não eliminar totalmente essa lacuna, como faz o Poder Legislativo, a partir de uma norma geral, dessa forma, não há que se falar em usurpação de poderes.<sup>119</sup>

A maioria dos doutrinadores defende essa posição, pois é a que mais se adequa à finalidade do instituto, a imediata efetivação do direito constitucionalmente garantido, sem afetar a separação dos poderes, já que a criação da norma restringe-se ao caso concreto. Dessa forma, o magistrado não está mais do que cumprindo seu dever de prestação jurisdicional.<sup>120</sup>

Nesse diapasão, preleciona Piovesan:

“[...] no mandado de injunção surge o dever jurisdicional inescusável de tornar viável o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional obstado por faltar a norma regulamentadora. Trata-se de verdadeiro dever jurisdicional inescusável, que encontra fundamento seja no princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, seja no princípio

---

<sup>117</sup> MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., Fredie. Ações Constitucionais. 3. ed. rev. atual. Bahia: Jus PDIVM, 2008. p. 225.

<sup>118</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, Controle Judicial da Omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 519.

<sup>119</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.140.

<sup>120</sup> SILVA, Marília Oliveira Santana da. A concreção e efetividade do mandado de injunção frente à nova jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29115>> Acesso em: 03 abr. 2012.

da proibição do non liquet, que impõe a obrigatoriedade da decisão.”<sup>121</sup>

### 3.1.4 Teoria concretista individual intermediária

Pela teoria intermediária, o juiz deverá fixar um prazo razoável para que o poder competente elabore a norma regulamentadora inexistente, após julgar procedente o mandado de injunção. Caso o órgão responsável permaneça inerte após o decurso do prazo, o Poder Judiciário poderá estabelecer as condições de exercício do direito.<sup>122</sup>

Ao final desse prazo, se a mora legislativa permanecer, ao impetrante fica autorizada a liquidação por meio da via jurisdicional ordinária, nos casos de pretensão executória. Dessa forma, o órgão judicante elabora a norma para o caso *sub judice*, reconhecendo o dever de indenização, com a remessa da liquidação dos valores para o Juízo comum.<sup>123</sup>

Tal posicionamento surgiu pela necessidade de resolver a omissão vinculada ao artigo 8º, parágrafo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. No julgamento do MI nº 283-5, que tratou da questão, o STF determinou que o prejudicado tivesse direito a uma reparação econômica pelas perdas e danos em face da mora legislativa.<sup>124</sup>

Nesse mesmo sentido a Corte julgou o MI nº232/RJ, conforme trecho da ementa:

“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, § 7º da Constituição, sob pena de vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.”<sup>125</sup>

<sup>121</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.145.

<sup>122</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição. São Paulo: Atlas, 1999. p. 107.

<sup>123</sup> MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., Fredie. *Ações Constitucionais*. 3. ed. rev. atual. Bahia: Jus PDIVM, 2008. p. 230.

<sup>124</sup> MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., Fredie. *Ações Constitucionais*. 3. ed. rev. atual. Bahia: Jus PDIVM, 2008. p. 229.

<sup>125</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MI nº 232. Relator: Moreira Alves. Brasília, DF, 02 ago. 91 DJ de 27/03/1992.

Nesses casos, a decisão proferida é incompleta, pois, ainda que *certa*, está *ilíquida*, e precisa ser liquidada no Juízo comum, por meio de uma segunda ação autônoma em que vai ser discutido o *quantum debeatur*. Devem constar no polo passivo da segunda demanda as mesmas pessoas constantes na primeira, ou seja, tanto o órgão responsável pela omissão, quanto a pessoa que irá sofrer a consequência do mandado de injunção.<sup>126</sup>

A partir da observação da evolução do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à omissão inconstitucional ao longo dos anos, faz-se aqui importante uma análise do princípio da separação dos poderes como um obstáculo concretização do texto constitucional.

