

Centro Universitário de Brasília - UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais – FAJS

MARAIZA MEDEIROS GUSKUMA

**O ATIVISMO JUDICIAL DO STF NO MANDADO DE INJUNÇÃO  
SOBRE APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO**

Brasília  
2013

MARAIZA MEDEIROS GUSKUMA

**O ATIVISMO JUDICIAL DO STF NO MANDADO DE INJUNÇÃO  
SOBRE APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO**

Monografia de conclusão do curso de  
bacharelado em direito da Faculdade de  
Ciências Jurídicas e Sociais do Centro  
Universitário de Brasília.  
Orientador: Professor André Gontijo

Brasília  
2013

MARAIZA MEDEIROS GUSKUMA

**O ATIVISMO JUDICIAL DO STF NO MANDADO DE INJUNÇÃO  
SOBRE APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO**

Monografia de conclusão do curso de  
bacharelado em direito da Faculdade de  
Ciências Jurídicas e Sociais do Centro  
Universitário de Brasília.

Orientador: Professor André Gontijo

**Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.**

**BANCA EXAMINADORA**

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**Para a minha família, em especial o meu filho Eduardo, que é a minha luz e inspiração, ao meu marido Marco Antonio e a minha secretária Maria Luiza, que me deram todo apoio.**

## RESUMO<sup>1</sup>

Relatório monográfico de Pesquisa no âmbito do direito constitucional e da filosofia do direito, cujo objeto é a temática do ativismo judicial, questionando-se qual o seu papel no âmbito do mandado de injunção. Por meio da pesquisa dogmática e instrumental, e da técnica bibliográfica, sistematizou-se a doutrina jurídica, a fim de investigar o papel do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, à luz dos julgamentos dos mandados de injunção de nº 107, 232, 283, 284, 670, 708, 712 e 721, da crítica de Elival da Silva Ramos, bem como as análises a favor do presente instituto feitas por vários doutrinadores, em especial, o surpreendente Ministro do STF, Luís Roberto Barroso. O estudo do ativismo judicial revela-se surpreendedor, uma vez que o instituto está cada vez mais presente nos julgamentos dos mandados de injunção, havendo uma mudança de paradigma nas decisões emitidas pelos ministros do STF, que deixaram de ter uma postura conservadora nas suas decisões, que eram desprovidas de eficácia, passando a emitir decisões eficazes, atuando como legislador positivo. Por fim, o fenômeno do ativismo judicial torna-se um instrumento necessário para concretização dos direitos previstos na nossa Constituição, ante ao presente cenário em que vivemos: um Legislativo inerte.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Ativismo Judicial*; Mandado de Injunção; Aposentadoria Especial dos Servidores Públicos.

---

<sup>1</sup> GUSKUMA, Maraiza Medeiros. O ativismo judicial do STF no mandado de injunção sobre aposentadoria especial do servidor público. 2013. 77 f. Monografia (Graduação em Direito). Orientador: prof. André Gontijo. Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Brasília, 2013.

## **ABSTRACT**

Report monographic Research under constitutional law and philosophy of law whose object is the subject of judicial activism, wondering what their role under the writ of injunction. Through research dogmatic and instrumental and technical literature, systematized to legal doctrine, in order to investigate the role of judicial activism in the Supreme Court, in the light of the judgments of an injunction of No. 107, 232, 283, 284, 670, 708, 712 and 721, the critical theoretician Elival da Silva Ramos, and the analyzes in favor of this institute made by various scholars, in particular, the current Minister of the Supreme Court, Luis Roberto Barroso. The study of judicial activism reveals surpreendedor since the institute is increasingly present in the trials of an injunction, there is a paradigm shift in the decisions issued by the ministers of the Supreme Court, who left to take a conservative approach in its decisions which were devoid of efficacy, going to issue effective decisions, acting as a legislator positive. Finally, the phenomenon of judicial activism becomes a necessary instrument for realization of the rights contained in our Constitution, compared to this scenario in which we live: A Legislative inert.

**KEY-WORDS:** Judicial Activism; Writ of Injunction; Special Retirement of Public Employees.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1. O MANDADO DE INJUNÇÃO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO STF .....</b>	<b>13</b>
1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O MANDADO DE INJUNÇÃO.....	13
1.2 MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 107-3/DF .....	15
1.3 MANDADO DE INJUNÇÃO nº 670-9/ES, MANDADO DE INJUNÇÃO nº 708-0 / DF e MANDADO DE INJUNÇÃO nº 712.....	24
<b>2. ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>34</b>
2.1 O QUE É O ATIVISMO JUDICIAL? .....	34
2.2 DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E A FUNÇÃO ATIVISTA.....	37
2.3 ELEMENTOS QUE IMPULSIONARAM O ATIVISMO NO BRASIL.....	41
2.4 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.....	45
<b>3. MANDADO DE INJUNÇÃO SOBRE A APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO .....</b>	<b>56</b>
3.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA APOSENTADORIA ESPECIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS .....	56
3.2 MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 721-7/DF .....	60
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>70</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>74</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho de pesquisa tem como objetivo analisar o fenômeno do ativismo judicial realizado pelo STF<sup>2</sup> frente à omissão inconstitucional do Poder Legislativo em editar uma Lei Complementar para poder regulamentar a aposentadoria especial do servidor público previsto na Constituição Federal. Essa omissão será suprida via mandado de injunção mediante uma interpretação constitucional expansiva dos ministros do STF, que estão inovando a ordem jurídica vigente.

Pois bem, devemos, primeiramente, analisar, então, o conceito do ativismo judicial, do mandado de injunção e do servidor público que tem direito à aposentadoria especial e posteriormente apresentar o problema, com sua hipótese e suas justificativas.

O ativismo judicial é uma interferência do judiciário no espaço de atuação do Legislativo e do Executivo, isso é para a concretização dos valores e fins constitucionais. Segundo menciona Luís Roberto Barroso:

“A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a oposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”.<sup>3</sup>

O ativismo judicial tem suas origens na jurisprudência norte-americana, que em um primeiro momento tinha natureza conservadora. Já na década de

---

<sup>2</sup>BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 09 ago. 2012. 12:02.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

50, o ativismo produziu jurisprudência progressista no tocante aos direitos fundamentais.<sup>4</sup>

Pode-se dizer que no ativismo judicial, os julgadores procuram extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, adentrando muitas vezes nas outras esferas do poder, ao contrário do que ocorre na auto-contenção judicial, em que os julgadores evitam adentrar no âmbito em que não estejam na sua incidência expressa para evitar interferência nas ações dos outros poderes, abstendo assim de interferir na definição de políticas públicas. Ressalte-se que antes da Constituição de 1988, a conduta adotada pelo poder judiciário no Brasil era a auto-contenção judicial.<sup>5</sup>

Já com relação ao mandado de injunção previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal<sup>6</sup>, diz o autor Alexandre de Moraes:

“O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. [...]”<sup>7</sup>

Podemos dizer que o mandado de injunção é um instrumento para a realização do Estado Democrático de Direito. Com ele podemos buscar a efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição.

Por fim, a definição do servidor público que tem direito à aposentadoria especial, menciona o autor João Batista Ribeiro, terá direito a aposentadoria especial o servidor público, titular de cargo efetivo, que exerce atividade

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

<sup>6</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 de ago. 2012. 08:15.

<sup>7</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 156.

prejudicial à saúde ou a integridade física, bem como os servidores portadores de deficiência.<sup>8</sup>

Desta forma, abordaremos a posição do STF ao longo dos julgados do mandado de injunção e analisaremos quais são as justificativas das decisões adotadas, os riscos dessas decisões contramajoritárias e a sua legitimidade democrática.

O STF, antigamente, ao julgar o mandado de injunção, apenas, concedia efeito declaratório a sua decisão, em que notificava o órgão competente da sua omissão, porém, ultimamente, após vinte anos de omissão legislativa sobre a matéria, o STF vem adotando uma posição mais atuante, em que observando que o Legislativo não tem a intenção de suprir essa lacuna normativa, o STF está de forma ativa garantindo o direito previsto na Constituição ao servidor público que está sob o pálio da aposentadoria especial. Essa mudança de eixo do STF fez com que eu me motivasse a fazer um estudo mais detalhado do caso.

Note-se que a posição ativista adotada pelo STF causa um impacto muito grande na estrutura da Separação dos Poderes e na independência dos poderes, sendo assim um assunto de grande relevância política, social, acadêmica, institucional, profissional e científica, principalmente, no tocante aos profissionais que se enquadram no direito à aposentadoria especial, pois querem ter o seu direito concretizado. Desta forma, existem autores falando sobre esse fenômeno do ativismo judicial, em especial no mandado de injunção sobre a aposentadoria especial do servidor público.

Sabe-se que a mudança no entendimento do STF trouxe muitos benefícios para os servidores efetivos que necessitavam da edição de uma lei regulamentar para exercerem os seus direitos, porém trouxe também muitas críticas em relação à posição ativista do STF.

O problema é saber se a decisão do mandado de injunção impetrado com objetivo de que haja a regulamentação do dispositivo constitucional relacionado à

---

<sup>8</sup> RIBEIRO, João Batista. **A aposentadoria especial do servidor público na Constituição da República.** *Revista TCEMG.* Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1470.pdf>>. Acesso em: 06 agosto 2012. 07:45.

aposentadoria especial do servidor público deve ser julgado pelo STF com efeitos meramente declaratórios, afim de, apenas notificar o Poder Legislativo para que este supra a omissão normativa, ou deve ter efeitos constitutivos “inter partes” ou “erga omnes”, realizando o fenômeno ativismo judicial?

Como na aposentadoria especial do servidor público não há lei para regulamentar o assunto, então, deve-se aplicar, por analogia, o artigo 57 da Lei 8.213/91, pois regula caso similar, qual seja o segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Desta feita, fica claro que esse artigo encaixa perfeitamente para a aposentadoria especial do servidor público. Senão vejamos:

“Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

[...]

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social–INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).”<sup>9</sup>

Frise-se que essa é uma solução bem justa, pois a regra regula perfeitamente o caso em comento, qual seja o direito a aposentadoria especial do servidor público.

Neste sentido, o artigo 57, § 3º abarca perfeitamente o conteúdo da aposentadoria especial. Desta forma, há que se dizer que seria uma solução totalmente plausível a de conceder via mandado de injunção o direito ao servidor público de ter a

---

<sup>9</sup> BRASIL. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8213\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213_compilado.htm)>. Acesso em 10 ago. 2012. 10:49.

sua aposentadoria especial garantida e é o que, atualmente, o STF vem aplicando nas suas decisões.

Como veremos, para ter direito a aposentadoria especial o trabalhador tem que estar exercendo as suas atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a sua integridade física, então a aplicação deste referido artigo encaixa perfeitamente para os casos dos servidores públicos.

Frise-se que a Constituição no seu artigo 40, § 12, dispõe que aos servidores públicos titulares de cargo efetivo será aplicado, no que couber, o Regime da Previdência Social. Isso reforça a adequada posição adotada pelo STF.

Por fim, o STF ao julgar o mandado de injunção da aposentadoria especial do servidor público deveria conceder efeito “erga omnes”, tendo em vista que qualquer um que se encontrar enquadrado como servidor efetivo e tiver o direito à aposentadoria especial, apenas deverá ter seu direito analisado pela autoridade administrativa competente, sem precisar ir ao poder Judiciário. Isso seria interessante, pois não encheria o STF de várias ações com a mesma demanda, sem contar que é mais célere para o servidor, apenas, ter seu reconhecimento à aposentadoria especial pela autoridade administrativa competente do que primeiro ter seu direito reconhecido no STF.

Desta forma, no primeiro capítulo será abordado o instituto do mandado de injunção e sua evolução histórica, em que será apresentada a evolução dos pensamentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal em relação à natureza jurídica do referido *writ*, à luz dos mandados de injunção de nº 107-3/DF, 670-9/ES, 708-0/DF e 712.

No segundo capítulo será apresentado o instituto do ativismo judicial e suas peculiaridades.

No terceiro capítulo, será abordado, em especial, o mandado de injunção de nº 721-7/DF, que trata da aposentadoria especial dos servidores públicos.

## 1. O MANDADO DE INJUNÇÃO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO STF

Neste capítulo será abordado o conceito do mandado de injunção e será feita uma análise dos principais julgamentos feitos pelo Supremo Tribunal Federal.

### 1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção está previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, vejamos:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXI - 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”.<sup>10</sup>

Com isso, podemos adentrar no que seria o mandado de injunção. Na definição do autor Alexandre de Moraes:

“O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. [...]”.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 11 de nov. 2013. 15:12.

<sup>11</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 156; SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 165.

Já nas palavras de José Cretella Junior:

“Definimos o mandado de injunção como ação civil de rito sumário, que possibilita a todo aquele, que tem direito subjetivo público ou privado, exigir, em juízo, o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, tornados inviáveis pela falta de norma regulamentadora...

Assim, sempre que a falta de norma regulamentadora, já existente ou a ser editada, isto é, regra jurídica ordinária federal, complementadora de dispositivo elaborado pelo constituinte, torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, o Poder Judiciário, mediante provocação do interessado concederá mandado de injunção. Desse modo, aqueles direitos liberdades podem ser exercitados por quem quer que seja detentor do respectivo direito subjetivo, público ou privado, mas que não possa exercê-los por falta de regra jurídica ordinária...”<sup>12</sup>

Ressalte-se que sobre o mandado de injunção, acrescenta Carlos Augusto Alcântara Machado: “O mandado de injunção foi concebido para resolver um grave e secular problema de aplicabilidade das normas constitucionais, tradicionalmente conhecidas como não auto-aplicáveis ou de eficácia limitada”.<sup>13</sup>

Para o autor, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, no mandado de injunção existe um direito subjetivo do indivíduo, mas que o exercício desse direito encontra-se inoperante, devido à falta da edição de uma norma regulamentar.<sup>14</sup>

O Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, acrescenta dizendo que o mandado de injunção “[...] é um instrumento do processo constitucional voltado para a

---

<sup>12</sup> Apud BUENO, Luiz Henrique Picolo. **Do mandado de injunção e da aposentadoria especial do servidor público**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4963](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4963)>. Acesso em: 09 ago. 2012. 09:21.

