

**A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS NOVAS
PERSPECTIVAS DO CONTROLE JUDICIAL DAS
OMISSÕES NORMATIVAS INCONSTITUCIONAIS
PELO STF ^{1*}**

Mateus Victor Pereira Cavalcanti

Estudante do Curso de Direito da UNICAP.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é analisar o controle judicial das omissões normativas inconstitucionais sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988, destacando-se as mudanças paradigmáticas que ocorreram gradativamente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e que permitem observar se a Corte vem assumindo, hoje, uma postura ativista nessa matéria.

SUMÁRIO: 1. Introdução: o Neoconstitucionalismo; 2. A Constituição Brasileira de 1988: a expansão da jurisdição constitucional e a judicialização da política; 3. A inconstitucionalidade por omissão e seus instrumentos de controle; 4. O tribunal constitucional como “legislador negativo”; 5. O Supremo Tribunal Federal e o dogma do “legislador negativo”; 6. Novas perspectivas do controle das omissões normativas pelo STF: superando o dogma do “legislador negativo”; 7. Considerações finais: o ativismo judicial no STF e a busca pela concretização das normas constitucionais; 8. Referências.

Palavras-chave: Omissões Normativas Inconstitucionais; Supremacia Constitucional; Separação dos Poderes; Ativismo Judicial.

1 ^{*} Trabalho apresentado no *Congresso Brasileiro de Direito Constitucional - 25 Anos da Constituição Brasileira - Homenagem aos 80 anos do Professor Nelson Saldanha*.

1. INTRODUÇÃO: O NEOCONSTITUCIONALISMO

É possível observar que o constitucionalismo do século XX é marcado pelo fortalecimento jurídico e institucional das constituições, pela ampliação dos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, bem como pela importância do papel do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade e na garantia das prerrogativas inerentes à dignidade humana.

Até a Segunda Guerra Mundial, todavia, prevalecia, na Europa, “uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal – quase como a fonte exclusiva – do Direito, e não atribuía força normativa às constituições”². Essas eram vistas apenas como *programas políticos*, cujas normas não possuíam efetivo caráter vinculativo. Dessa maneira, a preservação dos direitos fundamentais estava condicionada, em última instância, à vontade das maiorias políticas presentes nos parlamentos.

A Segunda Guerra e as violações aos direitos humanos dela decorrentes favoreceram diversas mudanças paradigmáticas no direito constitucional que se refletem até os dias atuais. De fato, como a maior parte dessas violações se procedeu em consonância com as leis, José Carlos Francisco³ pondera que

(...) a inserção de princípios fundamentais em ordenamentos constitucionais e a afirmação de direitos mediante o fortalecimento de Cortes Constitucionais apareceram como medidas contra o arbítrio do Legislador ordinário e também como modo de valorização da justiça material na aplicação do Direito (em confronto com o significado formal de justiça extraído da simples aprovação de normas a partir do rito previsto).

Assim, a constituição passou a ser compreendida, então, como autêntica norma jurídica, “que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis”⁴.

2 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 77.

3 FRANCISCO, José Carlos. (Neo) Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 60.

4 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. cit., p. 77.

Igualmente, constitui traço característico do constitucionalismo do 2º pós-guerra a inserção de normas impregnadas de elevado teor axiológico nos textos constitucionais, tais como, *conceitos jurídicos indeterminados* ou *cláusulas gerais*, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto⁵.

Com efeito, indispensável se fez a adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, haja vista que a maior parte das normas mais importantes das constituições desse período caracteriza-se pela abertura e indeterminação semântica e por serem, em grande parcela, princípios e não regras, ampliando-se, pois, o papel do intérprete da constituição no processo de aplicação do direito.

Neste particular, Daniel Sarmento esclarece que a “necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes – frequente em constituições compromissórias, marcadas pela riqueza e pelo pluralismo axiológico – deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial”⁶.

Outro aspecto importante percebido neste movimento constitucionalista, iniciado na Europa ocidental após a Segunda Guerra Mundial, diz respeito à “remoralização” do fenômeno jurídico, mitigando a separação entre o direito e a moral. A “remoralização” do direito decorre da premência de se garantir uma maior legitimidade ao ordenamento jurídico que não mais pode auferir, de forma exclusiva, por intermédio de dispositivos normativos sua justificação⁷. No entanto, Thays Oliveira de Britto e Walber de Moura Agra⁸ alertam:

A introdução de vetores morais não pode ocorrer de forma arbitrária, mas revestidos em moldes jurídicos através de princípios, que serão delimitados pelas demais normas do campo normativo. Não se postula a subordinação da Ciência Jurídica, apenas defende que o autismo formal seja ultrapassado.

5 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 333-334.

6 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. cit., p. 78-79.

7 BRITTO, Thays Oliveira de; AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 25-26.

8 BRITTO, Thays Oliveira de; AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo. cit., p. 27.

Ademais, assistiu-se ao fenômeno da *constitucionalização do direito*, “que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos jurídicos nos mais variados ramos do Direito”⁹. Da mesma forma, a visão tradicional de separação de poderes, que acabava por obstaculizar uma atuação ativa do Poder Judiciário, cede espaço a posições mais favoráveis ao ativismo de caráter jurisdicional com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e os valores constitucionais.

A este conjunto de transformações, que permitiram a redefinição do papel da constituição e de sua importância na interpretação jurídica em geral, costuma-se atribuir a expressão *neoconstitucionalismo*. Em verdade, não se pode falar em um único neoconstitucionalismo, de tal sorte que corresponda a uma concepção teórica clara e precisa, embora seja possível identificar determinados aspectos comuns que foram acima analisados e que marcam notadamente o fenômeno jurídico-constitucional atual¹⁰.