### **3.2 O princípio da separação dos poderes e a concretização da Constituição Federal**

O princípio da separação dos poderes tem origem nas ideias de alguns pensadores, como John Locke, Aristóteles, e, principalmente, Montesquieu, que em sua obra *O espírito das leis*, estabeleceu que, para um funcionamento mais efetivo do governo, as funções estatais deveriam funcionar a partir da separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.<sup>127</sup>

A separação dos poderes, como uma garantia das liberdades individuais, resulta num sistema de freios e contrapesos, em que os órgãos são dotados de independência entre si e prerrogativas institucionais, com a finalidade de inibir abusos por meio de mecanismos de controle recíprocos.<sup>128</sup>

Cada Poder está associado a uma atividade estatal, que deve ser exercida apenas pelo órgão competente. Essas funções estão ligadas entre si, dessa forma, o seu exercício irá, inevitavelmente, interferir na esfera de competência do outro Poder.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., Fredie. *Ações Constitucionais*. 3. ed. rev. atual. Bahia: Jus PDIVM, 2008. p. 235.

<sup>127</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição. São Paulo: Atlas, 1999. p. 120.

<sup>128</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. pag.113.

<sup>129</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. pag.116.

O exercício das funções de forma totalmente independente é inviável, e há muito o princípio vem sendo relativizado, na busca de uma interdependência harmônica dos poderes como garantia da estabilidade política.<sup>130</sup>

Cada órgão estatal exerce funções típicas e atípicas, o Poder Executivo, por exemplo, realiza predominantemente a função administrativa, porém pode exercer, quando necessário, funções legislativas e jurisdicionais de forma pacífica.<sup>131</sup>

Para Canotilho, trata-se de “um princípio organicamente referenciado e funcionalmente orientado”. Organicamente referenciado porque se refere à separação das estruturas orgânicas que exercem o poder estatal, não havendo quebra da unidade do poder do Estado, e funcionalmente orientado devido aos atos estatais sempre levarem em consideração a qualidade dos órgãos dos quais foram emanados, ou a forma da qual devem ser revestidos.<sup>132</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil, a exemplo das demais Constituições democráticas contemporâneas, adotou o princípio da separação dos poderes, consagrado no artigo 2º da Constituição Federal de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Constitui-se, ainda, como cláusula pétrea, contida no inciso III, §4º, do artigo 60, da Constituição Federal: “Não será objeto de deliberação a proposta tendente a abolir: a separação dos Poderes”.

No Brasil, o Legislativo exerce, excepcionalmente, a função administrativa, quando, por exemplo, provém cargos de seus serviços administrativos, já o Executivo, pode, atipicamente, legislar, editando medidas provisórias, ou através de leis delegadas. Dessa forma, o Poder Judiciário, cuja

---

<sup>130</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição. São Paulo: Atlas, 1999. p. 120.

<sup>131</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição. São Paulo: Atlas, 1999. p. 120.

<sup>132</sup> RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 5, 2011/2012. ISSN 1982-4564. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/594/398>> Acesso em: 20 abr. 2012.

função predominante é jurisdicional, pode, então, legislar, criando normas com a finalidade de viabilizar a fruição de um direito obstado.<sup>133</sup>

Segundo Cappelletti, certo grau de criatividade, que não deve ser confundida com total liberdade, é inerente a toda interpretação, o problema está no grau de criatividade e nos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito pelos tribunais.<sup>134</sup>

Tanto o processo legislativo quanto o processo judicial resultam em criação de direito, mas o modo da criação é que os diferencia. O juiz cria direito quando há uma conexão entre o seu pronunciamento e o caso concreto, ou seja, quando é chamado a interpretar um texto normativo. Isso não significa que o juiz seja um legislador, pois para que possa criar direito precisa ser provocado, ao contrário do processo legislativo.<sup>135</sup>

Como foi exposto ao longo do presente trabalho, o Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, mudou seu posicionamento em relação à omissão inconstitucional ao proferir decisões de perfil aditivo, com efeitos *erga omnes*, desempenhando um papel mais ativo nas questões de cunho político.