<sup>13</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção*: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 119.

<sup>14</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

defesa de direitos subjetivos em face de omissão do legislador ou de outro órgão incumbido de poder regulatório.”<sup>15</sup>

Desta feita, cabe mencionar o órgão competente para processar e julgar o mandado de injunção, conforme dispõe a Constituição Federal no seu artigo 102, alínea Q, senão vejamos:

“Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;”<sup>16</sup>

Ante o exposto, analisaremos a evolução histórica das decisões que foram tomadas pelo STF em seus vários mandados de injunção e veremos como foi evoluindo a natureza empregada aos referidos *writs* até a decisão do mandado de injunção que trata da aposentadoria especial dos servidores públicos.

## 1.2 MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 107-3/DF<sup>17</sup>

O mandado de injunção 107-3/DF é um *writ* importantíssimo, pois serviu de parâmetro para outros mandados de injunções, pois, até então, não havia o entendimento acerca da natureza do mandado de injunção, conforme veremos.

---

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 495.

<sup>16</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 11 de nov. 2013. 15:12.

<sup>17</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 107-3 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=81745&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20%20107>> . Acesso em 11 de mar. 2013. 16:40.

No mandado de injunção 107-3/DF, decidido no dia 21 de novembro de 1990, o impetrante afirma contar com mais de 09 anos de serviços prestados ao Exército e pretende que seja editada a norma regulamentadora prevista no do artigo 42, §9, da Constituição Federal, para que ele possa exercer o seu direito de estabilidade<sup>18</sup>.

Insta salientar que o referido artigo diz que a lei disporá sobre a estabilidade<sup>19</sup>.

Assim, o impetrante sustenta que a omissão de que trata a lei deve ser suprida pelo Presidente da República, pois a ele cabe a iniciativa do projeto da referida lei. Ainda, requer a concessão de liminar<sup>20</sup>.

Desta feita, Senhor Ministro Moreira Alves, relator do processo, levantou questão de ordem sobre à auto-aplicabilidade, ou não, do mandado de injunção. Assim, a questão foi decidida por meio de um acórdão, em que foi fixado que o mandado de injunção é auto-executável, ou seja, trata-se de uma ação mandamental, prevista no artigo 102, inciso I, alínea q da Carta Magna, uma vez que para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente<sup>21</sup>.

Frise-se que na questão de ordem sobre o mandado de injunção foi mencionado à semelhança entre o instituto do mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 103, parágrafo 2º da Constituição Federal, no qual houve a equiparação dos efeitos das decisões proferidas no mandado de injunção e na ação de inconstitucionalidade por omissão. A diferença entre os institutos

---

<sup>18</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 107-3 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=81745&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20107>> . Acesso em 11 de mar. 2013. 16:40.

<sup>19</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 107-3 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=81745&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20107>> . Acesso em 11 de mar. 2013. 16:40.

<sup>20</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 107-3 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=81745&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20107>> . Acesso em 11 de mar. 2013. 16:40.

<sup>21</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 107-3 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=81745&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20107>> . Acesso em 11 de mar. 2013. 16:40.

é que aquele é destinado à proteção de direito subjetivos e, pressupõe a configuração de um interesse jurídico, enquanto esse é destinado à proteção de direito objetivo e, por isso, independe de um interesse jurídico específico e tem efeito “erga omnes”<sup>22</sup>.

Desta feita, o Ministro Moreira Alves indeferiu o pedido de liminar do impetrante e, ainda, decidiu que falta, ao requerente, a legitimidade ativa, haja vista que para ter tal legitimidade tem que pertencer à categoria a que a Carta Magna haja outorgado abstratamente um direito, que só não está sendo exercido por não existir norma regulamentar<sup>23</sup>.

No presente caso, por maioria, os Ministros entenderam que, em se tratando de servidores públicos militares, a Carta Magna não lhes concedeu direito à estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação, apenas, determinou que a lei dispusesse sobre a estabilidade dos servidores públicos militares<sup>24</sup>.

Com efeito, na mesma linha de raciocínio do Ministro Moreira Alves, com exceção do Ministro Marco Aurélio, o Ministro Carlos Velloso, Ministro Sepúlveda Pertence, Ministro Paulo Brossard, Ministro Célio Borja, Ministro Sydney Sanches, decidiram, por maioria, o não conhecimento do mandado de injunção por ilegitimidade ativa do requerente<sup>25</sup>.

Como se pode observar, qualquer cidadão pode impetrar com o mandado de injunção, porém, para que tenha a legitimidade ativa conhecida, deve

---

<sup>22</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 107-3 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=81745&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20107>> . Acesso em 11 de mar. 2013. 16:40.

<sup>23</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 107-3 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=81745&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20107>> . Acesso em 11 de mar. 2013. 16:40.

<sup>24</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 107-3 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=81745&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20107>> . Acesso em 11 de mar. 2013. 16:40.

<sup>25</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 107-3 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=81745&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20107>> . Acesso em 11 de mar. 2013. 16:40.

comprovar que existe um direito garantido pela Constituição e que esse direito só não está sendo exercido por faltar uma norma regulamentar que regule tal direito.

No caso em comento, a ilegitimidade ativa foi alegada pelos Ministros porque a Constituição não garantiu o direito à estabilidade, apenas determinou que a lei dispusesse sobre o assunto. Então, o autor, por não ser titular de direito do mandado de injunção, teve a ilegitimidade ativa conhecida.

Insta salientar que o Ministro Marco Aurélio, que teve seu voto vencido, interpretou que o artigo 42, parágrafo 9º, da Constituição Federal, cogita a existência da estabilidade e que o direito do impetrante está inserido na Lei Básica, mas o exercício não pode ser implementado por falta de legislação regulamentadora. Assim, o Ministro refutou a carência da demanda proposta<sup>26</sup>.

Cumprido, ainda mencionar, o entendimento sobre o mandado de injunção sob a visão do Ministro Carlos Velloso:

“Divirjo, portanto, data vênia, do entendimento segundo o qual o mandado de injunção obtém-se o mesmo que se obtém através da ação direta de inconstitucionalidade por omissa: procedente a ação do mandado de injunção, simplesmente dá-se ciência ao órgão incumbido de elaborar a norma regulamentadora de que está ele omissa. Esse entendimento, data vênia, esvazia, a nova garantia constitucional, que tem por escopo, segundo está na Constituição, art. 5º, LXXI, viabilizar o exercício de direito e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania<sup>27</sup>.”

É possível concluir que, a partir do mandado de injunção 107-3/DF, o Supremo Tribunal Federal definiu uma linha a ser observada, haja vista que foi fixada a

---

<sup>26</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 107-3 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=81745&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20107>> . Acesso em 11 de mar. 2013. 16:40.

<sup>27</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 107-3 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=81745&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20107>> . Acesso em 11 de mar. 2013. 16:40.

natureza mandamental do referido mandado de injunção e a adoção da corrente não concretista, em face do princípio da separação dos poderes, conforme observa Carlos Augusto Alcântara Machado<sup>28</sup>.

Ocorre que, não há uniformidade de posicionamento dos Ministros do STF nos julgamentos dos mandados de injunção, pois existem três correntes adotadas pela Corte, segundo menciona o Ministro Néri da Silveira, em um pronunciamento feito em 16 de março de 1995:<sup>29</sup>

“Há, como sabemos, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do mandado de injunção nº 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecimento a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro a minha posição que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto a posição que considero intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucional assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que se o Congresso não fizer a lei, em certo prazo que se estabelece na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento da reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto é, por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade do Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como que a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição, assegurando, mesmo se não houver elaboração da lei<sup>30</sup>.”

---

<sup>28</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção*: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 105.

<sup>29</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção*: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999, p.105.

<sup>30</sup> Ata da 7ª sessão extraordinária, DJU, de 04-04-1995, seção I, p. 8.265–8.266, apud MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção*: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 105-106.

Nesse ponto, cumpre mencionar, didaticamente, segundo classificação do autor Alexandre de Moraes, as possíveis posições que podem ser adotada pelos Ministros da Suprema Corte com relação ao mandado de injunção. Existem as posições da Corrente Não Concretista e da Corrente Concretista que se divide em duas: a Concretista Geral e Concretista Individual, esta por sua vez, se divide em duas: Concretista Individual Direta e Concretista Individual Intermediária<sup>31</sup>.

Na corrente não concretista, o mandado de injunção tem, diz Alexandre de Moraes: “[...] a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público, [...] deverá ser dado ciência ao poder competente para que edite a norma faltante [...]”.<sup>32</sup>

Na corrente Concretista, menciona Alexandre de Moraes:

“Pela *posição concretista*, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente. Essa posição divide em duas espécies: *concretista geral* e *concretista individual*, conforme a abrangência dos seus efeitos.

Pela *concretista geral*, a decisão do Poder Judiciário terá efeito *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida [...].

Pela corrente *concretista individual*, a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, que poderá exercer plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional[...]”<sup>33</sup>.

Já na corrente concretista individual direta, menciona o autor Alexandre de Moraes: “[...] o Poder Judiciário, imediatamente ao julgar o mandado de injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor [...]”<sup>34</sup>. Ainda, cumpre mencionar a corrente concretista individual intermediária:

---

<sup>31</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 162-163.

<sup>32</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 165.

<sup>33</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 162-163.

<sup>34</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 163.

“[...] após julgar a procedência do mandado de injunção, fixa ao Congresso Nacional o prazo de 120 dias para a elaboração da norma regulamentadora. Ao término desse prazo, se a inércia permanecer o Poder Judiciário deve fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor<sup>35</sup>.”

Desta feita, como se pode observar, foi a partir do mandado de injunção 107-3/DF, que o STF, com a adoção da posição não concretista, fixou a partir daí a sua jurisprudência dominante e majoritária, em que, ao julgar o mandado de injunção, dava ciência ao poder ou órgão omissivo que se encontra em mora para que adotasse as providências necessárias, jamais criando a norma inexistente, isso em face do princípio da separação dos poderes, pois não era possível o juiz substituir-se ao legislador.

O posicionamento do STF, qual seja, em emitir decisões puramente mandamental nos mandados de injunção, com efeitos não concretista, ficou cristalizado em seus inúmeros acórdãos, conforme os já mencionados<sup>36</sup>.

Ressalte-se que a decisão proferida pelo STF é apenas declaratória, haja vista que reconhece a mora inconstitucional legislativa e dá ciência ao poder ou órgão omissivo que se encontra em mora para que adotasse as providências necessárias, sendo as decisões desprovidas de uma ordem, não podendo ser classificada como mandamental, mas sim como declaratória, conforme assevera Luiz Guilherme Marinone:

“Sentença desta espécie é, inescindivelmente, declaratória, já que “ciência” à parte demandada, como é óbvio, nada agrega de significado a qualquer sentença. [...] Ressalte-se: nunca, jamais, mandamental. A ciência dada ao órgão competente, como é evidente, não se equipara a uma ordem, exatamente por ser destituída de coerção.”<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 163-164.

<sup>36</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção*: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 109.

<sup>37</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, P. 1154.

Ocorre que a partir dos julgamentos dos mandados de injunção de nº 283-DF<sup>38</sup> e 284-DF<sup>39</sup>, que demonstraram uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução normativa para os presentes julgados, conforme assevera o Ministro Gilmar Ferreira Mendes.<sup>40</sup>

Ressalte-se que nos presentes casos dos mandados de injunção de nº 283 e 284 existia uma norma constante do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que previa, expressamente, um prazo para a elaboração da norma regulamentadora faltante para que os cidadãos pudessem exercer o seu direito.

Ocorre que, o Poder competente nada o fez, permanecendo inerte, então o STF estabeleceu prazo para a purgação da mora e findo esse prazo, se o Poder Legislativo permanecesse inerte, assegurou aos impetrantes a possibilidade de ajuizamento, nos termos do direito comum ou ordinário, de ação de reparação de natureza econômica para o ressarcimento dos prejuízos sofridos em razão da ausência da norma, conforme assevera Carlos Augusto Alcântara Machado<sup>41</sup>.

Podemos observar que a decisão emitida no mandado de injunção de nº 283 foi, eminentemente, mandamental (corrente concretista individual intermediária), uma vez que “mandou” o Congresso Nacional legislar dentro de um prazo de 60 dias, sob pena de assegurar ao impetrante a possibilidade de ajuizamento, nos termos do direito comum ou ordinário, de ação de reparação de natureza econômica para o ressarcimento dos prejuízos sofridos em razão da ausência da norma, conforme foi feito, também, no mandado de injunção de nº 284.

---

<sup>38</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção 283 DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>>. Acesso em 13 de mar. 2013. 17:00.

<sup>39</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção 284 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. 21 nov. 1991. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc TP=A C & docID=81767](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A C & docID=81767)>. Acesso em 13 de mar. 2013. 15:18.

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1364.

<sup>41</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção*: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 109.

Posteriormente, na mesma linha de raciocínio, foi julgado o mandado de injunção de nº 232-RJ<sup>42</sup>, em que o STF fixou o prazo de seis meses, para que o Congresso Nacional tomasse as providências legislativas para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º da Carta Magna, sob pena de, findo esse prazo, o requerente passaria a gozar a imunidade requerida no mandado de injunção<sup>43</sup>. Conforme assegura a ementa:

“ [...] Mandado de injunção[...] 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 providencias legislativas que se impões para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º, da Constituição Federal, sob pena se, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida”<sup>44</sup>.