Em síntese apertada, **é possível apontar como principais características do neoconstitucionalismo**: a) a centralidade da constituição e dos direitos fundamentais no ordenamento; b) as novas categorias de interpretação constitucional; c) a constitucionalização do direito; e) a releitura do princípio da separação dos poderes; d) a abertura do direito para o debate moral; e f) o protagonismo do Poder Judiciário.

Feitas estas considerações iniciais sobre as transformações observadas no direito constitucional contemporâneo, mostra-se significativa a análise dos reflexos dessas mudanças paradigmáticas no Brasil, especialmente, a partir da Constituição de 1988, que pode ser considerada o marco histórico do neoconstitucionalismo no país. Este estudo revela-se importante para a melhor compreensão das novas perspectivas do controle judicial das omissões normativas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF), objetivo principal deste trabalho.

9 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. cit., p. 78.

10 Nesse sentido: ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2013, p. 01; SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 76.

2. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

No Brasil, o movimento “neoconstitucionalista” ganha força a partir da Constituição da República de 1988, que consolidou o processo de redemocratização do país. A Carta Cidadã, além de ter previsto, em seu texto, um amplo elenco de direitos fundamentais e seus respectivos mecanismos de proteção (remédios constitucionais), reforçou a jurisdição constitucional com a ampliação do rol de legitimados a propositura de Ação Direta da Inconstitucionalidade.

Demais disto, vale ressaltar que a Constituição de 1988 estabeleceu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), de competência originária do STF, visando evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição. Outra significativa **ação constitucional foi prevista pela** Emenda Constitucional nº 03/1993, em que o legislador constituinte derivado criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), permitindo que seja pleiteada, diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, a declaração da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal com o objetivo de encerrar controvérsia jurisprudencial sobre sua validade.

Para ilustrar, destacam-se os seguintes aspectos significativos: a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º); os limites materiais ao Poder de Reforma (art. 60, § 4º); o princípio da inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXV), o fortalecimento das Funções Essenciais à Justiça; a instituição do controle da inconstitucionalidade por omissão, tanto por meio da ação direta quanto do mandado de injunção; dentre outros exemplos.

Neste ponto, pertinente é o ensinamento de Daniel Sarmento: “Esta sistemática de jurisdição constitucional adotada pelo constituinte favoreceu, em larga medida, o processo de judicialização da política [...]”¹¹.

Decerto, o modelo de constitucionalização abrangente adotado e o sistema jurisdicional misto de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado) impulsionaram a “judicialização” de questões relevantes do ponto de vista político, social e econômico, possibilitando que sejam deci-

11 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. cit., p. 86.

didadas, em caráter final, pelo Judiciário. Como resultado deste processo de “judicialização” da política e das relações sociais, o STF “passou a intervir de forma muito mais ativa no processo político, adotando decisões que se refletem de forma direta e profunda sobre a atuação dos demais poderes do Estado”¹².

Ademais, o processo de **constitucionalização do direito é característica marcante** do ordenamento jurídico estruturado a partir da Constituição de 1988, haja vista a inclusão no texto constitucional de temas regulados, outrora, em sede ordinária, bem assim a releitura da ordem jurídica por intermédio dos princípios e valores constitucionais (filtragem constitucional). A esse respeito, Luís Roberto Barroso¹³ ensina que:

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.

Portanto, a Constituição de 1988 intensificou as mudanças paradigmáticas decorrentes do movimento neoconstitucionalista, na medida em que reconhece força normativa dos princípios e sua importância na interpretação jurídica em geral, recomenda a adoção de métodos mais abertos de hermenêutica jurídica (ponderação), defende a constitucionalização do direito e favorece a *judicialização da política*, “com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”¹⁴.

12 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. cit., p. 94.

13 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2013, p. 12.

14 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. cit.,

Este trabalho se insere propriamente no debate doutrinário e jurisprudencial acerca deste último aspecto, especialmente no que diz respeito a uma eventual ocupação pelo Supremo Tribunal Federal de espaço próprio do Legislativo. Com este objetivo, faz-se necessário revisitar, antes, as principais ideias que fundamentam a tese do “legislador negativo”, formulada por Hans Kelsen, para indicar a natureza dos Tribunais Constitucionais.

Posteriormente, serão analisadas decisões relevantes do STF no âmbito do controle das omissões normativas inconstitucionais, destacando-se as alterações substanciais que ocorreram gradativamente em sua jurisprudência e que permitem observar se a Corte vem assumindo, hoje, uma postura ativista nessa matéria.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E SEUS INSTRUMENTOS DE CONTROLE

É importante reservar breves considerações sobre a inconstitucionalidade por omissão e seus instrumentos de controle no ordenamento jurídico brasileiro, para que, posteriormente, se proceda a uma análise da jurisprudência do STF. Em princípio, nota-se que a Constituição de 1988 introduziu mecanismos jurídicos inéditos voltados ao controle da inconstitucionalidade por omissão. Essa preocupação do constituinte revelou-se consentânea com a necessidade de garantir a efetividade das normas constitucionais. Na lição de Flávia Piovesan, “a garantia de efetividade das normas constitucionais é operacionalizada pelos instrumentos de controle da omissão inconstitucional, que devem ser compreendidos à luz dos princípios constitucionais”¹⁵.

Em linhas gerais, tem-se a inconstitucionalidade por omissão quando o poder político deixa de praticar determinado ato exigido pela constituição. Desde logo, percebe-se que a inconstitucionalidade por omissão pressupõe uma exigência constitucional de ação, ou seja, apenas se configura a prática omissiva quando existe um dever constitucional de agir. Reitere-se que o objeto central desse estudo é a omissão legislativa, que resulta da inércia

p. 74.

