

O CONTROLE CONSTITUCIONAL PERANTE A INÉRCIA LEGISLATIVA

Lucas Henrique BEPPU¹
Sérgio Tibiriçá AMARAL²

RESUMO: Procura-se no presente trabalho enaltecer a previsão das chamadas ações constitucionais diante à omissão legislativa, colocando-as em proeminência, a fim de assegurar a efetivação dos preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988. Para evidenciar a importância que portam essas duas ações constitucionais, é necessário destacar suas principais características, competência, legitimidade, finalidade e, principalmente, o campo de abrangência dos efeitos concernentes às respectivas decisões. Importante ainda observar suas principais diferenças e, nada obstante, a função primordial de concretizar os princípios da Carta Magna e do atual Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Omissão legislativa. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Mandado de Injunção.

1 INTRODUÇÃO

No bojo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é possível perceber a atuação do legislador constituinte no sentido de definir normas constitucionais dotadas de eficácia normativa plena e imediata, isto é, com aplicação direta, como os dispositivos referentes à estrutura do Estado e sua organização. Ao lado destas, pondera-se também o uso das normas e atos normativos como instrumentos para concretizar os preceitos e fundamentos do próprio Texto Magno, por meio das normas de eficácia contida e limitada.

A temática sobre a qual recai atenção deste trabalho consiste no grupo das normas de eficácia limitada que, fundamentalmente, clamam pela regulamentação futura do órgão legiferante. Não obstante, salienta-se no tocante as normas de eficácia contida que, em síntese, fazem referência à norma com efeito imediato e súbito, mas que sofre restrições a depender da atividade do Poder Legislativo. Isto significa dizer que produzem desde a entrada em vigor da Constituição Federal plenitude de seus efeitos, enquanto não provém complementação legislativa.

As normas constitucionais de eficácia limitada merecem uma ponderação exclusiva, visto que este grupo de normas abarcam os dispositivos

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito da Toledo Centro Universitário de Presidente Prudente. l.beppu@hotmail.com.

² Docente do curso de Direito de Direito da Toledo Centro Universitário de Presidente Prudente, Graduado em Direito pela TOLEDO de Bauru. Especialista em Interesses Difusos e Coletivos. Mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília e em Sistema Constitucional de Garantias (ITE-Bauru), e-mail: sergio@unitedo.br, Orientador.

legais dispostos na Constituição que, a princípio, não possuem aptidão para surtir efeitos. Dizendo-o de outra forma, a vicissitude legislativa é medida crível a ser concretizada, mormente em razão da falta de amparo legal acerca a tutela dos direitos fundamentais do cidadão.

Fator fundamental consequente dessas normas constitucionais compreende a complementação das instituições legislativas, perante as normas com a eficácia limitada ao surgimento de norma regulamentadora. Ocorre que, muitas vezes, a referida atuação subsequente do legislador não se cumpre, deixando os destinatários da norma constitucional sem resguardo, sendo necessária efetiva concretização destes preceitos constitucionais.

Nesse sentido, com parâmetro na Constituição Federal de 1988, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o remédio constitucional do Mandado de Injunção, com o fito exclusivo de sanar as omissões legislativas.

Pretendeu-se demonstrar pelo método dedutivo e indutivo as características intrínsecas a cada ação constitucional, associado à necessidade de regulamentação diante às lacunas deixadas pelo órgão Legislativo, de modo a efetivas os preceitos contidos na Constituição Federal, bem como demonstrar que a atuação do Poder Judiciário no cerne decisório de ambas ações ocorre em respeito aos princípios e premissas do Estado Democrático de Direito hodierno.

2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO CONCRETIZADOR “ERGA OMNES”

A princípio, impende destacar que as normas de eficácia limitada, perante a inércia do Poder Legislativo, possuem a salvaguarda da própria Constituição, na tendência de sanar este oblívio, trazendo consigo mecanismos e instrumentos que visam suprir a passividade do legislador. Assim, a Constituição Federal de 1988, no tocante aos dispositivos constitucionais sujeitos à regulamentação, traz em seu texto a previsão de certas medidas com aplicação direta a esta ocorrência, quais sejam, a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão) no controle concentrado e o remédio constitucional do Mandado de injunção dentro do controle difuso, com finalidade estrita de efetivar os princípios da Carta Maior, por sua supremacia, impondo um dever previsível de complementar as normas de eficácia limitada.

É função veemente do Poder Público estatal a função de legislar, de editar normas norteadoras de convívio e formadores da vida social. As ações constitucionais supracitadas demonstram as imperfeições de um Estado de Direito que provém de impetuosas mudanças em sua formação legal, ora, se é domínio intrínseco ao Estado, é conveniente, e a expectativa é que este o faça. Em contrapartida, reitera a ideia concisa de soberania do texto constitucional, mantendo a primazia extasiada, em respeito às regras de estruturação do Estado Constitucional no dia a dia, inclusive, como ferramenta de fiscalização dos dispositivos situados abaixo da Constituição.

A ADINO ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem previsão na Constituição contemporânea em seu artigo 103, parágrafo 2º, procedente do controle concentrado de constitucionalidade idealizado por Hans Kelsen ao lado da Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON) e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), pertencentes à quota do controle repressivo, em contraponto ao controle preventivo também previsto no patamar constitucional. Trata-se de ação constitucional que cuida repressivamente da situação inoportuna de lacuna normativa, isto é, recai sobre os dispositivos constitucionais sujeitos à regulamentação, normas de eficácia limitada de princípio programático, com a ressalva no dever previsível de qualquer um dos poderes, visto que se o legislador não se manifestar quanto à norma regulamentadora, o cidadão não poderá valer-se de seu direito.

Insta salientar que o trâmite dessa Ação Direta de Inconstitucionalidade dar-se-á, originariamente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e a decisão proferida pelos Ministros que compõem os quadros deste tribunal é dotado de efeito *erga omnes* – significa dizer que o julgamento atingirá toda a população, e não apenas as partes –, bem como asseverar que a análise de incompatibilidade com a lei constitucional abrange todas as normas e atos normativos ou não normativos, constantes no artigo 59 da Constituição Federal de 1988. Não existe prazo para propor essa ação e os legitimados são aquelas dispostos no rol do artigo 103 da Constituição Federal, assim, podem propor ação o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem

dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, a confederação sindical – é pressuposto três federações homogêneas uniformes – ou entidade de classe de âmbito nacional. Abre-se parêntese para ressaltar que a legitimidade do rol disposto no artigo 103 do Texto Magno supracitado, uma vez pertinente à Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, atingirá também a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão por força do artigo 12-A da Lei n.º 9.868 de 10 de novembro de 1999, com inclusão pela Lei nº 12.063 de 2009³.