Ocorre que, apesar do STF ter evoluído nas decisões proferidas nos mandados de injunção supracitados, observa Carlos Augusto Alcântara Machado: “[...] o Supremo Tribunal Federal continua limitando o alcance do mandado de injunção”<sup>45</sup>.

Nesse ponto, apesar do STF continuar com um posicionamento mais tímido na tomada de decisões nos mandados de injunção, observa-se a evolução das decisões do Supremo Tribunal Federal, pois em posicionamentos anteriores, como por exemplo, o mandado de injunção 107-3/DF, o STF emitiu decisão eminentemente declaratória, não interferindo na esfera legislativa, apenas dando ciência ao poder ou órgão omissivo que se encontrava em mora para que adotasse as providências necessárias, porém, como vimos, o STF foi mais além nos julgamentos dos mandados de injunção de nº 283 e 232, em que emitiram decisões de natureza mandamental, haja

---

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção 232 RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. 27 mar. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em 13 de mar. 2013. 10:18.

<sup>43</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1363; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, P. 1145.

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção 232 RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. 27 mar. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em 13 de mar. 2013. 10:18.

<sup>45</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção*: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 110.

vista que foi fixado prazos para que o Congresso Nacional legislasse, sob pena de o requerente passar a gozar o direito pleiteado.

Já no mandado de injunção de nº 284-DF, a decisão assegurou aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizamento, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, de ação de reparação de natureza econômica para o ressarcimento dos prejuízos sofridos, pois o Poder Legislativo não editou a lei referida do artigo 8º, § 3º do ADCT<sup>46</sup>, que estabeleceria a forma de concessão da reparação de ordem econômica aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica.

Ressalte-se que, apesar dos pequenos avanços supramencionados, o STF continua limitando o alcance do mandado de injunção, de natureza mandamental (declaratória), ou seja, a Suprema Corte dá ciência ao poder ou órgão omissivo, que se encontra em mora, para que adote as providências necessárias<sup>47</sup>.

Ocorre que, após vários julgados, em que o STF dava ciência ao Poder competente para que adotasse providências necessárias, ante a falta de norma regulamentadora, que estava impedido o exercício de um direito previsto na Constituição Federal, a Suprema Corte, a partir de vários precedentes, passou a admitir solução mais efetiva, em suas decisões. Isso, para tornar a proteção judicial contida no artigo 5º, inciso XXXV, mais efetiva, foi o que ocorreu com o mandado de injunção de nº 670-9/ES<sup>48</sup>.

1.3 MANDADO DE INJUNÇÃO nº 670-9/ES, MANDADO DE INJUNÇÃO nº 708-0/DF e MANDADO DE INJUNÇÃO nº 712.

---

<sup>46</sup> BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/constituicao\\_federal/cfdistra.htm](http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cfdistra.htm)>. Acesso em: 21 de ago. 2013. 16:51.

<sup>47</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção*: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 110.

<sup>48</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 670-9/ES. Relator: Ministro Gilmar. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginadorjsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em 15 de mar. 2013. 13:12.

Foi com o mandado de injunção de nº 670-9/ES<sup>49</sup>, em que o STF, frente à omissão reiterada do Poder Legislativo, em não editar a norma para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis, prevista no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, decidiu, de forma concreta, suprindo a omissão legislativa, o referido mandado de injunção, fixando o prazo de 60 dias, para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria prevista no artigo 37, inciso VII, da Carta Magna e, até a edição da legislação, o STF assegurou o direito dos servidores públicos civis e, ainda, definiu os parâmetros de competência Constitucional para apreciação de conflitos e ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis no âmbito da Justiça Federal e da Justiça Estadual<sup>50</sup>.

Desta feita, o mandado de injunção de nº 670-9/ES foi conhecido e o mérito deferido, garantindo o direito de greve aos servidores públicos civis, segundo critérios aplicáveis aos trabalhadores em geral (celetistas), determinando a aplicação das leis 7.701/1988 e 7.783/1989, no que couber<sup>51</sup>.

Ressalte-se que a natureza do mandado de injunção é constitutiva, uma vez que a decisão constitui uma relação jurídica para os impetrantes ao criar a norma jurídica faltante, conforme assegura Luiz Guilherme Marinoni.<sup>52</sup>

Contudo, podemos observar a evolução na jurisprudência do STF sobre o efeito do mandado de injunção, haja vista que no julgado do mandado de injunção de nº 670-9/ES, a Suprema Corte além de fixar prazo determinado para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria em questão, fixou parâmetros de competência Constitucional para resolver conflitos ou ações judiciais sobre o direito de greve dos servidores públicos civis que deveriam obedecer ao modelo de competências

---

<sup>49</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 670-9/ES. Relator: Ministro Gilmar. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginadorjsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em 15 de mar. 2013. 13:12.

<sup>50</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 670-9/ES. Relator: Ministro Gilmar. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginadorjsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em 15 de mar. 2013. 13:12.

<sup>51</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 670-9/ES. Relator: Ministro Gilmar. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginadorjsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em 15 de mar. 2013. 13:12.

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, P. 1156.

e atribuições aplicáveis aos trabalhadores em geral (celetistas), até que o Congresso editasse a lei para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis<sup>53</sup>.

Assim, o STF no julgamento do mandado de injunção de nº 670-9/ES mudou completamente a jurisprudência do STF, pois foi através desse julgado que houve a ruptura de pensamento dos ministros da Suprema Corte, que emitiam decisões, eminentemente, de natureza mandamental (declaratórias), não concretizando o direito previsto na Constituição, porém, com esse julgado mudou o paradigma, pois foi através dele que o mandado de injunção, passou a ter sua natureza constitutiva, concretizando o direito assegurado pela nossa Constituição, suprindo a omissão do Poder Competente em editar tal norma, que viabilizaria o exercício previsto na Carta Magna.

Desta feita, cabe mencionar o mandado de injunção de nº 708-0/DF<sup>54</sup>, em que o Supremo Tribunal Federal manteve a mesma linha de raciocínio do mandado de injunção 670-9/ES.

No mandado de injunção 708-0/DF, o impetrante postula o reconhecimento do direito previsto na Constituição Federal, qual seja, o direito de greve dos servidores públicos civis, que está previsto no artigo 37, inciso VII, da Carta Magna<sup>55</sup>.

O presente mandado de injunção inicia com a, brilhante, demonstração da evolução do mandado de injunção no STF, vejamos:

“SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL  
DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

---

<sup>53</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 670-9/ES. Relator: Ministro Gilmar. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginadorjsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em 15 de mar. 2013. 13:12.

<sup>54</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 708-0/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 25 de out. 2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/geral/ver\\_PdfPaginado.asp?id=558551&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20%20708](http://www.stf.jus.br/portal/geral/ver_PdfPaginado.asp?id=558551&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20%20708)>. Acesso em: 15 de mar. 2013. 17:15.

<sup>55</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 708-0/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 25 de out. 2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/geral/ver\\_PdfPaginado.asp?id=558551&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20%20708](http://www.stf.jus.br/portal/geral/ver_PdfPaginado.asp?id=558551&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20%20708)>. Acesso em: 15 de mar. 2013. 17:15.

1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os elementos operacionais: seguintes i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; vi) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador.

1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003<sup>56</sup>.”

Nesse julgado, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, menciona a persistência do Poder Legislativo em não emitir a norma faltante para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, prevista no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal.

Desta feita, o ministro menciona o projeto de lei de nº 4.497/2001 e outras seis proposições que foram apensadas ao referido projeto, que trata da

---

<sup>56</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 708-0/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 25 de out. 2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558551&tipo=AC&descricao=Inteiro%20 Teo r%20MI%20/%20708](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558551&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20%20708)>. Acesso em: 15 de mar. 2013. 17:15.

regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis, mas que nunca foi editada tal lei <sup>57</sup>.

Desta feita o Ministro Gilmar Mendes conclui:

“Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetido absoluta e exclusivamente a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo<sup>58</sup>.”

Com isso, observou-se que havia se passado mais de 18 anos da promulgação da Constituição Federal e o direito de greve dos servidores públicos, ainda não havia recebido o tratamento legislativo satisfatório para assegurar o exercício do direito de greve previsto na Constituição Federal<sup>59</sup>.

Assim, cumpre mencionar o pensamento do Ministro Gilmar Mendes:

“[...] não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, ênfase tão-somente que, tendo em vistas as imperiosas balizas constitucionais que demanda a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.

[...]

De resto, uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos

---

<sup>57</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 708-0/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558551&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20%20708>>. Acesso em: 15 de mar. 2013. 17:15.

<sup>58</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 708-0/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558551&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20%20708>>. Acesso em: 15 de mar. 2013. 17:15.

<sup>59</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 708-0/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558551&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20%20708>>. Acesso em: 15 de mar. 2013. 17:15.

constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art. 1º)

[...]

Assim, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, é necessário que, na decisão deste MI, fixemos os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores com vínculo estatutário<sup>60</sup>.”

Com efeito, o Ministro e relator, Gilmar Mendes, em seu voto, decidiu pelo conhecimento do mandado de injunção e no mérito acolheu a pretensão do impetrante, assegurando o direito de greve, aplicando para o caso o disposto na lei 7.783/1989, até que a omissão seja regulamentada pelo Poder Legislativo<sup>61</sup>.

Contudo, o Tribunal, por maioria, decidiu pelo conhecimento do mandado de injunção e aplicou, para a solução do presente caso, a Lei nº 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral<sup>62</sup>.

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal evolui no seu pensamento com relação à natureza jurídica do Mandado de injunção, haja vista que por diversas vezes a Suprema Corte se manifestou, apenas, reconhecendo a necessidade de se editar a norma regulamentar faltante e, a partir do julgamento do mandado de injunção 670-9/ES, a Suprema Corte efetivamente garantiu, provisoriamente, o direito de greve dos servidores públicos civis, até que a norma regulamentar faltante fosse editada pelo Poder competente.

---

<sup>60</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 708-0/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558551&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20%20708>>. Acesso em: 15 de mar. 2013. 17:15.

<sup>61</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 708-0/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558551&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20%20708>>. Acesso em: 15 de mar. 2013. 17:15.

<sup>62</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 708-0/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558551&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20%20708>>. Acesso em: 15 de mar. 2013. 17:15.

Assim, posteriormente, houve o julgamento do mandado de injunção de nº 712-8/PA, que trata, também, sobre a greve dos servidores públicos, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgado no dia 25 de outubro de 2007<sup>63</sup>.

Nesse mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal já estava com o pensamento consolidado em emitir decisões com eficácia, isso para suprir com a omissão reiterada do Poder Legislativo, em não editar a norma regulamentar faltante para o exercício do direito de greve.

Frise-se que esse direito está previsto na Constituição, tratando-se de um direito fundamental e mais, menciona o Ministro Eros Grau:

“A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental”<sup>64</sup>.

Nesse diapasão, o Ministro afirma que a Suprema Corte ao decidir o mandado de injunção concedendo o exercício do direito assegurado pela Constituição, não estaria legislando, pois isso é inconcebível, por ferir a harmonia e independência entre os Poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal, e a separação dos poderes, previsto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, do mesmo diploma legal<sup>65</sup>.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mandado de injunção está vinculado pelo poder-dever de formular de forma supletiva a norma regulamentar

---

<sup>63</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 17 de Mar. 2013. 18: 19.

<sup>64</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 17 de Mar. 2013. 18: 19.

<sup>65</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 17 de Mar. 2013. 18: 19.

faltante para o exercício do direito assegurado pela Carta Magna, isso para tornar viável o exercício do direito de greve<sup>66</sup>.

Desta feita, o Ministro relator Eros Grau julgou procedente o mandado de injunção, para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos, consagrado em nossa Constituição Federal no seu artigo 37, inciso VII<sup>67</sup>.

Com efeito, o tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783/ 1989, no que couber<sup>68</sup>.

Importante ressaltar a evolução do pensamento do STF com relação à natureza do mandado de injunção, passando de uma natureza mandamental (declaratória), ou seja, dava ciência ao poder ou órgão omissivo que se encontra em mora para que adotasse as providências necessárias, para uma natureza constitutiva, em que o STF efetivou o exercício do direito do impetrante previsto na Constituição Federal, de maneira provisória, até que o Poder Competente editasse a norma regulamentadora faltante para tornar viável tal direito.

Cumprir mencionar, ainda, que existe um projeto de lei de nº 6.128 de 2009, em que se pretende disciplinar o processo e julgamento do mandado de injunção, tanto o individual como o coletivo. No seu artigo 8º mostra o procedimento do mandado de injunção, caso reconheça a mora Legislativa, senão vejamos:

“Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para o fim de:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

---

<sup>66</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 17 de Mar. 2013. 18: 19.

<sup>67</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 17 de Mar. 2013. 18: 19.

<sup>68</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 17 de Mar. 2013. 18: 19.

II -estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I quando comprovado que o impetrado deixou de atender ao prazo estabelecido para a edição da norma em anterior mandado de injunção.

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§1º 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.

§2º Transitada em julgado a decisão, os seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator<sup>69</sup>.”

Note-se que no referido projeto de lei<sup>70</sup>, o mandado de injunção, num primeiro momento, será de natureza mandamental, em que o STF estabelecerá um prazo para que o impetrante edite a norma regulamentar faltante, porém, num segundo momento, o mandado de injunção poderá ter natureza constitutiva, pois o STF, ante a omissão do Legislativo em não editar a norma regulamentar faltante no prazo estabelecido, estabelecerá condições para que o impetrante possa exercer o seu direito, ou ainda, poderá o STF, apenas estabelecer condições para que o impetrante possa ajuizar uma ação visando exercer o seu direito assegurado pela Constituição Federal.

Com efeito, o projeto de lei supracitado será importante para o impetrante do mandado de injunção, que terá a certeza de que o seu direito previsto na Constituição será, de alguma forma, “regulamentado” para que possa tornar viável o exercício de tal direito.