15 PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 88.

do legislador na tarefa de elaborar as normas necessárias para garantir a efetividade da constituição. Flávia Piovesan¹⁶ ressalta que

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

Questão interessante diz respeito ao momento de caracterização da omissão. No caso do próprio texto constitucional estabelecer prazo para a elaboração da lei (a exemplo dos artigos 20, 40 e 50 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88), a omissão se torna inconstitucional a partir do escoamento desse prazo sem a adoção das medidas necessárias. Quando não há fixação de prazo pela constituição, necessária se faz uma avaliação, com base na razoabilidade e levando em consideração as circunstâncias do caso, sobre qual seria o prazo razoável para a adoção da medida. Concluindo-se, a partir dessa avaliação, que o ato não só poderia mas deveria ser editado ao longo de determinado prazo, ficará configurada a omissão inconstitucional, especialmente em se tratando de direitos e garantias fundamentais.

Neste particular, vale mencionar que a inconstitucionalidade por omissão pode ser (i) total, na hipótese inércia completa do legislador, ou (ii) parcial, correspondente à deficiência ou insuficiência da atividade legislativa, que não atende, pois, de forma satisfatória à vontade constitucional. Deve-se enfatizar, também, que o controle da inconstitucionalidade por omissão se limita, essencialmente, às *normas constitucionais de eficácia limitada*, pois dependem de regulamentação para produzir plenamente seus efeitos. Segundo Walber de Moura Agra¹⁷, as normas de eficácia limitada

16 PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. cit., p. 79-80.

17 AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Fo-

São aquelas normas que apenas terão eficácia imediata quando forem regulamentadas. A forma como foram dispostas no Texto Constitucional não permite que elas produzam efeitos imediatos, tendo de esperar pelo surgimento de uma norma que as regule. Todavia, possuem eficácia mediata, negativa, ou seja, nenhuma norma infraconstitucional poderá afrontar seu conteúdo. As normas de eficácia limitada se dividem em normas programáticas e normas de princípio institutivo.

Finalmente, merecem destaque os mecanismos de controle das omissões inconstitucionais, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. A primeira integra o controle objetivo de constitucionalidade, ou seja, constitui ação tendente a tornar efetiva a norma constitucional, devendo ser dada ciência ao poder competente para adoção das providências necessárias, nos termos do art. 103, § 2º, da Constituição¹⁸. Assim, não busca satisfazer um direito subjetivo, mas tem por objeto o controle abstrato da inconstitucionalidade da inércia dos órgãos competentes para a concretização da Carta Magna.

São legitimados, para sua propositura, os mesmos aptos a ingressar com ação direta de constitucionalidade (art. 103, I a IX, da CF/88), exceto se o legitimado é o próprio órgão que está omissivo, por incompatibilidade lógica. O Supremo Tribunal Federal tem competência para processar e julgar esta ação, por ser o órgão incumbido da guarda da Constituição Federal. Quanto aos efeitos da decisão, o § 2º, do art. 103, da Constituição, é claro ao dispor que, se julgada procedente, declarar-se-á a inconstitucionalidade por omissão, seguindo-se da ciência de poder competente, para que adote as medidas pertinentes. Por ser decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade, seus efeitos são *erga omnes*, isto é, a todos aproveitam.

Por sua vez, o mandado de injunção consiste em ação constitucional cabível sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes

rense, 2010, p. 85.

18 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1351-1352.

à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI, da CF/88). A expressão “norma regulamentadora” deve ser entendida em sentido amplo, como toda e qualquer medida necessária para tornar efetiva norma constitucional. Nesse caso, não apenas o STF será competente para conhecer da ação, mas também o serão os Tribunais de Justiça dos Estados, quando se tratar de omissão da Assembleia Legislativa em face da Constituição Estadual respectiva. Qualquer pessoa ameaçada ou lesada em seus direitos pode se valer do mandado de injunção.

No que respeita aos efeitos do mandado de injunção, evidenciam-se, ao menos, duas concepções principais: a) deve o Judiciário apenas declarar inconstitucional a omissão, cientificando o órgão competente para adotar as medidas necessárias à realização da norma constitucional, tendo a sentença caráter mandamental (tese não concretista); b) o Judiciário deveria tornar viável, no caso concreto, o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa, proferindo sentença de conteúdo normativo (tese concretista individual).

4. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO “LEGISLADOR NEGATIVO”

Com a compreensão da importância do papel das constituições nos ordenamentos jurídicos ocidentais, tornou-se necessária a criação de mecanismos e agentes responsáveis pela garantia judicial de suas normas. Conforme visto acima, a partir da segunda metade do século XX, o postulado da *supremacia da constituição* ganha força na medida em que esta não apenas disciplina o modo de produção das leis, mas, também, estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado e delimitar o âmbito de exercício dos direitos fundamentais.

A constituição passa a valer como autêntica norma jurídica, assumindo a centralidade no ordenamento. Por conseguinte, a criação dos Tribunais Constitucionais revelou-se como consequência natural da nova ordem jurídica. Para André Ramos Tavares, a jurisdição constitucional assenta-se em dois pilares básicos, quais sejam: “(i) a colocação da Constituição como *lex superior*, pois não havendo supremacia da Constituição, não haveria lugar para tribunais constitucionais; e (ii) a necessidade de que a Constituição contemple um Tribunal Constitucional e a ele atribua sua guarda”¹⁹.

¹⁹ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 191.

Todavia, nas primeiras décadas do século XX, o jurista austríaco Hans Kelsen foi responsável pelo desenvolvimento inicial do controle concentrado de constitucionalidade na Europa, no qual o Tribunal Constitucional pudesse decidir, em última instância e com efeitos *erga omnes*, se um ato do parlamento seria ou não afrontoso à constituição. Destarte, é necessário rever os principais aspectos que caracterizam o Tribunal Constitucional na visão kelseniana, principalmente no que diz respeito à sua peculiar natureza de “legislador negativo”, para que se compreenda a postura adotada, em um primeiro momento, pelo STF no controle judicial das omissões normativas inconstitucionais.