Mister lembrar, conforme entendimento jurisprudencial oriundo do Supremo Tribunal Federal, que as pessoas competentes para propor a referida ação ou os chamados de legitimados dividem-se em dois grupos dispares: os neutros ou universais e os interessados ou especiais. Utiliza-se, nesta linha, a necessidade de demonstrar pertinência temática ao ingressar com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, instruindo sua petição inicial com elementos probatórios hábeis a caracterizar o interesse na demanda, funcionando como qualidade e requisito.

Nas proporções do primeiro conjunto de legitimados, qual seja, os considerados neutros/universais, há possibilidade de propor ou operar controle de constitucionalidade concentrado nas dependências do Supremo Tribunal Federal independentemente da conveniência de justificar seu interesse, prescindindo ainda de mostrar se será afetado direta ou indiretamente pelo resultado. Fazem parte desta conjuntura legitimada o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Partido Político, desde que tenha representação no Congresso Nacional.

Os legitimados interessados ou especiais, por sua vez, são as partes que não basta estarem elencados no rol disposto no artigo 103 da Constituição Federal, sendo imprescindível demonstrar na propositura da ação o interesse que detém e que o resultado do julgamento da ação afetará direta ou indiretamente esse interesse, sob pena de ser considerado como parte ilegítima pela própria Corte Suprema, sem resolução do mérito. Presume-se pelo explanado na ocasião dos legitimados neutros que os especiais/interessados são os compreendidos no

³ Art. 12-A. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em 20 de julho 2016.

restante dos incisos do artigo 103 da Constituição Federal, ou seja, a Mesa da Assembleia Legislativa, os Governadores do Estado e do Distrito Federal, bem como as Entidades de Classe ou Confederação no âmbito nacional.

Entretanto, é necessária a compreensão da limitação do objeto característico da ação por omissão, nas palavras de Alexandre de Moraes (2013, p. 790):

As hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Neste sentido, com base nas normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático e institutivo que, por sua natureza, dependem de complementação, a finalidade precípua dessa forma de ação consiste em transformar a eficácia da norma objeto do ajuizamento, acarretando-a eficácia plena. Insta salientar, nesse viés, que a omissão legislativa pode ocorrer de modo total ou parcial, sendo que a primeira significa a própria lacuna normativa, onde não há qualquer ação do parlamentar quanto à nova regulamentação; e a segunda, ocorre na edição de dispositivo legal imperfeito, isto é, incompleto.

A finalidade desta Ação constitucional perante a omissão do Poder Legislativo apresenta-se na declaração da inexistência jurídica da norma. Todavia, o Supremo Tribunal Federal não pode compelir o parlamentar a desempenhar sua função de legislar, ainda que declare a norma inconstitucional. Isto porque o texto constitucional dispõe que tão somente será dada ciência a tal Poder para tomada de medidas, acerca da inconstitucionalidade que referida norma intitulou por sua omissão, conforme estabelece o parágrafo 2º do artigo 103, da Carta Maior de 1988, nestes termos:

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.

Resta por evidente que a norma constitucional não assegura previsão de nenhum instrumento suscetível de submeter o legislador, aquele que representa

a vontade da população, à edição de norma regulamentadora e defensora de direitos, tampouco, inexistente previsão de qualquer meio sancionatório em consequência da lacuna deixada pelo legislador. Mesmo que assim não fosse, partindo de uma interpretação estritamente literal do artigo supra mencionado, é possível perceber que a Constituição não traz consigo a previsão de medidas mandamentais, nada obstante a Lei n.º 9.868 de 1999, em seu artigo 12-H, incluído pela Lei nº 12.063/2009, corroborar tal situação de o Supremo Tribunal Federal determinar que seja dada ciência para tomada das medidas adequadas. A previsão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão infere um prognóstico do próprio legislador constituinte quanto às omissões dos poderes públicos, tratando-se desta ação de forma declaratória, sem qualquer disposição sobre os mecanismos de concretização da Constituição, respaldando-se em uma interpretação fiel ao texto do artigo 103, parágrafo 2º, do Texto Magno supracitado.

Mostra-se patente a advertência feita por Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 546) ao elucidar que é necessária uma interpretação extensiva do referido dispositivo, não se limitando à análise literal do texto normativo em questão, pois, em caso positivo, a conclusão inevitável consistiria em sobrelevar como único efeito a mera ciência da declaração de inconstitucionalidade ao órgão que permaneceu inerte e, conseqüentemente, a carência de garantias constitucionais.

Com o propósito de revigorar essa interpretação irrestrita acerca da coibição ao legislador estático, o então Ministro Gilmar Mendes, no trâmite do julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI) nº 3.682-3 proposta pela parte legitimada da Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso perante o Supremo Tribunal Federal, institui como mecanismo de limitação parâmetro temporal para regulamentação da lei complementar referente ao artigo 18, parágrafo 4º, da Constituição Federal⁴. Isto é, o considerável progresso no entendimento pretérito da Suprema Corte reflete a quão tênue é a norma em pauta – artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal –, de modo que se faz mister a menção do íncrito julgamento:

[...] Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18

⁴ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. [...] § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. BRASIL. Constituição, 1988.

(dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (STF - ADI: 3682 MT, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 09/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-02 PP-00277).

Estritamente, conforme pondera Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Mitidiero (2015, p. 953), houve reconhecimento do atraso do Congresso Nacional, decidindo-se, na ação direta omissiva, que a *inertia deliberandi* pode ser objeto deste tipo de ação constitucional.

Todavia, o entendimento é escasso no tocante à solução da problemática posta previamente, haja vista que o Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, precisou o prazo de dezoito meses para que o Congresso Nacional adotasse as medidas oportunas, fundado no critério de razoabilidade do estado de mora. Embora não resolvesse por completo o problema da regulamentação de normas constitucionais limitadas e à subsequente omissão legislativa, tal julgamento correspondeu à uma evolução no ordenamento brasileiro, introduzida pelo Judiciário. Entretanto, o princípio referente à discricionariedade do Poder Legislativo “continua intacto [...] Mas isso não impediria que a sentença reconhecesse a omissão constitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida” (SILVA: 2010, p. 49).

A dificuldade não restava sanada em seu todo, mas notável fora o desenvolvimento de sua acepção em plenitude, ampliando gradativamente o alcance de seu texto, na medida em que se percebia viável para a efetivação da Constituição. Todavia, o julgamento proveniente do Supremo Tribunal Federal, sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 3.682-3 de Mato Grosso, particularmente no reflexo em detrimento ao artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição de 1988, revestido de ativismo judicial, ainda não providenciava adequada concretização às normas constitucionais.

