



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

Yuri Pinto Milhomem

A VIABILIDADE DA PROLAÇÃO DE SENTENÇAS ADITIVAS EM
MANDADO DE INJUNÇÃO ANTE A SEPARAÇÃO DE PODERES.

Brasília – DF
2012

Yuri Pinto Milhomem

A VIABILIDADE DA PROLAÇÃO DE SENTENÇAS ADITIVAS EM
MANDADO DE INJUNÇÃO ANTE A SEPARAÇÃO DE PODERES.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Constitucional, no curso de pós-graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: MsC Janete Ricken Lopes Barros.

Brasília - DF
Agosto/2012

Yuri Pinto Milhomem

A VIABILIDADE DA PROLAÇÃO DE SENTENÇAS ADITIVAS EM
MANDADO DE INJUNÇÃO ANTE A SEPARAÇÃO DE PODERES.

Monografia apresentada como
requisito parcial à obtenção do
título de especialista em Direito
Constitucional, no curso de pós-
graduação *Lato Sensu* do
Instituto Brasiliense de Direito
Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção
____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Presidente: Prof.

Presidente: Prof.

RESUMO

Historicamente, as Constituições brasileiras vigeram sem alcançar plena eficácia. Atento a isto, o legislador constituinte criou o Mandado de Injunção, remédio voltado à superação das lacunas legislativas inconstitucionais. Entretanto, o desenvolvimento posterior do instituto foi bastante tímido, resultado de um posicionamento judicial bastante conservador, atrelado à concepção clássica de separação de poderes. O passar do tempo demonstrou a insuficiência deste entendimento, havendo, progressivamente, uma atuação mais forte do judiciário no sentido de concretizar, por conta própria, o direito ultrajado pela omissão legislativa, o que culminou na prolação de sentenças aditivas pelo STF. Uma compreensão do princípio da separação de poderes adequada à realidade política e institucional brasileira dá azo à criação judicial de normas temporárias.

Palavras Chave: Mandado de injunção, separação de poderes, sentenças aditivas.

ABSTRACT

Historically, Brazilian Constitutions were in force without achieving their full effectiveness. Aware of this issue, the constitutional legislator created a writ called “Mandado de Injunção” designed to overcome the unconstitutional legislative blanks. However, the posterior development of the institute was not satisfactory due to a very conservative judicial point of view that put the separation of powers as an obstacle to any judicial providence that might have effectively granted the violated right. The passing of time exposed the limitations of this position, so it changed to progressively embrace a stronger judicial intervention in order to enforce, by its own means, the right whose exercise was hampered by the unconstitutional legislative blank, which led to the pronouncement of additive sentences. An understanding about the separation of powers principle adequate to the Brazilian political and institutional reality allows the creation of temporary judicial laws.

Keywords: Mandado de injunção, additive sentences, separation of powers.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT – Ato das disposições constitucionais transitórias.
ADI – Ação direta de inconstitucionalidade.
ADO – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.
CF – Constituição Federal.
CPP – Código de Processo Penal.
MI – Mandado de Injunção.
MP – Ministério Público.
RExt – Recurso Extraordinário.
STF – Supremo Tribunal Federal.
TSE – Tribunal Superior Eleitoral.

ÍNDICE

RESUMO	iv
ABSTRACT	v
LISTA DE ABREVIATURAS	vi
INTRODUÇÃO.....	8
1. Características e evolução do Mandado de Injunção na Jurisprudência do STF. 12	
1.1. Conceito e natureza jurídica do MI.	12
1.2. Evolução jurisprudencial dos efeitos do MI.	13
2. Novas técnicas decisórias: as sentenças intermediárias.	22
2.1. Classificação e conceituação de sentenças transitivas.	22
2.2. Classificação e conceituação de sentenças normativas.	26
3. Da compatibilidade entre sentenças normativas de caráter aditivo e o ordenamento jurídico brasileiro.	32
3.1. Abordagem Crítica do Princípio da Separação de poderes.....	32
3.2. Superveniência do Estado pós-moderno e uma visão substancialista da matéria.	38
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

INTRODUÇÃO

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro tem caráter misto, comportando tanto um controle direto, geralmente voltado ao tratamento das situações de inconstitucionalidade em abstrato, quanto um controle difuso, que preocupa-se com as situações concretas que são trazidas ao judiciário.

Paralelamente, temos inscritas em nossa constituição inúmeras normas que, para alcançarem plena eficácia, dependem ainda da atuação do legislador ordinário, a quem cabe regulamentar a forma do exercício dos direitos nelas inscritos. A inércia do legislador em relação a criação destes regulamentos cria situações de inconstitucionalidade por omissão.

Em decorrência destes dois aspectos, encontramos em nosso ordenamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), voltada, como o próprio nome faz deduzir, ao tratamento direto e abstrato da inconstitucionalidade; encontramos também o Mandado de Injunção (MI), remédio constitucional voltado ao tratamento difuso dos casos concretos de violação de direitos fundamentais em razão de omissão inconstitucional. É a esta última ação que dedicaremos o presente estudo.

Na verdade, a preocupação com a mora legislativa é uma constante em diversos países, havendo cada qual desenvolvido meios próprios para combatê-la. Na Constituição Federal de 1988 existem inúmeras normas de eficácia limitada que albergam direitos fundamentais, o que num primeiro momento permitiu abreviar a deliberação e aprovação do texto constitucional – possibilitando a constitucionalização de certos direitos, mas transferindo o debate acerca de seu exercício para momento futuro –, porém, posteriormente, gerou aquilo que convencionou-se chamar de “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”¹, entendida aqui como a reiterada inércia do legislador no desempenho de sua competência regulamentar.

Ciente disto, pois as experiências constitucionais anteriores já haviam apontado para este problema, o legislador constitucional criou o Mandado de Injunção, uma ação de natureza civil e berço constitucional, cujo objetivo é combater

¹ Assim denominam o fenômeno: MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo-SP: Atlas, 2006. p. 153; e LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11 ed. São Paulo-SP: Método, 2007. p. 763.

a mora do Poder Público em sua função legislativa-regulamentadora, viabilizando, assim, o exercício concreto de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionalmente previstos².

O MI, embora previsto no texto original da Constituição Federal, sempre foi instituto de aplicabilidade controversa, variando seus efeitos de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) ao longo das últimas duas décadas. Como desde muito cedo decidiu o pretório excelso pela auto-aplicabilidade do mandado, prescindindo-se, portanto, de lei própria para regulamentá-lo, seus efeitos são ainda objeto de discussão.

A controvérsia surge, basicamente, da contraposição de duas alas da doutrina e da jurisprudência: uma dita não concretista, que pretende não tenha a decisão prolatada em MI nenhuma outra função que não seja a de alertar o ente omissor de sua inércia; e outra dita concretista, que pugna pela satisfação do direito pleiteado através do suprimento da lacuna legislativa pelo próprio judiciário.

Analisando a evolução jurisprudencial do instituto, verificamos uma migração de posição do STF. Em princípio bastante conservadora, a corte tinha uma clara postura não concretista, que depois de muito reafirmada começou a dar lugar a uma visão mais progressista. Inicialmente, estabeleceu-se no STF uma posição de auto-limitação (*Self-restraint*), pela qual não caberia à Corte Constitucional mais que a declaração da mora em deferência à estrita separação de poderes. Deste modo, o Poder Legislativo encontrava-se em posição confortável, podendo regulamentar um direito, que já havia sido constitucionalmente conferido ao cidadão, quando melhor lhe aprouvesse, o que inviabilizava seu exercício. Este cenário permitiu que se passassem quase duas décadas sem que o Legislativo se pronunciasse sobre questões relevantes, como o direito de greve de servidores públicos, o direito de aposentadoria especial para servidores com deficiências físicas e o direito às indenizações previstas no art. 8º, §3º, do ADCT.

Posteriormente, seguindo a tônica difundida internacionalmente por Norberto Bobbio³ de efetivação dos direitos fundamentais, a corte reviu seu posicionamento adotando orientação cada vez mais concretista, o que culminou na utilização de

² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo-SP: Saraiva, 2007. p. 907.

³ Partindo da idéia que a grande preocupação no que concerne aos direitos fundamentais atualmente não é mais a sua fundamentação, mas a sua efetiva proteção. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro-RJ: Elsevier, 1992. p. 25-26.

sentenças aditivas, com efeito *erga omnes*, no MI 670 para a superação da omissão inconstitucional.

Tal decisão foi posteriormente identificada pelo Ministro Gilmar Mendes⁴ como caso de prolação de sentença aditiva pelo STF e vem, desde então, encontrando oposição na doutrina, que alega haver nela violação do princípio da separação de poderes.

Daí a preocupação do presente trabalho em identificar em que medida as sentenças aditivas, instrumentos aparentemente eficazes para a concessão de efetividade ao MI – e, conseqüentemente, aos direitos por ele tutelados –, são compatíveis com o nosso ordenamento jurídico em face do princípio constitucional da separação de poderes. Eis o problema do presente trabalho: a viabilidade da aplicação de sentenças aditivas em Mandado de Injunção para a correção dos casos de omissão legislativa ante o princípio da separação de poderes.

A escolha do tema se deu pelo fato dele estar este intimamente relacionado às novas formas de atuação da mais alta corte nacional, assunto discutido reiteradamente e sob diversas perspectivas durante o curso de pós-graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP. Por outro lado, a pesquisa possui relevância política, social e acadêmica, pois, além de estar diretamente relacionada à efetivação de direitos fundamentais, passa pela (re)discussão, bastante atual no meio acadêmico, da função do judiciário e do papel da corte constitucional dentro do Estado brasileiro.

Para o desenvolvimento do trabalho, a primeira unidade tratará do Mandado de Injunção, analisando suas características gerais, comparando-o com a ADO – instrumento alternativo de correção do vício de inconstitucionalidade omissivo – e verificando a evolução jurisprudencial do instituto no STF até seu estágio atual, onde identificaremos a efetiva prolação de sentença aditiva e a tendência da corte à adoção de uma posição concretista geral.