---

<sup>69</sup> BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de lei nº 6.128 de 2009. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=6A8D42809BFF39C234805C291AE4CD50.n\\_ode1?codteor=697234&filename=Tramitacao-PL+6128/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6A8D42809BFF39C234805C291AE4CD50.n_ode1?codteor=697234&filename=Tramitacao-PL+6128/2009)>. Acesso em: 18 de mar. 2013. 10:08.

<sup>70</sup> BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de lei nº 6.128 de 2009. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=6A8D42809BFF39C234805C291AE4CD50.n\\_ode1?codteor=697234&filename=Tramitacao-PL+6128/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6A8D42809BFF39C234805C291AE4CD50.n_ode1?codteor=697234&filename=Tramitacao-PL+6128/2009)>. Acesso em: 18 de mar. 2013. 10:08.

Esse projeto de lei será muito importante, também, para a sociedade como um todo, haja vista que existem parâmetros fixados no referido projeto, que deverá ser seguido e isso traz uma segurança jurídica para que o indivíduo não fique a mercê do Poder Legislativo, nem do Poder Judiciário, pois esse terá que, de alguma forma, viabilizar o direito do indivíduo, caso o Poder competente não emita a lei regulamentar faltante.

Assim, após as análises realizadas nos mandados de injunção, observou-se a mudança de pensamento dos ministros do STF, que estão realizando o ativismo judicial, atuando como “legislador positivo”, mas garantindo os direitos subjetivos dos impetrantes. Com isso, cumpre esclarecer o que é o fenômeno do ativismo judicial, que será perfeitamente abordado no próximo capítulo.

## 2. ATIVISMO JUDICIAL

Neste capítulo será apresentado o conceito do ativismo judicial e suas peculiaridades.

### 2.1 O QUE É O ATIVISMO JUDICIAL?

O ativismo judicial reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa<sup>71</sup>.

Segundo Elival da Siva Ramos:

“[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva [...]”<sup>72</sup>

Nesse ponto, o ativismo judicial: “(...) expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. (...)”<sup>73</sup>

A idéia de ativismo judicial, para o autor e ministro do STF Luís Roberto Barroso, está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário

---

<sup>71</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107.

<sup>72</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

<sup>73</sup> MURAT, Guilherme Guerra. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Reflexões sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção**: o desafio do ativismo judicial. In: IV Congresso de iniciação científica, n. 04, 2010. Franca. *Anais eletrônicos*. São Paulo. Disponível em: <[http://unifacef.com.br/novo/iv\\_congresso\\_de\\_iniciacao\\_cientifica/Trabalhos/Inicia%C3%A7%C3%A3o/Guilherme%20e%20Breno.Pdf](http://unifacef.com.br/novo/iv_congresso_de_iniciacao_cientifica/Trabalhos/Inicia%C3%A7%C3%A3o/Guilherme%20e%20Breno.Pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2012. 09:20.

na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.<sup>74</sup>

O ativismo judicial tem suas origens na jurisprudência norte-americana, que em um primeiro momento tinha natureza conservadora. Já na década de 50, o ativismo produziu jurisprudência progressista no tocante aos direitos fundamentais<sup>75</sup>.

Ressalte-se que o ativismo judicial importa na avaliação do modo de como é exercida a função jurisdicional, em que o fenômeno é percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário<sup>76</sup>.

No sistema “*common law*”, como é o caso da Inglaterra e dos Estados Unidos, é adotado uma conceituação mais ampla do ativismo judicial, tendo em vista que abarca desde o uso da interpretação teleológica, integração de normas, até mesmo em situações em que os limites impostos pelo legislador são visivelmente ultrapassados. Desta feita, percebe-se que não há uma visão negativa do ativismo, ao contrário, como bem observa Ramos:

“[...] o ativismo judicial é elogiado por proporcionar uma adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados[...]”<sup>77</sup>.

Frise-se que no sistema “*common Law*” as decisões judiciais vão além da concretização do direito<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidadesjurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

<sup>75</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidadesjurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

<sup>76</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104.

<sup>77</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110.

<sup>78</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 109.

Por outro lado pode-se falar do Estado democrático, que se tornou sinônimo de Estado Constitucional, em que uma das peças-chaves é o princípio da separação dos Poderes. Esse princípio se tornou conhecido, especialmente, a partir da obra de Montesquieu, *O espírito das leis*<sup>79</sup>.

O princípio da separação dos Poderes parte da idéia das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para o desempenho de suas finalidades, em que cada órgão exerce suas funções, podendo, até mesmo, compartilhar essas funções. Essa divisão de função entre os Poderes (são estruturas orgânicas independentes) deve ser encontrado como foco na finalidade do arranjo institucional, que é a limitação do poder do Estado, prevalecendo o interesse da liberdade<sup>80</sup>.

Desta feita, existem especialmente três funções a serem exercidas através de distintos órgãos, em que cada um tem uma função típica a ser realizada e a Constituição permite, expressamente, em alguma medida a interação interorgânica, mas sempre haverá um núcleo essencial da função que jamais poderá ser exercido senão pelo Poder competente<sup>81</sup>.

Desta forma, pode-se dizer que o ativismo judicial é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento, especialmente, da função legislativa, ou da função administrativa, como também da função executiva. Assim, percebe-se que o Poder Judiciário, ao realizar o ativismo, está invadindo insidiosamente sobre o núcleo essencial das funções que a Constituição atribuiu a outros Poderes<sup>82</sup>.

Nesse sentido, menciona Elival da Silva Ramos:

---

<sup>79</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111.

<sup>80</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 112-113.

<sup>81</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.

<sup>82</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116-117.

“Se não se pode afirmar que o ativismo judicial esteja necessariamente associado a Estados cujas Constituições adotam como dogma a independência e harmonia entre os Poderes, não é menos verdadeiro que a identificação do fenômeno, em geral, provenha desses sistemas constitucionais. Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a 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>83</sup>.”

Como se pode ver, o autor Elival da Silva Ramos é contra o ativismo judicial, chegando a afirmar que é uma agressão ao princípio da Separação dos Poderes, pois o Poder Judiciário realiza uma função que é típica do Poder Legislativo.

## 2.2 DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E A FUNÇÃO ATIVISTA.

A discricionariedade do Poder Judiciário é vedada em nosso sistema positivado, reduzindo a atuação do juiz ao automatismo da subsunção lógico-formal. Por outro lado, pode-se dizer que as decisões judiciais constituem de manifestação do poder discricionário inerente, apenas, à atividade interpretativa<sup>84</sup>.

Saliente-se que nesta discricionariedade judicial haverá uma liberdade pequena se a lei for precisa e objetiva, agora pode ocorrer uma liberdade maior, quando houver lacuna na lei, em que o juiz terá que fazer a integração desta lacuna. Pode-se mencionar, também, na atuação discricionária do juiz, quando se fala em normas conflitantes, em que cada qual está atrelado a diferentes interpretações, ou quando uma norma tem um conceito indeterminado. Nesses casos o juiz analisará qual será a solução mais justa para cada caso, sempre refletindo com base numa consciência jurídica geral<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120.

<sup>84</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121-122.

<sup>85</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 124-125.

Nesse sentido, menciona o mestre e doutor em Direito Elival Da Silva Ramos: “[...] ao juiz não é dado optar entre diferentes possibilidades de decisão judicial, restringindo-se, pois, a sua discricionariedade ao plano da compreensão do significado dos dispositivos legais (discricionariedade de juízo)”<sup>86</sup>.

Imperioso salientar que a discricionariedade judicial é muito grande quando se diz respeito ao campo da criatividade na interpretação, ou seja, há uma relação íntima entre discricionariedade e interpretação, podendo mencionar que aquela é parte integrante desta.<sup>87</sup> Essa discricionariedade está fortemente vinculada ao princípio da separação dos Poderes, e com isso, menciona Elival da Silva Ramos:

“[...] Importa na contenção do controle jurisdicional em favor do Poder Legislativo ou da Administração, diante da inexistência de limitação normativa ou em face do entendimento de que as normas existentes não autorizam ao Poder Judiciário a imposição de determinado padrão de conduta em substituição àquele adotado pelo Poder controlado. [...] Percebe-se, destarte, a importância de construções doutrinárias que permitam indicar os limites normativos da discricionariedade judicial, trabalho esse que, se consistente, poderá resultar eficaz, mercê da estrutura plural do Poder Judiciário e das características do seu modo de atuar (devido processo legal), favoráveis à prevalência da racionalidade jurídica<sup>88</sup>.”

Cumprindo ainda mencionar sobre o fenômeno do ativismo judicial, que se revela muito próximo dos sistemas constitucionais da família romano-germânica, em que a organização do aparelho estatal é informada pelo princípio da separação dos Poderes. Esse fenômeno é exercício da função jurisdicional que vai além dos limites impostos pelo ordenamento jurídico<sup>89</sup>.

O autor, Elival Da Silva Ramos, sinaliza negativamente no tocante as práticas ativistas:

---

<sup>86</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 126.

<sup>87</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127-128.

<sup>88</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

<sup>89</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

“[...] Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder judiciário, em detrimento dos demais Poderes. [...] o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espede de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas<sup>90</sup>.”

Desta feita, cumpre mencionar como a postura ativista se manifesta, como bem observa Luís Roberto Barroso, vejamos:

“A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a oposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>91</sup>”

Pode-se dizer, ainda, que no ativismo judicial, os julgadores procuram extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, adentrando muitas vezes nas outras esferas do poder, ao contrário do que ocorre na auto-contenção judicial, em que os julgadores evitam adentrar no âmbito em que não estejam na sua incidência expressa para evitar interferência nas ações dos outros poderes, abstendo assim de interferir na definição de políticas públicas. Ressalte-se que antes da Constituição de 1988, a conduta adotada pelo poder judiciário no Brasil era a auto-contenção judicial.<sup>92</sup>

Como se pode observar o autor Elival da Silva Ramos é contra o ativismo judicial, pois acredita que o ativismo é uma ruptura com o Estado de Direito.

<sup>90</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

<sup>91</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

<sup>92</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

Para ele, o intérprete, no caso os ministros do STF, não interpretam a norma, eles criam totalmente o texto.<sup>93</sup>

Em contrapartida, o surpreendente ministro do STF, Luís Roberto Barroso é a favor do ativismo judicial e acredita que o ativismo tem sido a solução dos problemas dessa sociedade complexa, porém ele acha que o seu uso deve ser eventual e controlado, podendo ser um risco, se utilizado permanentemente<sup>94</sup>.

Para BARROSO, o cenário em que estamos vivendo é de um desequilíbrio entre as três esferas de poder, quais sejam, legislativo, executivo e judiciário. O Judiciário está tendo que solucionar problemas da alçada dos outros poderes e isso se for feito de maneira constante leva a uma insegurança jurídica, porque o nosso sistema é positivado, e se o legislativo não fizer o seu dever de criar leis, o judiciário, mais especificamente o juiz, será obrigado a suprir essa lacuna, realizando o ativismo judicial<sup>95</sup>.

O autor Sílvio Dobrowolski, também, é a favor desse ativismo judicial:

“(...) o judiciário, nos tempos atuais não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos. Sem pretender um “governo de juízes”, observando, todavia, as normas legisladas e a separação dos poderes, a Justiça tem de elevar-se à condição de autêntico poder, cumprindo essas tarefas ao modo especificado.”<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> BRASIL. Elival da Silva Ramos. **ATIVISMO JUDICIAL**. Entrevista ASMEGO. Disponível em: <<http://asmego.org.br/2012/10/26/ativismo-judicial-elival-da-silva-ramos/>>. Acesso em: 08 ago. 2013. 7:45.

<sup>94</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

<sup>95</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

<sup>96</sup> DOBROWOLSKI, Sílvio. *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. Disponível em: <[periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778/14280](http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778/14280)>. Acesso em: 20 ago. 2012. 10:44.

O autor, ainda, acrescenta, que hoje em dia, com essa a população massificada e com o crescimento exorbitante dos Poderes Estatais capazes de causar graves danos a essa população e violar direitos de incontável número de pessoas é preciso de um Poder Judiciário ativo para poder reprimir todos os excessos realizados por esses Poderes e para preservar os direitos previstos na nossa Constituição.<sup>97</sup>

O autor, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, concorda com essa atuação ativista do STF “O Poder Judiciário, notadamente o STF, deve substituir o Poder Legislativo e formular, sempre a partir do próprio sistema normativo, a norma faltante que impede a eficácia normativa da Constituição”<sup>98</sup>.

### 2.3 ELEMENTOS QUE IMPULSIONARAM O ATIVISMO NO BRASIL

No Brasil, como exemplo do ativismo, pode-se mencionar o caso da fidelidade partidária, em que teve aplicação direta da Constituição, porém a situação não estava consagrada em seu texto e, não teve manifestação do legislador ordinário. Nesse caso, a Suprema Corte decidiu que a vaga no Congresso Nacional pertence ao partido político. Essa decisão foi com base no princípio democrático. Cabe mencionar, também, no mesmo sentido, a vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, em que foi expedido uma súmula vinculante. Veja-se que o Poder Judiciário, ante a ausência dos outros poderes, vem agindo para satisfazer as demandas da sociedade, em temas como greve no serviço público, já mencionado no capítulo anterior, regras eleitorais ou eliminação do nepotismo, como já mencionado acima.<sup>99</sup>

Vele dizer que o primeiro elemento de impulsão desse ativismo judicial no Brasil está relacionado ao modelo adotado de Estado que a Constituição vem

---

<sup>97</sup> DOBROWOLSKI, Sílvio. *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. Disponível em: <periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778/14280>. Acesso em: 20 ago. 2012. 10:44.

<sup>98</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa> Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>99</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

prestigiando desde a Carta Magna de 1934, em que o Estado democrático-social tinha um perfil intervencionista. Esse modelo foi adotado, também, pela nossa Constituição de 1988, haja vista alguns exageros com relação a matérias econômicas, em que foi objeto de revisões constitucionais feitas através de várias Emendas, quais sejam, 5,6,7,8 e 9, todas de 1995<sup>100</sup>.