Nesta ótica, insta considerar a respeito deste chamado dever de legislar no cerne da tutela normativa:

Não há dúvida que as normas constitucionais que impõem dever de legislar, [...] conferem ao STF o poder de controle a omissão inconstitucional. Entretanto, há normas constitucionais que dependem da atuação do legislador, porém não o obrigam expressamente a legislar. São inúmeras as normas instituidoras de direitos fundamentais que, por sua natureza, carecem de tutela normativa, mas nada dizem sobre eventual necessidade de o legislador editar leis. É possível, nestes casos, pensar em omissão constitucional? Diante de um caso concreto, o juiz pode suprir a omissão inconstitucional, realizando controle incidental de constitucionalidade? [...] Indaga-se sobre a possibilidade de afirmar a inconstitucionalidade por omissão quando a norma constitucional não impôs, expressamente, dever de legislar. Pergunta-se, ainda, sobre a viabilidade de todo e qualquer juiz realizar, incidentalmente a um caso, a análise da inconstitucionalidade por omissão, e, mais do que isso, supri-la mediante providência criada para a situação concreta.

As omissões que invalidam direitos fundamentais evidentemente não podem ser vistas como simples opções do legislador, pois ou a Constituição tem força normativa ou força para impedir que o legislador desrespeite os direitos fundamentais, e assim confere ao juiz o poder de controlar a lei e as omissões do legislador, ou a Constituição constituirá apenas proclamação retórica e demagógica. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO: 2015, p. 958).

Visto que a omissão legislativa depende, a princípio, única e exclusivamente de atuação do legislador ordinário em editar leis e, contudo, não há previsão expressa desta obrigação de legislar na promessa de completar uma norma limitada por natureza, mormente quanto aos direitos fundamentais do cidadão, que não podem ser tratados como “mera expectativa de direito”, dada à força normativa da Constituição e à intervenção estatal que ganhou força com o Liberalismo remoto. Nessa perspectiva, no que toca às normas de direito fundamental, exemplificativamente, pode-se mencionar a normatização de dispositivos legais referentes ao meio ambiente, que necessitam de regulamentação, com exigência de desempenho concreto do Poder Público do Estado para efetivar sua tutela.

Patente é a falta de previsão legal dos mecanismos suficientemente capacitados a suprir as lacunas normativas deixadas pelo Poder Legislativo, como pondera Michel Temer (1992, p. 47-48), atestando que não existe qualquer previsão constitucional, como reproduzido na Constituição Portuguesa, pressupondo tão somente a remessa da inconstitucionalidade por omissão ao conhecimento do legislador, isso significa que o poder constituinte originário acredita nos mecanismos e estrutura do Legislativo, capaz de assegurar a determinação oriunda do Judiciário dentro deste controle concentrado.

É cediço que a Constituição Federal de 1988, precisamente em seu artigo 103, não traz qualquer hipótese manifesta de ultimar a norma constitucional dependente de lei regulamentadora, limitando-se em atuação meramente

declaratória. E, no mesmo sentido, o entendimento provindo do Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 3.682-3, perfazendo a necessidade de indicar prazo razoável para edição regulamentar. Conquanto, a previsão constitucional concomitantemente com a decisão da Suprema Corte na Ação supracitada, resta imperfeito o alcance do referido julgamento, vez que não encontra-se amparo legal no que cerne à concreta complementação legislativa.

Sob este enfoque, necessária a tradução da expressão “controle de constitucionalidade”, colocando à tona seu fidedigno significado em benefício à supremacia da Constituição Federal. Assim, “controlar a constitucionalidade significa impedir subsistência de inconstitucionalidade” (PIOVESAN: 1995, p. 107-108), isto é, cabe originariamente ao Supremo Tribunal Federal enunciar e acarretar a determinado dispositivo legal sua inconstitucionalidade por omissão legislativa, rejeitando-o do ordenamento jurídico, sem, todavia, prever meios corretivos ao órgão legislador competente. Dizendo de outra forma, a partir do momento em que se esboça a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão como instrumento constitucional com função meramente declaratória, torna-se visível na realidade sua ineficácia.

Com base nesta máxima, simultaneamente aliado à carência de previsão normativa acerca da imposição parlamentar para edição de leis ou atos normativos concernentes a perfazer o incitado pelo legislador constituinte, soluciona Flávia Piovesan que, primordialmente, assevera sobre a impotência do instrumento constitucional por omissão:

Concebendo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumento pelo qual se obtém, tão-somente, a declaração da inconstitucionalidade por omissão e a ciência do legislador para que adote as providências necessárias à realização do preceito constitucional, fácil é concluir que este instrumento se torna insuficiente e insatisfatório para a efetivação das normas constitucionais.

A título de proposição, sustenta-se que mais conveniente e eficaz seria se o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional a omissão e fixasse prazo para que o legislador omisso suprisse a omissão inconstitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. O prazo poderia corresponder ao prazo da apreciação em “regime de urgência” que, nos termos do artigo 64, parágrafo 2º do texto, é de quarenta e cinco dias. Pois bem, finalizado o prazo, sem qualquer providência adotada, poderia o próprio Supremo, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante. Esta decisão normativa do Supremo Tribunal Federal, de caráter temporário, viabilizaria, desde logo, a concretização de preceito constitucional. Estariam então conciliados o princípio político da autonomia do legislador e a

exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais. (1995, p. 108-109).

Observe-se, nesse jaez, que a solução colocada pela autora contorna uma visão ativista do próprio Poder Judiciário, na medida em que fica a ressalva da atuação deste órgão para fins de suprir a inércia do Poder Legislativo, dispondo assim da matéria inexistente, ainda que temporariamente. Todavia, impende destacar que o primeiro constituirá normativamente em substituição do legislador, com natureza provisória, em virtude do princípio da exigência do efetivo cumprimento das normas previstas na Constituição Federal que demanda regulamentação.

Caminha no mesmo sentido Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 547), revigorando a solução supra mencionada:

[...] para além da ciência da declaração da inconstitucionalidade aos órgãos do Poder omissos, é necessário que se estipule um prazo razoável para o suprimento da omissão. Mas não é só. A depender do caso, expirado esse prazo sem que qualquer providência seja adotada, cumprirá ao Poder Judiciário, se a hipótese for de omissão de medida de índole normativa, dispor normativamente sobre a matéria constante da norma constitucional não regulamentada. Essa decisão, acentue-se, será provisória, terá efeitos gerais (*erga omnes*) e prevalecerá enquanto não for realizada a medida concretizadora pelo poder público omissor. Cuida-se, aí, de um verdadeiro *efeito de solução*, concebido para ser o único capaz de solucionar o problema da não efetividade das normas constitucionais em razão das omissões do poder público.