⁴ Em voto proferido no julgamento da ADI nº 3.510 assim se manifesta o Ministro: “*Tais sentenças de perfil aditivo foram proferidas por esta Corte nos recentes julgamentos dos MS nºs 26.602, Rel. Min. Eros Grau, 26.603, Rel. Min. Celso de Mello e 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, em que afirmamos o valor da fidelidade partidária; assim como no também recente julgamento a respeito do direito fundamental de greve dos servidores públicos (MI nº 708, de minha relatoria; MI nºs 607 e 712, Rel. Min. Eros Grau). Outra não foi a fórmula encontrada pelo Tribunal para solver a questão da inconstitucionalidade da denominada cláusula de barreira instituída pelo art. 13 da Lei nº 9.096, no julgamento das ADI nºs 1.351 e 1.354, Rel. Min. Marco Aurélio*”.

Na segunda unidade, traçaremos um panorama das novas técnicas decisórias (sentenças intermediárias) com o intuito de demonstrar o contexto de robustecimento da atuação do judiciário no controle de constitucionalidade em que se insere o instituto da sentença aditiva e, na oportunidade, analisaremos suas características principais.

Na última unidade trataremos da compatibilidade das sentenças aditivas com o ordenamento jurídico sob o prisma da separação de poderes e, em decorrência disto, da legitimidade do judiciário para sua prolação. Vale dizer que estes são os dois argumentos mais invocados pela doutrina para obstaculizar qualquer atuação judiciária que fuja à concepção de legislador negativo, razão pela qual seu tratamento neste trabalho é indispensável.

Desta forma, esperamos demonstrar que, através de uma interpretação adequada do princípio da separação de poderes, é possível que o judiciário prolate sentenças de caráter aditivo sem que isso importe em violação do texto constitucional, e que tal prática é a mais conveniente para tutela das omissões inconstitucionais.

1. Características e evolução do Mandado de Injunção na Jurisprudência do STF.

1.1. Conceito e natureza jurídica do MI.

Alguns⁵ apontam a origem do Mandado de Injunção (MI) no *writ of injunction* do direito norte americano, ação pela qual busca-se a solução para um caso concreto com base na chamada jurisdição de equidade, sempre que a norma legal se mostra insuficiente ou incompleta. Há ainda quem enxergue a raiz desse instituto em mecanismos do direito lusitano através dos quais o judiciário podia adverter os outros poderes em razão de suas omissões⁶. Entretanto, o MI criado pelo constituinte brasileiro não corresponde exatamente a nenhum dos institutos que possivelmente lhe deram origem, razão pela qual coube à doutrina e à jurisprudência pátria definir os contornos e objetivos desta ação.

Previsto no art. 5º, LXXI, da CF, podemos conceituar o mandado de injunção como a ação constitucional, de caráter civil e procedimento especial, cabível contra a omissão legislativa que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Como visto, o MI tem por objeto a tutela de direitos e liberdades que demandem a atuação legislativa como condição de fruição.

Em relação à sua natureza jurídica, ainda muito controvertida, nos limitaremos neste momento a apontar que a doutrina e a jurisprudência entendem ter o MI caráter mandamental. Contudo, esta natureza é atingida pela posição que se adota acerca dos possíveis efeitos da decisão prolatada em MI. Por isto, para uma corrente não-concretista, a mandamentalidade do MI dilui-se em simples declaração, uma vez que o judiciário nada poderia fazer para impor o respeito à decisão judicial que visa a reparação do direito ultrajado. Por outro lado, os ditos concretistas enxergam no MI um caráter efetivamente mandamental, pois mantendo-se a inércia do poder legislativo poderia o judiciário agir de modo a efetivar o direito preterido por conta

⁵ BACHA, Sérgio Reginaldo *apud* MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo-SP: Atlas, 2006. p.163.

⁶ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara *apud* MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo-SP: Atlas, 2006

própria. Essa última corrente de doutrinadores subdivide-se ainda em duas outras, como veremos adiante, de acordo com a amplitude subjetiva da decisão prolatada. A discussão, a despeito de sua aparência simples, envolve questões complexas, como o princípio da separação de poderes e o papel do judiciário dentro da dinâmica institucional vigente no país.

Outros aspectos relevantes do Mandado de injunção serão vistos no próximo tópico, quando o diferenciarmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), também destinada ao combate da omissão legislativa inconstitucional. Apenas cientes de todas as características do MI poderemos começar a investigar sua natureza jurídica, analisando a possibilidade de concessão de efeitos concretos⁷ através de sentença aditiva e a compatibilidade desta com o ordenamento jurídico sob o prisma da separação de poderes e, por consequência, da legitimidade do judiciário para tal prática.

1.2. Evolução jurisprudencial dos efeitos do MI.

Inicialmente, vigendo o paradigma do Estado liberal, prevalecia, quanto à eficácia das normas constitucionais, a classificação que as dividia em normas auto-aplicáveis (*self-executing rules*) e normas não auto-aplicáveis (*non self-executing rules*). Este esquema era suficiente para explicar a maneira como os imperativos constitucionais se manifestavam dado que, no Estado liberal, eram basicamente duas as funções precípua da constituição: (1) a organização estrutural do Estado, com a devida repartição de competências, e (2) a positivação de direitos fundamentais de primeira geração (direitos que exigem sobretudo uma abstenção estatal). Ora, não impondo nenhuma atuação positiva, era mais fácil que tais normas fossem auto-aplicáveis, produzindo efeitos desde a sua entrada em vigência.

Esta classificação começa a mostrar-se insuficiente quando sobrevém o paradigma do Estado social. A criação de deveres positivos para o Estado, plasmados nos direitos sociais de segunda geração, não mais se satisfaz com sua mera enunciação no texto constitucional, exigindo, paralelamente, a criação de uma estrutura estatal voltada à satisfação de direitos prestacionais. Neste arranjo, entende-

⁷ Este assunto será tratado no próximo tópico.

se como papel do Estado a promoção do bem-estar social, impondo-se-lhe a satisfação dos chamados direitos sociais e econômicos não mais como um mero conselho inscrito em sede constitucional, mas como um compromisso político cogente assumido perante a sociedade. Atento a esta nova realidade José Afonso da Silva⁸ formula, em 1967, sua clássica divisão das normas constitucionais no intuito de verificar quais seus efeitos parciais e possíveis, dado que “cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução”⁹.

Seguindo a lição de José Afonso da Silva¹⁰, podemos dividir as normas constitucionais quanto à sua eficácia em: (1) normas de eficácia plena, quando aptas a produzirem todos os seus efeitos essenciais desde a sua entrada em vigor; (2) normas de eficácia contida, quando aptas a produzirem todos os seus efeitos essenciais desde a entrada em vigor, aceitando, contudo, limitação posterior através da atividade legislativa; e normas de eficácia limitada, quando não auto-aplicáveis, ou seja, quando dependentes de atividade estatal posterior que lhes tornem aptas à produção de efeitos. Estas últimas podem, ainda, dividir-se em normas de eficácia limitada quanto à princípios institutivos e normas de eficácia limitada quanto à princípios programáticos. Deve-se frisar que a ausência de auto-aplicabilidade não significa que tais normas não produzam efeito algum, pois, ao contrário, têm eficácia mínima, ou seja, têm, ao menos, o condão de inviabilizar a criação de normas que lhes sejam contrárias e de funcionar como parâmetro para proibição do retrocesso. É em função da não produção de efeitos essenciais das normas constitucionais de eficácia limitada que surge o Mandado de Injunção.

Historicamente, nossas Constituições vigeram sem usufruir da plena regulamentação, situação identificada pelo legislador constituinte que criou mecanismos para a identificação e correção do vício de inconstitucionalidade omissivo. Primeiramente, criou-se o Mandado de Injunção, ação constitucional tendente a correção do vício omissivo, cabível sempre que a ausência de regulamentação impossibilitar o exercício de “direitos ou liberdades constitucionais, ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania ou à cidadania” (art. 5º, LXXI,

⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁹ SILVA, Op. Cit., p. 76.

¹⁰ SILVA, Op. Cit..

CF). Posteriormente, pensou-se no controle de constitucionalidade abstrato por omissão, inserto no art. 103, §2º, da Constituição.

É importante que possamos, desde logo, diferenciar os dois institutos, visto que tais diferenças justificam a diversidade de natureza jurídica de suas sentenças, o que é um dado fundamental para que possamos introduzir a discussão sobre a utilização de sentenças aditivas e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico.

Primeiramente, notamos que o rol de legitimados à propositura de ADIN por omissão é mais restrito, moldado pelo art. 103 da Constituição, enquanto o Mandado de Injunção admite como sujeito ativo qualquer pessoa lesionada pelo não suprimento da omissão legislativa. Quando à legitimidade passiva da ação, a ADIN por omissão, seguindo norma do art. 102, I, “a”, da CF, restringe-se aos âmbitos federal, estadual, enquanto no MI, não havendo previsão semelhante, a legitimidade é mais ampla, abrangendo também entes do município. Outra diferença entre os institutos reside na competência para julgamento, dado que na ADIN por omissão a competência será sempre do STF, enquanto no MI a competência poderá ser tanto do STF quanto do STJ, segundo as normas de competência dos artigos 102, I, “q” e 105, I, “h”, respectivamente; do TSE em grau de recurso, nos casos de MI denegados pelos TREs (CF, art. 121, §4º); ou, ainda, dos Tribunais de Justiça, caso a omissão se dê em âmbito estadual e o remédio tenha sido previsto quando do exercício do poder constituinte derivado decorrente. Devemos ainda mencionar que nas ADIN por omissão, pode-se discutir qualquer omissão legislativa, enquanto no MI há que se demonstrar que a omissão combatida encaixa-se nos moldes do art. 5º, LXXI¹¹. Cabe ainda apontar que na ADIN por omissão o direito estará sendo discutido em tese, enquanto no MI haverá um caso concreto sendo apreciado.

Merece maior atenção a diferença da produção de efeitos das duas ações. Na ADIN por omissão existe regra expressa (CF, Art. 103, §2º) segundo a qual, declarada a inconstitucionalidade da omissão legislativa, desprovida de efeito ablativo¹², deverá ser a decisão comunicada ao órgão legislativo ou ao órgão administrativo para que tomem providências para o suprimento da omissão, sendo que, no caso deste último, será designado prazo de 30 dias para a colmatação da lacuna. Em relação ao MI, não existe regra expressa que regule seus efeitos, havendo apenas um relativo consenso

¹¹ Ou seja, que a omissão impossibilita o exercício de direitos ou liberdades constitucionais, ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania ou à cidadania.