É cediço que quando existem dúvidas no texto normativo, cabe ao juiz, seu intérprete, esclarecer as incertezas, ambiguidades e preencher as lacunas, quanto mais vaga for a lei, mais ampla é a discricionariedade jurisdicional. Porém, não se trata de uma criação completamente livre de vínculos, devem ser respeitados os limites à liberdade judicial.<sup>136</sup>

O ativismo judicial tem sua origem na jurisprudência norte-americana, devido à atuação da Suprema Corte em questões políticas. Trata-se de um movimento decorrente da expansão da competência constitucional do Judiciário

---

<sup>133</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição. São Paulo: Atlas, 1999. p. 122.

<sup>134</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 21.

<sup>135</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 76.

<sup>136</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 24-42.

frente aos outros Poderes, com o objetivo de efetivar direitos fundamentais, e reforçar a democracia.<sup>137</sup>

O órgão jurisdicional exerce uma posição mais ativa em diversas situações, como, por exemplo, quando declara a inconstitucionalidade de um ato normativo emanado do legislador com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, ou quando impõe condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>138</sup>

Várias são as críticas à postura interventiva do STF, como a que vê o ativismo judicial como um risco à legitimidade democrática, por não serem os membros do Poder Judiciário eleitos pelo povo. Dessa forma, o órgão jurisdicional não teria legitimidade para se sobrepor ao demais Poderes, compostos por agente públicos escolhidos pelo povo.<sup>139</sup>

Alguns autores, como Elival da Silva Ramos, veem o ativismo judicial como um fenômeno que ultrapassa os limites, constitucionalmente impostos, da atividade típica do órgão jurisdicional em detrimento dos outros Poderes, principalmente do Legislativo.<sup>140</sup>

O professor faz uma exposição, em linhas gerais, do objeto do Poder Judiciário, e apresenta a função jurisdicional como um instrumento para garantir que as normas contidas no ordenamento jurídico efetivamente conduzam aos resultados enunciados, tanto nos conflitos interindividuais, quanto nos que atentem contra a pacificação social. Compartilha da explicação de Jorge Miranda<sup>141</sup>, ao equiparar o contencioso objetivo ao contencioso subjetivo, pois em ambas as situações há aplicação do direito a situações fáticas, embora em um haja litígios com interesses e

---

<sup>137</sup> SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: Uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 44 n. 173 p.271-284, jan./mar. 2007.

<sup>138</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 08 abr. 2012

<sup>139</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 08 abr. 2012

<sup>140</sup> RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

<sup>141</sup> Jurista português, doutor e professor catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.



direitos subjetivos, e no outro, uma análise da conformidade constitucional e legal de normas jurídicas, seja material ou formal.<sup>142</sup>

Embora, com a evolução da Hermenêutica, a jurisdição, função tipicamente interpretativa, tenha deixado de ser vista como apenas aplicação de normas para ser vista como uma concretização normativa, deixando claro seu caráter criativo e inovador, é indiscutível que a liberdade criativa do órgão legiferante é bem maior que a do Poder Judiciário. Para tanto, Elival utiliza a ordem hierárquica criada por Kelsen para afirmar que os atos legislativos, veiculadores de normas gerais e abstratas, encontram-se logo abaixo do nível constitucional, enquanto que os atos jurisdicionais voltam-se apenas à modelagem de atos normativos superiores, e, por isso, estão em um escalão inferior.<sup>143</sup>

Para o autor, o fenômeno ativista ocorre, principalmente, em Estados democráticos cujas Constituições pregam a independência e harmonia dos poderes. Neste sentido, assevera:

“[...] a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica na deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos Poderes.”<sup>144</sup>

Ainda de acordo com Ramos, o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à eficácia do Mandado de Injunção, perfilhado nos MIs nº 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA, apesar de não configurar ativismo judicial, propriamente dito, visto que tem amparo no princípio da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais, previsto no art. 5º, § 1º, da Constituição, constitui um reforço aos fatores de impulsão ao fenômeno. A decisão judicial no *writ* tende a

---

<sup>142</sup> RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 5, 2011/2012. ISSN 1982-4564. Disponível em < <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/594/398>> Acesso em: 20 abr. 2012.

<sup>143</sup> RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 5, 2011/2012. ISSN 1982-4564. Disponível em < <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/594/398>> Acesso em: 20 abr. 2012.