Observa-se que Kelsen reconhecia a dificuldade de se atribuir a tarefa de controlar a constitucionalidade dos atos normativos ao parlamento – como, também, ao chefe do poder executivo, como queria Schmitt –, na medida em que o órgão legislativo é **considerado pelo jurista, em grande medida, “um livre criador do direito”, desempenhando a tarefa de aplicá-lo apenas de forma restrita.**

Assim, não está a atividade legislativa totalmente subordinada à constituição, mas apenas em relação ao procedimento, o que desqualificaria a constituição como *norma fundamental*, ou seja, parâmetro máximo de juridicidade do ordenamento jurídico. Kelsen conclui que é um órgão diferente do parlamento, “independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou tribunal constitucional”²⁰.

Não obstante se atribua a Kelsen o desenvolvimento dos Tribunais Constitucionais como mecanismos efetivos de garantia da constituição, ele não identifica a natureza desses órgãos como propriamente jurisdicional. O autor situa a jurisdição constitucional, ao contrário do que uma análise precipitada poderia sugerir, na esfera da atividade legislativa, e não na jurisdicional²¹. É que para Kelsen a função legislativa é responsável pela elaboração de normas gerais, enquanto que a função jurisdicional produz somente normas individuais.

20 KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 150.

21 Com este pensamento: SANCHÍS, Luis Prieto. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, n. 23, p. 161-195, 2000.

Sem embargo, trata-se de distinção apenas quantitativa, uma vez que, para o mesmo autor, jurisdição e legislação podem ser encaradas como criação do direito bem como aplicação do direito. A diferença substancial reside no fato de que a atividade do Tribunal Constitucional está absolutamente determinada pela constituição, quase sem espaço para uma atividade criativa, ao passo que o legislador está condicionado à constituição, em regra, apenas quanto ao procedimento de elaboração das normas, mas não com relação ao seu conteúdo²².

Partindo desse pressuposto, percebe-se que a decisão do Tribunal Constitucional que anula uma lei contrária à Constituição possui o mesmo caráter de generalidade que a criação dessa mesma lei. Por isso, em vez de o Tribunal Constitucional produzir uma norma individual, ele desfaz uma norma geral com as mesmas características dessa, atuando, portanto, não como órgão jurisdicional, mas, sim, como um “legislador negativo”²³.

Nas palavras de Kelsen: “anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo”²⁴.

Nessa concepção, a decisão a ser proferida, em sede de fiscalização de constitucionalidade dos atos normativos pelos Tribunais Constitucionais, seria de cunho “constitutivo-negativo”, ou seja, “declarar-se-ia a anulabilidade dos atos que, ao final, seriam tidos por inconstitucionais”²⁵. Segundo Oswaldo Luiz Palu, “A decisão seria *constitutiva* e não declaratória como no sistema norte-americano; vale dizer os efeitos seriam *ex nunc* e não *ex tunc*, algo como a revogação da lei”²⁶.

Decerto, o Tribunal Constitucional kelseniano, ao contrário do legislador, desenvolve sua atividade de maneira quase totalmente determinada pela constituição. Com isso, pretendia-se diminuir a esfera de discricio-

22 KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. cit., p. 153.

23 LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 109.

24 KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. cit., p. 151-152.

25 VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 76.

26 PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade – conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 91.

nariedade do Tribunal Constitucional, impedindo o aumento da atividade criativa deste órgão. Glauco Salomão Leite assinala que, nesse contexto, “o trabalho do tribunal constitucional se resume em averiguar a obediência do Parlamento aos procedimentos estabelecidos pelas precisas normas constitucionais de natureza procedimental, e, apenas, nos poucos casos que texto constitucional previr, aos conteúdos nela indicados”²⁷.

Este mesmo autor oferece síntese didática sobre o tema: “a tese do legislador negativo de Kelsen pressupõe que (a) a produção de normas gerais é tarefa exclusiva da função legislativa, (b) o tribunal constitucional apenas aplica normas bem definidas da Constituição, sendo sua atuação, por isso, (c) quase que completamente determinada pelo texto constitucional”²⁸.

Todavia, o estudo do contexto vivenciado pela Europa, no início do século XX, auxilia a compreensão desse modelo de jurisdição constitucional. A Europa presenciou, nesse período, o fortalecimento da *Escola Livre do Direito*, cuja filosofia antilegalista respaldava uma maior desvinculação dos juízes aos preceitos legais, sustentando, inclusive, a possibilidade de proferirem decisões *contra legem*, quando necessárias para preservar valores estranhos ao ordenamento jurídico, porém em sintonia com o “espírito do povo” ou a “natureza das coisas”²⁹.

Nessa orientação, Luis Prieto Sanchís indica que a reação antilegalista e judicialista do Direito Livre pode ser tomada seguramente como um aspecto que justifica a concepção kelseniana de jurisdição constitucional, visto que tal movimento proporcionou um crescente ativismo dos juízes ordinários em contraposição às disposições legais: “el juez se convierte en el mediador entre el Derecho y una supuesta conciencia popular, pudiendo incluso dictar sentencias *contra legem*”³⁰.

Assim, não se pode olvidar que o modelo idealizado por Kelsen atende mais a razões ideológicas e políticas do que a motivos de ordem técnica e jurídica. Conceber um modelo difuso de jurisdição constitucional signifi-

27 LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. cit., p. 110-111.

28 LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. cit., p. 112.

29 Adota este mesmo raciocínio: LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. cit., p. 109.

30 SANCHÍS, Luis Prieto. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, n. 23, p. 161-195, 2000.

caria ampliar ainda mais a possibilidade de criação do direito pelos juízes ordinários, haja vista a possibilidade de que eles não aplicassem determinadas normas sob o argumento de que seriam inconstitucionais.