¹² Efeito ablativo é a aptidão da sentença para a retirada da norma reconhecida como inconstitucional do ordenamento jurídico.

doutrinário no sentido de que a exigência de que se discuta situação concreta de violação de direito, levaria a decisão com efeitos inter-partes, embora tal entendimento não seja unânime, como veremos mais adiante. De qualquer forma, a produção de efeitos do MI sempre produziu inúmeras divergências, é este o ponto que devemos focar nas próximas linhas.

A princípio muito se discutiu sobre a necessidade de regramento processual próprio para o MI. Questionava-se se tomando unicamente o texto constitucional por base seria possível a implementação satisfatória do instrumento, ou se haveria a necessidade de que o legislador lhe desse regramento próprio. Podemos tomar como teses principais – e antagônicas –, discutidas no julgamento da questão de ordem do MI nº 107, as posições do então Sub-Procurador Geral da República, Inocêncio Mártires Coelho, e do Ministro relator da ação, Min. Moreira Alves. Ambos concordavam que a fixação do rito aplicável era questão de menor importância, da mesma forma que entendiam não ser suficiente para a solução da controvérsia a disposição do art. 5º, §1º, da CF, que prevê a auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais. O núcleo da discussão era, na verdade, a natureza jurídica do MI e o papel do judiciário frente aos outros poderes, resumindo-se na seguinte questão: deve o judiciário, através do MI, suprir a lacuna normativa por conta própria ou apenas estimular os demais poderes para que o façam?

Inocêncio Mártires Coelho, em parecer exarado como subprocurador geral da república no MI nº 107, entendeu que as potencialidades imanentes ao mandado de injunção, que poderia resultar em significativa alteração do papel do poder judiciário e interferência deste no poder legislativo, demandariam norma regulamentadora especificando a forma de atuação do órgão julgador. Moreira Alves, por outro lado, no voto que proferiu no julgamento do MI nº 107 pareceu não enxergar no MI nada além de um instrumento de admoestação pública do poder omissor, não admitindo qualquer interferência do poder judiciário no âmbito de atuação do poder legislativo, e esta foi a posição esposada pelo Supremo. Em outras palavras, entendeu-se que o MI tinha caráter mandamental¹³ e voltava-se contra o poder omissor, mas caberia ao judiciário tão somente comunicá-lo de sua lacuna, sem nada poder fazer para garantir

¹³ No julgamento da QO MI nº 107, Moreira Alves elenca indícios da natureza mandamental da ação: (1) a denominação de “mandado”; (2) a previsão de recurso ordinário ao STF, caso seja denegatória a ordem – art. 102, II, “a”; (3) a competência para julgamento ser definida em razão do órgão que deveria suprir a omissão, o que indica que tais órgãos deveriam integrar a lide.

seu suprimimento. Ou seja, embora fosse reconhecida à decisão do MI natureza mandamental, esta diluía-se em mera declaração, posto que, embora o judiciário não suprisse a lacuna em substituição ao órgão omissor, nada lhe era imposto como sanção pelo descumprimento da ordem judicial, em respeito à separação de poderes.

Paralelamente a esta discussão, o embate de ideias fez com que a doutrina se dividisse em duas grandes correntes. De um lado estavam os não-concretistas¹⁴, aqueles que sustentavam não dispor o Supremo de qualquer poder para dar solução concreta para o caso que lhe fosse submetido, devendo tão somente declarar a mora legislativa, ou seja, tratar-se-ia de uma ação de caráter mandamental; de outro lado, encontravam-se os concretistas, aqueles que entendiam dever o tribunal dar uma solução concreta (constitutiva) para o caso, dividindo-se esta corrente entre os que acreditavam que tal solução deveria ter cunho individual¹⁵ e os que acreditavam que a decisão deveria ter caráter geral¹⁶, *erga omnes*. Frise-se que esta corrente “concretista geral”, era mitigada pela idéia de que se o direito dependesse da organização de determinada atividade ou de determinado serviço público ou, ainda, da disposição de recursos públicos, deveria ser reconhecido o descabimento do MI. Acrescente-se, ainda, que a corrente “concretista individual” se subdividia em “direta”¹⁷ e “intermediária”¹⁸, ou seja, entre aqueles que entendiam estar o judiciário obrigado a conceder prazo razoável para edição da lei ausente antes da decisão satisfativa, e os que acreditavam poder a decisão judicial conceder o pleiteado imediatamente, independente da concessão de prazo para suprimimento da lacuna.

Ação de legitimidade ativa bastante ampla, o MI pareceu num primeiro momento uma solução para o problema da omissão legislativa, entretanto, a

¹⁴ Nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 277.; MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 141.

¹⁵ Nesse sentido: PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 290-291.

¹⁶ Nesse sentido: GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 184.

¹⁷ Nesse sentido: TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 198-199.; CARAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 225.; SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 394.; PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 138; GOMES, Luiz Flávio. **Anotações sobre o mandado de injunção**. RT, 647/43.

¹⁸ Segundo Alexandre de Moraes (p. 189), nesse sentido se posicionava o Ministro Neri da Silveira quando no STF. Também nesse sentido: MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo-SP: Atlas, 2006. p.172.

experiência demonstrou o contrário. Decidindo o STF que a ação era auto-aplicável, prescindindo de regulamentação específica, houve, a princípio uma aplicação bastante insatisfatória. Como explicado anteriormente, firmou-se desde muito cedo no STF a noção de que a atividade da corte estaria adstrita a identificação e declaração da inconstitucionalidade por omissão, cabendo ao legislativo produzir, ou não, a norma ausente¹⁹. Se por um lado esta auto-limitação da corte observava de forma absoluta o princípio da separação dos poderes, por outro ultrajava frontalmente os direitos constitucionalmente deferidos aos cidadãos.

Retomemos o MI nº 107 de 1989, de relatoria do Min. Moreira Alves. Nesta ação, oficial temporário das forças armadas, prestes a ser compelido a passar para a reserva, pedia a prolação de decisão “normativa” em razão da omissão do presidente da república na propositura de lei para regulamentar a duração de serviço dos temporários em âmbito militar, conforme previa o art. 42, §9º, do ADCT.

Julgando o caso, o tribunal rapidamente afastou a concepção concretista (vista nos parágrafos anteriores) argumentando que lei posterior não poderia afetar a coisa julgada, de modo que a decisão do supremo, veiculando uma regra geral ou concreta, não poderia ser modificada pelo legislador. Além disso, a imposição de uma regra geral pelo STF encontraria obstáculos insuperáveis nos princípios constitucionais da separação dos poderes e da democracia, assim como na falta de previsão legal que abrisse ao judiciário a possibilidade de criação de norma geral, ainda que de vigência provisória. Afirmou-se, igualmente, que essas normas criadas pelos tribunais imporiam obrigações a terceiros, o que só poderia ser feito mediante lei ou com fundamento em lei, sob pena de ferir o princípio da reserva legal, consagrado no art. 5º, II, CF. Paralelamente, avaliando a visão mitigada da corrente concretista geral, entendeu o Supremo que os casos de inadmissibilidade do MI por eles elencados implicariam na inteira dispensabilidade da garantia, razão pela qual se deve afastar essa concepção e reconhecer que, de fato, o MI seria aplicável ainda que o direito buscado dependesse da organização de determinada atividade, serviço público ou, ainda, da disposição de recursos públicos.

Desta forma, o MI serviria à garantia de direitos constitucionalmente assegurados, inclusive os direitos derivados da soberania popular e os direitos sociais, que não pudessem ser exercidos em virtude de omissão total ou parcial do legislador,

¹⁹ O MI 107, de Relatoria do Min. Moreira Alves, foi paradigmática neste sentido, levando certo tempo até que a corte revisse seu entendimento.

devido o STF reconhecer a mora legislativa, declarar a inconstitucionalidade da omissão e comunicar tal fato ao órgão legiferante para que esse tome as medidas necessárias à sua correção.

Entretanto, esta orientação bastante conservadora se mostrou insuficiente para os fins do MI – o suprimento das lacunas legislativas –, passando o STF, ao longo dos próximos anos, a adotar posição mais progressista e concretista, como veremos a seguir, analisando a evolução jurisprudencial da matéria²⁰.

Em 1991 a orientação do MI nº 107 começou a ser substituída por outra de caráter “concretista”. No julgamento do MI nº 283, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual cidadãos buscavam a regulamentação da reparação prevista no art. 8º, §3º, do ADCT, fixou-se prazo de sessenta dias para a criação da lei que daria aplicabilidade ao mencionado dispositivo, após o qual, caso o legislativo não se houvesse desincumbido de sua obrigação, poderia o indivíduo buscar o ressarcimento nas instâncias ordinárias segundo as regras do direito civil. E mais, segundo a decisão, não poderia a edição de lei posterior prejudicar a coisa julgada nesse processo formada, embora o requerente pudesse se valer desta possível lei no que lhe beneficiasse. No mesmo ano, no MI nº 284, de relatoria do Ministro Celso de Mello, tratando da mesma matéria, decidiu-se pelo ressarcimento direto dos requerentes nas instâncias ordinárias, uma vez que já havia vencido o prazo estipulado no MI nº 283 sem que a lei necessária fosse criada.

No ano seguinte procedeu-se da mesma forma no julgamento do MI nº 232, que tratava sobre a Concessão de imunidade para contribuição de seguridade social às entidades beneficentes de assistência social, conforme previsto no art. 195, §7º, da CF. Foi estipulado prazo de seis meses para a edição da lei necessária, aduzindo-se na sentença que, vencido este prazo, faria a impetrante jus a imunidade.

Assim, começou a fazer mais sentido a tese de que as decisões proferidas no julgamento de MI tivessem caráter mandamental²¹, comunicando o estado de inconstitucionalidade (mora) ao poder legislativo e estipulando prazo razoável para feitura da lei, porém transferido a tarefa para outro poder uma vez vencido este prazo.