No intuito de robustecer a norma constitucionalidade inicialmente limitada e tênue quanto aos seus efeitos, enaltece-se esta solução de colocar o Judiciário com essa atuação chamada de ativa em detrimento à lacuna deixada por aquele que legisla. Dentro desta sistemática, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, fixará um prazo razoável para o efetivo cumprimento pelo órgão inerte, que, por sua vez, terá a missão de sanar o preceito proposto pelo legislador originário. Por outro lado, em caso de omissão normativa, a vertente sustenta-se na possibilidade de o Judiciário, por meio do Supremo, dispor normativamente sobre a matéria tratada na referida norma ineficaz, substancializando os preceitos dispostos no texto constitucional.

Tal prognóstico também é medido por Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Mitidiero (2015, p. 1267), quando designam que o Poder Estatal tem em mãos, o dever de tutela constitucional e, por conseguinte, o Judiciário, a função de inteirar o vácuo deixado pelo Legislativo, partindo do

pressuposto de que o texto normativo do artigo 103, parágrafo 2º, da Carta Magna vigente, é omissa em relação à supressão dessa inatividade. Logo, é incrível admitir que a falta de irrefutabilidade de tal provimento não seja medida a se impor, em outras palavras, os julgamentos proferidos por tal órgão são norteados pelo princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva, nos tenazes do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, *in verbis*, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Logo, a mera declaração da ciência somada à inação do legislador, torna evidente a debilidade deste dispositivo, que passa a não possuir aplicação prática, tampouco surte repercussões no mundo jurídico.

O raciocínio observa que cumpre ao Judiciário abastecer supressão legislativa, isto é, a partir da inércia na edição da lei, pode-se inferir que poderá existir uma segunda omissão, agora pelo órgão judicial, atendendo a essência da teoria dos freios e contrapesos, que possui condão de controle entre os órgãos estatais.

Nessas condições, aventa-se que “possa o Supremo Tribunal Federal resolver satisfatoriamente a lide proposta, se assim permitir o caso, mediante expedição de decisão normativa provisória” (PIOVESAN: 1995, p. 110), declarando norma inconstitucional aquela que necessite de seu complemento, que será providenciado pela Corte julgadora até que o órgão legislador o faça definitivamente. E assim, complementam Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Mitidiero:

Quando a norma não exigir atuação insubstituível do legislador, o não cumprimento do prazo pelo Legislativo abre ao Judiciário, como regra geral, a possibilidade de elaborar a norma faltante para suprir a inércia do legislador, evitando que o seu desprezo à Constituição gere um estado consolidado e permanente de inconstitucionalidade, com o qual o Estado de Direito não pode conviver. (2015, p. 1267).

É certo que este embate, como se pode inferir, parte do pressuposto principiológico da separação de poderes e sincronicamente ao sistema constitucional de freios e contrapesos. Deparando, em contrapartida, com o princípio da tutela jurisdicional efetiva e o princípio do efetivo cumprimento das normas constitucionais, este último conforme disposto por Flávia Piovesan.

Nesta dimensão, o princípio da separação de poderes que, *a priori*, se respalda numa estrutura de Estado com funções completamente distintas aos órgãos independentes entre si. No mesmo sentido, o princípio da autonomia do

legislador, como consequência do próprio sistema tripartite, apontando para um órgão independente, mormente no que toca sua função primordial, qual seja, a de legislar. Inversamente, o princípio da separação encontra-se entrave na asserção oriunda do sistema de freios e contrapesos, estabelecendo a denominada harmonia entre esses, posto que é fundamental a existência do mútuo controle no meio dos poderes públicos, para que não exista exorbitância no âmbito de cada um, bem como, tonificando o antagonismo quanto à atuação proativa do Judiciário no cerne da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, sublinhe-se o princípio do efetivo cumprimento das normas constitucionais e o princípio da tutela jurisdicional efetiva, amparando-se na admissibilidade deste específico ativismo judicial, em salvaguarda dos princípios da Constituição e concretização de seus dogmas.

Ante essa colisão de princípios, os quais almejam por comportamentos imediatamente finalísticos, sem a descrição das condutas adequadas a serem tomadas, faz-se necessário sua resolução por ponderação, onde um princípio cede casuisticamente sem, contudo, deixar o ordenamento jurídico, apenas deixa de ser aplicado àquele caso. A resposta ao conflito desses princípios, neste caso, princípio da separação de poderes (e princípio da autonomia do legislador) em relação ao princípio do cumprimento efetivo das normas constitucionais (e princípio da tutela jurisdicional efetiva).

O postulado normativo, especificamente, é instrumento metódico que tem como característica principal organizar e viabilizar a aplicação dos princípios e normas. À vista da situação previamente abordada, o postulado normativo a ser utilizado compreende o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que tal princípio não entra em conflito com nenhum outro, sendo utilizado, com efeito, para resolver a colisão de princípios.

Importa, nesse diapasão, balancear esses princípios constitucionais, concluindo-se pela melhor repercussão perante a Constituição Federal em meio ao Estado Democrático de Direito hodierno, com análise estrita sobre a melhor circunstância concretizadora dos preceitos constitucionais. De um lado, o princípio da separação de poderes, entendendo-se no sentido de interpretar literalmente o artigo 103, parágrafo 2º, do Texto Magno, onde será apenas dada a ciência ao órgão inerte competente quando da norma declarada inconstitucional por omissão. Nesta perspectiva, a aplicação e interpretação do referido dispositivo, tendo como ponto de partida o princípio do sistema tripartite puro, significaria dizer que o texto

constitucional prescinde de eficácia, isto é, há previsão de normas pelo legislador constituinte que, em tese, não necessitam de eficácia. Noutra curso, atina-se o princípio do efetivo cumprimento das normas constitucionais em concomitância com o princípio da tutela jurisdicional efetiva, que apontam para um viés voltado ao sistema dos freios e contrapesos, estabelecendo atuação judicial para efetivar as normas previstas como limitadas no bojo da Constituição, ajustando-se para uma tutela concreta do Poder Judiciário.