Mostrava-se necessário, na visão do mestre de Viena, que a competência de declarar a inconstitucionalidade das leis fosse atribuída, de forma exclusiva, ao Tribunal Constitucional, restando asseguradas as prerrogativas do parlamento e evitando-se o surgimento de um “governo de juízes”. Nesta perspectiva, precisa é a lição de Luis Prieto Sanchís³¹, para quem:

(...) sustrayendo toda competencia de control a la jurisdicción ordinaria, Kelsen configura un Tribunal que expresamente forma parte del poder legislativo y que, sobre todo, ha de actuar de manera tal que reduzca al **mínimo** la irremediable dimensión subjetiva o creativa que tiene todo **órgano**, sea legislativo o judicial. [...] el modelo kelseniano de justicia constitucional pretende expresar el máximo nivel de compatibilidad que es posible alcanzar entre dos ideas o criterios que son tendencialmente contradictorios, el de constitucionalidad y el de supremacía de la ley o, dicho de otro modo, el único sistema respetuoso con la tradición legalista del Derecho europeo una vez que la Constitución ya no se concibe en términos meramente retóricos. La configuración del Tribunal como un legislador negativo, la exclusión de los juicios aplicativos sobre casos concretos en que una ley pudiera verse postergada por algún precepto constitucional, la eliminación de las cláusulas indeterminadas y prácticamente de todo parámetro de constitucionalidad que no sea organizativo o procedimental, la idea juicio abstracto o de compatibilidad lógica en el que sólo se valoren los escasos aspectos de la ley en los que ésta aparece determinada por la Constitución, son todas cautelas al servicio de las prerrogativas del legislador.

Apesar disso, é possível concluir que o Tribunal Constitucional, tal como desenvolvido por Kelsen, constitui o órgão responsável, de forma exclusiva, pelo controle de constitucionalidade dos atos normativos, cujas decisões possuem efeitos *erga omnes*. Da mesma forma que a criação de

31 SANCHÍS, Luis Prieto. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, n. 23, p. 161-195, 2000.

uma lei caracteriza-se pela generalidade, também a invalidação dessa lei pelo Tribunal Constitucional desfrutaria de caráter geral. Trata-se de atividade legislativa, porém com *sentido negativo*. É preciso deixar claro que o aspecto central da análise aqui procedida leva em conta essencialmente a impossibilidade de uma maior participação do Judiciário na criação do direito, não sendo objeto de estudo a possível função legislativa desempenhada pelo Tribunal Constitucional.

Pode-se perceber, também, que existe um importante fundamento ideológico presente na concepção de jurisdição constitucional proposta por Kelsen, uma vez que seu objetivo era fortalecer o princípio da sujeição dos juízes ordinários à lei, garantindo a supremacia do parlamento. Nesse contexto, caberia ao Tribunal Constitucional realizar um juízo de compatibilidade formal entre a lei e a constituição, haja vista que sua atividade restaria quase que totalmente determinada pelo texto constitucional, não havendo espaço para criação do direito por tal órgão.

5. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DOGMA DO “LEGISLADOR NEGATIVO”

Neste ponto e no seguinte, serão apresentadas, de forma resumida, as conclusões observadas a partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando se encontra diante de omissão do Poder Legislativo, que impossibilita a aplicabilidade eficaz de dispositivo constitucional e o pleno exercício de direitos. Objetiva-se compreender se o STF recepcionou o dogma do “legislador negativo” e se a Corte tem assumido atualmente um comportamento ativista, a partir de sua atuação no controle das omissões normativas inconstitucionais, tendo como paradigma a Constituição da República de 1988.

É bem verdade que as constituições contemporâneas, sobretudo a brasileira, não se limitam apenas a garantir os direitos individuais, buscando fornecer proteção jurídica contra as agressões dos poderes públicos. Antes, preocupam-se, também, com a determinação de fins e programas para os agentes públicos, especialmente através da constitucionalização de direitos sociais, sendo necessária, pois, uma participação ativa do Estado na concretização desses direitos. Com efeito, muitas normas constitucionais têm sua eficácia condicionada à atividade do legislador, sem a qual

restará impedido o exercício pleno dos direitos constitucionais – normas de eficácia limitada, conforme foi mencionado acima.

Em um primeiro momento, prevaleceu o entendimento na jurisprudência do STF segundo o qual o Tribunal deveria apenas restringir sua atuação, no caso de inconstitucionalidade por omissão, à simples comunicação do órgão estatal, a fim de que este tomasse as medidas necessárias para sanar a omissão e possibilitar o exercício do direito. A recepção do tradicional dogma do “legislador negativo” pela Corte brasileira tornou-se evidente.

As bases deste direcionamento foram definidas, essencialmente, no julgamento do Mandado de Injunção (MI) 107-3, em 23.11.1989, de relatoria do Ministro Moreira Alves. No caso, decidiu-se que o mandado de injunção é “[...] ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna) [...]” (DJ 21/09/1990).

De fato, o marco definidor da visão da Corte sobre a matéria firmou-se nesse precedente³². A Corte partiu do princípio de que a solução que recomendava a expedição de norma geral ou concreta haveria de ser desde logo afastada³³.

Nesse sentido, foi a decisão do STF no MI 20-4, em que se discutiu a eventual inércia do Congresso Nacional em regulamentar a lei a que se refere o art. 37, VII, da Constituição, que assegura o direito de greve dos servidores públicos. Assim se manifestou o Ministro Relator: “(...) 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

32 Sobre este ponto, confira-se: VALLE, Vanice Regina Lirio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 55.

33 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional**. cit., p. 1380.

ordenamento constitucional” (Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1994, DJ 22/11/1996).