²⁰ Os julgados que serão vistos a seguir foram selecionados em razão de sua importância para o desenvolvimento do instituto do Mandado de Injunção, segundo apontamentos doutrinários. Através deles buscamos apenas demonstrar a aproximação gradual da suprema corte de uma concepção concretista, primeiro individual e depois geral.

²¹ MENDES, Gilmar. **Mandado de Injunção**. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/387/275>. Acesso em: 17/04/2012. p. 11.

Ou seja, caso o legislativo, após o reconhecimento da mora, não editasse a lei cabível, o indivíduo que buscasse a tutela de seus direitos no judiciário deveria ser atendido, sob pena, desta vez, de mora judicial.

O caráter mandamental das decisões de MI surgiria, dentro da classificação quaternária das ações de conhecimento²², da condenação judicial do poder omisso acompanhada de medidas sancionatórias, punitivas ou premiaias, destinadas a estimular o cumprimento voluntário da obrigação reconhecida. Em respeito ao princípio da separação de poderes, entretanto, o judiciário não impunha qualquer destas medidas, de modo que, embora reconhecida a mandamentalidade da decisão do MI, o que ocorria efetivamente era sua diluição em mera declaração.

Em 2007, no MI nº 721, servidora do Ministério da Saúde, auxiliar de enfermagem com mais de 25 anos de serviço considerado insalubre, buscava a regulamentação do direito a aposentadoria especial assentado no art. 40, §4º, CF. Novamente, o STF entendeu que caberia não apenas reconhecer a mora do legislador, mas viabilizar o exercício deste direito, e, por isso, mandou aplicar a disciplina específica da aposentadoria especial dos trabalhadores em geral, do art. 57, §1º da Lei nº 8.213/91.

Uma mudança mais profunda se operou no julgamento dos MIs nº 670, 708 e 712. Na solução da controvérsia o STF operou uma significativa revisão jurisprudencial, retificando por conta própria a ausência de regulamentação do inciso VII do art. 37 da CF – que garante o direito de greve ao funcionalismo público –, mandando aplicar a lei que regula o exercício do direito de greve na iniciativa privada. Entretanto, muito questionou-se, e ainda se questiona, sobre a constitucionalidade da utilização de sentenças deste tipo – que o tribunal classifica como aditivas²³ –, onde se rompe com o dogma da corte constitucional como legislador negativo.

Sobre a matéria, havia o STF inicialmente se posicionado, no MI nº 20, no sentido de que o direito de greve do servidor público, previsto no art. 37, VII, da Constituição, não poderia ser exercido antes da edição de lei que o regulamentasse,

²²A classificação quaternária das ações de conhecimento, fruto do caráter sincrético que o processo brasileiro atualmente tem, divide-as em: executivas em sentido amplo, mandamentais, meramente declaratórias e constitutivas. As características das ações mandamentais seria a execução indireta, ou seja, a imposição de sanções punitivas ou premiaias à parte vencida para que esta cumpra por seus próprios meios com aquilo que a sentença lhe impõe.

²³ Veremos o conceito de sentenças aditivas no capítulo seguinte.

em razão de tratar-se de norma constitucional de eficácia limitada desprovida de auto-aplicabilidade, entendimento este que foi reafirmado nos MIs nº 485 e 585, sempre reconhecendo a mora legislativa, sem tomar nenhuma outra providência para a efetivação do direito discutido, seguindo a linha do MI nº 107.

Posteriormente, verificou-se o início da tendência às soluções normativas²⁴. Primeiramente na manifestação do Min. Carlos Velloso, julgando o MI nº 631 de 2002, recomendando a aplicação da lei de greve dos trabalhadores em geral para regulamentar a matéria até que o legislativo fizesse uso de sua competência, e, ulteriormente, na manifestação em idêntico sentido dos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes, nos Mis nº 712 e 670, respectivamente.

Em outubro de 2007 o Supremo prolatou sentença de caráter aditivo (sinalizando posicionamento concretista geral), pelo qual estendeu a aplicabilidade da lei de greve dos trabalhadores em geral²⁵ (Lei nº 7.783/89) aos servidores públicos. No plano procedimental, entendeu-se pela aplicação da lei nº 7.701/88 para os dissídios de greve envolvendo o poder público e servidores públicos. Frise-se que a prolação desta sentença visa, diante de uma sistemática conduta omissiva do poder legislativo, garantir, minimamente, direitos de matriz constitucional através da regulação provisória (aceita, em geral, quando integra ou completa um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora solução constitucionalmente obrigatória), sem, no entanto, assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa.

Ainda assim, questiona-se muito na doutrina se a utilização deste tipo de sentença, que implica em algum nível de criação judicial de norma, seria compatível com a Constituição brasileira em razão da previsão do princípio da separação de poderes e, conseqüentemente, se disporia o judiciário de legitimidade para tal prática. Para que possamos entender melhor a questão, buscaremos, no próximo capítulo, expor as novas técnicas decisórias, surgidas do robustecimento do sistema de controle de constitucionalidade, dentre as quais encontra-se a sentença aditiva. O tratamento das diversas técnicas é necessário para que tenhamos um rigor técnico mínimo, evitando a confusão de conceitos, e para que possamos delinear de forma satisfatória as sentenças aditivas.

²⁴ O conceito de sentenças normativas será abordado no próximo capítulo.

²⁵ Visto tal posicionamento doutrinário dentro deste mesmo tópico.

2. **Novas técnicas decisórias: as sentenças intermediárias.**

Primeiramente é necessário que façamos algumas distinções, pois os conceitos e termos utilizados pelo Supremo não são unívocos e parecem sobrepor-se em diversas ocasiões. Para tanto, nos valeremos da classificação proposta por José Adércio Leite Sampaio²⁶, por ser a mais completa sobre o tema e por permitir uma visão mais clara da matéria. Nela poderemos identificar onde se inserem as sentenças aditivas dentro das novas técnicas decisórias desenvolvidas pelo judiciário no processo de robustecimento por que tem passado o sistema de controle de constitucionalidade. É necessário que verifiquemos as características da sentença aditiva para que possamos a comparar com o que se tem, no ordenamento pátrio, chamado de sentença aditiva, após o que poderemos enfim verificar se esta é ou não compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo-se em vista a separação de poderes. A primeira clivagem que o autor propõe divide as novas técnicas decisórias²⁷ em sentenças normativas (manipulativas) e sentenças transitivas (ou transacionais).

2.1. **Classificação e conceituação de sentenças transitivas.**

As sentenças transitivas apresentam um pronunciamento sobre a constitucionalidade, transacionando com o princípio da supremacia da constituição. Ou seja, em tais sentenças não apenas se reconhece uma situação de inconstitucionalidade, mas também tolera-se tal situação em respeito a direitos fundamentais ou princípios de ordem constitucional. Assim surgem: (a) as declarações de inconstitucionalidade sem efeito ablativo, (b) as declarações de inconstitucionalidade com ablação diferida, (c) sentenças apelativas e (d) sentenças de aviso.

A declaração de inconstitucionalidade sem efeito ablativo é plenamente admitida em nosso ordenamento. Em razão da especial preocupação que o legislador constituinte teve para com a omissão inconstitucional, criando mesmo dois

²⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte – MG: Del Rey, 2002. p. 208-225.

²⁷ Reunidas sob a nomenclatura de “sentenças intermediárias” no VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus.

instrumentos para o seu controle, e em razão da desnecessidade de decretação da nulidade de quaisquer dispositivos nestes casos, entende Gilmar Mendes que “a Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*”²⁸. Este é o tipo de pronunciamento que, segundo o art. 103, §2º, da Constituição, deve ser dado nas ADOs. Também nesta situação podem ser encaixadas as hipóteses de reconhecimento da omissão inconstitucional em MI, numa perspectiva não concretista, e a declaração de inconstitucionalidade resultante de ADIns interventivas. Ademais, este tipo de decisão deve ser prolatada quando se verificar que a mera retirada da norma inconstitucional, na prática, seria ainda mais prejudicial à consecução dos objetivos constitucionais que sua permanência no mundo jurídico.

No ordenamento espanhol este tipo de decisão geralmente vem acompanhada de ordem para que se paralise todos os processos envolvendo a matéria até que o legislativo crie lei para sua regulamentação, ou atribuição de prazo razoável para que o legislativo modifique ou substitua a lei inconstitucional. Este tipo de decisão também pode ser verificada na Alemanha e na Itália. Vejamos um exemplo:

“Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme à Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente. Quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional, não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar ‘para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal’, técnica essa que se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade ‘sem redução do texto’ em decorrência de este permitir ‘interpretação conforme à Constituição’.” (ADI 1.344-MC, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 18-12-1995, Plenário, DJ de 19-4-1996.)²⁹

As sentenças de inconstitucionalidade com ablação diferida também são plenamente admitidas em nosso ordenamento pela superveniência do art. 27 da Lei nº 9.868/99, que permite ao órgão julgador a modulação temporal dos efeitos ablativos da decisão, de modo a melhor atender ao interesse público. Através destas decisões dá-se à sentença de inconstitucionalidade efeitos *ex nunc*, no lugar dos habituais *ex*

²⁸ MENDES, Gilmar. **Mandado de Injunção**. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/387/275>. Acesso em: 17/04/2012.

²⁹ No mesmo sentido: ADI 3.046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15-4-2004, Plenário, DJ de 28-5-2004. Vide: ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010; ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009.

tunc, ou protraí-se a produção de efeitos da sentença para momento posterior, transferindo-se a retirada da norma do ordenamento para momento futuro, tudo isto em vista da necessária manutenção da segurança jurídica ou de razões de interesse público. A modulação de efeitos, no Brasil, depende de aprovação por dois terços dos membros do STF.

Surgidas no ordenamento austríaco, este tipo de decisão foi incorporada pela Constituição portuguesa (art. 282), cuja previsão serviu de modelo para o mencionado art. 27, onde se lê que “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”. Um exemplo de aplicação deste tipo de sentença nos é dado por Sampaio, que resume o julgamento da ADI nº 1.504/RS:

“(...) que tinha por objeto leis criadoras de diversos municípios gaúchos. Referidas leis previam, em consonância com o artigo 29, III, da Constituição Federal, que os novos municípios se instalariam em 1º de janeiro de 1997, partindo da premissa de que os prefeitos, vice-prefeitos e vereadores seriam eleitos no pleito de 1996. Todavia, isso não veio a ocorrer em decorrência de decisão do Tribunal Regional Eleitoral daquele Estado, que terminou por vir a ser reformada pelo Tribunal Superior Eleitoral só que a destempo para ultimação de providências necessárias à sua realização. Considerou-se assim que essa previsão legal passou a ser inconstitucional a partir do momento em que não fora possível a eleição naquele ano.”³⁰.

