

INÉRCIA LEGISLATIVA E ATIVISMO JUDICIAL: A DINÂMICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

LEGISLATIVE INERTIA AND JUDICIAL ACTIVISM: THE DYNAMICS OF SEPARATION OF POWERS IN THE BRAZILIAN CONSTITUCIONAL ORDER

Glauco Salomão Leite¹

RESUMO

O trabalho analisa a relação entre a inércia legislativa e o fortalecimento do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. A partir de uma abordagem neutra, institucional e multidimensional do ativismo judicial, investiga qual tem sido a postura do Tribunal na fiscalização das omissões inconstitucionais. Com base no estudo de seus precedentes judiciais, defende que o STF tem realizado substanciais mudanças na separação dos poderes, na medida em que ele se reconhece como órgão legítimo para avançar sobre o sistema político quando este negligencia seu dever de legislar. Nesses casos, o remédio contra a expansão do poder judicial é precisamente o ativismo legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; Omissões normativas; Separação dos poderes.

ABSTRACT

The paper analyzes the relationship between the legislative inertia and the strengthening of judicial activism in the Federal Supreme Court. From a neutral, institutional and multi-dimensional approach to judicial activism, investigates what has been the attitude of the Court in the surveillance of unconstitutional omissions. Based on the study of its judicial precedents, argues that the Federal Supreme Court has made substantial changes in the separation of powers, by recognizing itself as a legitimate branch to move on the political system when it neglects its duty to legislate. In such cases, the remedy against the expansion of judicial power is precisely the legislative activism.

KEY WORDS: Judicial activism. Legislative omissions. Separation of powers.

¹ Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Prof. de Direito Constitucional da Universidade Federal da Paraíba (UFPB); da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) e da Faculdade Damas de Instrução Cristã.

1.0 Considerações iniciais: entre o déficit democrático da política e a expansão da jurisdição constitucional.

Há mais de dois séculos, foi introduzido o controle de constitucionalidade no sistema político estadunidense, transformando-o na peça-chave dos debates constitucionais. Em vários países da Europa e da América Latina, esta delicada competência da jurisdição constitucional só se tornou uma realidade concreta ao longo da segunda metade do século passado. Desde então, tem sido desenhado um esquema complexo de separação de poderes, em que se permite a um órgão supostamente neutro, munido de técnicas jurídicas sofisticadas e não legitimado diretamente pelas urnas, invalidar as opções políticas daqueles que foram eleitos para conduzir as instituições majoritárias.

O passo adiante foi não apenas a afirmação de Cortes Constitucionais e Supremas Cortes com poderes contramajoritários, senão como órgãos que passaram cada vez mais a lidar com questões políticas controvertidas numa comunidade. Não obstante, o projeto de um “guardião da Constituição”, preso a um modelo de “legislador negativo”, mostrava-se ainda tímido e vinculado ao esquema do Estado de Direito Liberal, pois atribuía um papel limitado ao Tribunal Constitucional na fiscalização das leis e na proteção dos direitos fundamentais. De fato, não obstante Hans Kelsen (2003, p. 181) ter destacado a importância do Tribunal na proteção das minorias, ponderou que as Cortes Constitucionais deveriam evitar fundamentar suas decisões em princípios jurídicos, dado o seu conteúdo indeterminado, pois, do contrário, haveria o risco de um deslocamento de poder da esfera parlamentar para a judicial. A área de incerteza, portanto, deveria pertencer ao legislador democrático.

Entretanto, a desconfiança nas instâncias políticas majoritárias, a centralidade dos direitos fundamentais no sistema jurídico e o reconhecimento da força normativa das Constituições contemporâneas e de seus princípios impulsionaram uma atuação mais intensa por parte dos órgãos judiciais, afastando-se da ortodoxia do “legislador negativo”, o que tem dado ensejo a um intenso debate sobre o ativismo judicial e sua adequação ao regime democrático.

No Brasil, a Constituição de 1988 representa um divisor de águas e promoveu substanciais alterações no modelo de jurisdição constitucional, resultando em um nítido fortalecimento do Supremo Tribunal Federal (STF), erguido à condição de seu guardião

precípua. Gradativamente, o STF passou a ser chamado a se pronunciar sobre as mais variadas e complexas questões, compreendendo assuntos de elevada carga política, moral, econômica, religiosa e social. De um mero desconhecido, a Corte assumiu um protagonismo, convertendo-se em um novo espaço público de deliberação, onde importantes controvérsias da agenda nacional têm sido decididas.

Ocorre que quando as instituições políticas majoritárias se mostram incapazes de responder satisfatoriamente às demandas sociais, há uma maior propensão para buscar apoio no Poder Judiciário. Verifica-se, desse modo, um déficit na representação política tradicional, que pode se relacionar com vários outros problemas. Na presente abordagem, merece destaque a omissão do Congresso Nacional na aprovação de determinadas leis. Assim, constata-se uma grave inércia dos representantes eleitos na adoção de soluções efetivas para problemas sociais emergentes. Por vezes, a omissão estatal pode decorrer da impossibilidade de se chegar a um consenso a respeito de um certo tema, postergando as deliberações. Porém, essa inércia também pode configurar uma estratégia para evitar uma tomada decisão sobre um assunto bastante sensível. Nesse caso, diante do elevado custo político que a decisão pode envolver, as instâncias majoritárias podem, silenciosamente, buscar transferir a solução do conflito para o ambiente judicial. Segundo Neal Tate (1995, p. 32), muitos órgãos legislativos estaduais norte-americanos certamente preferem deixar as políticas sobre aborto nas mãos do Poder Judiciário. Cuida-se de uma delegação intencional (*willful delegation*) das instituições majoritárias, quando não pretendem receber críticas da opinião pública por terem decidido sobre questões polêmicas. Assim, os Tribunais são chamados para preencher os vazios criados (intencionalmente ou não) pelos políticos.