Posto isto, aplicando-se o postulado normativo da proporcionalidade, concebendo a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, reconhecer a norma incompatível com a essência da Constituição e, ao mesmo tempo, fixar parâmetro razoável de prazo para que o Poder Legislativo competente exiba norma regulamentadora, se faz presente o âmago da separação de poderes, respeitando os limites constitucionais previstos pelo referido princípio, no aguardo de atuação legislativa. Contudo, em caso de nova omissão parlamentar, o entendimento do presente trabalho coaduna-se no sentido de admitir conduta da própria Corte Suprema, representando o Poder Judiciário, notabilizando o princípio do cumprimento efetivo das normas previstas na vertente constitucional. Direcionado pela teoria dos freios e contrapesos, permitindo assim, ao órgão judicial atuação de fiscalização com finalidade de suprir a inércia do Legislativo, prosperando para a possibilidade de complemento pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Denota-se, portanto, que o Judiciário atuará no desígnio de priorizar a efetivação da Constituição, posto que a teoria da separação de poderes não é absolutamente autoritária, isto é, comporta exceções na tendência de sua relativização. O legislador tem em mãos o ônus de editar a norma regulamentadora, mas não o faz, fazendo necessária intervenção de outro poder para não deixar perfazer esta lacuna normativa. Ora, a omissão subsequente no Judiciário contribuiria à falha dos poderes públicos, sendo extremamente necessária sua atuação, ainda que fora de seu âmbito de atribuição na medida em que irá dispor sobre a matéria faltante, aguardando superveniente norma efetiva do Legislativo.

3 O REMÉDIO CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Ao lado da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, está situada a figura do remédio constitucional Mandado de Injunção, com a mesma aptidão a suprir as omissões deixadas pelo órgão Legislativo, com propósito de corporificar os preceitos constitucionais. Nesta proporção, trata-se de uma ação ou remédio constitucional que tem como característica básica viabilizar o direito do cidadão quando existir lacuna normativa, na medida em que o Judiciário, representado pela Magistratura, ao se defrontar com ausência de lei, será obrigado a proferir sua decisão, seja por analogia, costumes ou princípios gerais do direito e, deste modo, quando não houver lei regulamentando a questão no caso em concreto, poderá incidir o Mandado de Injunção.

Faz parte do controle difuso de constitucionalidade, englobando casos de omissão em situações concretas postas ao amparo do Judiciário. Esse tipo de controle – difuso ou incidental, do gênero repressivo – nasce nos Estados Unidos da América, especificamente inaugurado por Juiz Marshall, no famoso caso “Madison contra Marbury”, consistindo no controle estabelecido nos casos concretos, onde qualquer Juiz ou Tribunal poderá declarar a norma como inválida, não aplicando-a por ofender a Constituição vigente. Diversamente do ordenamento jurídico estadunidense, no qual se aplica o sistema do *common law*, na República Federativa do Brasil, adota-se o sistema romano germânico do *civil law*, porém, com previsão legal do referido remédio constitucional em seu próprio texto, isto é, artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição da República de 1988, *in verbis*, “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”.

Não obstante o Mandado de Injunção ter aplicação direta nos casos de inércia e, conseqüentemente, omissões por parte do Poder Legislativo no tocante às normas de eficácia limitada, no mesmo sentido da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, imperioso destacar que compreendem institutos distintos, vez que o legislador constituinte da Constituição de 1988 optou pela previsão desses dois tipos de ação, em razão de suas eventuais nuances.

Em primeiro lugar, como já fora delineado, o Mandado de Injunção é espécie do controle difuso, isto é, aquele realizado de maneira incidental,

diversamente da Ação por Omissão, incorporada no seio do controle concentrado de constitucionalidade, originando-se no Supremo Tribunal Federal. Isto não significa que o Mandado de Injunção não provém de análise desta Corte, pelo contrário, há a possibilidade do controle difuso alcança-la, pelo viés recursal. Isto é, o curso deste tipo de remédio constitucional seguirá como qualquer outra demanda perante o Judiciário, com a exclusividade de andamento incidental, com a finalidade de resolver o litígio posto pela parte processual, como se verifica nos termos do artigo 105, inciso I, alínea “h”, da Constituição Federal⁵. Ademais, seu campo material é muito mais restrito do que a abrangência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, vez que se restringe a viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, mas tão somente aquele inerente à nacionalidade, soberania e cidadania, não se trata assim de qualquer tipo de omissão.

Sob o enfoque das particularidades de cada ação previstas no bojo da Constituição hodierna, outra diferença primordial entre ambas está baseada na legitimidade ativa de cada uma, ou seja, diferem-se quanto aos legitimados a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção. Em relação à primeira, como disposto no capítulo anterior, o rol taxativo dos legitimados está assentado no artigo 103 da Constituição Federal, assim, significa dizer que segue um caráter estreito e limitado, como em sua maioria, cargos de alto escalão da sociedade moderna. Por sua vez, tratando-se do remédio Mandado de Injunção, pode-se ressaltar que a legitimidade ativa é genérica, assim sendo, qualquer pessoa, seja física ou jurídica, poderá ingressar com esta ação, desde que sofra violação ou restrição de direitos em razão da lacuna deixada pelo legislador no cerne das normas de eficácia limitada, com a ressalva apenas das hipóteses específicas constantes no inciso LXXI, do artigo 5º, da Carta Maior.

Importa sinalar quanto ao objeto passível de demanda em juízo sobre o Mandado de Injunção, como alvitra Alexandre de Moraes (2013, p. 177):

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção assemelham-se às da ação direta de constitucionalidade por omissão e não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, mas tão só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo de caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de

⁵ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal. BRASIL. Constituição, 1988.

atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade. Assim, sempre haverá a necessidade de lacunas na estrutura normativa, que necessitem ser colmatadas por leis ou atos normativos (por exemplo: ausência de resolução do Senado Federal no caso de estabelecimento de alíquota às operações interestaduais. CF, art. 155, § 2º).

Qualquer pessoa pode ingressar com essa tutela constitucional, atentando-se, todavia, com a situação conflituosa em concreto. Logo, a existência de norma regulamentadora em cumprimento com o preceito constitucional visado originariamente com a vigência da Constituição Federal obsta a entrada do Mandado de Injunção, pois perde seu objeto. Outrossim, importante recordar que a decisão proferida no pleito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão valerá para todos, com efeito *erga omnes*, fato que não acontece com o Mandado de Injunção, que possuirá, em tese, decisão com efeito entre as partes litigantes.

Como dito, em regra, sua decisão surtirá efeitos apenas inter partes no cerne de um controle realizado incidentalmente ao processo, com mera abrangência aos integrantes da lide processual. Assim sendo, é mister anotar que a questão quanto aos efeitos da decisão proferida no bojo do Mandado de Injunção compreende aspecto dotado de controvérsias.

Para Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 524), há concorrência de três posições sobre a decisão decorrente do Mandado de Injunção e seus efeitos: a primeira corrente, partiria do pressuposto de que cabe ao Poder Judiciário elaborar a norma reguladora faltante; a segunda, porquanto, prega a premissa da simples declaração da inconstitucionalidade oriunda da conduta omissiva, dando conhecimento ao parlamentar da injunção; por fim, a última corrente é adepta à ideia de competir ao órgão jurisdicional atuação no sentido de garantir de forma imediata a proteção do direito fundamental violado pela lacuna normativa.