<sup>144</sup> RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 5, 2011/2012. ISSN 1982-4564. Disponível em < <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/594/398>> Acesso em: 20 abr. 2012.

ser mais ativista do que a atuação do órgão julgador por meio de aplicação do direito posto, pois, para suprir a omissão inconstitucional, há um maior grau de criatividade.<sup>145</sup>

O jurista salienta que deve haver uma limitação da atuação do julgador nas matérias atinentes às competências tradicionalmente reservadas aos outros Poderes, e isso se dá pela interpretação criativa, em que, através de interpretação sistemática, adequa-se a norma à realidade social.<sup>146</sup>

Após a Constituição de 1988, deu-se uma expansão do Judiciário, principalmente do STF, a partir de uma transferência de poder para juízes e tribunais, que passaram a resolver questões de repercussão política e social. A Carta trouxe em seu texto analítico, diversas matérias que antes ficavam a cargo dos órgãos políticos, aumentando ainda mais o poder dos órgãos jurisdicionais.<sup>147</sup>

No entanto, o magistrado deve agir sempre com prudência e equilíbrio, observando os limites do ordenamento jurídico. Luis Roberto Barroso preleciona regras que o juiz deve seguir a fim de evitar um modelo juriscêntrico:

“(I) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (II) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (III) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário.”<sup>148</sup>

O mencionado autor faz uma distinção entre judicialização da política e das relações sociais e ativismo judicial. Para ele a judicialização é uma circunstância do modelo constitucional adotado no Brasil, pois cabe ao juiz decidir a pretensão

---

<sup>145</sup> RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 5, 2011/2012. ISSN 1982-4564. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/594/398>> Acesso em: 20 abr. 2012.

<sup>146</sup> RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 287.

<sup>147</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 08 abr. 2012

<sup>148</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 08 abr. 2012

advinda de norma constitucional, ainda quando se trata de questões políticas, enquanto que ativismo judicial é uma forma mais ampla e proativa de o Judiciário interpretar a Constituição. Assim, é possível concluir que o ativismo surgiu devido à crescente judicialização.<sup>149</sup>

Um dos principais pontos da discussão sobre a legitimidade da atuação ativista dos órgãos jurisdicionais gira em torno do fato de que, como os Poderes Legislativo e Executivo são eleitos pelo povo, apenas seus membros estariam autorizados a editar leis. O Judiciário, portanto, não teria permissão de criar normas por decisões judiciais, já que não se trata de um Poder eletivo.<sup>150</sup>

Porém, o órgão judicante, diante da inércia do Legislativo e Executivo, não vê outra alternativa a não ser “criar o direito” capaz de solucionar questões de ordem jurídica, política e social que exigem respostas inadiáveis da esfera governamental.<sup>151</sup> Na medida em que os juízes atuem dentro da legalidade, e não “por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular”,<sup>152</sup> tornam-se legítimos para exercer tal atividade.

O Poder Judiciário, como guardião da Constituição, deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais, e diante de uma omissão legislativa, efetivar a aplicação imediata do direito garantido no texto constitucional. O direito fundamental à efetivação da Constituição concede ao cidadão o direito subjetivo de exigir o desfrute imediato de todos os direitos e garantias fundamentais previstos. A separação dos poderes, a discricionariedade administrativa, dentre outros obstáculos, não podem frustrar a vontade do constituinte, que é ver sua obra concretizada.<sup>153</sup>

---

<sup>149</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 08 abr. 2012

<sup>150</sup> VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito : uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. 2011. 255f. Tese (doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011. p.224.

<sup>151</sup> VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito : uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. 2011. 255f. Tese (doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011. p.224.

<sup>152</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 08 abr. 2012

<sup>153</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, Controle Judicial da Omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 258.