Todos esses fatores, reconhecidos como características comuns das democracias contemporâneas onde se constatou o alargamento do poder judicial, têm sido notados, ainda que com graus diferentes, na realidade política brasileira. Isso faz com que o STF aos poucos tenha deixado seu papel de coadjuvante para assumir a função de um *tertius* capaz de exercer a função de contrapeso no interior do sistema político. No presente trabalho, pretende-se analisar a dinâmica da separação dos poderes levando em conta situações de conflito institucional que revelam a inércia do Congresso Nacional em regular dispositivos constitucionais que dependem de legislação integradora e o modo como o STF tem reagido para combater tal estado de inoperância legislativa. Para tanto, percorre-se a trajetória adotada pela Corte no julgamento de ações diretas por omissão e

mandados de injunção ao longo da vigência da constituição atual. Com isso, busca-se atestar que o STF tem protagonizado momentos de ativismo judicial responsáveis pelo alargamento de seu papel político e pela construção de uma nova dinâmica entre os poderes estatais.

2.0 Perspectiva neutra, institucional e pludimensional do ativismo judicial.

Quando se afirma que o STF tem assumido um viés ativista no exercício da jurisdição constitucional, uma questão preliminar ao debate diz respeito ao próprio significado de “ativismo judicial”. Assim, podemos formular as seguintes perguntas: ativismo judicial representa uma invasão na autonomia dos demais poderes do Estado?; significa que o magistrado decidiu com base no que ele entende como “justo”, ainda que isso implique afastar-se do direito positivo?; ou seria uma forma de apontar para erros na decisão judicial?; o juiz ativista é aquele que demonstra um engajamento político e social na realização dos valores constitucionais?; práticas ativistas têm o objetivo de ocupar eventuais “vácuos de poder”?; ativismo judicial estaria relacionado com a quantidade de decisões que a declaram a inconstitucionalidade de leis?

Como qualquer outro Tribunal, os pronunciamentos sobre controvérsias sensíveis por parte STF dividem segmentos da opinião pública e atores políticos e sociais, sendo provável que, para os que divergem de suas conclusões, os juízes estariam agindo de maneira ativista. Nesse cenário, o ativismo judicial é utilizado politicamente para atacar decisões da Corte das quais se discorda. Sendo elevado o nível de subjetividade da crítica, o ativismo, assim como a beleza, estaria nos olhos de quem vê (CAPRICE, 2007, p.30). Portanto, a utilização subjetiva e arbitrária da expressão a tornaria esta categoria imprestável para a avaliar o comportamento judicial do STF.

Por outro lado, é possível identificar elementos capazes de conduzir a uma concepção *neutra, institucional e pluridimensional* de ativismo judicial. Isso significa compreender o ativismo no sistema de divisão das funções estatais. Nesse sentido, um comportamento judicial ativista tende a expandir os poderes judiciais em detrimento de outras autoridades estatais. Em outras palavras, ao pretender decidir uma controvérsia com independência, o Tribunal amplia seu papel institucional frente a outras instâncias de poder². Seguindo o mesmo critério, Richard Posner (1983, p. 11 e ss.) define

² Optando pelo estudo do ativismo judicial sob a perspectiva institucional: YOUNG, 2002, p. 1.145; LINDQUIST; CROSS, 2009, p. 32 e ss.; CANON, 1983, p. 236-247; MARSHALL, 2002, p. 101-140.

“autorrestricção estrutural” (*separation of powers judicial self-restraint*) como uma forma de recuo da Corte, abrindo espaços decisórios a favor de outras instituições.

A compreensão do ativismo e da autorrestricção no esquema estrutural da separação dos poderes tem várias implicações metodológicas. Em primeiro lugar, essa perspectiva não está comprometida com nenhuma bandeira ideológica. Uma discussão recorrente costuma atrelar a autocontenção ao conservadorismo, ao passo que os liberais se aproximariam do ativismo. Todavia, Cortes liberais ou conservadoras podem ser responsáveis por julgamentos ativistas. Assim, setores políticos conservadores acusaram a Suprema Corte norte-americana de ativista quando esta alargou os conteúdos do direito à igual proteção das leis (*equal protection*) e do devido processo substantivo (*substantive due process*), objetivando extirpar práticas discriminatórias contra minorias. O Tribunal, sob a presidência de Earl Warren e Warren Burger, foi composta por juízes que maneжaram o poder judicial como instrumento de transformação social, convictos de que o Tribunal também deveria desempenhar uma função “educadora” e “moral” na vida política americana (LINDQUIST; CROSS, 2009, p. 32; RODRIGUES, 1991, p. 20). Em contrapartida, o caso *Plessy vs. Ferguson*, precedente em que o mesmo Tribunal admitiu a segregação racial no espaço público, dando origem à doutrina *separate but equal*, é um claro exemplo de ativismo conservador.