Analisando o mesmo tema, o Tribunal manteve esse pensamento, já no ano de 2002, na apreciação do MI 585-9: “Configurada a mora do Congresso Nacional na regulamentação do direito sob enfoque, impõe-se o parcial provimento do *writ* para que tal situação seja comunicada ao referido órgão” (Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 15/05/2002, DJ 02/08/2002). Ainda sobre a questão, seguiu-se a mesma posição no MI 485-4 (Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2002, DJ 23/08/2002).

A orientação também foi consagrada nos mandados de injunção 369, 278 e 695, quanto à omissão do Congresso Nacional em regulamentar o disposto no art. 7º, XXI, da Constituição, que diz respeito ao aviso prévio proporcional. Consta da ementa do MI 278: “[...] Pedido deferido em parte no que toca à regulamentação do art. 7º, XXI da CF, para declarar a mora do Congresso Nacional, que deverá ser comunicado para supri-la” (MI 278, Rel. Min. Carlos Velloso, Relatora p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2001, DJ 14-12-2001). A referida omissão legislativa foi suprida, entretanto, com a promulgação da Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011.

Assim, percebe-se que o STF adotou, nas decisões acima, a tese *não concretista* com relação aos efeitos da decisão proferida em mandado de injunção, entendendo que o Judiciário apenas deveria declarar inconstitucional a omissão e cientificar o órgão competente para adotar as medidas necessárias à realização da norma constitucional. Na prática, essa interpretação conferida pelo STF aproximava os dois instrumentos destinados ao controle das omissões inconstitucionais – o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão –, na medida em que a Corte se utilizava da regra contida no art. 103, § 2º, da Constituição, para delimitar os efeitos do provimento jurisdicional em ambas as ações, resumindo-se à comunicação do órgão omissor.

Em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI), destaca-se a decisão do STF na ADI 267-MC/DF, em que se discutiu a mora do Legislativo em elaborar lei complementar regulando o número de deputados na câmara federal, nos termos do art. 45, § 1º, da Carta Magna: “A ausência dessa lei complementar (*vacuum juris*), que constitui o necessário

instrumento normativo de integração, não pode ser suprida por outro ato estatal qualquer, especialmente um provimento de caráter jurisdicional, ainda que emanado desta corte. O reconhecimento dessa possibilidade jurídica implicaria transformar o STF, no plano do controle concentrado de constitucionalidade, em legislador positivo, condição que ele próprio se tem recusado a exercer” (Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25.10.1990, DJ de 19/05/1995). É de se ressaltar, porém, que essa omissão está, hoje, suprida em face da Lei Complementar nº 78/1993.

Também evidencia esse ponto de vista o seguinte julgado: “A procedência de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente” (ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23.05.1996, DJ 20/09/1996).

6. NOVAS PERSPECTIVAS DO CONTROLE DAS OMISSÕES NORMATIVAS PELO STF: SUPERANDO O DOGMA DO “LEGISLADOR NEGATIVO”

Conforme se pode notar, a concepção tradicional do “legislador negativo” implica reconhecer que a decisão do Tribunal Constitucional, em face de inconstitucionalidade por ação, consiste em remover do ordenamento positivo a norma incompatível com o sistema jurídico-constitucional, e, no caso de inconstitucionalidade por omissão, comunicar ao órgão estatal que se encontra em mora constitucional. Foi possível observar, também, que as bases da jurisprudência do STF sobre a inconstitucionalidade por omissão foram firmadas no Mandado de Injunção (MI) 107-3/QO, no sentido de que o Tribunal deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas.

Assim, concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal adotou, inicialmente, a tese do “legislador negativo”, desenvolvida por Kelsen para indicar

a natureza dos Tribunais Constitucionais. A propósito, Sérgio Fernando Moro³⁴ aduz que esse entendimento levou ao esvaziamento da eficácia do mandado de injunção. Todavia, “Após o Mandado de Injunção n. 107, ‘*leading case*’ na matéria relativa à omissão, a Corte passou a promover alterações significativas no instituto do mandado de injunção, conferindo-lhe, por conseguinte, conformação mais ampla do que até então admitida”³⁵.

No MI 232-1 se reconheceu a omissão inconstitucional do Legislativo em regulamentar o disposto no art. 195, § 7º, da Constituição, que trata da isenção de contribuições previdenciárias para as entidades beneficentes de assistência social *que atendam às exigências da lei*. Decidiu-se que, se, no prazo de 06 meses, o Congresso Nacional não adotasse as providências necessárias, o requerente passaria a gozar da imunidade pleiteada (Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1991, DJ 27/03/1992).

Por sua vez, no MI 283-5, foi declarada a inércia do legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, do ADCT/CF88, assinalando-se o prazo de 45 dias para a elaboração da norma, mais 15 dias para a sanção presidencial. Ultrapassado o prazo sem a promulgação da lei, dever-se-ia “reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem [...]” (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991, DJ 14/11/1991). Analisando questão semelhante, segue-se esse precedente no MI 284-3 (Rel. Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/1992, DJ 26/06/1992).

No entanto, Flávia Piovesan pondera que, “embora as decisões do MI 232-1 e do MI 283-5 expressem um avanço na orientação jurisprudencial do Supremo, ainda não expressam a real possibilidade do mandado de injunção, que permite ao próprio poder Judiciário assegurar ao impetrante o exercício imediato de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais no caso concreto”³⁶. A mudança substancial na jurisprudência do STF, que permitiu uma nova compreensão do instituto do mandado de injunção

34 MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 237.

35 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional**. cit., p. 1381.