As sentenças apelativas são assim denominadas por seu intuito de chamar a atenção do legislador para uma determinada situação marcada pela eminência de inconstitucionalidade. No direito constitucional alemão, onde são mais desenvolvidas, estas sentenças são chamadas de “apelo ao legislador” (*Appellentscheidung*). São também conhecidas como sentenças de inconstitucionalidade progressiva ou de reconhecimento de leis ainda constitucionais e são já razoavelmente difundidas em nosso ordenamento, podendo ser verificadas no HC 70.514 (julg. 23-3-1994, Rel. Min. Sydney Sanches) e no Rext Criminal 147.776 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Um exemplo pode ajudar a esclarecer a hipótese.

RE 341.717-SP* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO
EMENTA: MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL EX DELICTO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 68. NORMA

³⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte-MG: Del Rey, 2001. p. 175.

AINDA CONSTITUCIONAL. ESTÁGIO INTERMEDIÁRIO, DE CARÁTER TRANSITÓRIO, ENTRE A SITUAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ESTADO DE INCONSTITUCIONALIDADE. A QUESTÃO DAS SITUAÇÕES CONSTITUCIONAIS IMPERFEITAS. SUBSISTÊNCIA, NO ESTADO DE SÃO PAULO, DO ART. 68 DO CPP, ATÉ QUE SEJA INSTITUÍDA E REGULARMENTE ORGANIZADA A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL. PRECEDENTES.

Neste caso temos uma aparente antinomia entre o art. 68 do Código de Processo Penal (CPP), que comete ao Ministério Público (MP) a titularidade para execução da sentença penal condenatória ou ação civil – ambas voltadas à reparação de dano – caso seu titular seja pobre, e artigos 127 e 134 da Constituição, que cometem este tipo de competência à defensoria pública. Reconhecendo a inexistência, em determinadas localidades, de órgão da Defensoria Pública, bem como a fragilidade institucional desta em algumas das localidades onde já se faz presente, entende o julgador haver à princípio uma situação de incompatibilidade entre as normas, situação que em condições normais levaria à retirada da norma inconstitucional do ordenamento. Entretanto, a manutenção da norma do CPP deve ser tolerada em prol do interesse público, havendo que se reconhecer sua inconstitucionalidade apenas na medida em que a defensoria pública se faça presente na localidade do caso concreto. Como há uma tendência de universalização da presença desta instituição, há uma situação de inconstitucionalidade progressiva, ou seja, eventualmente, quando a defensoria estiver presente em todas as comarcas do país, o art. 68 do CPP será inteiramente inconstitucional.

Finalmente, temos as sentenças de aviso, também denominadas de *prospective overruling*, onde a corte prenuncia uma mudança de entendimento jurisprudencial futura. Neste caso, situações semelhantes já foram submetida à corte, que se pronunciou pela constitucionalidade, criando com isso um precedente, mas, posteriormente, verificou-se (pela superveniência de novos argumentos ou pela alteração na composição do órgão) que outro posicionamento seria mais adequado, razão pela qual a corte admite a mudança de seu precedente, mas não o aplica no caso em concreto que lhe é submetido, resguardando sua aplicabilidade para momento futuro, de modo a consolidar as situações constituídas até então, fundadas na confiança que se tinha no precedente. Em outras palavras, há uma modulação da mudança de orientação jurisprudencial, operada com fundamento na confiança que a sociedade tinha em relação à orientação anterior. Por óbvio que este tipo de sentença

tem importância mais acentuada em ordenamentos jurídicos de *commom law*, onde os precedentes detêm importância primordial como fontes do direito.

Em suma, diferenciando as situações anteriormente apresentadas, temos que: (1) nas sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo estão os casos em que a decretação da nulidade de dispositivo não serve para sanar o estado de inconstitucionalidade, posto que no mais das vezes este é caracterizado pela omissão estatal; (2) nas sentenças de inconstitucionalidade com ablação diferida encontramos uma situação já inconstitucional que, no entanto, é tolerada, em prol de algum outro princípio ou valor de ordem constitucional; (3) nas sentenças apelativas é reconhecida uma situação de constitucionalidade que, em razão de alguma alteração fática ou jurídica futura, tornar-se-á inconstitucional; e (4) nas sentenças de aviso temos o reconhecimento de uma situação de inconstitucionalidade que gera alteração da jurisprudência para os casos futuros, de modo a estabilizar as situações anteriormente constituídas com base na confiança a que o precedente faz jus no seio da sociedade.

Como a corte constitucional não abandona em essência seu papel de legislador negativo nestas hipóteses, no máximo se abstendo de fazer uso de tal poder, estas técnicas não suscitam maiores controvérsias, muito embora relativizem um princípio basilar em um estado constitucional, como o nosso: a supremacia da constituição. Como em tais sentenças a corte procura apenas manter no ordenamento uma norma que a priori seria inconstitucional, ela, quando muito, deixa de reconhecer a nulidade da norma, mitigando o princípio da supremacia constitucional em nome da segurança jurídica, do interesse público e da separação de poderes. Por esta razão, e também pelo fato de não serem relevantes para o recorte que o presente trabalho pretende adotar, não as analisaremos com mais detalhes.

2.2. Classificação e conceituação de sentenças normativas.

As sentenças normativas, a seu turno, são aquelas que importam em algum tipo de criação judicial de norma de caráter geral e vinculante. Estas podem ser divididas em: (a) sentenças de interpretação conforme a constituição, (b) sentenças aditivas, (c) sentenças aditivas de princípio e (d) sentenças substitutivas.

A técnica de interpretação conforme a Constituição cabe em relação àqueles dispositivos que permitem várias interpretações, extirpando a corte aquelas que

entender incompatíveis com o texto constitucional até a redução do seu significado àquele único que for entendido conforme a Constituição. Desta forma, a corte acaba impondo um determinado entendimento que se torna vinculante e, neste sentido, podemos dizer que há um aspecto normativo em sua decisão. Gilmar Mendes, inclusive, entende que há uma enorme aproximação entre a atividade do judiciário como legislador negativo no controle de constitucionalidade e uma atuação como legislador positivo:

“(...)enquanto pretendo “legislador negativo”, o Supremo Tribunal Federal – bem como qualquer outra Corte com funções constitucionais – acaba por exercer um papel de “legislador positivo”. É que o poder de eliminar alternativas normativas contém, igualmente, a faculdade de, por via direta ou transversa, indicar as fórmulas admitidas ou toleradas.”³¹.

O art. 28, parágrafo único, de lei n. 9.868/99 admite expressamente a utilização da técnica em comento, havendo, inclusive, parte doutrina³² que sustenta haver aí uma permissão para a utilização de sentenças manipulativas (normativas em geral), entendendo a expressão “interpretação conforme a Constituição” em sentido amplo³³. Ora, havendo lei que admite a existência da referida técnica não restam maiores dúvidas acerca de sua aplicabilidade. Vejamos um exemplo de aplicação, que também ajuda a compreender um pouco de suas características:

“As decisões consubstanciadoras de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive aquelas que importem em interpretação conforme à Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando proferidas pelo STF, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de eficácia contra todos (erga omnes) e possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e Tribunais, bem assim em face da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, impondo-se, em 27días²⁷ência, a necessária observância por tais órgãos estatais, que deverão adequar-se, por isso mesmo, em seus pronunciamentos, ao que a Suprema Corte, em manifestação subordinante, houver decidido, seja no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, seja no da ação declaratória de constitucionalidade, a propósito da validade ou

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas**. Revista Jurídica virtual. Ano 01. v.01, mai. 1999. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/teoria.htm. Acesso em: 12/06/2012.

³² Neste sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 146; GUSTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. In **Neoconstitucionalismo(s)**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 63-67.

³³ A doutrina italiana toma a expressão “interpretação conforme a constituição” em sentido amplo para designar as sentenças de caráter manipulativo, posto que elas, em maior ou menor medida, conforme a espécie, valem-se da interpretação conforme a constituição enquanto princípio de interpretação. A expressão também pode ser utilizada em sentido estrito para designar um dos tipos de sentenças manipulativas, onde, com ou sem redução de texto, mantém-se uma norma no ordenamento impondo-se uma determinada interpretação, de modo a afastar outras incompatíveis com a Constituição.

da invalidade jurídico-constitucional de determinada lei ou ato normativo.” (Rcl 2.143-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-3-2003, Plenário, DJ de 6-6-2003.)

As sentenças aditivas são aquelas que declaram a inconstitucionalidade de um dispositivo em razão da insuficiência de sua previsão, ou seja, tratamos de uma norma que deixou de dizer algo que deveria ter dito, que omitiu disposição imposta pela lógica do sistema legislativo ou constitucional (*a rime obbligate*, segundo a doutrina italiana), aferida por uma operação de integração analógica ou interpretação extensiva. Entretanto, - e isto é que caracteriza sua natureza normativa – ao lado deste reconhecimento da inconstitucionalidade surge um componente de caráter aditivo, ou seja, o órgão julgador acrescenta a parte omitida à norma, tornando a disposição plenamente constitucional e mantendo-a no ordenamento.

É mais fácil encontrar sentenças deste tipo na correção de disposições parcialmente inconstitucionais por afronta ao princípio da isonomia – aliás é para tais situações que a idéia de sentença aditiva foi originalmente cunhada –, mas isso não impede que tracemos um paralelo para os casos de Mandado de Injunção. Nestas ações também é possível identificar uma situação de inconstitucionalidade, decorrente da omissão ante uma obrigação de legislar imposta pela própria Constituição, juntamente com a possibilidade de suprimento da lacuna pelo próprio judiciário.