Se os legisladores ou administradores fossem realmente interessados nas matérias por eles reguladas, como representantes de pessoas ou grupos, realizando os procedimentos necessários, não haveria qualquer degeneração do procedimento legislativo ou administrativo.<sup>154</sup>

De acordo com Dirley da Cunha Júnior:

“[...] pode-se admitir que as omissões do poder público, principalmente as do Legislativo, acabaram por conferir ao Judiciário uma legítima função normativa, de caráter supletivo, no exercício de sua típica função de efetivar as normas constitucionais [...]”<sup>155</sup>

Ronald Dworkin é um dos principais defensores do ativismo judicial, sua doutrina defende que o Judiciário é o poder hábil para efetivar direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente. A partir da “Leitura Moral da Constituição” e do “Princípio da Integridade”, o direito, por meio de decisões judiciais, é visto como um instrumento que favorece a construção de uma sociedade mais justa e democrática.<sup>156</sup>

Segundo Dworkin, os direitos fundamentais são prioridade numa democracia constitucional, e os magistrados devem defendê-los, em razão de seu compromisso ético com a defesa da moral, da justiça e da democracia, ainda que contramajoritariamente. A minoria vencida na disputa eleitoral não pode ter seus interesses anulados, ou sofrer injustiças impostas por eventuais majorias, o que torna o controle de constitucionalidade que se origine do próprio Poder Legislativo, indesejado. A democracia não pode ficar adstrita a um governo de majorias, numa sociedade plural, como a atual, todos devem ter o direito de exercer os direitos que lhe foram garantidos.<sup>157</sup>

---

<sup>154</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 76-77.

<sup>155</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da, Controle Judicial da Omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 335.

<sup>156</sup> VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito : uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. 2011. 255f. Tese (doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011. p.53.

<sup>157</sup> VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito : uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. 2011. 255f. Tese (doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011. p.215-216.

É a própria Constituição que atribui ao Supremo a legitimidade para controlar os atos dos demais Poderes, objetivando concretizar direitos fundamentais individuais e sociais previstos em seu texto. Preleciona André Copetti:

“A necessidade e urgência de concretização da parcela social do nosso modelo constitucionalizado de Estado Democrático de Direito impõem repensar as nossas necessidades democráticas, o que nos conduz a um compromisso de reconstruirmos, a partir de tipos ideais a serem contextualizados, uma nova concepção de democracia: a social, que ultrapassa o mero formalismo da democracia representativa, e reclama que todo ordenamento jurídico e todos os poderes públicos devem estar voltados à sua realização. Algumas parcelas do ordenamento devem contribuir mais do que outras, bem como, no plano institucional, conforme nossas colocações iniciais, o Poder Judiciário, como guardião e realizador da Constituição, passa a ter suas atribuições significativamente ampliadas.”<sup>158</sup>

Com o ativismo judicial as demandas sociais não atendidas pelo poder legiferante, são apreciadas e resolvidas pelo Judiciário, como ocorreu com a greve dos servidores públicos. Reforça, assim, a credibilidade do órgão judicante, expondo toda a fragilidade do Legislativo, de sua incapacidade para cumprir as promessas constitucionais, aumentando-se a desconfiança da sociedade com o órgão político.<sup>159</sup>

Barroso entende que:

“o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. [...] A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo.”<sup>160</sup>

As últimas decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de mandado de injunção, demonstram a tendência de manutenção de uma posição

<sup>158</sup> COPETTI, André; MORAIS, José Luis Bolzan de. A (Re)construção jurisdicional da Constituição de 1988. In: VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito : uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. 2011. 255f. Tese (doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011. p.159-160.

<sup>159</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 08 abr. 2012

<sup>160</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 08 abr. 2012

concretista. Ao adotar uma postura mais ativista, preenchendo a lacuna presente na ordem jurídica, o Tribunal busca alcançar o fim último da Constituição Federal, qual seja, a efetivação dos direitos fundamentais.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou esmiuçar a problemática da omissão constitucional e a possibilidade de implementar o direito inviabilizado pela falta de norma, por meio de decisão judicial.

A Constituição Brasileira de 1988, influenciada pela teoria da Constituição Dirigente, defendida por José Joaquim Gomes Canotilho, trouxe em seu texto um vasto rol de direitos fundamentais sociais.

Pelo paradigma do dirigismo constitucional, a Constituição deixa de ser apenas uma norma jurídica suprema, e passa a ser repositório de tarefas e programas a serem cumpridos pelo Estado, seja pelo Legislativo, pelo Executivo, ou pelo Poder Judiciário, que, no contexto do Supremo Tribunal Federal, tem a função de garantir a efetividade das normas constitucionais sociais.