36 PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. cit., p. 137.

e possibilitou a superação do dogma tradicional do “legislador negativo”, ocorreu quando a Corte apreciou, novamente, a questão do direito de greve dos servidores públicos, por ocasião dos Mandados de Injunção 670-9, 708-0 e 712-8, e do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos civis da União, no julgamento dos Mandados de Injunção 721-7 e 758-6.

Nos Mandados de Injunção 670-9, 708-0 e 712-8 o STF, por maioria, adotou uma “solução normativa e concretizadora” para a omissão do Congresso Nacional de regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da Constituição. O Tribunal determinou a aplicação, no que for compatível, da Lei nº 7.783/89, que disciplina o direito de greve na iniciativa privada, para os servidores públicos, a fim de conceder efetividade à Constituição. E foi além: a Corte atribuiu eficácia *erga omnes* à decisão, ou seja, que não se limita às partes do processo, mas garante o direito aos servidores públicos de modo geral.

Vale destacar trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 670 de que foi Relator: “[...] não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar nos casos de inatividade ou omissão do legislativo” (Rel. Min. Maurício Corrêa, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJ 31/10/2008).

Também foi importante a decisão proferida pela Corte nos Mandados de Injunção 721-7 e 758-6, pela qual reconheceu o descumprimento do dever constitucional do Legislativo em regulamentar o art. 40, § 4º, da Constituição, que trata da aposentadoria especial dos servidores públicos. Assim foi decidido no MI 721-7: “[...] Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91” (Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJ 30/11/2007).

Nota-se que, em ambos os casos, o Tribunal não apenas reconheceu a omissão inconstitucional do Legislativo, mas proferiu sentença de caráter normativo, com o objetivo de garantir o exercício de direitos constitucio-

nais. Trata-se de *sentença aditiva*, instituto amplamente desenvolvido no direito italiano, por exemplo, e que pode ser compreendida como espécie de sentença normativa por meio da qual se alarga o âmbito de incidência de certa disposição de norma, de modo a alcançar situações não previstas originalmente³⁷.

Na visão do então Ministro Eros Grau, que foi Relator do MI 712-8, caberia ao STF remover o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto: norma enunciada como texto normativo, logo sujeita à interpretação pelo seu aplicador. Não se estaria – na esfera desse tipo de prestação jurisdicional – legislando, mas desenvolvendo função normativa, compatível com o compromisso de efetivar o texto constitucional³⁸. Adotou-se, portanto, a tese concretista quanto aos efeitos da decisão em mandado de injunção, sendo que, no caso do direito de greve em particular, a Corte seguiu a posição que alguns autores denominam de *concretista geral*, haja vista a atribuição de efeitos *erga omnes à decisão*.

Destarte, essa mudança paradigmática não apenas significou a ampliação dos efeitos do mandado de injunção, mas, também, o afastamento, pelo menos no campo das omissões inconstitucionais, do papel tradicional de “legislador negativo”, anteriormente assumido pela Corte. Por fim, o desenvolvimento do instituto do mandado de injunção não foi percebido com relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ressalta-se apenas a determinação de prazo para que o Congresso Nacional elaborasse a norma regulamentadora, mas ainda sem consequências práticas em caso de descumprimento. Na ADI 3.682/MT, para exemplificar, declarou-se a mora do Congresso em produzir a lei complementar a que alude o § 4º, do art. 18, da CF/88, e se fixou o prazo de 18 meses para a adoção das medidas necessárias.

37 Para uma análise detalhada sobre o tema: SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 214.

38 VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. cit., p. 59.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O ATIVISMO JUDICIAL NO STF E A BUSCA PELA CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Observa-se, hoje, a ascensão institucional do Poder Judiciário, sobretudo quando atua na defesa dos direitos fundamentais e das prerrogativas inatas à dignidade da pessoa humana. Certamente, a elevada importância atribuída ao Judiciário revela-se como consequência da ampliação e fortalecimento da jurisdição constitucional, bem como em razão da “judicialização” da política e das relações sociais.

Decerto, a Constituição da República de 1998 representa o marco histórico do *neoconstitucionalismo*, conjunto de ideias que redefiniram o papel da constituição e sua importância na interpretação jurídica de todo ordenamento legal, concedendo lugar central aos direitos fundamentais, valorizando a presença de princípios jurídicos e fortalecendo o sistema de controle de constitucionalidade. Nessa perspectiva, o modelo de jurisdição constitucional brasileira favorece, em boa medida, o ativismo judicial, ou seja, uma maior participação do Judiciário (principalmente, o Supremo Tribunal Federal) na concretização dos valores e fins constitucionais.

No entanto, especialmente no julgamento dos Mandados de Injunção 670-9, 708-0, 712-8, 721-7 e 758-6, o STF não apenas reconheceu a omissão inconstitucional do Legislativo, mas proferiu sentença de caráter normativo, com o objetivo de garantir o exercício de direitos constitucionais. Essas decisões refletem uma participação mais intensa da Corte em espaços de debate essencialmente políticos. A questão mais importante, em nosso entender, diz respeito à legitimidade dessa atuação. Alguns aspectos merecem ser explicitados sobre o tema.

Em primeiro lugar, a enunciação do texto normativo pelo STF para tornar viável o exercício de direitos constitucionais que dependem de regulamentação é medida necessária tendo em vista o postulado da força normativa da constituição. Conforme foi mencionado acima, o constitucionalismo contemporâneo é marcado pelo fortalecimento institucional das constituições, de tal sorte que passaram a ser vistas como autênticas normas jurídicas. Atualmente, reconhece-se o caráter vinculativo e obrigatório das normas constitucionais, vale dizer, as disposições constitucionais são dotadas de imperatividade, que é característica essencial das normas

jurídicas em geral, sendo que o ordenamento jurídico dispõe de mecanismos processuais adequados para garantir sua observância (a exemplo do controle de constitucionalidade).