Existem fatores que induzem ao incremento do ativismo judicial, como são os casos do controle concentrado de constitucionalidade ou do controle abstrato nos sistemas difusos, em que existe uma proximidade do controle de constitucionalidade, assim efetuado, do exercício da função do Poder Judiciário. Desta feita, nas hipóteses supramencionadas, as decisões judiciais sobre a validade da lei é emitida com efeitos “erga omnes”. Ainda cabe mencionar que tanto no controle concentrado, quanto no controle abstrato em sistema, têm-se a tendência a se admitir a modulação dos efeitos temporais das decisões sancionatórias da inconstitucionalidade. Ressalte-se que a jurisdição constitucional desenvolvida interfere diretamente no conteúdo dos atos legislativos controlados<sup>101</sup>.

Essa impulsão ao ativismo judicial realizados pelos dois institutos acima mencionados, tendem a refluir na medida em que o tempo passa, pois a descoberta desse instrumental, que é relativamente recente no constitucionalismo, tende a provocar um deslumbramento nas Cortes Constitucionais que passem a exercer mais o controle de constitucionalidade. Frise-se que, apenas, o amadurecimento institucional e o *self-restraint*, que sempre o acompanha, fornecerá o antídoto aos fatores que impulsionam a realização do ativismo judicial<sup>102</sup>.

Assim, há um conflito entre uma jurisdição constitucional ativa e o conteúdo do princípio da separação de poderes<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> RAMOS, Elival da Silva Ramos. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 268.

<sup>101</sup> RAMOS, Elival da Silva Ramos. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 277.

<sup>102</sup> RAMOS, Elival da Silva Ramos. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 278.

<sup>103</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

A jurisdição constitucional é decorrente das Constituições democráticas e da evolução do Estado Legalista de Direito para o Estado Constitucional de Direito. Esse representa o estágio evolutivo de todos os modelos de Estado de Direito e é marcado pela presença de Constituições Democráticas, que é o centro de todo o ordenamento jurídico, e que tem o papel de superior fundamento normativo e axiológico dos sistemas jurídicos modernos<sup>104</sup>.

Veja abaixo, a definição de jurisdição constitucional do autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

“A jurisdição constitucional consiste então em elemento indispensável aos regimes democráticos modernos, perfeitamente conciliável com a democracia, seja quando assegura os direitos fundamentais como direitos de participação de todos nos processos de tomadas de decisões políticas (concepção procedimental), seja quando atua na proteção e consecução dos direitos fundamentais como expressões de valores morais (concepção substancial)<sup>105</sup>.”

Frise-se que o legislador democrático ainda é o primeiro intérprete da Constituição, porém, a sua atuação não é ilimitada como antigamente, no Estado Liberal, ela é fiscalizada pelo Poder Judiciário, mais especificadamente, pelo Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição, em que fiscalizará a atuação do Poder Legislativo e o seu dever de respeito ao conteúdo material contido na Constituição Federal, podendo, também, controlar as omissões inconstitucionais do legislador<sup>106</sup>.

Essa jurisdição constitucional, não tem apenas a função “defensiva”, ou seja, de defender o conteúdo material contido na Constituição, mas também, tem sua

---

<sup>104</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>105</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>106</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

função “destrutiva”, quando expulsa do ordenamento jurídico uma lei inconstitucional<sup>107</sup>.

Cabe mencionar que a jurisdição constitucional desenvolve uma interpretação construtiva do texto constitucional e da vontade da Constituição, fazendo assim, uma coordenação e interação com a realidade vivida pela sociedade<sup>108</sup>.

Portanto, essa construção interpretativa feita pelos Tribunais Constitucionais gera expectativas e provoca mudanças no comportamento dos cidadãos e na própria realidade. Por isso, que os Tribunais ao resolverem conflitos constitucionais devem levar em conta às expectativas que criam e a realidade que transformam<sup>109</sup>.

Assim, com esse modelo constitucional democrático adotado pelo Brasil, o Poder Judiciário, mais especificadamente, o STF, teve uma expansão no seu papel, uma vez que é o guardião da Constituição e tem a obrigação de ter um comportamento positivo quando aparecem conflitos de índoles e parâmetros constitucionais e, ante a omissão do Legislativo, tem que tomar uma decisão, assim, o STF supri a omissão legislativa inconstitucional por meio de sentença aditiva, realizando assim, o famoso ativismo judicial<sup>110</sup>.

Contudo, em uma análise feita em decisões realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, detectou-se o fenômeno do ativismo judicial, em que revela que um dos principais motivos da utilização do fenômeno é de ordem institucional, em que o STF é estimulado pelo reforço do controle jurídico da função legislativa e ainda existem pressões no sentido de concretizar plenamente a Constituição. Desta forma, o STF acaba

---

<sup>107</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>108</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>109</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>110</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

ultrapassando os limites jurisdicionais, entretanto o faz em boa medida. Isso tudo é feito porque o Poder Legislativo não providencia as normas adequadas à concretização da Constituição<sup>111</sup>.

Imperioso salientar que ao Poder Judiciário cabe o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes, porém, além dessa função recaem as expectativas e pressões da sociedade, em que são exigidas às decisões mais célere possíveis, nas quais são levadas em consideração os fins traçados pela Constituição. Assim, pode-se dizer que o nosso modelo adotado, qual seja, o Estado-providência impulsiona a presença do fenômeno ativismo judicial<sup>112</sup>.

#### 2.4 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.

O ativismo judicial no Brasil tem se revelado um fato incontestável, tendo em vista o comportamento positivo do STF nas tomadas de suas decisões. Porém, ao decidir, o STF “invade” outras esferas de poder, que não são de sua competência, quais sejam, Legislativo e Executivo.

Desta forma, com as decisões do Supremo, que atua como protagonista na defesa da supremacia normativa das Constituições Democráticas, ante as omissões dos outros poderes, está causando um impacto muito grande na separação de poderes<sup>113</sup>.

Em relação ao ativismo, menciona o autor:

---

<sup>111</sup> RAMOS, Elival da Silva Ramos. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 288.

<sup>112</sup> RAMOS, Elival da Silva Ramos. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 271.

<sup>113</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

“(...) este fenômeno não é bem aceito pela comunidade política e acadêmica, sendo muitos os que acusam o STF de excesso em sua atuação em detrimento do princípio democrático e do funcionamento harmonioso das instituições republicanas no âmbito da nossa separação de poderes (...)”<sup>114</sup>.

Ante a omissão inconstitucional do legislativo, por exemplo, os juízes estão realizando uma atividade criativa do Direito, em que julgam criando um novo direito e tiram seu fundamento de validade da Constituição. Com essa criatividade, os juízes ao invés de aplicar as normas que já existem no ordenamento jurídico, estão criando novas normas, sendo que essa tarefa é do legislativo e não do judiciário<sup>115</sup>.

Com efeito, deve existir um limite para esse ativismo judicial, pois isso pode gerar na sociedade uma insegurança jurídica muito grande. Temos, ainda, que lembrar que o nosso sistema é legalista<sup>116</sup>.

Essa criação judicial do Direito é para o autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos: “ (...) atividade de superação de lacunas legislativas e, especificamente, aquelas decorrentes das omissões do legislador em regular matéria constitucional da qual estava obrigado”<sup>117</sup>.

Cabe mencionar que em nome da força normativa da Constituição, essas omissões inconstitucionais do legislativo devem ser corrigidas, pois o judiciário, mais especificamente o STF está cumprindo uma competência que não é dele, qual seja legislar. Ao invés de reconhecer a mora do legislativo, o STF está tendo que agir ativamente, solucionando o caso concreto<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>115</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>116</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>117</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>118</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

Vale a pena dizer que não é qualquer inércia do legislador que é uma omissão inconstitucional. Essa omissão está caracterizada quando a Constituição obriga o legislador a criar uma norma legal, mas ele não a cria, como por exemplo, a obrigação de regular determinada matéria contida na Constituição<sup>119</sup>.

Frise-se que essa omissão inconstitucional legislativa se caracteriza com o descumprimento total da obrigação de criar a norma, como também, o de cumprir parcialmente o dever de legislar<sup>120</sup>.

A omissão Inconstitucional mais grave do legislador é aquela que diz respeito ao direito fundamental, na qual existe uma norma constitucional veiculada a um direito fundamental e que depende do legislador editar uma norma infraconstitucional para que esse direito tenha sua eficácia plena<sup>121</sup>.

Nestes casos, para proteger a força normativa da Constituição, a Constituição de 1988 trouxe duas possibilidades para o STF controlar os atos omissivos ilícitos do Legislativo e do Executivo, quais sejam a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção. Estas duas técnicas são fundamentais para a realização do Estado Democrático de Direito. Com isso, busca-se a efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição<sup>122</sup>.

A ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão está prevista no artigo 103, § 2º da Constituição Federal e consiste numa ação de controle abstrato de

---

<sup>119</sup>CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>120</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>121</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>122</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

constitucionalidade da omissão inconstitucional perpetrada pelos Poderes Executivo e Legislativo<sup>123</sup>.

Com essa ação, visa-se assegurar a supremacia da Constituição, defendendo, desta forma, toda a nossa ordem jurídica<sup>124</sup>.

Ao julgar essa ação, o STF deveria limitar-se ao reconhecimento da mora legislativa, mas vai além, o tribunal faz formulações diretas da norma faltante, invadindo a competência do legislativo, violando, desta forma, o princípio da separação de poderes e mais, traz a dúvida quanto à legitimidade democrática<sup>125</sup>.

Contudo, surgem as seguintes problemáticas:

“(...) deveria o Poder Judiciário, após reconhecer a mora regulamentar, proferir decisão tão-somente no sentido de determinar ao Poder omissor que pratique a colmatação da lacuna (eficácia mandamental) ou (...) seria permitido ao Poder Judiciário, julgando o caso concreto suprir diretamente a norma faltante, formulando regra concreta com eficácia para as partes ou até mesmo solução com eficácia geral, viabilizando assim, e desde já, os direitos, garantias e prerrogativas constitucionais prejudicados pela omissão inconstitucional?<sup>126</sup>”

Há que diga quem diga que o Judiciário, com base no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, não apenas reconhecesse a mora legislativa, mas que

---

<sup>123</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>124</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>125</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>126</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

poderia formular a norma faltante, podendo essa decisão ser *inter parts* ou *erga omnes*<sup>127</sup>.

Contudo, o STF, antigamente, tinha a posição que no julgamento do mandado de injunção, apenas, poderia ser reconhecido à mora do legislativo e a “ordem” do suprimento dessa omissão, não poderia o tribunal formular diretamente a norma faltante, pois isso seria o Poder Judiciário substituindo a tarefa do Poder legislativo de construir a norma regulamentar faltante<sup>128</sup>.

Porém, o STF vem recentemente, com outra postura, em que ao tomar a decisão do mandado de injunção está indo além do reconhecimento da mora legislativa, chegando a formular a norma faltante para solucionar o caso concreto, isso pode ser visto nos julgamentos do mandado de injunção 670, 708 e 712, que trata do direito de greve dos servidores públicos, previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, conforme já mencionado no capítulo anterior<sup>129</sup>.

Em casos similares, o STF vinha reconhecendo o direito subjetivo do cidadão, em que reconhecia a mora do legislativo e “ordenava”, na decisão, que fosse suprida a lacuna inconstitucional. Porém, passaram-se vários anos e o legislativo persistia com sua mora de editar a norma regulamentadora. Diante disso, o Judiciário não poderia, também, apenas, reconhecer a mora e não colocar em prática um direito previsto na Constituição, pois estaria também sendo omissa, colocando em risco a força normativa da Constituição<sup>130</sup>.

Assim, ante a reiterada omissão legislativa de regular o direito de greve dos servidores públicos, foi que o STF ao julgar os mandados de injunção 670,

---

<sup>127</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial.** *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>128</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial.** *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>129</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial.** *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>130</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial.** *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

708 e 712, formulou a norma faltante, em que mandou aplicar por analogia a lei que rege o direito de greve do setor privado, qual seja a Lei 7.783/89, devendo ser observado as particularidades dos serviços públicos essenciais.<sup>131</sup>

Frise-se que o STF editou a norma regulamentar faltante em nítida substituição à vontade do legislador, porém tornou viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos.<sup>132</sup>

Com o julgamento desses mandados de injunção, ficou evidente a atuação do STF como legislador positivo, porém, há de mencionar que foi devido ao comportamento reiterado omissivo do Poder Legislativo que o STF agiu positivamente<sup>133</sup>.

Porém, existem vários questionamentos acerca desse ativismo judicial, principalmente no tocante aos limites impostos pelo princípio da separação dos três poderes, mas há que se falar que em nome da força normativa da Constituição não pode esse limite ser uma barreira para o STF, pois ante as reiteradas omissões do Poder Legislativo em não editar uma norma regulamentar, para que o direito subjetivo, previsto na Constituição produza sua eficácia plena, o STF tem que agir positivamente para garantir esse direito previsto na Carta Magna, mesmo que seja realizando uma competência que não é sua, mas estará garantindo a força normativa da Constituição, lembrando que se o Judiciário não o fizer, quem irá fazer?<sup>134</sup>.

Essas várias críticas doutrinária a respeito do ativismo judicial auxiliarão o Poder Judiciário, conforme dispõe Elival Da Silva Ramos:

---

<sup>131</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial.** *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>132</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1150.

<sup>133</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial.** *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>> Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

<sup>134</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial.** *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>> Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

“Cabe à crítica doutrinária auxiliar o Poder Judiciário a encontrar o equilíbrio entre a ousadia e a criatividade, imprescindíveis à tarefa de concretização de uma Constituição social-democrática, e a observância dos limites decorrentes da adequada interpretação do próprio texto que se pretende ver transformado em realidade<sup>135</sup>.”