À princípio, as sentenças aditivas atuariam dentro de uma determinada lei, fazendo simultaneamente uma ponderação desconstrutiva, identificando um preceito inconstitucional – por omissão de algum elemento que, de acordo com a sistemática constitucional ou legislativa, deveria estar presente –, e uma ponderação reconstrutiva, que adita à lei o elemento preterido conferindo ao diploma plena constitucionalidade. Vale dizer que a norma criada deve guardar coerência com a Constituição, com o restante da legislação e também com a própria lei que é submetida a análise judicial, falando-se, por isso, em obediência à vontade presumida do legislador.

No Brasil, a técnica ganhou novas cores com o julgamento dos MI n° 670, 708 e 712. Nestes casos a inconstitucionalidade por omissão não estaria presente numa lei, mas decorreria do descumprimento de uma ordem constitucional para legislar, e, por isso, com o fito único de sanar o vício omissivo, a corte atuaria criando as normas estritamente necessárias ao exercício do direito violado e sempre seguindo a lógica constitucional e legislativa, numa operação de adequação da norma criada ao sistema

jurídico subjacente, algo semelhante à pretendida obediência à vontade presumida do legislador. Vale dizer que, embora as ementas dos MI n° 670 e 708 não tratem as decisões proferidas como casos de sentença aditiva, no julgamento da ADI n° 3.510 o Min. Gilmar Mendes se refere aos casos como claros exemplos de prolação de sentença aditiva, razão pela qual também tachamos a decisão da corte nos referido julgados de aditiva.

Como exemplo de sentença aditiva no ordenamento pátrio tomemos o julgamento da ADI 2652. Embora no julgado fale-se em interpretação conforme a constituição, é claro seu caráter aditivo em função da univocidade do comando impugnado e da solução adotada pelo judiciário, que adita novos elementos à previsão – ainda que não haja alteração na literalidade do texto – para mantê-lo no ordenamento.

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 10358/2001. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na parte em que ressalva “os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB” da imposição de multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada, para afastar o injustificado discrimen. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos.”(ADI n° 2.652, Rel. Min. Mauricio Corrêa, julgamento em 07-05-2003, Plenário, DJ de 14-11-2003).

As sentenças aditivas de princípio, embora tenham sido elencadas por José A. L. Sampaio³⁴ como sentenças normativas, não merecem tal categorização, pois apenas reconhecem a inconstitucionalidade e apontam diretrizes para o tratamento da matéria, cabendo o aditamento do dispositivo impugnado ao próprio legislador dentro de prazo que o judiciário entenda razoável. Desta forma o tribunal não sai de seu papel de legislador negativo, apenas mencionando em *obiter dicta* as linhas gerais que

³⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte-MG: Editora Del Rey, 2002. p. 215-217.

reputa necessárias ao novo tratamento da matéria pelo legislativo, mas, em essência, o caso parece ser de declaração de inconstitucionalidade sem efeitos ablativos.

As sentenças substitutivas, ao contrário das aditivas, declaram a inconstitucionalidade de uma disposição pelo que ela diz, ou seja, não se trata de previsão insuficiente, mas de previsão diversa daquela imposta pela lógica do sistema jurídico. Assim, também temos uma componente ablativa, que anula a disposição impugnada, e outra “reconstrutiva”, que insere na norma a disposição preterida. O STF não tem larga experiência na utilização de sentenças substitutivas, razão pela qual não mais nos ocuparemos com elas.

É necessário frisar que na prática sentenças normativas (manipulativas) têm sido aplicadas de forma um tanto confusa, muitas vezes aplicando-se uma em substituição a outra. Isto é bastante compreensível dado que, em sua origem, todas as técnicas têm o mesmo objetivo de manutenção no ordenamento jurídico de uma lei que à princípio seria, ou poderia ser, inconstitucional. A diferença está na forma em que será feita esta manutenção. No caso das “interpretações conforme”, teremos a escolha pelo judiciário de uma determinada interpretação dentre as várias cabíveis à partir do texto equívoco da lei; nas sentenças aditivas teremos a inclusão de um elemento cuja ausência gera inconstitucionalidade; e nas sentenças substitutivas observamos a retirada de um comando unívoco, que vem no lugar de outro que o judiciário entende ser preferível, de acordo com o ordenamento, e que é incluído na lei. Da mesma forma, no caso das sentenças transitivas temos o intuito de manutenção no ordenamento de comandos inconstitucionais, ao menos à priori.

Ademais, verificamos que a técnica decisória de “sentença aditiva” aplicada ao Mandado de Injunção difere em alguns pontos da original, embora a doutrina não deixe de denominá-la como tal e de enxergar que, em essência, as duas técnicas são bastante semelhantes. A semelhança reside no fato de que as duas técnicas ensejam algum tipo de criação judicial de normas. A diferença está no fato de que no modelo original a atividade criadora é mais restrita, uma vez que já existe uma lei que serve de parâmetro para a atuação da corte (embora esta se sirva também da constituição como baliza), ou seja, a omissão aqui tratada é parcial, geralmente advinda do desrespeito ao princípio da isonomia. A sentença aditiva exarada no MI 670 trabalha com uma omissão total, tendo como parâmetro a CF e a legislação vigente, o que torna sua atuação mais livre, porém lhe exige mais consistente fundamentação para justificar sua atuação. É ao estudo da compatibilidade deste tipo de decisão com o

ordenamento jurídico, na perspectiva da separação de poderes, que dedicaremos o próximo capítulo.

Por fim, notamos que estas novas técnicas sinalizam não uma subversão do princípio da supremacia da constituição ou da idéia do judiciário como legislador negativo, mas um amadurecimento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, abrindo aos magistrados um arsenal decisório que permite respostas mais adequadas, de um ponto de vista constitucional, às situações que lhe são trazidas. Talvez o desconforto sentido por uma parte da doutrina e da jurisprudência surja pela evidenciação do caráter político da atuação judicial que estas decisões trazem à tona. Em relação às sentenças intermediárias, enfim, acreditamos que não deve ser a busca do reconhecimento de sua inadmissibilidade o ponto focal de seu tratamento, mas o estudo dos limites de sua utilização pelo judiciário.

A partir das 31dérias já traçadas poderemos finalmente verificar a compatibilidade da atuação do judiciário quando prolata sentenças aditivas com o ordenamento jurídico em função da separação de poderes e, em consequência deste princípio, da suposta ausência de legitimidade do judiciário, argumentos geralmente invocados pela doutrina para opor-se a tal prática.

3. Da compatibilidade entre sentenças normativas de carácter aditivo e o ordenamento jurídico brasileiro.

Em que pese a utilização de sentenças com efeito aditivo tenha produzido uma verdadeira revolução no tocante aos efeitos do Mandado de Injunção, retirando a ação do desuso em que se encontrava e permitindo a efetiva reparação das omissões legislativas inconstitucionais, muitos questionam se cabe à corte constitucional proferir este tipo de decisão. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira³⁵, por exemplo, não admitem que uma corte constitucional deixe seu papel de legislador negativo “sob pena de usurpação de poder e de violação da regra de separação das funções constitucionais”, o que acaba sendo, de modo geral, o argumento dos daqueles se opõem à prolação de sentenças aditivas. Existem, ainda, aqueles que, como Carlos Blanco de Moraes³⁶ e Rui Medeiros³⁷, admitem o seu uso, em situações excepcionais, para retificar normas que impliquem em ultraje do princípio da isonomia, devendo prevalecer na generalidade dos casos o estrito respeito à separação de poderes.

Nas próximas linhas nos dedicaremos ao estudo dos argumentos de maior calibre contrários à prolação de sentenças aditivas pelo STF, a saber: o princípio da separação de poderes e a falta de legitimidade do judiciário para atuar como legislador positivo.

3.1. Abordagem Crítica do Princípio da Separação de poderes.

Apesar de já haver um certo delineamento da teoria da separação de poderes em Aristóteles, que dividia as funções estatais em ramos semelhantes aos atuais legislativo, executivo e judiciário, tal doutrina não encontrou interesse prático até a idade moderna, quando Montesquieu retoma a ideia de separação de poderes para propor a contenção do poder real. Dessa forma, preferimos entender que a concepção da separação de poderes tem sua raiz – e primeira aplicação efetiva – na idéia inglesa de *rule of law*, vigente já no século XII, segundo a qual não seria possível concentrar

³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3ª ed. rev. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 1045.

³⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 428.

³⁷ MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 501.

num mesmo indivíduo ou órgão as funções de criar e aplicar a lei. Posteriormente, o princípio ganhou formulação própria através das idéias de Rousseau e Montesquieu.

De Rousseau, extraímos que o poder soberano tem o povo por titular, estando integralmente depositado no poder legislativo. Nesse sentido, a existência dos poderes executivo e judiciário serviria apenas para a garantia do primado da lei, como aparato de aplicação desta, e não exatamente para a promoção do equilíbrio e limitação dos poderes estatais. Montesquieu, a seu turno, construiu seu modelo de separação de poderes com base numa sociedade estamental, ligando cada um de seus segmentos a um ramo do Estado, chegando mesmo a esboçar um sistema de controle do poder pelo poder.

Foi apenas na revolução americana que a separação de poderes adquiriu sua conformação atual pela síntese das duas concepções anteriormente citadas. De Rousseau, empresta-se a idéia de que o poder emana do povo, enquanto de Montesquieu se absorve o intento de efetiva separação de poderes – embora desprovido da idéia de correspondência a diferentes estratos sociais, uma vez que a sociedade americana punha todos os seus cidadãos em condição de igualdade. A isso é somado, através do trabalho de James Madison (O Federalista n. 51, de 1788), o sistema de *checks and balances*, verdadeiro desdobramento das idéias esboçadas por Montesquieu, que cria uma espécie de interdependência entre os poderes estruturais do Estado, nascendo a separação de poderes como a conhecemos hoje.

Assim, a separação de poderes acaba se convertendo num dos pilares do liberalismo. Segundo Norberto Bobbio, a superveniência do Estado liberal, em oposição ao absolutista, significou a instituição de uma série de mecanismos de limitação ao exercício arbitrário do poder estatal. Primeiramente instaura-se uma espécie de limite externo ao poder estatal, representado pelo reconhecimento dos direitos fundamentais, entendidos à época como direitos naturais (daí a sua externalidade e anterioridade); paralelamente criam-se limites internos, o que se traduz na instituição da separação de poderes; finalmente, retira-se a titularidade do poder soberano do monarca para transferi-la ao povo³⁸.