Detalhadamente, a primeira hipótese sustenta-se numa forma de exercício ativo do próprio Judiciário que decide matéria do Mandado de Injunção, todavia, que não convém com sua própria natureza, pois visa garantir a concretude dos direitos fundamentais inerentes ao cidadão. Dessa forma, é certo que não consiste na vertente mais adequada ao próprio fim desta ação constitucional:

[...] O Mandado de Injunção não visa à defesa objetiva do ordenamento jurídico, não tem por objeto o vício omissivo em si, não constitui forma de controle concentrado de constitucionalidade, nem busca reprimir a omissão do Legislativo, nem muito menos, a omissão de medidas materiais a cargo do Executivo. Seu objetivo é tão-somente a viabilização, pelo órgão judiciário, por meio da sentença, do exercício de um direito obstado pela

ausência de uma norma regulamentadora. O que vale dizer que, depois de julgado procedente o Mandado de Injunção, a situação de omissão normativa do Poder Legislativo pode, naturalmente, perdurar inalterada, pois não é o Mandado de Injunção o instrumento processual adequado para solucionar essa questão – esta, sim, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. (HAGE: 1999, p. 118-119).

Isso mostra que a natureza desse *writ* limita-se em viabilizar o exercício do direito daquela parte demandante em específico, o que não significa dizer que a omissão legislativa restará sanada com efeito *erga omnes*. Dito de outra forma, o fundamento deste remédio constitucional não se sustenta na regulamentação da norma inexistente para o público geral, mas seu campo é restrito às normas no âmbito dos conflitos processuais.

Quanto à segunda hipótese, importante ressaltar sua correspondência ao princípio constitucional da separação de poderes, de forma a respeitar os limites estritos de atribuição de cada poder público, garantindo independência funcional, cabendo tão somente ao Poder Legislativo o ato de criar leis, sendo incrível oportunizar esse meio à Poder diverso deste. Esta visão também não se adequaria ao que se almeja chegar a partir dos princípios constitucionais do atual Estado de Direito, posto que a teoria da separação de poderes, hodiernamente, não pode mais ser tratada sob tendência absoluta, sendo relativizada consoante à necessidade estatal.

Parte-se assim, à terceira hipótese e que, a princípio, mais se conforma com os quadros atuais do Estado Democrático de Direito em detrimento as outras duas correntes, comportando um viés sobre o qual caberá ao Poder Judiciário a efetivação das garantias fundamentais inatas ao indivíduo, lesadas pela omissão legislativa. Nesta toada, importa dimensionar a congruente competência ao órgão jurisdicional de estabilizar os direitos fundamentais do cidadão por meio de seu julgamento litigioso.

A terceira vertente traduz-se na corrente concretista estipulada por Alexandre de Moraes (2015, p. 182), enaltecendo uma perspectiva na qual o Poder Judiciário por meio de um julgamento constitutivo, anuncia a referida omissão e implemento o preceito constitucional até o surgimento da regulamentação. Por outro lado, a posição não concretista que, substancialmente, abriga a hipótese de atribuir como finalidade dessa ação constitucional, tão-somente o reconhecimento formal da inação do Poder Público competente. Então, não caberia ao respectivo órgão

jurisdicional suprir, desde logo, a lacuna deixada pelo Poder Legislativo, não viabilizando o direito fundamental violado pela norma faltante.

Diante da omissão do órgão legiferante, a proposta central da corrente anterior contorna o complemento do dispositivo legal faltante tão somente à parte impetrante do *writ* e, conseqüentemente, possibilidade de usufruto do direito fundamental que lhe é inerente.

Abre-se parêntese para discorrer acerca da questão dos efeitos oriundos de uma decisão preferida no cerne do Mandado de Injunção segundo entendimento da jurisprudência. Assim sendo, conforme elucida Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 525-526), inicialmente com o Mandado de Injunção 107-3, estende ao Poder Judiciário a mera declaração acerca da lacuna inconstitucional, sendo comunicada ao órgão inerte competente para a tomada das providências necessárias, posição que fora ratificada pelos Mandados de Injunção 42-5 e 168-5. Em detrimento às críticas que surgiram após esses julgamentos, sustentando a deficiência do Mandado de Injunção ao restringir sua finalidade declaratória, ulteriormente, o Supremo Tribunal Federal deixa de lado a simples visão da ciência ao legislador inerte, corroborando-se na decisão no pleito do Mandado de Injunção 283-5, com a imposição de prazo razoável para superveniência da norma devida. Outrossim, em caso de insistência da mora, caberia reparação de danos, com o intuito de estabelecer responsabilização à inércia do legislador competente.

Nesse sentido, oportuno salientar o Mandado de Injunção 232-1, na tentativa de fixar parâmetros quanto aos efeitos deste remédio constitucional, com votos vencidos pelos ministros relatores Carlos Mário Velloso, Célio Borja e Marco Aurélio, estabelece a premissa da garantia imediata no que se refere ao gozo do violado direito constitucional, prescindindo da necessidade de ato de ciência ao órgão legislador competente (CUNHA JÚNIOR: 2004, p. 523-530).

Nada obstante ao entendimento jurisprudencial tenaz proferido no óbice do Mandado de Injunção 283-5, o fato de fixar parâmetro temporal para que o Legislativo edite a norma faltante não resolve por completo a problemática. Parece mais consentâneo em relação ao próprio entendimento supra citado, a premissa de conceder ao Poder Judiciário autoridade para viabilizar o direito e garantia lesados pela omissão inconstitucional na própria sentença proferida pelo Nobre Julgador. Assim, em tese, o órgão judicial consoante Mandado de Injunção impetrado, dispor-

se-ia sobre a norma regulamentadora individual questionada, estritamente, na situação em concreto, atingindo somente a parte impetrante.

Ao dispor da possível solução acerca desses efeitos, ponderoso o alvito de Flavia Piovesan (1995, p. 140), no sentido de incluir como atribuição atípica do órgão Judiciário a atividade de enfrentar determinadas lacunas normativas inconstitucionais:

A decisão proferida em mandado de injunção, nesta ótica, permite remover, no caso concreto, a inconstitucionalidade por omissão em matéria de direitos subjetivos constitucionais. Em outras palavras, no caso de lacuna inconstitucional, caberá ao Poder Judiciário criar norma de decisão para o caso concreto, dentro da teleologia do sistema normativo existente, sendo-lhe vedado editar normas de regulação gerais e abstratas, como já analisado quando do exame da primeira corrente interpretativa.