Nessa perspectiva, não se pode conceber a força normativa da constituição quando direitos assegurados pela Carta Magna não podem ser exercidos pelos seus titulares em virtude da inércia do Legislativo. Da mesma forma, é forçoso convir que a *supremacia da constituição*, corolário do Estado Constitucional de Direito, busca combater qualquer comportamento que contrarie suas normas, seja por meio de ação, seja por meio de omissão estatal. Desse modo, a necessidade de efetividade das normas constitucionais pode, em certa medida, legitimar o intérprete judicial da constituição a desenvolver ao máximo suas potencialidades, ainda que isto signifique ampliar sua atividade criativa.

Em segundo lugar, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais se relaciona com o controle das omissões inconstitucionais. O § 1º, do art. 5º, da Constituição consagra o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, dispondo que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A partir desse princípio, toda e qualquer norma definidora de direitos e garantias fundamentais há de alcançar aplicação imediata e, nesse sentido, cabe aos poderes públicos conferir eficácia imediata a todo e qualquer preceito que consagre um direito fundamental. “Cabe, assim, aos poderes constituídos, em seu âmbito de competência, a tarefa de realizar a função prospectiva, dinamizadora e transformadora deste princípio”³⁹.

Em outras palavras, tem o Judiciário o papel de densificar os preceitos constitucionais definidores de direitos e garantias fundamentais de forma a possibilitar sua aplicação imediata, principalmente naqueles casos em que se verifica a ausência de norma concretizadora⁴⁰. Por outro lado, a Constituição não atribui uma faculdade ao legislador, para que este escolha se concede ou não o direito. Antes, ela impõe um dever de agir, podendo o legislador dispor apenas sobre a adequada configuração **da disciplina normativa**, ao passo que, se desrespeita esse comando, deve o Judiciário

39 PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. cit., p. 90.

40 PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. cit., p. 91.

velar pela concretização das normas constitucionais que garantem direitos fundamentais⁴¹.

Por último, um terceiro aspecto que, de certa forma, relaciona-se aos demais: a necessária releitura do princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição). Ocorre que a visão tradicional do princípio da divisão dos poderes impedia que os tribunais se arrogassem ao direito de suprir lacunas eventualmente identificadas⁴². **É importante a observação de Walber de Moura Agra⁴³** que, embora se refira à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, também pode ser aplicada ao mandado de injunção:

Todavia, uma das mais importantes inovações do legislador constituinte de 1988 teve seus efeitos esvaziados, transformando-se em uma “folha de papel”. O Supremo Tribunal Federal estiolou por muito tempo a eficácia da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, curvando-se a um dimensionamento ultrapassado do princípio da separação dos poderes, firmando que, mesmo constatada a omissão, não pode o STF exercer função legislativa supletiva e preencher a lacuna existente. Houve o apego a um entendimento ultrapassado do princípio da separação dos poderes porque ele, em um mundo pós-moderno, não se reduz a seu aspecto funcional, ganhando maior relevância sua finalidade de assegurar a verdadeira eficácia dos dispositivos constitucionais, o que impede que omissões inconstitucionais possam existir na realidade fática.

Todavia, Juliano Ralo Monteiro adverte que “o modelo seguido pelo Poder Constituinte Originário, via Carta da República de 1988, foi o da separação de poderes flexível. Logo, os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo não exercem apenas funções típicas, mas, também, atípicas, isto é, próprias uns dos outros”⁴⁴. Nesse contexto, foi estabelecido pela ordem constitucional um sistema de controles recíprocos, denominado

41 Nesse sentido: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional**. cit., p. 1389.

42 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional**. cit., p. 1348.

43 AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. cit., p. 669.

44 MONTEIRO, Juliano Ralo. *Ativismo Judicial: um caminho para a concretização dos direitos fundamentais*. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 161.

pela doutrina americana de *checks and balances* (freios e contrapesos). O controle das omissões inconstitucionais pelo STF deve ser entendido à luz desse sistema, na medida em que a omissão do órgão legislativo é contida e controlada pelo Judiciário.

Por todo o exposto, acredita-se que a atuação do STF, ao determinar a solução normativa nos casos de omissão legislativa inconstitucional, é harmônica com a necessidade de garantir a eficácia das normas constitucionais. O *ativismo judicial* da Corte, isto é, a participação mais intensa em espaços que, em um primeiro momento, estariam reservados ao legislador, deve ser compreendido sob a óptica dos postulados da força normativa da constituição e da aplicabilidade imediata das normas que definem direitos fundamentais.

Na lição pertinente de Walber de Moura Agra: “Cumprido a missão de garantir a regulamentação da Constituição, não está o Judiciário exorbitando suas funções porque a novel estruturação do princípio da separação dos poderes não é mais feita baseada em funções primordiais, mas no escopo de cumprir a Lei Maior. Assim, cada um dos poderes pode suplementar a competência de outro desde que haja omissão e que seja para cumprir um mandamento constitucional”⁴⁵. Por derradeiro, não se pode perder de vista que a tarefa de dar concretização às normas constitucionais não é exclusiva do Legislativo, destacando-se a importância dos demais poderes nesse desenho institucional.

8. REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz

45 AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. cit., p. 670.

Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direito-doestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o Ativismo Judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

BRITTO, Thays Oliveira de; AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRANCISCO, José Carlos. (Neo) Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

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

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional**

brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo Judicial: um caminho para a concretização dos direitos fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade** – conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANCHÍS, Luis Prieto. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,** Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, n. 23, p. 161-195, 2000.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial.** Salvador: JusPODIVM, 2011.

TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional, **Revista de Direitos Fundamentais e Justiça,** nº 7, Abr./Jun. 2009, p. 167-181.

_____. **Paradigmas do judicialismo constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2012.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.