Em segundo lugar, o ativismo judicial não está ligado ao *conteúdo* da decisão. Isso quer dizer que uma decisão ativista não é necessariamente equivocada, nem que uma sentença proferida no exercício da autocontenção seja necessariamente correta. É possível defender, por exemplo, que numa determinada ordem constitucional existam fatores que *impulsionam* um ativismo judicial nos conflitos federativos a favor dos entes regionais, mas uma específica decisão sobre essa matéria pode se revelar errada. Assim, abstraído a análise do mérito da decisão, logra-se manter o foco nos aspectos institucionais do ativismo judicial.

Em terceiro lugar, e como insinuado na observação acima, o ativismo judicial não é, em todas as hipóteses, sinônimo de abuso, excesso ou arbítrio. Entende-se que a ordem constitucional pode não só estimular, como *exigir* posturas ativistas do Poder Judiciário em determinadas circunstâncias. Por esse motivo, a adoção ampla do *self-restraint*, como se fosse o papel universalmente adequado de uma Corte num regime democrático, além de poder ser dogmaticamente ilegítima, pode provocar prejuízos em setores onde a atuação expansiva da jurisdição constitucional tem sido decisiva na proteção de valores caros a um sistema constitucional. Se nem sempre o *self-restraint* é

adequado ao jogo harmônico entre os poderes, o ativismo judicial nem sempre é ruim (YOUNG, 2002, p. 1.145). Portanto, como destacado por Bradley Canon (1983, p. 240), ele não deve ser tratado como uma patologia: é simplesmente um fato da vida judicial.

Além disso, restringir a abordagem do ativismo judicial a questões metodológicas no âmbito de uma teoria da interpretação jurídica traz certos problemas. Em primeiro lugar, diante da dificuldade em se desenvolver um modelo *universal* com *standards* hermenêuticos que deveriam ser utilizados pelo intérprete judicial, corre-se o risco de se desprezarem fatores relevantes presentes não apenas numa específica cultura jurídica, mas também no modelo concreto do sistema político adotado pela ordem constitucional. Em segundo lugar, deixam-se de lado eventuais repercussões das decisões judiciais nos demais poderes do Estado, bem como as possíveis reações das instituições políticas a certos pronunciamentos judiciais (LIMA, 2013, p. 181). Nessa perspectiva, a redução metodológica do ativismo judicial a problemas de interpretação jurídica acabaria minimizando-o enquanto categoria funcional relevante para se analisar o papel institucional das Cortes. Se se entende que, por mais protagonista que venha a ser, uma Corte Suprema jamais poderá simplesmente ocupar o espaço legítimo do sistema político, e se o ativismo judicial, numa abordagem institucional, pretende realçar precisamente a dinâmica de atuação entre os poderes, então o ativismo judicial não deve ser analisado exclusivamente como um problema de interpretação jurídica.

Esclarecidas essas premissas, e diante da complexidade que caracteriza tais fenômenos, não se exige que uma decisão seja perfeitamente enquadrada como ativista. Como decorrência da análise institucional, são consideradas dimensões do ativismo judicial e da autocontenção, que funcionam como parâmetros para se avaliar uma decisão. Utilizados de maneira adequada, realçam aspectos institucionais de uma determinada decisão judicial, abstraindo o seu mérito. Sendo múltiplos os aspectos, sob certo ângulo uma decisão pode apresentar um viés ativista e, por outro, mostrar-se deferente a outros poderes. Isso quer dizer que uma decisão *não tem que ser* inteiramente ativista. Portanto, não há que se falar de ativismo judicial *a priori* ou em abstrato, pois ele representa uma específica postura institucional que só pode ser avaliada em situações e contextos concretos. Essa premissa significa que o ativismo judicial é um fenômeno complexo e pode se verificar em qualquer atuação judicial, e não simplesmente no âmbito do controle de constitucionalidade das leis. É preferível,

então, encará-lo em suas múltiplas manifestações, ainda que isso exija um maior esforço analítico, a incorrer numa simplificação artificiosa do problema.

Dentre as dimensões do ativismo judicial verificados na *práxis* do STF, destaca-se, nesta ocasião, a gradual ocupação de vazios normativos deixados pelo Congresso Nacional e colmatados judicialmente. Ocorre que essa tendência expansionista da Corte na fiscalização da inação legislativa é estimulada pela própria arquitetura constitucional pós-88.

3.0 O perfil da Constituição de 1988 como fator que impulsiona o ativismo judicial.

Na medida que a Constituição Federal de 1988 é promulgada sob o influxo do processo de redemocratização, trouxe um largo rol de direitos fundamentais e de instrumentos processuais para garantir a proteção desses direitos. Essa característica não se confunde com a ideia de uma *politics of rights*, que pode se satisfazer com o reconhecimento de alguns direitos individuais protegidos judicialmente. No caso do Brasil, verificou-se a positivação de direitos fundamentais de diversos matizes. Além dos tradicionais direitos individuais e das liberdades públicas, a Constituição Federal de 1988 também assegurou diversos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como direitos difusos e coletivos. Ao incorporar vários direitos prestacionais e tantas metas e programas a serem implementados pelo Estado (assegurar o pleno emprego, a erradicação da pobreza e das desigualdades regionais e sociais, dentre outras), assumiu inegavelmente o modelo de constituição dirigente. Isso significa que a proteção dos direitos fundamentais não se efetua apenas mediante um *não fazer* estatal, postura típica do modelo liberal em que o Estado é visto como um potencial intruso na esfera de liberdade individual.