Para o autor Luís Roberto Barroso, essas críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário<sup>136</sup>.

Em relação aos riscos para a legitimidade democrática, o STF tem sua legitimidade justificada pela natureza normativa, em que os juízes apesar de não terem vontade política própria, ao aplicarem as leis e a Constituição estão apenas aplicando as normas produzidas pelo constituinte ou pelo legislador. Frise-se que existem expressões vagas, fluidas e indeterminadas, desta forma o STF atribui sentido as essas expressões, como exemplos, pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana, direito a privacidade ou boa-fé objetiva. Desta forma, o STF é co-participante do processo de criação do direito. Existe também, a natureza filosófica, que justifica a legitimidade da atuação do STF. Dela depreende-se três idéias, dentre as quais, Constitucionalismo, que significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, Estado de Direito como expressão da razão e, a democracia que significa governo do povo<sup>137</sup>.

Cumprе salientar que democracia não se resume na vontade da maioria, por isso, o grande papel da Constituição, não é apenas estabelecer regras, mas também proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que for contra a vontade da maioria. Desta feita, como o STF é o intérprete final da Constituição, cabe a ele velar pelas regras democráticas estabelecidas e pelos direitos fundamentais. Por isso, que a

---

<sup>135</sup> RAMOS, Elival da Silva Ramos. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 274.

<sup>136</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

<sup>137</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

Suprema Corte só atua com legitimidade quando fundamentam racionalmente as suas decisões, com base na Constituição<sup>138</sup>.

Os riscos da politização da justiça estão no binômio Direito e Política. Nesse cenário, podemos dizer que o Direito é política, no sentido de que a criação da Constituição e das leis são produtos da vontade da maioria e que na aplicação dessas leis o juiz tem que observar a realidade política, pois precisa saber os efeitos que serão produzidos no meio social<sup>139</sup>. Nesse sentido, menciona o autor Luís Roberto Barroso:

“A Constituição faz a interface entre o universo jurídico e o político, em um esforço que para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente<sup>140</sup>.”

Assim, podemos dizer que apesar do Direito ter um sentido político, jamais terá esse sentido em uma decisão judicial, visto que o juiz não pode decidir de forma discricionária, ou seja, não deve agir por vontade política própria e, que para a sua decisão ser legitimada, o juiz tem o dever de motivar a sua escolha, mediante uma argumentação racional e persuasiva, observando o dever de agir em nome da Constituição e das leis, não perdendo de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo, tendo em vista que atuam como representante indireto da vontade popular<sup>141</sup>.

Existem casos, em que o poder judiciário, apesar de ser legítimo para tomar as suas decisões, tem que verificar se um outro Poder não estaria melhor

---

<sup>138</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

<sup>139</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

<sup>140</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

<sup>141</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

qualificado para tomar aquela decisão, isso se dá em face da capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos daquela decisão, ou seja, existem questões que envolvem um conhecimento específico e uma discricionariedade técnica, que o Poder Judiciário não tem, porém se houver uma afronta a Constituição ou a lei, o quadro se modifica. Então, nesses casos, comenta o autor Luís Roberto Barroso: “(...) o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir (...).”<sup>142</sup> Isso se dá porque existe uma falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias<sup>143</sup>.

Ante o exposto, vê-se a necessidade de uma reforma política, pois o cenário em que estamos vivendo é de um desequilíbrio entre as três esferas de poder, quais sejam, legislativo, executivo e judiciário. O Judiciário está tendo que solucionar problemas da alçada dos outros poderes e isso se for feito de maneira constante leva a uma insegurança jurídica, porque o nosso sistema é positivado, e se o legislativo não fizer o seu dever de criar leis, o judiciário, mais especificamente o juiz, será obrigado a suprir essa lacuna, realizando o ativismo judicial, ou até mesmo concedendo um direito que está previsto na norma constitucional e, que apesar de ter que invadir a alçada do Poder Executivo, terá que fazê-lo, pois a norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão e diante disso cabe ao juiz decidir a matéria, realizando assim a judicialização.<sup>144</sup>

Cumprido mencionar que o Luís Roberto Barroso concorda que o ativismo tem sido a solução dos problemas elencados acima, porém ele acha que o seu uso deve ser eventual e controlado, podendo ser um risco, se utilizado permanentemente<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

<sup>143</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

<sup>144</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

<sup>145</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

Conforme já mencionado, o autor Sílvio Dobrowolski, também, é a favor desse ativismo judicial:

“(...) o judiciário, nos tempos atuais não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos. Sem pretender um “governo de juízes”, observando, todavia, as normas legisladas e a separação dos poderes, a Justiça tem de elevar-se à condição de autêntico poder, cumprindo essas tarefas ao modo especificado<sup>146</sup>.”

Esse ativismo servirá para o Poder Judiciário controlar os excessos do Poder Legislativo e do Poder Executivo avantajados no Estado Social. Desta forma, o Judiciário também conseguirá reprimir os abusos dos poderes econômicos e sociais da sociedade tecnológica de massa<sup>147</sup>.

Hoje em dia, com essa a população massificada e com o crescimento exorbitante dos Poderes Estatais capazes de causar graves danos a essa população e violar direitos de incontável número de pessoas é preciso de um Poder Judiciário ativo para poder reprimir todos os excessos realizados por esses Poderes e para preservar os direitos previstos na nossa Constituição<sup>148</sup>.

Neste ínterim, vale ainda dizer, que para evitar um afloramento do ativismo judicial, evidenciado pela inapetência legislativa, tem-se que fazer uma reforma política, em que tem que ser mudado o sistema presidencialista, como, também, deve ser feita uma reorganização do quadro partidário e uma distribuição de competências legislativas entre as unidades federadas, na linha de um federalismo assimétrico. Isso tudo para melhorar a eficiência do Congresso Nacional, consoante está disposto na obra do Elival da Silva Ramos<sup>149</sup>.

<sup>146</sup> DOBROWOLSKI, Sílvio. *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. Disponível em: <periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778/14280>. Acesso em: 20 ago. 2012.10:44.

<sup>147</sup> DOBROWOLSKI, Sílvio. *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. Disponível em: <periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778/14280>. Acesso em: 20 ago. 2012.10:44.

<sup>148</sup> DOBROWOLSKI, Sílvio. *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. Disponível em: <periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778/14280>. Acesso em: 20 ago. 2012.10:44.

<sup>149</sup> RAMOS, Elival da Silva Ramos. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 289-293.

Desta forma, após a compreensão do instituto do ativismo judicial e suas peculiaridades deve ser apresentado o mandado de injunção de nº 721-7/DF, que é o paradigmático sobre o tema da aposentadoria especial dos servidores públicos.

### 3 MANDADO DE INJUNÇÃO SOBRE A APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO

Neste capítulo serão feitas considerações a respeito da aposentadoria especial dos servidores públicos e uma análise do julgamento do mandado de injunção de nº 721-7/DF.

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA APOSENTADORIA ESPECIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A aposentadoria especial é um benefício dado aos trabalhadores, ao longo dos anos, como forma de compensar os desgastes auferidos pelo trabalho realizado, em que estão sujeitos a trabalhar em condições especiais que prejudicam a sua saúde ou a sua integridade física, pois o exercício da atividade laboral exercido por esses trabalhadores são agressivos à saúde humana, e por isso deveria ser mais bem pago e realizado por um período mais curto do que aqueles trabalhadores que não estão sujeitos a esses riscos. Por isso, o legislador trouxe esse benefício aos trabalhadores<sup>150</sup>.

Esse benefício está garantido pela Constituição Federal, no seu artigo 40, § 4º, mas antes de chegar aqui, esse benefício passou por sucessivas reformas. Esse direito apareceu na redação original da Carta Magna, primeiramente, no seu artigo 40, § 1º, que permitia a redução de tempo de serviço para fins de aposentadoria no caso de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas, depois, tal direito foi preservado, mas ocorreram algumas reformas, como a EC nº 20/1998, que passou a constar o § 4, no artigo 40, da Constituição e a atual EC nº 47/2005, que deu a atual redação ao texto normativo<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> BUENO, Luiz Henrique Pícolo. **Do mandado de injunção e da aposentadoria especial do servidor público**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4963](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4963)>. Acesso em: 09 ago. 2012. 09:21.

<sup>151</sup> BUENO, Luiz Henrique Pícolo. **Do mandado de injunção e da aposentadoria especial do servidor público**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4963](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4963)>. Acesso em: 09 ago. 2012. 09:21.

Apesar de existir o direito à aposentadoria especial, a Constituição impõe uma lei complementar para regularizar o exercício desse direito, mas até o momento não existe tal lei. Com isso, é inviável o exercício desse direito até a edição dessa Lei específica. Desta forma, menciona o autor Luiz Henrique Picolo Bueno:

“Devido ao lapso temporal de carência normativa para regulamentar o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, torna inviável o exercício constitucionalmente garantido resultando em um óbice à não concessão ou ao não-reconhecimento da aposentadoria especial no âmbito administrativo<sup>152</sup>.”

Sem embargos, ante a omissão legislativa, caberá ao servidor público, por meio de mandado de injunção, buscar a regulamentação desse direito constitucionalmente garantido<sup>153</sup>.

Desta forma, os servidores impetraram vários mandados de injunção perante o STF para poder exercer o seu direito a aposentadoria especial, porém a Suprema Corte apenas declarava o estado de mora do legislativo, com o argumento de que a competência para legislar positivamente é do Legislativo e não do Judiciário. Isso tudo em razão do princípio da separação dos poderes<sup>154</sup>.

Porém, esse entendimento que o STF adotava foi alterado, segundo pode-se observar nos julgamentos dos Mandados de Injunção 670-ES, 608-DF e 712-PA, nos quais os servidores públicos pretendia a regulamentação do artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, que prevê o direito de greve desses servidores. Nesses julgados, o STF trouxe a possibilidade de uma regulamentação provisória para os seguintes casos,

---

<sup>152</sup> BUENO, Luiz Henrique Picolo. **Do mandado de injunção e da aposentadoria especial do servidor público**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4963](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4963)>. Acesso em: 09 ago. 2012. 09:21.

<sup>153</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 09 de ago. 2012. 11:00.

<sup>154</sup> BUENO, Luiz Henrique Picolo. **Do mandado de injunção e da aposentadoria especial do servidor público**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4963](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4963)>. Acesso em: 09 ago. 2012. 09:21.

até que seja editada tal Lei para regulamentar o artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, como já vistos no capítulo anterior<sup>155</sup>.

Nesse sentido, sem embargos, o STF julgou o Mandado de Injunção nº 721, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que estava sendo pleiteada a integração da lacuna legislativa para o reconhecimento do direito previsto no § 4, do artigo 40, da Constituição Federal, ou seja, o direito que trata da aposentadoria especial decorrente de trabalho realizado em condições insalubres a mais de 25 anos:

“Havendo, portanto, sem qualquer dúvida, mora legislativa na regulamentação do preceito veiculado pelo artigo 40, § 4º, a questão que se é a seguinte: presta-se, esta Corte, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia?

Esta é a questão fundamental a considerarmos. Já não se trata de saber se o texto normativo de que cuida --- Artigo 40, § 4º --- é dotado de eficácia. Importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que se bastam em solicita ao Poder Legislativo que cumpra o seu dever, inutilmente. Se é admissível o entendimento segundo o qual, nas palavras do ministro Neri da Silveira, “ a Suprema Corte do País decide sem que seu julgado tenha eficácia”. Ou, alternativamente, se o Supremo Tribunal Federal deve emitir decisões que efetivamente surtam efeitos, no sentido de suprir aquela omissão.”<sup>156</sup>

Nesse ponto, podemos observar a evolução do pensamento do Ministro do STF e a indagação que ele faz, mostrando a preocupação diante da situação persistente do Poder Legislativo em não elaborar a lei regulamentar para que a pessoa possa exercer o seu direito previsto na Constituição e, por vários anos o STF, apenas, notificava o Poder Legislativo da sua mora e, mesmo assim, por muitos anos nada o fez e vários mandados de injunção estão sendo impetrados no STF, podendo até afirmar que o STF, também, está sendo omissos, pois suas decisões são desprovidas de eficácia quando, apenas, notifica o Poder legislativo para que elabore a norma regulamentar faltante.

---

<sup>155</sup> BUENO, Luiz Henrique Picolo. **Do mandado de injunção e da aposentadoria especial do servidor público**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4963](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4963)>. Acesso em: 09 ago. 2012. 09:21.

<sup>156</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em:** <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 09 ago. 2012. 15:44.

Assim, continua a argumentar o Ministro Marco Aurélio sobre a mora do Poder Legislativo e ainda afirma que o STF ao formular supletivamente a norma regulamentadora faltante exerce uma função normativa e não legislativa, senão vejamos:

“A mora, no caso, é evidente. Trata-se, nitidamente, de mora incompatível com o previsto e proclamado pela Constituição do Brasil no seu artigo 40, § 4º.

Salvo na hipótese de --- como observei anteriormente, lembrando FERNANDO PESSOA --- transformarmos a Constituição em papel “pintando com tinta” e aplicá-la em coisa em que está indistinta a distinção entre nada e coisa nenhuma, constitui dever-poder deste Tribunal a formação supletiva, no caso, da norma regulamentadora faltante.

O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre poderes (art.2º da Constituição do Brasil) e a separação dos poderes (art. 60, § 4, III) --- é insubsistente.

Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o artigo 40, § 4º, da Constituição, função normativa, porém não legislativa<sup>157</sup>.”