Retomando a concepção de Montesquieu de separação de poderes, presente no célebre “O espírito das leis” e base de todo o desenvolvimento doutrinário posterior sobre o assunto, entendemos que a moderação do poder é condição indispensável à

³⁸ BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3. ed. Brasília: UnB, 1995. p. 15-17.

liberdade, e que tal moderação só existe quando “pela disposição das coisas, o poder freie o poder”³⁹. É com o propósito de que o poder seja exercido de forma moderada, sem o cometimento de abusos, que Montesquieu o triparte, conferindo a cada ramo funções específicas, a serem exercidas por pessoas ou grupos (estratos) sociais diferentes – ou seja, Montesquieu preocupa-se também com a separação subjetiva dos poderes, impedindo sua concentração numa mesma pessoa ou grupo. Deste arranjo, podemos inferir que age legitimamente o Poder que, verificando que outro abusa de suas prerrogativas institucionais, interfere para o restabelecimento – ou estabelecimento – da normalidade. Em outras palavras, quando houver desrespeito aos direitos dos cidadãos por um dos Poderes, devem os demais agir restando a atuação irregular e abusiva de seu exercente.

Montesquieu, por outro lado, não criou uma forma de separação absoluta, prevendo interferências de um Poder sobre o outro, como, por exemplo, o poder de veto do rei (executivo) ou a necessidade de prestação de contas do executivo ante o legislativo. Vê-se assim, que o poder em sua concepção é único, havendo, na verdade, uma repartição de funções.

Desta forma, devemos ter em mente em todos os momentos que o aspecto mais relevante da separação de poderes reside na sua finalidade prática, que afasta de forma eficaz o exercício arbitrário do poder – embora também se possa enxergar um efeito positivo da separação de poderes na melhoria do serviço oferecido ao cidadão decorrente da cada vez maior especialização de cada ramo. É o respeito a essa finalidade que justifica a instituição de freios recíprocos entre os poderes ou a eventual atuação interventiva de um Poder no campo de funções do outro. Nesse sentido, afirma Marilene Rodrigues:

A independência recíproca de poderes pelos órgãos incumbidos de exercê-los não significa a inexistência de pontos de contacto entre eles, no desempenho de suas tarefas. Ela não exclui que os poderes, no desempenho harmônico de suas funções específicas, colaborem entre si, relativamente ao exercício de uma delas, bem como não impede que eles, secundariamente, pratiquem certos atos que em teoria não pertenceriam à sua esfera de competência. Implica apenas uma principalidade. Cada poder desempenha uma função principal, sem que lhe seja absolutamente proibido exercer tarefa que a rigor seria de outro⁴⁰.

³⁹ MONTESQUIEU. Charles De Secondat, Baron de. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismos *versus* parlamentarismo. Tradução e notas de Pedro Vieira. 3. ed. aum. – São Paulo: Saraiva, 1994. p. 163.

⁴⁰ RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. **Tripartição dos poderes na Constituição de 1988**. Revista dos Tribunais. São Paulo, Ano 3, n. 11, Abr/Jun-1995. p. 22.

O princípio da separação de poderes não pode nem deve ser encarado como um fim em si mesmo, tampouco deve ser tomado como um instrumento para proteção do Estado, mas antes, é um instrumento erigido pelo Estado liberal para a proteção dos cidadãos ante o arbítrio do poder estatal. Ora, como pode uma garantia engendrada à favor dos cidadãos trabalhar em seu prejuízo?

Pelo exposto até o momento, entendemos que o cerne do princípio da separação de poderes é a limitação do exercício abusivo do poder, admitindo-se sua existência em múltiplas conformações, a depender do contexto político, institucional e social que subjaz à sua formulação, que deve ser adequada (aperfeiçoada) à realidade de cada Estado. Corroborando esta compreensão, tomamos as palavras Mendes, Coelho e Branco:

Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam.⁴¹

Outra questão deve ser analisada. No contexto em que viveu Montesquieu, não havia, ainda, surgido o constitucionalismo em seu formato atual. Não existia uma Carta Magna com comandos supremos, que impusesse deveres aos Poderes e traçasse objetivos a serem alcançados através da atividade estatal (dirigismo). Logo, nesse cenário, não havia sequer como cogitar do abuso por omissão⁴². Isso não impede, contudo, que a idéia central da concepção ora explorada lhe seja estendida, aliás, muito pelo contrário, é necessário que o entendimento acerca da separação de poderes evolua e acompanhe o Estado atual do Direito. Se, dentro da concepção montesquiana, o controle do abuso do poder por comissão é capaz de justificar a intervenção pontual de um poder sobre o outro (a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, por exemplo), logo, também há que se admitir a intervenção em decorrência do abuso cometido por omissão. Tal atuação não deve ser encarada como violação da separação de poderes, mas como homenagem a sua finalidade de proteção dos direitos fundamentais e liberdade do cidadão.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo-SP: Saraiva, 2009. p. 146.

⁴² A rigor, para Montesquieu o juiz não seria mais do que a “boca da lei”, devendo obediência irrestrita aos comandos editados pelo legislativo. A evolução do Direito, contudo, foi afastando essa concepção restritiva, pela admissão de outras fontes de Direito que não a lei; pelo ganho de força das funções interpretativas e criativas do judiciário, sobretudo no direito anglo-saxônico; e pela admissão do veto judiciário a leis, através da declaração de inconstitucionalidade.

Enfim, o judiciário, agindo para conter a omissão abusiva do legislador, não infringe propriamente a regra da separação de poderes, uma vez que vai de encontro ao objetivo desta. Por outro lado, nesse desiderato, o judiciário não abandona seus métodos próprios, não havendo como comparar sua atuação com a do legislador. O que existe, na verdade, é um ponto de contato entre as duas funções, onde cabe primeiramente ao legislador atuar e, na sua inércia, abre-se ao judiciário a possibilidade de atuar subsidia e provisoriamente.

Por isso, como ensina Jorge Miranda, sustentamos que não há propriamente violação da separação de poderes na prolação da sentenças aditivas em MI, uma vez que “o órgão de fiscalização não se comporta aqui como legislador, pois que não age por iniciativa própria, nem segundo critérios políticos; age em processo instaurado por outrem e vinculado aos critérios de interpretação e construção jurídica inerentes à hermenêutica constitucional.”⁴³. Mais do que isto, as regulamentações criadas através de sentenças aditivas têm caráter temporário, podendo ser substituídas por outras provenientes do legislativo sempre que este entender por cumprir com aquilo que a constituição lhe impõe. Aliás, aí parece haver um equívoco do legislador pátrio, pois a constituição não os convida a regulamentar certas matérias, muito pelo contrario, lhes impõe tal atuação. E assim o é por que deste seu comportamento depende um direito individual do cidadão, criado e deferido pela própria Constituição – e aqui temos um outro equívoco, pois o legislador parece entender que a ele cabe, através da regulamentação, deferir ou não este direito.

É natural que, para adaptar-se à realidade de cada momento, haja uma migração pendular da concentração do poder entre Judiciário, Legislativo e Executivo. As razões do atual protagonismo do judiciário será analisado mais adiante. Ademais, outras práticas plenamente admitidas em nosso ordenamento implicam em incursão ainda maior, ou ao menos de igual magnitude, de um Poder em competências que habitualmente pertencem a outro. Exemplos não faltam: a iniciativa privativa do judiciário para a elaboração de certas leis; a possibilidade de editar súmulas vinculantes (normas jurídicas em sentido amplo, logo, pode-se vislumbrar nesta prática uma atuação positiva do judiciário); e a edição de medidas provisórias pelo executivo, que implica numa interferência ainda mais profunda na competência legislativa, muitas vezes ao arrepio das exigências de relevância e urgência.

⁴³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição, tomo VI**. 3ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 91.

Vista a possibilidade de uma violação do princípio da separação de poderes, cabe-nos, ainda, debater se a ausência de proibição expressa na constituição para atuação do judiciário como legislador positivo pode ser interpretada como permissão.

Tomando por base unicamente a previsão da divisão de poderes, inserta no art. 2º da constituição, nos atemos unicamente à dimensão negativa da separação de poderes, que pode ser entendida como limitação dos poderes estatais visando a garantia dos direitos dos cidadãos. Por esta visão, entende-se que cada poder é independente, ao menos em princípio, em seus processos decisórios, sujeitando-se à intervenção dos demais nas situações expressamente previstas pelo texto constitucional. Não obstante, impende destacar que o princípio da separação de poderes também comporta uma dimensão positiva, que se traduz numa ordem implícita de adequação entre as funções do estado – competências, tarefas, funções e responsabilidades – e a finalidade de proporcionar aos indivíduos decisões eficazes e justas, ou seja, é reconhecido um dever constitucional de se organizar de forma ótima as funções estatais.

Temos por esta dimensão não apenas um parâmetro para a resolução de conflitos institucionais, mas tal perspectiva do princípio da separação de poderes também nos permite dizer que a constituição, ao impor um determinado dever a um dos Poderes, também lhe outorgaria os meios necessários para a consecução de sua tarefa. Não se trata de exercício de função atípica ou de delegação, mas do reconhecimento de poderes imanescentes ao órgão, poderes instrumentais que viabilizam a consecução incumbências constitucionais de cada poder.

De forma genérica, o art. 5º, XXXV, da CF submete à apreciação do judiciário todos os casos de lesão ou ameaça a direito, instituído o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Paralelamente, o art. 5º, LXXI, da CF prevê especificamente o MI, como meio de efetiva proteção dos direitos fundamentais do cidadão violados por omissão. Ainda no art. 5º, temos a previsão da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (§1º), que embora não possa ser interpretada em sua literalidade – visto que alguns direitos efetivamente necessitam de regulamentação ou de um aparato estatal para sua satisfação, sobretudo os prestacionais –, sinaliza a premência com que devem os direitos fundamentais ser tratados em nosso ordenamento jurídico. Tanto é assim que a dignidade da pessoa humana, que pode ser encarada como o núcleo donde decorrem os direitos fundamentais, está elencada como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF).

Ora, diante de tais evidências, parece possível que parte da doutrina admita que a Constituição, através de tais previsões, permitiu ao poder judiciário agir excepcionalmente como legislador positivo, para suprir as lacunas legislativas existentes.