Como se sabe, deve-se ao gênio de José Joaquim Gomes Canotilho a influência das ideias em torno do dirigismo constitucional durante o processo constituinte no Brasil. De uma maneira geral, a Constituição dirigente é, sobretudo, uma Constituição *transformadora* da realidade social, que não se satisfaz com a manutenção do *status quo*. Por isso, vários direitos fundamentais impõem um dever de agir aos órgãos estatais, responsáveis que são pela criação e execução de políticas públicas. Portanto, além da obrigação de se abster para respeitar as liberdades e direitos individuais, o Poder Público passou também a ter deveres positivos necessários à efetividade de direitos fundamentais. Por essa razão, a fixação prévia dos conteúdos e programas

prioritários para a ordem constitucionais acaba diminuindo a amplitude da liberdade de conformação do legislador. Na visão de Canotilho (2001, p. 23), “identificar democracia com liberdade incondicional do legislador, é abrir o caminho para a redução das leis a simples produtos da organização do domínio”, razão pela qual a “especificação da tarefa normativo-constitucional possibilita melhor o conhecimento da dignidade material da constituição do que um ‘não-dito’”.

No intuito de conferir mais proteção aos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 apresenta alguns preceitos extremamente relevantes. O primeiro consiste no artigo 5º, parágrafo 1º, pelo qual se determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Por tal dispositivo, todas as autoridades estatais, incluindo o Poder Legislativo, estão vinculadas aos direitos fundamentais. Assim, tanto as ações do Poder Público que excessivamente restringirem algum direito fundamental além dos limites permitidos pela Constituição, como as omissões que impedirem ou dificultarem seu exercício, são passíveis de controle judicial (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 96).

O segundo diz respeito ao comando previsto no artigo 5º, parágrafo 2º, pelo qual os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Pelo referido preceito, estabelece-se uma cláusula de abertura, fazendo com que o catálogo de direitos fundamentais (já bastante extenso) não tenha caráter taxativo. Dessa maneira, a Constituição se abre para outras fontes normativas, especialmente os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos, compondo, assim, um bloco de constitucionalidade, cujo eixo são os direitos humanos e fundamentais.

O terceiro, e até em reforço ao artigo 5º, parágrafo 2º, a Emenda Constitucional n. 45/2004, acrescentou o parágrafo 3º, permitindo que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Dessa maneira, é evidente que a hierarquia constitucional dos tratados e convenções de direitos humanos já assegura aos direitos nelas previstos um grau de proteção mais elevado, haja vista que não apenas

a Administração Pública e o Poder Judiciário deverão cumprir seus preceitos, como também o próprio legislador ordinário lhe deve obediência.

Por último, a Constituição inovou ao introduzir tanto o mandado de injunção, quanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, instrumentos por meio dos quais se busca combater as omissões inconstitucionais. *Assim, a jurisdição constitucional do STF é voltada tanto para fiscalizar as ações dos demais poderes, como suas omissões.*

Por tudo isso, nota-se que o modelo acolhido pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987 compreende uma Constituição minuciosa, repleta de temas e assuntos os mais variados. Porém, e o mais relevante, observa-se uma Constituição substantiva, composta por um catálogo abrangente e aberto de direitos e garantias fundamentais, com marcantes traços programáticos, não se limitando a traçar garantias de participação nos processos político-democráticos. Isso lança a ideia de que o “guardião precípua” da Constituição se apresenta como um dos principais responsáveis pelo cumprimento das promessas constitucionais, fiscalizando não apenas a legitimidade dos atos estatais, como também suas omissões.

4.0 Inércia legislativa e ativismo judicial no STF.

A dimensão do ativismo referente à ocupação de vazios normativos pelo STF se relaciona com a fiscalização judicial das omissões inconstitucionais por meio do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Está-se, pois, diante de hipótese caracterizada principalmente pela omissão total ou parcial de norma legal regulamentadora de preceito constitucional. Não é o caso de se proceder a uma análise detalhada dos contornos desses institutos, interessando, aqui, observar a alteração do entendimento do STF quanto à natureza e alcance do provimento jurisdicional, quando fiscaliza as omissões inconstitucionais. Nesse sentido, o Tribunal, ao longo dos anos, tem realizado verdadeiras construções jurisprudenciais sobre referidas ações, que sinalizam para uma mudança significativa na relação com o Poder Legislativo, titular da função típica de legislar, apontando para a expansão de seus poderes normativos.

Como se sabe, a Carta de 1988 foi pioneira na introdução de mecanismos processuais para coibir ou remediar a inércia do Poder Legislativo. A própria previsão

do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão pode ser interpretada como uma desconfiança do constituinte em relação ao futuro legislador ordinário, que seria o encarregado de disciplinar os dispositivos constitucionais que exigiam sua intermediação.

No *leading case*³ sobre a matéria, a Corte teve que enfrentar como questão de ordem a autoaplicabilidade do mandado de injunção. Isso porque, ao contrário do mandado de segurança e do *habeas corpus*, ações que à época já dispunham de regulamentação no plano infraconstitucional e eram amplamente conhecidas na teoria e na prática jurídicas, o mandado de injunção, recém-criado, não possuía semelhante disciplina normativa. Essa situação causou certa perplexidade, pois a garantia constitucional para combater a mora legislativa não tinha, ela própria, uma lei regulamentadora⁴. Para superar esse óbice, a Corte, seguindo o voto do relator na citada ação, o ministro Moreira Alves, entendeu pela autoexecução do mandado de injunção, submetendo-o, no que coubesse, ao mesmo rito do mandado de segurança.