Vale dizer, no mandado de injunção, ao enfrentar as lacunas inconstitucionais, cabe ao Poder Judiciário criar normas jurídicas individuais válidas para o caso concreto, efetuando o preenchimento de lacunas. Assim, a decisão judicial preenche, mas não elimina a lacuna do sistema jurídico. A eliminação da lacuna, via de regra, é tarefa do Poder Legislativo, quando da elaboração da norma jurídica geral e abstrata faltante.

É possível delinear, nestes trâmites, que a premissa com melhor encaixe ao imbróglio discutido inerente ao Mandado de Injunção, compreende a terceira vertente proposta por Dirley da Cunha Júnior, coadunando-se com a direção do presente trabalho, na medida em que se trata de medida crível em relação ao respeito veraz quanto à Constituição Federal e seus preceitos fundamentais. Encontra-se em conformidade com a separação de poderes e a teoria dos freios de contrapesos, identificando o princípio do efetivo cumprimento das normas constitucionais e o princípio da tutela jurisdicional, colocando em proeminência o Poder Judiciário em face das deficiências, neste caso, do Poder Legislativo. Em outros termos, a partir da omissão em complementar a norma constitucional de eficácia limitada, tratando-se do instrumento do Mandado de Injunção, no controle difuso, o poder de decisão do magistrado ou ministro institui-se à determinada norma com força somente naquele caso em específico, pois a elaboração de norma geral cabe, originariamente, ao legislador.

Pondera-se, no que tange à atividade supletiva do Poder Judiciário ao se deparar com lacunas normativas referente aos direitos fundamentais, o julgamento proferido em 25 de outubro de 2007, no Mandado de Injunção nº 712, com trâmite no Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Eros Grau:

MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. (STF - MI: 712 PA, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384).

O então Ministro Relator Eros Grau, na essência do julgamento do supra mencionado Mandado de Injunção, no tocante ao direito constitucional de greve, assegurado pela Constituição Federal como norma de eficácia limitada, precisamente em seu artigo 37, inciso VII⁶, decidiu em atenção à corrente concretista geral, opondo efeitos a todos os funcionários públicos, vencendo a separação de poderes absoluta na defesa dos direitos fundamentais do cidadão em prol da Constituição, aplicando-se a Lei nº 7.783 de 1989, na delonga pelo surgimento de lei regulamentar.

Destarte, correto afirmar que a Suprema Corte não se limita ao entendimento meramente formal de conceder ciência ao órgão legiferante competente, tampouco de declarar a mora deste e, da mesma forma, permanecer inerte. Pelo contrário, o posicionamento dos Tribunais Superiores, veemente com o Supremo Tribunal Federal, parte do pressuposto de efetivação do texto constitucional por meio da regulamentação das normas faltantes, conforme o caso em concreto.

De outra banda, cumpre reforçar a ideia quanto à abrangência dos efeitos logrados pela resolução do referido *mandamus*, conforme direciona Alexandre de Moraes (2015, p. 183), há possibilidade da teoria concretista – aquela

⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. BRASIL, Constituição, 1988.

que prioriza a atuação do Judiciário diante à carência normativa – atingir patamar geral ou individual. Pertence à corrente concretista geral, aquela a decisão judicial com efeito *erga omnes*, alvo de críticas jurisprudenciais, vez que afronta ao sistema tripartite dos poderes republicanos. Já a corrente concretista individual, condescendente, produz eficácia para as partes somente, conseqüentemente à regulamentação judicial específica ao caso em concreto. Desse modo, a ação constitucional ocasionará efeitos *inter partes*, melhor dizendo, tão somente atingirá as partes. Isto ocorre em razão desta ação pertencer ao arquétipo de controle de constitucionalidade pela via difusa ou incidental, diversamente do controle concentrado realizado primariamente no Supremo Tribunal Federal, cujo objeto será a norma inconstitucional por omissão em caráter absoluto, e não tratada como matéria incidente.

Acerca da teoria concretista geral, que conforma à decisão o dito efeito *erga omnes*, destaca-se a posição de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (1999, p. 100), abonando a vicissitude da decisão proferida no seio do Judiciário dotado de eficácia oponível a todos, desprezando a tendência de oportunizar o pronunciamento estatal apenas ao impetrante do Mandado de Injunção. Propõe-se, nesse sentido, a possibilidade de se concretizar precedente judicial, pressupondo um histórico decisório acerca de determinada matéria, de modo que, não haveria a necessidade de futura de impetrar novo *writ* tratando-se da mesma questão. Entretanto, a melhor maneira de traduzir tal função, enseja-se em restringir seus efeitos às partes apenas, mormente ao impetrante, com possibilidade de deixar lúcida a carga decisória em concreto, assumindo a feição de precedente jurisprudencial.

Em atenção ao princípio da separação de poderes, uma vez que o constituinte originário optou pela previsão de duas ações constitucionais em sede de letargia superveniente do Poder Legislativo, não poderia conceder o dito efeito *erga omnes* ao Mandado de Injunção, uma vez incompatível com sua própria natureza jurídica, sendo, neste caso, crível à essência da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. Aliás, acerca da compatibilidade desta consequência decisória no discorrer dessa primeira ação, expõe Carlos Augusto Alcântara Machado:

A tarefa do Poder Judiciário de aplicação do direito, por conseguinte, é também de produção normativa, criando, para o caso levado a sua apreciação, norma individual com validade e eficácia *inter partes*. [...] Não se trata, evidentemente, de função legislativa pura, mas não deixa de ser produção normativa. [...]

Entretanto, é de se reconhecer que, em qualquer hipótese, o Poder Judiciário estará recebendo competência para elaboração da norma individual, exclusivamente com eficácia *inter partes*. (1999, p. 133-134).

Em face desta concepção, assinala-se que o Nobre Magistrado competente para julgar matéria incidental referente ao Mandado de Injunção, atipicamente, irá dispor sobre a norma, todavia, em caráter tão-só individual, com eficácia perante as partes do processo.

Todavia, “a circunstância de a coisa julgada ser *inter partes* certamente não inibe ou impossibilita a eficácia vinculante do precedente” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO: 2015, p. 1242), sendo assim, uma eventual decisão proferida pela Suprema Corte, em sede de recurso, poderá ser enquadrada como jurisprudência com o condão de precedente jurídico, ainda que oriunda de controle difuso de constitucionalidade. Ou seja, caso for demandada novamente no bojo do Mandado de Injunção, inconstitucionalidade de situação semelhante quanto à lacuna normativa nos mesmos moldes, haverá, por dependência do próprio ministro ou juiz de primeiro grau julgador, seguir o entendimento assentado anteriormente. Neste teor, convém sublinhar que o atual sistema jurídico brasileiro tende a revigorar o instituto dos precedentes judiciais, mormente com a atual disposição do Novo Código de Processo Civil conferido pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, ao colocar em determinado patamar no sentido de reforçar sua força no âmbito decisório das demandas.