A Constituição Federal instituiu duas ações constitucionais, Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, como instrumentos jurídicos com a função de reprimir a omissão do poder público, para que as normas relativas aos direitos fundamentais não restassem ineficazes.

Ao longo dos 24 anos da Constituição, poucas foram as ADO propostas no Supremo Tribunal Federal, se comparadas com a quantidade de mandados de injunção, sendo assim, foi feita uma análise dos julgamentos da Corte apenas em sede do *writ*. Desde que foi apreciado pela primeira vez no STF, o mandado de injunção vem sofrendo alterações na sua interpretação. A princípio o Tribunal entendeu que deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador tomasse as providências requeridas, no entanto não é mais esse o seu entendimento. Em 2007, passou a aceitar a possibilidade de uma regulação pelo próprio Judiciário.

Foi possível perceber que a variação da composição dos ministros da Suprema Corte, nos últimos anos, influenciou a mudança em sua jurisprudência. Nota-se que após muito tempo adotando uma posição não concretista, em que bastava declarar a mora do poder competente, as decisões do tribunal tomaram uma feição concretista.

Quando o cidadão, titular do direito fundamental, encontra-se impossibilitado de exercê-lo, o Poder Judiciário deve, como guardião da

Constituição, viabilizar a fruição de tal direito, editando uma norma a ser aplicada ao caso *sub judice*, em respeito ao princípio da efetividade máxima.

Diante de uma omissão do legislador, e da conseqüente lacuna gerada no ordenamento jurídico, o juiz vê-se obrigado a preencher esse vazio, já que não pode negar a prestação judicial sob o argumento de inexistência da lei. Ademais não seria razoável que um direito fundamental, constitucionalmente garantido, ficasse obstado à espera do legislador ordinário. O princípio da supremacia constitucional deve ser observado, tendo em vista a concretização da Constituição.

Nos últimos tempos o Judiciário vem adotando condutas cada vez mais amplas, como é possível perceber nas decisões em que o STF concede efeitos mandamentais ao mandado de injunção. O ativismo judicial tem se tornado uma necessidade institucional, como reflexo da expansão do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional.

Com as transformações da sociedade, o princípio da separação dos poderes sofreu alterações, e não deve ser interpretado de forma absoluta, aqui se entende que cada Poder tem uma função predominante, porém é possível que exerçam funções atípicas de forma harmônica, a partir de um controle recíproco, em razão de não haver entre eles subordinação. Deve-se falar em interdependência dos Poderes.

Ao suprir a omissão existente no ordenamento jurídico, o juiz não exerce a função legislativa na sua forma original, já que não ocorre uma transferência da incumbência de legislar. Não há mais que se falar em separação, e sim em interdependência, ou ainda, em colaboração entre as funções dos poderes, para que os cidadãos possam usufruir da melhor maneira o que lhe é garantido pelo Estado.

O ativismo judicial potencializa o alcance das normas da Constituição, pois o Supremo Tribunal Federal proporciona ao povo solução para as matérias não satisfeitas pelo legislador ordinário. Diante da falta de compromisso do Legislativo com os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, o Judiciário tem legitimidade para prolatar decisões que concretizem o previsto na Constituição, desde que compatíveis com os princípios constitucionais e os valores morais da sociedade.



Essa postura mais ativa é muito elogiada por alguns juristas, mas muito criticada por outros, como o professor Elival da Silva Ramos, que vê o ativismo judicial como algo negativo, pois viola a separação entre os Poderes e, conseqüentemente, prejudica o sistema democrático. Ele afirma que não se pode deixar o STF cumprir uma missão que não é sua; o papel do Judiciário, assim, é aplicar a lei e apontar defeitos de uma já posta, e não criar normas.