Ultrapassada essa questão de ordem, ainda era preciso esclarecer a natureza da decisão da Corte ao julgar algum mandado de injunção. Nesse particular, e considerando tratar-se de uma ação absolutamente nova no ordenamento jurídico, o constituinte deixou de dizer o óbvio, isto é, quais seriam os efeitos decorrentes da concessão do mandado de injunção (ROSA, 2013, p. 102). Diante de tal silêncio, abriu-se espaço para a construção jurisprudencial desse instituto. Porém, ao se acolher a autocontenção defendida pelo ministro Moreira Alves, a maioria dos integrantes da Corte rejeitou de plano a possibilidade de a decisão judicial consubstanciar a norma integradora para viabilizar o exercício de um direito constitucional não regulamentado. Dessa maneira, entendeu-se que não seria compatível com a Constituição vigente que o STF proferisse decisão regulamentando a norma constitucional para o caso concreto (efeitos *inter partes*), nem para situações análogas (efeitos *erga omnes*). Partiu-se da premissa de que a decisão no mandado de injunção se assemelha à proferida em ação direta por omissão, equiparando, portanto, os dois institutos, com base no artigo 103,

³ STF – QO MI n. 107, rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, de 21.09.1990.

⁴ Essa situação ainda perdura. Porém, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 6.128/2009, de autoria do deputado Flávio Dino, que pretende regulamentar o mandado de injunção. Esse projeto é resultado de proposição encaminhada pelos ministros Teori Zavaski, à época integrante do STJ e, atualmente membro do STF, e Gilmar Mendes, do STF. Para uma análise minuciosa do citado projeto de lei, veja-se a coletânea de artigos em: MENDES; VALE; QUINTAS, 2013.

parágrafo 2º, da Constituição Federal⁵. Em sendo assim, o pronunciamento da Corte deveria se limitar a declarar a omissão inconstitucional, comunicando-se o órgão inadimplente, para que adotasse as providências necessárias. Todavia, não caberia ao Poder Judiciário suprir o vazio normativo decorrente do estado de inconstitucionalidade, nem mesmo para permitir o exercício de direitos e liberdades, ainda que restrito ao caso concreto. Com isso, o Tribunal exprimia uma concepção de separação dos poderes, em que a jurisdição constitucional não poderia ofertar uma solução normativa, ainda que de natureza transitória, nos casos de mora legislativa. É o que se extrai do voto do ministro Moreira Alves:

Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação dos poderes (arts. 2º e 60, § 4º, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II), e que, também, atento ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contrafreios de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo.⁶

É perceptível que o Tribunal não pretendia produzir a norma faltante, por considerar que essa atribuição seria de competência de outro órgão legitimado constitucionalmente. A Corte vestia a toga do “legislador negativo”, entendendo que, embora tivesse poderes para anular um preceito legal por reputá-lo inconstitucional, não poderia inovar a ordem jurídica diante da inconstitucionalidade por omissão, como se, no primeiro caso, já não o fizesse.

De todo modo, as balizas traçadas no citado mandado de injunção foram adotadas posteriormente. No MI n. 20, a Corte entendeu que o direito de greve dos servidores públicos civis só poderia ser exercido após a edição da lei regulamentadora prevista no artigo 37, VII, da Constituição Federal, pois esse preceito se caracterizava como norma de eficácia limitada. Assim, não obstante tenha reconhecido a mora legislativa, proferiu decisão, restringindo-se a atestar a omissão inconstitucional e a

⁵ “Art. 103 [...] § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

⁶ STF – QO MI n. 107, rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, de 21.09.1990.

comunicar o órgão competente para produzir a lei integradora. Nesse sentido, concluiu o ministro Celso de Mello, relator da ação:

[...] defiro o presente mandado de injunção, para, reconhecendo a mora do Congresso Nacional no adimplemento da prestação legislativa que lhe foi imposta pelo art. 37, VII, da Constituição, ordenar a formal comunicação desse estado de inércia legiferante ao Poder Legislativo da União, com o objetivo de que faça editar a lei complementar necessária à viabilização do exercício, pelos servidores públicos civis, do direito de greve que lhes foi assegurado pelo ordenamento constitucional.⁷

Em outros precedentes, o Tribunal passou a apresentar um entendimento diverso. Uma nova perspectiva começou a se desenvolver em relação ao disposto no artigo 8º, parágrafo 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Essa regra garantiu uma reparação econômica aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional em decorrência de atos do Ministério da Aeronáutica durante o regime militar de 1964. Para tanto, fixou um prazo de doze meses, contados da promulgação da Constituição, para o Congresso Nacional editar lei fixando os parâmetros para a percepção de tal indenização. Já que esse prazo foi descumprido, provocou-se a Corte novamente, por um mandado de injunção. Constatada a omissão do Congresso Nacional, o Tribunal concedeu o mandado de injunção, assinalando um prazo de 45 dias, mais 15 para a sanção presidencial, para a edição da lei faltante. Além disso, a Corte determinou que, escoado esse prazo sem a aprovação da lei, o titular do direito poderia obter, contra a União, pelas vias ordinárias, a reparação econômica a que tinha direito⁸. Esse entendimento foi reiterado em outro mandado de injunção sobre a mesma matéria:

Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional – único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada – e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, absteve-se de adimplir a obrigação de que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.⁹

⁷ STF – MI n. 20, rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, de 22.11.1996.

⁸ STF – MI n. 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, de 14.11.1991.

⁹ STF – MI n. 284, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 26.06.1992.