Com esse julgado do STF ficou caracterizado o dever do Poder Judiciário, ante a omissão do Legislativo, de aplicar o direito no caso concreto. Assim, o servidor que tiver o seu direito à aposentadoria especial poderá, por via judicial, impetrar o mandado de injunção, em que o Supremo, ante a inércia do Legislativo, manda aplicar, no que couber, os artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91.<sup>158</sup>

Com isso, a Suprema Corte se manifestou por diversas vezes, via mandado de injunção, quanto à possibilidade de aplicação do §1º, artigo 57 da Lei 8.213/91 para concessão da aposentadoria especial. Por isso, o STF editou a proposta de Súmula Vinculante de nº 45, vejamos:

“Enquanto inexistente a disciplina específica sobre a aposentadoria especial do servidor público, nos termos do artigo 40, § 4º da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional n.

<sup>157</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 721**. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 09 ago. 2012. 15:44.

<sup>158</sup> BUENO, Luiz Henrique Pícolo. **Do mandado de injunção e da aposentadoria especial do servidor público**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4963](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4963)>. Acesso em: 09 ago. 2012. 09:21.

47/05, impõe-se a adoção daquela própria aos trabalhadores em geral (art. 57, § 1º da Lei n. 8.213/91).”<sup>159</sup>

Ante o exposto, pode-se afirmar que o servidor público para ter o seu direito à aposentadoria especial, analisada pela autoridade administrativa competente, terá que impetrar mandado de injunção perante o STF, para que o seu direito subjetivo, previsto no §4º, artigo 40, da Constituição Federal, produza sua eficácia plena. Desta forma, o Supremo vem, reiteradamente, decidindo pela aplicação subsidiária dos artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social<sup>160</sup>.

Imperioso salientar que para o servidor ter o direito a aposentadoria especial, terá que comprovar o tempo de serviço e a efetiva exposição aos agentes prejudiciais à saúde ou a integridade física, é o que dispõe o artigo 57 da Lei 8.213/91<sup>161</sup>.

### 3.2 MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 721-7/DF

O mandado de injunção nº 721-7/DF foi impetrado por uma servidora pública que trabalhou em condições especiais que prejudica a saúde e devido a isso, tem direito à aposentadoria especial, prevista no artigo 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal<sup>162</sup>.

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de

<sup>159</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante n. 45**. 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=45&classe=PSV&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 09 ago. 2012. 16:50.

<sup>160</sup> BUENO, Luiz Henrique Picolo. **Do mandado de injunção e da aposentadoria especial do servidor público**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4963](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4963)>. Acesso em: 09 ago. 2012. 09:21.

<sup>161</sup> BUENO, Luiz Henrique Picolo. **Do mandado de injunção e da aposentadoria especial do servidor público**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4963](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4963)>. Acesso em: 09 ago. 2012. 09:21.

<sup>162</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 29 de out. 2012. 08:45.

previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

[...]

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

[...]

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física<sup>163</sup>.”

Entretanto, o artigo 40, § 4, inciso III, da Carta Magna, apenas prevê o direito à aposentadoria especial do servidor público que exerce atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, mas diz que precisa de uma norma complementar para regular a matéria. Ou seja, enquanto não for editada uma lei complementar para regular a matéria, todos os servidores que se enquadram nessa situação, não poderão aposentar de forma especial, pois não foi editada pelo Poder Legislativo tal lei complementar<sup>164</sup>.

A impetrante é servidora pública do Ministério da Saúde, lotada no Sarah Kubitschek, em Belo Horizonte. Afirma ter exercido desde 22 de outubro de 1986, a função de auxiliar de enfermagem, atuando em ambiente insalubre, pois trabalhou em contato com agentes nocivos à saúde, com portadores de moléstias infecto-contagiosas humanas e objetos e materiais contaminados. Evoca que a falta de lei complementar, exigida no artigo 40, § 4, inciso III, da Constituição Federal, está inviabilizando o exercício do direito à aposentadoria especial. Desta feita, a servidora pleiteia que seja suprida a lacuna normativa, asseverando o seu direito à aposentadoria especial, haja vista que trabalhou por mais de 25 anos em atividade considerada insalubre. Ainda, requer a observância do regime geral de previdência social<sup>165</sup>.

<sup>163</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 29 de out. 2012. 08:45.

<sup>164</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

<sup>165</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

O relator, ministro Marco Aurélio, em seu voto, diz que passados mais de quinze anos da vigência da Constituição Federal, permanece o direito latente, aos servidores que trabalham sob condições especiais, que prejudicam a saúde ou a integridade física, sem ter-se base para efetivar o exercício do direito previsto na Carta Magna. Desta feita, o relator acolhe o pedido da impetrante, pois cabe ao Supremo Tribunal Federal fazê-lo, tendo em vista que está autorizado pela Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXXI. Vejamos<sup>166</sup>:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXI - 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<sup>167</sup>.”

O ministro Marco Aurélio, ainda, ressaltou que a natureza desse mandado de injunção não era simplesmente declaratória, mas sim mandamental, tendo em vista a insistente inércia do Legislador<sup>168</sup>.

Imperioso destacar que o mandado de injunção revela-se um processo subjetivo e não objetivo, por isso não há que se confundir com ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em que o rol de legitimadores é estrito na Carta Magna<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

<sup>167</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 29 de out. 2012. 08:45.

<sup>168</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

<sup>169</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

Ademais, há de se conjugar o artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, com o § 1º do citado artigo, pois dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais constantes na Constituição Federal tem aplicação imediata. Senão vejamos<sup>170</sup>:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata<sup>171</sup>.”

Cumpra mencionar, ainda, que no voto do ministro Marco Aurélio percebe-se a mudança de pensamento com relação aos efeitos do mandado de injunção, que não mais teve efeito apenas declaratório do ato omissivo, mas sim mandamental, pois busca-se do Poder Judiciário a prestação jurisdicional que afaste as consequências nefastas da inércia do Legislador<sup>172</sup>. Vejamos:

“É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo Tribunal quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os Poderes. [...] Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão da omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes a nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da lei fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas conseqüências da inércia do legislador.[...]Tenha-se presente a frustração gerada pelo alcance emprestado pelo Supremo ao mandado de injunção. Embora sejam tantos os preceitos da Constituição de 1988, apesar de

<sup>170</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

<sup>171</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 29 de out. 2012. 08:45.

<sup>172</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

passados dezesseis anos, ainda na dependência da regulamentação, mesmo assim não se chegou à casa do milhar na impetração dos mandados de injunção<sup>173</sup>.”

Desta feita, ante a situação concreta da impetrante, é possível adotar-se o sistema do regime geral da previdência social, qual seja o artigo 57 da lei nº 8213 de 1991<sup>174</sup>:

“Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)<sup>175</sup>.”

Ante o exposto, o ministro relator Marco Aurélio julgou parcialmente procedente, de forma mandamental, o pedido formulado pela impetrante assegurando o direito a aposentadoria especial prevista no artigo 4º, § 4º, da Constituição Federal<sup>176</sup>, tendo em vista que a mesma conta com 25 anos de serviços prestados, atendendo, desta forma, os requisitos previsto na Lei 8.213/91<sup>177</sup>.

<sup>173</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

<sup>174</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

<sup>175</sup> BRASIL. **Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8213compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213compilado.htm)>. Acesso em 10 ago. 2012. 10:49.

<sup>176</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 29 de out. 2012. 10:15.

<sup>177</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

Já o ministro Eros Grau ao mencionar sobre a inércia do legislativo, qual seja, a de não regulamentar o direito previsto no artigo 40, § 4, da Carta Magna<sup>178</sup>, questiona-se: “[...] presta-se, esta Corte, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia?”<sup>179</sup>.

Para o ministro essa questão é fundamental, pois é importante verificar se o Supremo Tribunal Federal deve emitir decisões ineficazes, haja vista que as solicitações feitas por essa Corte ao Poder Legislativo para que cumpra com o seu dever de legislar é inútil, ou deve o STF emitir decisões que surtam efeitos, ou seja, no sentido de suprir a omissão Legislativa<sup>180</sup>.

No caso da impetrante, é nítida e incompatível a mora do Legislativo em editar a norma regulamentadora prevista no artigo 40, § 4º da Constituição Federal. Assim, cabe ao STF o dever de suprir com a norma regulamentadora faltante, segundo menciona o ilustre ministro Eros Grau<sup>181</sup>:

“[...] constitui dever-poder deste Tribunal a formação supletiva, no caso, da norma regulamentadora faltante.  
O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre poderes (art.2º da Constituição do Brasil) e a separação dos poderes (art. 60, § 4, III) --- é insubsistente.  
Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o artigo 40, § 4º, da Constituição, função normativa, porém não legislativa<sup>182</sup>.”

<sup>178</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 29 de out. 2012. 08:45.

<sup>179</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

<sup>180</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

<sup>181</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

<sup>182</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

Neste ínterim, o Poder Judiciário ao julgar o mandado de injunção produz norma, haja vista que a norma é a interpretação do texto normativo, assim, o julgamento do mandado de injunção é feito com base na interpretação do direito, na sua totalidade, isso tudo é feito para que seja produzida a norma aplicável à omissão<sup>183</sup>.

Desta feita, como o mandado de injunção está previsto na Constituição Federal, não há que se falar em intromissão do Poder Judiciário nos outros Poderes, ou seja, o STF ao julgar o mandado de injunção não está ferindo o princípio da separação dos poderes<sup>184</sup>.

Contudo, o Poder Judiciário está obrigado, no mandado de injunção, a formular supletivamente a norma regulamentar não editada, tendo em vista que está vinculado pelo dever-poder e não apenas pelo poder<sup>185</sup>.

Assim, diz o ministro Eros Grau diz:

“No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito da impetrante, servidora pública, à aposentadoria especial. Em face de tudo, acompanho o relator. Conheço do presente mandado de injunção, para, reconhecendo a falta de norma regulamentadora do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, remover o obstáculo criado por essa omissão e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 40, §4º, da Constituição do Brasil, nos termos do artigo 57 da Lei n. 8213/91<sup>186</sup>.”

---

<sup>183</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

<sup>184</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

<sup>185</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

<sup>186</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

O Ministro Ricardo Lewandowski, também, entende que deve dar efetividade ao mandado de injunção, acompanhando o Relator Ministro Marco Aurélio e o Ministro Eros Grau<sup>187</sup>.

No mesmo sentido o Ministro Carlos Britto acompanha os ministros supracitados, entretanto, acrescenta que a decisão do mandado de injunção deve ser mandamental, ou seja, uma decisão com carga de concretude<sup>188</sup>.

Após os votos foi julgado parcialmente procedente o pedido do mandado de injunção formulado pela autora, em que foi concedida à aposentadoria especial a servidora pública, com base no artigo 57 da Lei n. 8213/91, porém, a decisão teve eficácia apenas para a parte da relação jurídica, ou seja, teve efeito “inter partes” e não “erga omnes”<sup>189</sup>.

Ressalte-se que foi a partir do julgamento do mandado de injunção de nº 721, que concedeu efeito constitutivo ao impetrante, o STF passou a adotar, em todas as suas decisões posteriores, o mesmo efeito concedido ao mandado de injunção de nº 721.

Assim, o referido entendimento firmado no mandado de injunção de nº 721 foi reafirmado nos julgamentos dos mandados de injunção de nº 788-8 DF<sup>190</sup> e 796-9 DF<sup>191</sup>, ambos de relatoria do Ministro Carlos Britto, nos mandados de injunção de nº 758-6/DF<sup>192</sup>, 795-1/DF<sup>193</sup>, 809-4/SP<sup>194</sup>, 841-8/DF<sup>195</sup>, 857-4/DF<sup>196</sup>, 938-4/DF<sup>197</sup>, 998-

---

<sup>187</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

<sup>188</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

<sup>189</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 29 out. 2012. 08:12.

<sup>190</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 788-8. Relator: Ministro: Carlos Britto. 08 mai. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591237>>. Acesso em 26 ago. 2013. 12:12.

<sup>191</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 796-9. Relator: Ministro: Carlos Britto. 08 mai. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591239>>. Acesso em 26 ago. 2013. 14:13.

<sup>192</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 758-6. Relator: Ministro: Cármen Lúcia. 26 nov. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550429>>. Acesso em 26 ago. 2013. 13:11.

8/DF<sup>198</sup>, todos de relatoria da Ministra Cármen Lúcia e o mandado de injunção de nº 1083/DF<sup>199</sup>, de relatoria Ministro Marco Aurélio, todos com decisões de eficácia constitutivas, conforme foi proferida no mandado de injunção de nº 721.

Desta feita, ante reiteradas decisões no mesmo sentido do mandado de injunção de nº 721, a jurisprudência do STF sobre aposentadoria especial dos servidores públicos nos mandados de injunção pacificou-se, no sentido de, reconhecida a omissão legislativa em razão de não editar a lei complementar prevista no artigo 40, §4 da Constituição Federal, o STF determinou a aplicação, no que couber, o 57 da Lei n. 8213/91, até que seja editada a referida lei exigida no artigo 40, §4 da Constituição Federal. Senão vejamos:

“Em suma, a jurisprudência do STF está assentada nas seguintes diretrizes: (a) enquanto não editada a lei complementar de que trata o § 4º do art. 40 da Constituição, os servidores públicos têm direito à aposentadoria especial de acordo com as normas do Regime Geral de Previdência Social (atualmente os arts. 57/58 da Lei 8.213/91 e arts. 64/70 do Decreto 3.048/99, ou as normas vigentes no momento da prestação da atividade em condições especiais); (b) o mandado de injunção é instrumento apto a afirmar e suprir a referida lacuna normativa, mas não para assegurar, desde logo, a própria concessão do benefício de aposentadoria especial, que deve ser requerido administrativamente; (c) o juízo de mérito, nesses casos, supõe que o impetrante comprove a existência do requerimento e do indeferimento administrativo do benefício, bem

<sup>193</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 795-1. Relator: Ministro: Cármen Lúcia. 22 mai. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593668>>. Acesso em 26 ago. 2013. 16:41.

<sup>194</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 809-4. Relator: Ministro: Cármen Lúcia. 22 mai. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593670>>. Acesso em 26 ago. 2013. 17:30.