Compete ao Mandado de Injunção ou *Writ of Injunction* pelo Direito anglo saxônico, a partir da previsão do artigo 2º da Constituição Dirigente atual acerca da separação harmônica entre os poderes, proporcionar o efetivo exercício dos direitos intrínsecos ao cidadão. Porém, ao proferir sua decisão, o fará somente com eficácia *inter partes*, isto é, alcançar-se-á apenas o impetrante lesionado, em respeito ao referido dispositivo constitucional, vez que cabe ao Poder Legislativo a criação de normas gerais.

A supremacia e princípios norteadores da *Lex Maxima* ainda se encontram efetivamente concretizados, pois o ativismo judicial, neste particular, incide em perfazer a atribuição originária do Poder Legislativo, ainda que em situações específicas. Em que pese a disposição jurisdicional acertar-se ao caso concreto em especial, e não surtir efeitos oponíveis a todos se não as partes do Mandado de Injunção, esse óbice encontra-se solucionado, em condições

provisórias, na medida em que se espera a partir da ação do Judiciário póstera regulamentação abstrata do legislador. Por conseguinte, a inapetência do legislador estará satisfeita quando da atuação ativa do Poder Judiciário que não pode deixar provir a tutela conveniente às razões de direito pleiteadas, mormente em razão do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

4 CONCLUSÕES

É patente a imagem atual do Estado Democrático de Direito, onde a intervenção dos poderes públicos se faz mais presente, dada à necessidade de amparo estatal, oriundo, neste particular, de vestígios deixados pelo Estado Social de Direito, ensejando na procura pelo ente Estatal para prover os direitos denominados como fundamentais ao cidadão.

Nestas dimensões é que o Poder Constituinte Originário faz remissão à uma perspectiva de uma Constituição Dirigente, com a previsão de normas de conteúdo, mormente, programático, delineando projetos a serem seguidos, com o exclusivo fito de assegurar os preceitos básicos da Constituição Federal.

As normas de princípio programático pertencem a um grupo normativo específico, qual seja, as normas constitucionais de eficácia limitada. Conjuntamente, as normas constitucionais dividem-se em: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e, por derradeiro, as referidas normas de eficácia limitada, por sua vez, cerne do presente trabalho.

Em relação às normas constitucionais com eficácia limitada, como fora delineado, necessitam de póstera regulamentação pelo Poder Legislativo, pois, a princípio, não pode surtir efeitos. Dizendo-se de outro modo, a eficácia deste conjunto de normas específico está sujeita à complementação futura para então, proporcionar aplicabilidade direta, vez que mediante omissão legislativa permanece inócua. Conseqüentemente, eventuais lacunas normativas evidenciam a inviabilização dos direitos com previsão no texto constitucional, sendo visivelmente necessária a tutela efetiva desses direitos.

A Constituição Federal de 1988 faz previsão de determinados mecanismos na tendência de suprir a inatividade do próprio Poder parlamentar, fato que demonstra a preocupação primordial com a efetivação dos direitos constitucionais. Precisamente, faz menção à Ação Direta de Inconstitucionalidade

por Omissão e ao remédio Mandado de Injunção, ambos traduzem a precaução prevista no bojo da Carta Magna vigente, sob a perspectiva da supressão de norma faltante e, por conseguinte, constante desemparo legal.

São ações constitucionais que têm como finalidade essencial a posição ativa em meio às omissões dispostas na Constituição, isto é, recorre-se ao Poder Judiciário ao se deparar com inação dos Poderes Públicos competentes quanto à regulamentação das normas constitucionais limitadas, pendentes de superveniência normativa. Evidente que tratam de institutos distintos, tanto é que o próprio legislador originário o quis desta maneira. Neste sentido, impõe observar as principais distinções entre ambas: no tocante à legitimidade ativa para propor cada ação, enquanto que na Ação Direta por Inconstitucionalidade por Omissão o rol é restrito e taxativo do artigo 103 da Constituição Federal, no Mandado de Injunção, qualquer pessoa física ou jurídica pode demandar; bem como quanto à competência, que é originária do Supremo Tribunal Federal no caso da Ação por omissão pelo controle concentrado de constitucionalidade, posto que é possível, no caso do remédio constitucional, qualquer instituição judicial julgar e resolver a questão pela via difusa.

Aliás, a diferença posta entre as duas ações constitucionais em proeminência compreende a questão relacionada aos efeitos da decisão julgada, o que se remete ao imbróglio da atuação atípica do Poder Judiciário para concretizar os valores constitucionais. Explicando melhor, dada à omissão legislativa e ulterior Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou Mandado de Injunção, resta a solução do conflito especialmente quanto à edição da norma faltante, tendo em vista que não há previsão expressa no sentido de coibir o Legislativo a exercer sua função primordial aliado ao princípio da discricionariedade.

O princípio da separação de poderes proveniente de Charles de Secondat Montesquieu, pressupondo atuação independente dos órgãos do Poder Público, ressalva a possibilidade do controle mútuo entre si, em razão da sistemática dos freios e contrapesos. Note-se, portanto, que a ótica conservadora da separação de poderes pura e absoluta não é crível se estabelecer, na medida em que lhe cabe relativização, em observância à teoria *checks and balances*.

Destarte, é possível ponderar a atuação proativa do Poder Judiciário, diante de omissão legislativa, seja no escopo do Mandado de Injunção ou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que não vertem qualquer previsão

sobre a mediação da norma faltante, mas tão-só a previsão de ciência ao órgão legiferante competente para que tome as devidas providências.

Falar em reconhecimento meramente formal ao Poder Legislativo da omissão não condiz com os princípios básicos da Constituição Federal e o Estado de Direito hodierno.

É necessário, nesse contexto, admitir ao Poder Judiciário disposição atípica acerca da norma ausente, a fim de concretizar os preceitos vertidos na Constituição, a partir do princípio da tutela jurisdicional efetiva, tendo em vista que, pressupondo que seja dado mera ciência ao órgão inerte e este venha a omitir novamente, a Constituição perderia sua essência básica de guardião dos direitos e garantias fundamentais ao cidadão. Há legitimidade para o Poder Judiciário suprir as omissões legislativas condiz com a própria natureza da supremacia da Constituição e sua força normativa.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 3.682-3/MT**. Relator: MENDES, Gilmar. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757314/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3682-mt>>. Consultado em 22 de julho de 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Consultado em 20 de julho de 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**: uma apreciação da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção, à luz da doutrina contemporânea. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PIOVESAN, Flavia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1992.