Nesse caso, observe-se que o Tribunal deixou de se limitar a cientificar o Poder Legislativo quanto à omissão inconstitucional. Porém, ainda foi reticente em concretizar o direito dos impetrantes no âmbito do mandado de injunção. De fato, se a própria regra constitucional já havia fixado um prazo para o Congresso Nacional editar a lei, e se esse prazo não foi respeitado, já estava configurada a inconstitucionalidade por omissão. Assim, é questionável a dilação desse prazo por mais 60 dias (45 dias mais 15 para a sanção presidencial), sem respaldo constitucional. Outrossim, mesmo reconhecendo o descumprimento do dever de legislar por parte do Congresso Nacional, a Corte determinou que os autores buscassem nas vias judiciais ordinárias a indenização pleiteada, em vez de ela própria viabilizar a fruição desse direito. Afinal, a indenização era o próprio direito subjetivo cujo exercício estava sendo impedido pela ausência de lei. Esse aspecto foi percebido pelo ministro Marco Aurélio¹⁰, que foi vencido no julgamento, quando ressaltou que a solução aventada pelo Tribunal transferia o mandado de injunção para o juízo ordinário, na parte mais importante, qual seja, a que empresta eficácia ao preceito constitucional assegurador do direito. Em debate com o ministro Moreira Alves, fez o seguinte questionamento: “Que concretização é essa que se remete o interessado à via ordinária?”. Por isso, sustentou que cabia à Corte fixar os parâmetros para a percepção da indenização prevista na regra constitucional.

Já no MI n. 232, de relatoria do ministro Moreira Alves, o Tribunal foi provocado a se manifestar sobre a imunidade tributária das entidades beneficentes de assistência social, em relação às contribuições para a seguridade social. Com efeito, de acordo com o artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição Federal, tais entidades desfrutariam da referida imunidade, desde que atendessem “às exigências estabelecidas em lei”. De acordo com a posição minoritária nesse julgamento, formada pelos ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja, em face da ausência da norma regulamentadora que obstaculiza o exercício de um direito assegurado constitucionalmente, seria tarefa do Tribunal apresentar as condições necessárias ao gozo da imunidade tributária. Assim, entenderam que poderiam tomar de empréstimo o disposto no artigo 14 do Código Tributário Nacional. Esse comando estabelece os requisitos a serem observados pelas entidades de assistência social para usufruírem a imunidade referente aos impostos¹¹. Dessa maneira, diante da omissão referente à lei

¹⁰ STF – MI n. 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, de 14.11.1991.

¹¹ STF – MI n. 232, rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, de 27.03.1992.

prevista no artigo 195, parágrafo 7º, a imunidade nela assegurada seria exercida, desde que a entidade preenchesse os requisitos do artigo 14 do Código Tributário Nacional.

Não obstante, a posição majoritária acolheu os argumentos do ministro Moreira Alves. Assim, o Tribunal fixou o prazo de seis meses para que o Congresso Nacional adotasse as providências legislativas para dar concretude ao previsto no artigo 195, parágrafo 7º, sob pena de, vencido esse prazo, as entidades de assistência social poderem exercer a imunidade tributária requerida. Vê-se que o Tribunal foi hesitante em não permitir o exercício imediato do direito subjetivo assegurado pela norma constitucional. Buscou, como afirmado pelo ministro Sepúlveda Pertence, desvelar as potencialidades da formulação ortodoxa definida no MI n. 107, de sorte que, sempre que possível, poder-se-ia inserir uma “cominação, com o sentido cautelar ou compulsivo de levar à agilização do processo legislativo complementar da norma constitucional, sem, no entanto, se substituir definitivamente o Tribunal ao legislador”.¹²

A alteração significativa na jurisprudência do STF, que permitiu uma nova compreensão do instituto do mandado de injunção, ocorreu quando a Corte apreciou a problemática referente ao direito à aposentadoria especial e o direito de greve dos servidores públicos. Como se viu anteriormente, em consonância com a sua jurisprudência, o STF tão somente atestava a mora legislativa, comunicando-a ao Congresso Nacional. No entanto, essa solução mostrou-se inócua, pois, mesmo sendo cientificado diversas vezes, o Poder Legislativo continuava sem editar a lei para cuidar do direito reclamado. Na nova oportunidade propiciada no MI n. 721, o Tribunal discutiu a falta da lei prevista no artigo 40, parágrafo 4º, da Constituição Federal, que assegura o direito à aposentadoria especial para servidores públicos com deficiência, que exerçam atividades de risco ou cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Em face da ausência da normal legal integradora, o Tribunal, além de atestar a omissão inconstitucional, permitiu a fruição do direito à aposentadoria especial por parte de servidor público, com base nos critérios definidos no artigo 57 da Lei n. 8.213/91, que disciplina o regime geral da previdência. Em outras palavras, não havendo parâmetros normativos específicos para a aposentadoria especial dos servidores públicos, utilizou-se a sistemática prevista para o regime geral da previdência. É importante destacar que, não

¹² STF – MI n. 232, rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, de 27.03.1992.

obstante a sensível variação na jurisprudência do Tribunal, pois, nesse precedente, o direito subjetivo pôde ser exercitado, a decisão se limitou ao caso concreto. Na ementa do acórdão, consta o seguinte enunciado, que bem revela o alcance da decisão: “Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelado.”¹³