<sup>195</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 841-8. Relator: Ministro: Cármen Lúcia. 22 mai. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593673>>. Acesso em 26 ago. 2013. 17:50.

<sup>196</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 857-4. Relator: Ministro: Cármen Lúcia. 22 mai. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593675>>. Acesso em 26 ago. 2013. 18:01.

<sup>197</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 938-4. Relator: Ministro: Cármen Lúcia. 22 mai. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593679>>. Acesso em 26 ago. 2013. 18:15.

<sup>198</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 998-8. Relator: Ministro: Cármen Lúcia. 22 mai. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593681>>. Acesso em 26 ago. 2013. 18:35.

<sup>199</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 1083. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 03 nov. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613863>>. Acesso em 25ago. 2013. 20:31.

como identifique os nomes, cargos e funções dos servidores a serem beneficiados.”<sup>200</sup>

Frise-se que no julgamento do MI 809, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o Plenário resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa, no qual foi autorizado os Ministros da Corte a decidir monocrática e definitivamente os casos idênticos sobre aposentadoria especial dos servidores públicos, aplicando 57, § 1º, da Lei 8.213/91, que trata do plano de benefício dos trabalhadores vinculados ao Regime Geral de Previdência Social.<sup>201</sup> Isso foi feito nos julgamentos dos mandados de injunção de nº 5423/DF<sup>202</sup>, 5493/DF<sup>203</sup>, 5426/DF<sup>204</sup>, 5696/DF<sup>205</sup>, todos decididos monocraticamente.

---

<sup>200</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 5740. Relator: Ministro: Teori Zavascki. 23 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5740&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 26 ago. 2013. 08:12.

<sup>201</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 809-4. Relator: Ministro: Cármen Lúcia. 22 mai. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593670>>. Acesso em 26 ago. 2013. 08:45.

<sup>202</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 5423. Relator: Ministro: Luiz Fux. 23 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5423&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25 ago. 2013. 21:06.

<sup>203</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 5493. Relator: Ministro: Luiz Fux. 23 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5493&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25 ago. 2013. 21:35.

<sup>204</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 5426. Relator: Ministro: Teori Zavascki. 23 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5426&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25 ago. 2013. 21:55.

<sup>205</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 5740. Relator: Ministro: Teori Zavascki. 26 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5696&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25 ago. 2013. 22:15.

## CONCLUSÃO

Vivemos em uma sociedade complexa, cujas relações são as mais variadas possíveis e por isso, o legislador não consegue acompanhar a evolução dessa sociedade prevendo cada comportamento humano.

Dito isso, cumpre mencionar que a nossa Constituição, além de prevê muitos direitos, em grande parte do seu texto possui “termos gerais”, permitindo que os ministros do STF façam uma interpretação construtiva da Constituição para adequar a norma ao caso concreto. Isso tudo para tentar resolver os conflitos dessa sociedade complexa.

Frise-se que muitas vezes a Constituição assegura um direito ao cidadão, mas para que ele possa exercer esse direito plenamente, depende da edição de uma norma emitida pelo Poder Legislativo regulamentado tal direito.

Ocorre que desde a promulgação da Constituição Federal até hoje, o Poder Legislativo não editou várias normas para que os cidadãos exerçam seus direitos, como é o exemplo do direito de greve dos servidores públicos civis e o caso da aposentadoria especial dos servidores públicos.

O instrumento hábil para buscar a efetividade dos direitos previstos na Constituição que dependam de norma para regulamentar tal direito é o mandado de injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal e o Poder competente pra julgá-lo é o Supremo Tribunal Federal, consoante dispõe o artigo 102, alínea “q” do mesmo diploma legal.

O mandado de injunção, por muitos anos, teve sua natureza mandamental, com a adoção da corrente não concretista, ou seja, apenas reconhecia a mora inconstitucional do Poder Legislativo em não editar a norma regulamentar dos direitos assegurados pela Constituição e notificava o mesmo de tal mora.

Como se pode observar, as decisões dos mandados de injunção analisados, inicialmente, eram desprovidas de qualquer eficácia, sendo o mandado de injunção, um instrumento que não garantia o direito subjetivo assegurado pela Carta Magna.

A partir do mandado de injunção de nº 670-9/ES, observou-se a mudança do paradigma das decisões emitidas pelo STF, qual seja a adoção da corrente concretista individual, pois os ministros mudaram o entendimento quanto ao efeito do mandado de injunção não mais mandamental (declaratório), mas sim constitutivo, pois fixou prazo determinado para que o Poder Legislativo legislasse sobre o direito de greve dos servidores públicos, além disso, deram efetividade na sua decisão, suprindo a omissão legislativa e assegurando aos servidores públicos civis o seu direito de greve, com aplicação das leis 7.701/1998 e 7.783/1989 que regula os trabalhadores em geral.

Em destaque, cumpre mencionar a decisão do mandado de injunção de nº 721-7/DF, que trata da aposentadoria especial do servidor público.

Como se pode observar nesse julgado, o STF seguiu a mesma linha de raciocínio das decisões proferidas nos mandados de injunção de nº 670/9/ES e os mandados de injunção de nº 708 e 712, na qual foi prolatada, também, uma decisão mandamental (constitutiva), após quinze anos da mora inconstitucional do Poder Legislativo em emitir a norma regulamentar do direito a aposentadoria especial dos servidores públicos, o STF mandou aplicar, no caso concreto, o artigo 57 da lei de nº 8213/91, que trata do regime geral da previdência social.

O STF, ultimamente, vem adotando, nos julgamentos do mandado de injunção sobre aposentadoria especial, uma posição concretista individual direta, qual seja a de julgar o mandado de injunção implementando a eficácia da norma constitucional ao impetrante.

Essa decisão do STF para a concessão da aposentadoria especial é muito adequada, mas o único problema é que o judiciário ficará cheio de demandas judiciais, tendo em vista que existem vários servidores públicos nessa situação. Com isso, o STF deveria adotar a corrente concretista geral, ou seja, a decisão não terá efeito

“inter partes”, mas a decisão terá efeito “erga omnes” atingindo todos que se enquadrarem nessa situação, até a edição da Lei pelo Poder Legislativo.

Observa-se que o STF para concretizar o direito previsto na Carta Magna e manter a força normativa da Constituição teve que “legislar positivamente”, no caso em concreto, sob pena de ser considerado omissor também, ante a mora Inconstitucional e reiterada do Poder Legislativo em não editar a norma regulamentar do direito de greve e da aposentadoria especial dos servidores públicos. Isso é o fenômeno do ativismo judicial.

O ativismo judicial é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento, especialmente, da função legislativa, ou da função administrativa, como também da função executiva. Assim, percebe-se que o Poder Judiciário, ao realizar o ativismo, está invadindo insidiosamente sobre o núcleo essencial das funções que a Constituição atribuiu a outros Poderes<sup>206</sup>.

Imperioso salientar que o ativismo judicial é uma forma de concretizar os direitos previstos na Constituição Federal, uma vez que o Poder Legislativo se apresenta inerte por muitos anos e não demonstra nenhum interesse em legislar, como, por exemplo, os mandados de injunção analisados, em que o Poder judiciário realizou várias notificações ao Legislativo sobre sua mora em legislar e o mesmo nada o fez.

Cabe salientar que o STF ao legislar positivamente está garantindo, apenas, os direitos previstos na Constituição, que não estão sendo acatados pelos órgãos competentes. Veja, o STF está atendendo os anseios da população, isso é muito mais democrático do que o Legislativo que tem legitimidade democrática, mas não está satisfazendo a sua competência, nem muito menos atendendo os anseios da população.

Só será legítima essa atuação ativista, nos casos em que o Legislativo for reiteradamente omissor, como é o caso da aposentadoria especial do servidor público.

---

<sup>206</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116-117.

Diante disso, o STF ao dá efetividade nas suas decisões nos mandados de injunção analisados estão, apenas, concretizando os direitos que estão previstos na Constituição, pois os cidadãos tem um direito subjetivo garantido pela nossa Constituição, que só não podem exercê-lo por faltar uma norma que regule tal direito.

O ativismo judicial no STF ocorre pela omissão inconstitucional do Poder Legislativo em legislar e com isso, concluiu dizendo que o STF ao realizar o ativismo judicial não usurpa a função do legislativo, apenas, legisla até que o legislativo o faça e ele pode legislar quando quiser.

Ante todo o exposto, verifica-se que o STF ao “legislar positivamente” não invade a competência do Poder Legislativo, apenas, resolve o problema dando efetividade a sua decisão e concretizando o direito assegurado pela nossa Carta Magna, afinal o STF é o guardião e intérprete da nossa Constituição.

## REFERÊNCIAS

Ata da 7ª sessão extraordinária, DJU, de 04-04-1995, seção I, p. 8.265–8.266, apud MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista atualidades jurídicas*. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2012. 07:40.

BUENO, Luiz Henrique Picolo. **Do mandado de injunção e da aposentadoria especial do servidor público**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4963](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4963)>. Acesso em: 09 ago. 2012. 09:21.

BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/constituicao\\_federal/cfdistra.htm](http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cfdistra.htm)>. Acesso em: 21 de ago. 2013. 16:51.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de lei nº 6.128 de 2009. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=6A8D42809BFF39C234805C291AE4CD50.node1?codteor=697234&filename=Tramitacao-PL+6128/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6A8D42809BFF39C234805C291AE4CD50.node1?codteor=697234&filename=Tramitacao-PL+6128/2009)>. Acesso em: 18 de mar. 2013. 10:08.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 06 de ago. 2012. 08:15.

BRASIL. **Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8213\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213_compilado.htm)>. Acesso em 10 ago. 2012. 10:49.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 107-3 DF. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 nov. 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=81745&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20%20107>>. Acesso em 11 de mar. 2013. 16:40.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção 232 RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. 27 mar. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em 13 de mar. 2013. 10:18.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção 283 DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 14 nov. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>>. Acesso em 13 de mar. 2013. 17:00.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção 284 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. 21 nov. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81767>>. Acesso em 13 de mar. 2013. 15:18.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 670-9/ES. Relator: Ministro Gilmar. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em 15 de mar. 2013. 13:12.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 708-0/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558551&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20708>>. Acesso em: 15 de mar. 2013. 17:15.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de injunção nº 712-8/PA. Relator: Ministro Eros Grau. 25 de out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 17 de Mar. 2013. 18: 19.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 721. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 09 ago. 2012. 15:44.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Proposta de Súmula Vincunlante n. 45. 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=45&classe=PSV&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 09 ago. 2012. 16:50.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 09 ago. 2012. 12:02.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 788-8. Relator: Ministro: Carlos Britto. 08 mai. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591237>>. Acesso em 26 ago. 2013. 12:12.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 796-9. Relator: Ministro: Carlos Britto. 08 mai. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591239>>. Acesso em 26 ago. 2013. 14:13.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 758-6. Relator: Ministro: Cármen Lúcia. 26 nov. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550429>>. Acesso em 26 ago. 2013. 13:11.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 795-1. Relator: Ministro: Cármen Lúcia. 22 mai. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593668>>. Acesso em 26 ago. 2013. 16:41.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 809-4. Relator: Ministro: Cármen Lúcia. 22 mai. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593670>>. Acesso em 26 ago. 2013. 17:30.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 841-8. Relator: Ministro: Cármen Lúcia. 22 mai. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593673>>. Acesso em 26 ago. 2013. 17:50.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 857-4. Relator: Ministro: Cármen Lúcia. 22 mai. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593675>>. Acesso em 26 ago. 2013. 18:01.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 938-4. Relator: Ministro: Cármen Lúcia. 22 mai. 2009. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593679> >. Acesso em 26 ago. 2013. 18:15.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 998-8. Relator: Ministro: Cármen Lúcia. 22 mai. 2009. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593681> >. Acesso em 26 ago. 2013. 18:35.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 1083. Relator: Ministro: Marco Aurélio. 03 nov. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613863> >. Acesso em 25ago. 2013. 20:31.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 5740. Relator: Ministro: Teori Zavascki. 23 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5740&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 26 ago. 2013. 08:12.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 809-4. Relator: Ministro: Cármen Lúcia. 22 mai. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593670>>. Acesso em 26 ago. 2013. 08:45.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 5423. Relator: Ministro:Luiz Fux. 23 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5423&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> >. Acesso em 25 ago. 2013. 21:06.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 5493. Relator: Ministro:Luiz Fux. 23 ago. 2013. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5493&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> >. Acesso em 25 ago. 2013. 21:35.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 5426. Relator: Ministro:Teori Zavascki. 23 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5426&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25 ago. 2013. 21:55.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção n. 5740. Relator: Ministro: Teori Zavascki. 26 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5696&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25 ago. 2013. 22:15.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Limites e possibilidades do protagonismo judicial**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 10 jul. 2012. 08:50.

DOBROWOLSKI, Sílvia. *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. Disponível em: <[periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778/14280](http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778/14280)>. Acesso em: 20 ago. 2012. 10:44.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MURAT, Guilherme Guerra. et al. **Reflexões sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção**: o desafio do ativismo judicial. In: IV Congresso de iniciação científica, n. 04, 2010. Franca. *Anais eletrônicos*. São Paulo. Disponível em: < [http://legacy.unifacef.com.br/novo/iv\\_congresso\\_de\\_iniciacao\\_cientifica/Trabalhos/Inicia%C3%A7%C3%A3o/Guilherme%20e%20Breno.Pdf](http://legacy.unifacef.com.br/novo/iv_congresso_de_iniciacao_cientifica/Trabalhos/Inicia%C3%A7%C3%A3o/Guilherme%20e%20Breno.Pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2012. 09:20.

QUEIROZ, Luís César Souza de, **Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão**. Caderno de Direito Constitucional e Ciências Política, v. 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

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

RIBEIRO, João Batista. **A aposentadoria especial do servidor público na Constituição da República**. *Revista TCEMG*. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1470.pdf>>. Acesso em: 06 agosto 2012. 07:45.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.