Vale ressaltar que este trabalho não visa questionar se a atuação judicial mais ativa revela-se uma evolução positiva ou negativa, entretanto entende-se ser necessária, pois o Poder Judiciário não pode deixar a sociedade desamparada em virtude da inércia do legislador ordinário, devendo afastar a velha ideia do juiz como “*a inanimada boca da lei*”, desde que os julgadores não excedam sua legitimidade, e respeitem os princípios consagrados na Carta Magna.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Ney Fonseca. O poder judiciário: da teoria clássica à crise da constituição dirigente. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em:  
<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>

BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de Injunção em Perigo: Os Riscos da Abstração de Seus Efeitos no Contexto do Ativismo Judicial Brasileiro. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 5, 2011/2012. ISSN 1982-4564. Disponível em: <  
<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/597/400> > Acesso em: 20 abr. 2012.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22 ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. Do estado liberal ao estado social. 3 ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Serv. De Publicações, 1972.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6.128, de 30 de setembro de 2009. Disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, 2009. Disponível em: <  
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=453192> >. Acesso em: 22 abr. 2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI nº 3682. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 09 mai. 2007 DJ de 06/09/2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. MI nº 232. Relator: Moreira Alves. Brasília, DF, 02 ago. 91 DJ de 27/03/1992.

\_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. MI nº 284. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 22 nov. 91 DJ de 26/06/1992.

\_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. MI nº 670. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 25 out. 07 DJ de 30/10/2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. MI nº 708. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 25 out. 07 DJ de 30/10/2007

\_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. MI nº 712. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, DF, 25 out. 07 DJ de 30/10/2007

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos: O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões Normativas. In: As Garantias do Cidadão na Justiça. São Paulo, Saraiva, 1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). Canotilho e a constituição dirigente. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da, Controle Judicial da Omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2004.

DANTAS, Miguel Calmon. Constitucionalismo dirigente brasileiro e a pós-modernidade: resistência e projeção do estado social enquanto dimensão do Estado Democrático de Direito. 2008. 441 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito Supraconstitucional: Do absolutismo ao Estado constitucional e humanista de direito, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1989.

\_\_\_\_\_. O PL que regulamenta o Mandado de Injunção – uma iniciativa mais que oportuna. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 3, 2009/2010. ISSN 1982-4564 Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/374/257>>. Acesso em: 19 out.2011.

HONORATO, Graziela Rosal. *Considerações acerca do Mandado de Injunção*. 2007. In: SILVA, Marília Oliveira Santana da. A concreção e efetividade do mandado de injunção frente à nova jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29115>> Acesso em: 03 abr. 2012.

LAGO, Rodrigo P. Ferreira. Mandado de Injunção nº 670: uma releitura do instrumento integrativo mandamental. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/mandado-de-injuncao-n%C2%B0-670-uma-releitura-do-instrumento-integrativo-mandamental>>. Acesso em: 15.out. 2011.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo; Coimbra: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2009

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição. São Paulo: Atlas, 1999.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., Fredie. *Ações Constitucionais*. 3. ed. rev. atual. Bahia: Jus PDIVM, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de Controle abstrato da omissão, p.13. Disponível em <  
<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/49/26> > Acesso em: 19 de mar. 2012.

\_\_\_\_\_; Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito consitucional. São Paulo: Saraiva, 2007

\_\_\_\_\_. Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional. Discurso proferido no 14º Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Européias, realizado em Vilnius, capital da Lituânia, de 2 a 6 de junho de 2008. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Lituania.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2011.

MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. A Constituição Dirigente realmente morreu? Disponível em: <[http:// www.viajuridica.com.br](http://www.viajuridica.com.br)> Acesso em: 20.nov.2011.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas sociais de poder. In: Revista Trimestral de Direito Público, n.12. p. 164-165, 1995.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion. 8 ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

\_\_\_\_\_, Antonio-Enrique: La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010

\_\_\_\_\_. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, Ano 5, 2011/2012. ISSN 1982-4564. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/594/398>> Acesso em: 20 abr. 2012.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. Omissões Normativas. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: Uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 44 n. 173 p.271-284, jan. /mar. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. A função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília: IDP, v. 4, 2010/2011. ISSN,1982-4564. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/429/277>>.

SILVA, Marília Oliveira Santana da. A concreção e efetividade do mandado de injunção frente à nova jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29115>>

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito : uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. 2011. 255f. Tese (doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011.