Essa decisão representa o que muitos autores esperavam do mandado de injunção, ou seja, uma ação constitucional cuja finalidade fosse permitir o exercício, em concreto, de direitos e liberdades fundamentais obstaculizados pela mora legislativa (DANTAS, 2010, p. 45). Porém, quando a Corte foi provocada para, mais uma vez, tratar da greve dos servidores públicos, deu-se mais um passo no alargamento de seus poderes decisórios. A questão voltou ao Tribunal nos MI ns. 670, 708 e 712, dos quais foram relatores os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Notando o momento histórico em que se encontrava o STF, o ministro Ricardo Lewandowski observou que era chegada a hora de a Corte avançar “para conferir mais efetividade ao mandado de injunção, dando concreção a um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais concebidos pelo constituinte originário”¹⁴. Alterando a posição que defendeu no MI n. 20, de que fora relator, o ministro Celso de Mello observou que o entendimento restritivo que o STF havia abraçado até então não poderia mais prevalecer, sob pena de “esterilizar a importantíssima função político-jurídica para o qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção”, de modo a impedir que se “degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum”¹⁵. No mesmo sentido, o ministro Gilmar Mendes ressaltou que não há mais “como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões”¹⁶ da Corte, pois a perpetuação desse quadro estaria a configurar quase uma *omissão judicial*.¹⁷

Percebe-se, então, que o Tribunal não mais se satisfazia com o relapso do Poder Legislativo, nem com o excesso de zelo que marcava sua relação com o legislador ordinário, na regulação do direito de greve. Nesse contexto, o Tribunal começou a se distanciar da concepção mais ortodoxa, segundo a qual, sendo o artigo 37, VII, da

¹³ STF – MI n. 721, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 30.08.2007.

¹⁴ STF – MI n. 670, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 25.10.2007.

¹⁵ STF – MI n. 670, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 25.10.2007.

¹⁶ STF – MI n. 670, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 25.10.2007.

¹⁷ STF – MI n. 670, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 25.10.2007.

Constituição uma norma de eficácia limitada, o exercício do direito nela positivado estaria a depender da intermediação legislativa, o que, na prática, propiciou uma larga discricionariedade para o Poder Legislativo agir quando julgasse conveniente. Passou-se a enxergar que não compete ao Congresso Nacional *criar*, por meio de lei ordinária, o direito de greve dos servidores públicos, pois essa prerrogativa já foi instituída por decisão política do constituinte originário. Assim, uma vez firmada competência do STF não só para rever os atos do legislador, mas também suas omissões nos casos em que a Constituição impõe um dever de agir, o Tribunal acolheu uma fórmula alternativa para o mandado de injunção. Para o ministro Eros Grau, a controvérsia não era mais saber se o artigo 37, VII, era dotado de eficácia, mas “importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que se bastam em solicitar que o Poder Legislativo cumpra o seu dever, inutilmente”¹⁸. Assim, por maioria, decidiu o Tribunal que seriam aplicadas aos servidores públicos as Leis ns. 7.701/88 e 7.783/99, que cuidam da greve no setor privado e dos dissídios de greve, enquanto o Congresso Nacional não aprovasse o estatuto específico para aquela categoria.

Outrossim, as decisões proferidas pela Corte não apenas produziram efeitos para os autores dos mandados de injunção que foram julgados. Avançou-se no sentido de adotar uma solução normativa para a matéria, de modo que, tal qual a decisão do STF em sede de controle abstrato por omissão, a proferida em mandado de injunção também teria eficácia *erga omnes*. Nesse ponto, o Tribunal promoveu uma releitura das premissas adotadas no QO MI n. 107. De fato, nesse precedente, o STF equiparou os dois institutos para concluir que *não* cabe ao Poder Judiciário produzir a norma faltante, pois sua tarefa resume-se a declarar a omissão inconstitucional e cientificar o órgão inadimplente para adotar as providências cabíveis. Agora, a mesma premissa da equiparação é invocada para respaldar a tese que, naquela época, foi expressamente rejeitada: como as duas ações produzem efeitos jurídicos semelhantes e considerando que a decisão na ação direta por omissão tem efeitos *erga omnes* (mas não o de produzir a norma geral), logo a decisão no mandado de injunção, que preenche o vazio normativo, igualmente apresenta eficácia *erga omnes*. O Tribunal realizou um salto argumentativo, redefinindo radicalmente seus poderes no controle das omissões inconstitucionais (BENVINDO, 2013, p. 268).

¹⁸ STF – MI n. 712, rel. Min. Eros Grau, DJ, de 25.10.2007.

Por outro lado, o ministro Ricardo Lewandowski defendeu a possibilidade de viabilização do direito de greve, desde que a decisão apenas produzisse efeitos no caso concreto. Para ele, conferir eficácia *erga omnes* a tal decisão seria permitir que o STF se intrometesse em esfera de competência reservada com exclusividade aos “representantes da soberania popular, eleitos pelo sufrágio universal, direto e secreto”¹⁹. Porém, esse argumento foi refutado pela maioria do Tribunal. Segundo o ministro Eros Grau, não se poderia falar de agressão à separação dos poderes, acusando o STF de exercer função legislativa. Para ele, o Tribunal não ocuparia o papel do Congresso Nacional, pois apenas estaria a desempenhar uma *função normativa* de caráter supletivo, ou seja, até superveniência da legislação que venha a regular a greve dos servidores públicos. Em suas palavras:

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

Ademais, não há que se falar em agressão à “separação dos poderes”, mesmo porque é a constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada “separação dos poderes” provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais.²⁰

O ministro Gilmar Mendes deixou claro que não defendia a assunção do papel de legislador positivo por parte do STF. Sustentou que a Corte estava proferindo uma sentença de perfil aditivo, como a Corte Constitucional italiana tem feito amplamente. Além disso, argumentou que esse modelo de decisão normalmente é aceito quando se está a integrar ou complementar um regime previamente adotado pelo legislador ou quando a solução aprovada pelo Tribunal incorpora uma solução constitucionalmente obrigatória.

Essa observação é importante, porque permite distinguir duas situações que podem surgir no contexto da fiscalização das omissões normativas. Nos casos acima relatados em que a Corte buscou oferecer a solução para o exercício do direito subjetivo (imunidade tributária das entidades beneficentes de assistência social, aposentadoria especial de servidor público e direito de greve de servidor público), cumpre observar que o Tribunal sempre se valeu de uma legislação preexistente para resolver o litígio presente no mandado de injunção. No caso da imunidade tributária, os requisitos para se

¹⁹ STF – MI n. 670, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 25.10.2007.

²⁰ STF – MI n. 712, rel. Min. Eros Grau, *DJ*, de 25.10.2007.

qualificar uma entidade beneficente e sem fins lucrativos foram colhidos do Código Tributário Nacional; na hipótese da aposentadoria especial, adotou-se a sistemática do regime geral da previdência social para reger o direito dos servidores públicos; e, por fim, no caso da greve de tais servidores, igualmente se buscou amparo na legislação vigente que tratava da greve do setor privado. Em outras palavras, embora o Tribunal tenha agido de modo mais incisivo, ocupando, mesmo que de forma supletiva, o espaço deixado pelo legislador (e que deveria ser por este preenchido), em todas essas situações ele estendeu uma disciplina legal previamente adotada pelo legislador para uma situação jurídica ainda não regulada. Os parâmetros utilizados pelo Tribunal foram, portanto, retirados de leis preexistentes.

Situação diversa ocorreria se a Corte não contasse com parâmetros contidos em legislação vigente. Nessa hipótese, sua margem de liberdade seria bem mais ampla, o que tornaria o preenchimento do vazio normativo uma atividade mais complexa. Pode-se afirmar que a decisão do STF estaria mais próxima a de uma lei em sentido material, só que de caráter transitório. Seria, então, algo semelhante a uma *medida provisória judicial*, o que poderia suscitar críticas quanto à usurpação da função legislativa. Foi o que ocorreu no MI n. 1090, de que fora relator o ministro Gilmar Mendes. Neste caso, discutia-se a mora legislativa na regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, consoante previsto no art. 7º, XXI, da Constituição. O Tribunal enfrentou um grave obstáculo na tentativa de fixar um critério objetivo para cumprir a exigência constitucional da proporcionalidade. Foi então que o ministro Ricardo Lewandowsky sugeriu utilizar os mesmos critérios adotados em um projeto de lei que estava em tramitação no Congresso Nacional. Ao concordar com tal proposta, o Corte *antecipou judicialmente* a solução prevista no projeto ainda em curso na esfera legislativa. Ao final, foi aprovada a Lei n. 12.506/2011, que regulamentou o aviso prévio proporcional *confirmando* a solução dada pelo STF.

5.0 Considerações finais.

Com todas as transformações que se verificaram no manejo do mandado de injunção, fica claro como a Corte expandiu seus poderes político-normativos. Ela abandonou a posição inicial, que se restringia a pronunciar a inércia do legislador, cientificando-o da mora legislativa. A reiterada omissão legislativa revelou que esse modelo de decisão não era satisfatório para assegurar o exercício de direitos

fundamentais não regulados. Em outros termos, diante da eficácia limitada de preceitos constitucionais que exigiam norma integradora, o STF também produzia decisões ineficazes. O estado de anomia, portanto, subsistia. Porém, ao se promover uma guinada em sua jurisprudência, a Corte firmou sua competência para suprir o vazio normativo, permitindo o exercício do direito subjetivo, inicialmente no caso concreto. O ápice desse movimento se deu com o reconhecimento da eficácia erga omnes das decisões em mandado de injunção, perfazendo um ciclo que eleva os poderes do STF, afastando-o, cada vez mais, da imagem do “legislador negativo”.

Embora o novo figurino que o STF conferiu aos seus provimentos judiciais nessa ação possa ser objeto de questionamentos, verifica-se uma tendência a sua institucionalização. No Projeto de Lei n. 6.128/2009, que pretende regular o mandado de injunção, é expressamente prevista a possibilidade de outorgar eficácia erga omnes às decisões judiciais “quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto de impetração” (art. 9º, § 1º). Portanto, a construção promovida pela STF, fruto de seu ativismo na ocupação de vazios normativos deixados pelo legislador, poderá receber a chancela do próprio legislador.

6.0 Referências.

BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 255-280.

CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. **Judicature**, v. 66, n. 6, p. 236-247, Dec./Jan., 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas programáticas da constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. **Measuring judicial activism**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

POSNER, Richard. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, v. 59, n. 1, p. 1-24, 1983. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2187&context=ilj>>. Acesso em: 30 set. 2013.

ROBERTS, Caprice L. In search of judicial activism: dangers in quantifying the qualitative. **Tennessee Law Review**, v. 74, p. 1-45, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1003542>>. Acesso em: 30 set. 2013.

ROSA, André Vicente Pires. A regulamentação do mandado de injunção: mandado de injunção sob a perspectiva do projeto de Lei n. 6.128, de 2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 101-118.

TATE, C. Neal. Why the expansion of Judicial Power? In: VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal (Eds.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 27-37.

YOUNG, Ernest A. Judicial activism and conservative politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1.139-1.216, 2002. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2526&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 30 set. 2013.