Tomar a separação de poderes unicamente em sua dimensão negativa, impedindo de forma absoluta qualquer atuação que fuja das habitualmente cometidas a um determinado Poder, é ignorar que os direitos fundamentais podem, e normalmente são, vulnerados pelos próprios poderes estatais, sendo necessária a atuação de um outro para que se restabeleça, ou se estabeleça, o devido respeito a que esta gama de direitos faz jus. Ao contrário dos Estados liberais, em que a visão tradicional de separação de poderes foi forjada, nos Estados sociais (e pós-modernos) o controle de um poder sobre o outro é imposto sobretudo como forma fomento à concretização dos objetivos buscados pela ordem constitucional, mormente diante da feição prestacional que marca o Estado atual. Desta forma, é necessário que haja uma re-interpretação do princípio da separação de poderes, adequada à nossa Constituição e à nossa realidade.

Após este confronto com uma visão mais liberalista e tradicional da separação de poderes, ainda prevalente em nosso país, é necessário que prossigamos analisando como a superveniência do Estado social e do Estado pós-moderno afetam o papel desempenhado pelo judiciário.

3.2. Superveniência do Estado pós-moderno e uma visão substancialista da matéria.

A concretização da Constituição não é uma tarefa confiada exclusivamente ao legislativo, devendo também o executivo e o judiciário atuar de forma a promover a plena efetividade dos comandos constitucionais. Como leciona Paulo Bonavides:

Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna – separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social⁴⁴.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 584.

Ou seja, vamos entrando num ciclo de atenuação das regras referentes à organização estatal, com uma maior interpenetração dos três poderes, e de alta normatividade dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais ou de segunda geração⁴⁵.

Essa mudança de perspectiva que Norberto Bobbio aponta decorre da superveniência do neoconstitucionalismo como teoria do direito. À partir do trabalho de Konrad Hesse em “A força normativa da Constituição” o direito proclama a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, incumbindo a sociedade e o poder público de sua proteção e promoção. Por outro lado, transforma o caráter do texto maior, convertendo-o de um mero catálogo de competências e recomendações políticas em um sistema de preceitos vinculantes, capazes de conformar a realidade, reforçando assim, sua força normativa, sua cogência dentro do ordenamento jurídico. Inocêncio Mártires Coelho sintetiza o neo-constitucionalismo da seguinte forma:

a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores;
c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que
subsunção; e) mais concretização do que interpretação.⁴⁶

O surgimento desta perspectiva decorre da superação do positivismo puro, que, desvinculando a norma de seu conteúdo ético, possibilitou que todas as ações praticadas durante os regimes totalitaristas, sobretudo no nazismo e no fascismo, encontrassem respaldo jurídico. Passada a segunda guerra são rediscutidas as estruturas-normativas e o papel do direito, surgindo deste debate duas abordagens possíveis relativas ao modelo democrático.

De um lado, temos a corrente procedimentalista, defendida por Habermas e Garapon, que parte de uma concepção formal (procedimental) de democracia, tentando romper com paradigmas dos direitos liberal e republicano e promovendo a proteção do “procedimento democrático”⁴⁷, através do qual seriam construídos comunicativamente os valores sociais em situações ideais de fala, nas quais todos os indivíduos, autônomos, estariam aptos a deliberar (ou seja, a construção democracia estaria pautada pela ética do discurso).

⁴⁵ BONAVIDES, Op.Cit., p. 564.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo-SP: Saraiva, 2009. p. 127.

⁴⁷ Tomamos esta expressão no sentido em que ela é aplicada dentro da teoria habermasiana.

De outro lado, temos a corrente substancialista, defendida por Dworkin, Capelletti e, na doutrina nacional, Lênio Streck, que parte de uma concepção material (substancial) de democracia, segundo a qual os valores sociais devem ser apreendidos na realidade, historicamente, buscando-se sua implementação não apenas como objetivo ou programa de Estado, mas como condição/pressuposto sem o qual não há verdadeiramente democracia. Vale dizer que Lênio Streck não invalida por inteiro a corrente oposta entendendo que “os procedimentos democráticos constituem, por certo, uma parte importante, mas só uma parte, de um regime democrático e têm de ser verdadeiramente democráticos no seu espírito”⁴⁸.

No seu livro *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, Streck tece algumas críticas interessantes ao procedimentalismo. Uma primeira crítica⁴⁹ é feita quanto ao sentido de “Estado Democrático” defendida por Habermas, pautada pela ética do discurso e não pelo reconhecimento de obrigações positivas do estado perante o cidadão. Streck afirma também⁵⁰ que no Estado Democrático o direito haure sua legitimação da própria Constituição, contrato social que encerra valores históricos que devem ser concretizados, opondo-se à legitimação como “simulacro da comunicação entre o ordenamento institucionalizado e a opinião pública que advém da esfera pública política”⁵¹. Finalmente, Streck, para quem nenhum preceito pode ser privado de função normativa⁵², ataca a desvinculação que o procedimentalismo promove entre os valores do texto constitucional e a sua concretização⁵³.

Em reforço, Lênio aponta a incompatibilidade da teoria procedimentalista com a realidade brasileira atual, uma vez que a exclusão social existente impede que o indivíduo seja efetivamente autônomo para o debate em condições ideais de discurso, o que impede a produção da democracia deliberativa idealizada por Habermas. Streck questiona: “Pode uma eleição ser justa se uma grande parte do eleitorado carece de instrução necessária para compreender as principais linhas do debate político?”⁵⁴.

⁴⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 153.

⁴⁹ STRECK, Op.Cit., p. 165.

⁵⁰ STRECK, Op.Cit., p. 165.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade volume 1**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 185-186.

⁵² STRECK, Op.Cit., p. 168.

⁵³ STRECK, Op.Cit., p. 172.

⁵⁴ STRECK, Op.Cit., p. 175.

De todo o exposto resulta que, numa perspectiva substancialista, a implementação de direitos fundamentais, sobretudo de direitos sociais, torna-se um dever estatal e condição para que, de fato, exista democracia. Ao mesmo tempo, a legitimidade é entendida aqui, através do resultado e não do processo, ou seja, se a medida tomada pelo judiciário satisfaz o direito pretendido pelo cidadão, outrora negado pelo Estado, esta medida é legítima – estando tal atuação obviamente condicionada à reserva do possível e à reserva de consistência.

Sendo assim, o judiciário, ao satisfazer eficazmente o direito fundamental pleiteado, encontra legitimidade para sua atuação em uma perspectiva substancialista do direito. Assim, demonstramos que, nesta perspectiva, se sustenta o argumento, ligado ao princípio da separação de poderes, de que ao judiciário não assiste legitimidade para atuar, excepcionalmente, criando normas, o que significa dizer que parece não haver, de fato, obstáculos intransponíveis para a prolação das sentenças ditas aditivas pelo judiciário no julgamento de MI.

Podemos entender melhor o embate se visualizarmos a evolução do tratamento que têm recebido os direitos sociais. Por também tratar-se de um caso da omissão, podemos traçar um paralelo entre a efetivação de direitos sociais pelo judiciário e a concretização de direitos fundamentais através de MI. Frisamos que não buscamos tratar de direitos sociais especificamente no presente trabalho, mas apenas demonstrar que as duas matérias estão ligadas e que a evolução do entendimento acerca da implementação de direitos sociais influi no tratamento que recebe o MI.

Até o fim da primeira metade da década de 90 os direitos sociais eram interpretados como meros comandos programáticos, metas a serem alcançadas pela atuação estatal a longo prazo, o que deixava o judiciário numa posição muito cômoda, empurrando a efetivação destes direitos para o campo de atuação das instituições políticas. Isto acarretava a falta de efetivo compromisso do poder público com a sua concretização, tornando a porção do texto constitucional que os consagrava letra morta. Esta leitura, por também tratar de um caso de omissão – inação para a concretização dos direitos sociais –, pode ser estendida aos casos de omissão legislativa combatidos através de MI, daí não ser surpreendente a solução de auto-contenção adotada no julgamento do MI nº 107.

Eventualmente, a concepção de Hesse⁵⁵, que defende não ser a Constituição mera carta de intenções, devendo suas normas encontrar algum modo de efetivação – posição posteriormente sufragada até mesmo por Canotilho⁵⁶, pai da idéia de Constituição dirigente – passa a ganhar força e altera o modo de atuação do judiciário.

Reconhecida a necessidade de efetivação dos comandos constitucionais, que a princípio caberia às instâncias políticas, passa o judiciário a agir, aproximando-se o direito de questões que até então lhe eram estranhas. Assim, à partir da segunda metade da década de 90, o judiciário vem se posicionando pela concretização de direitos sociais, na medida do possível, e, embora a legitimidade do judiciário para estas questões reste reconhecida pela doutrina – de forma mais ou menos pacífica, até mesmo pelo cunho político das atividades atribuídas às cortes constitucionais –, o limite à sua atuação ainda é objeto de muita discussão. Por isto, ao lado do dito fenômeno de judicialização da política, que é uma realidade observável em praticamente todos os ordenamentos jurídicos ocidentais, começa-se a discutir o “ativismo judicial”, ou seja, os excessos do judiciário nesta atuação política.

Esta evolução, relativa à implementação de direitos sociais, influenciou para que omissões combatidas por MI também experimentassem algum avanço, o que se nota na já explorada evolução jurisprudencial da matéria no STF, que culminou no julgamento dos MI nº 670 e 712.

O pano de fundo da discussão é, sem dúvida, a separação de poderes, que começa a não mais se constituir em argumento suficiente para afastar a atuação do judiciário no combate das omissões do poder público. Como vimos no tópico anterior, a separação de poderes pode sofrer mitigações para melhor atender à proteção dos direitos constitucionalmente consagrados.

Foi este cenário que levou à atual centralidade do judiciário, sendo tal protagonismo um fenômeno sócio-jurídico que reflete a idéia cada vez mais popular de que o direito está presente em todos os atos e momentos da vida dos cidadãos. Isto gera a chamada “juridicização das questões”, isto é, tudo é voluntariamente levado pelos indivíduos pro âmbito jurídico, os conflitos são preferencialmente trazidos ao judiciário, os compromissos passam a ser realizados prioritariamente através de

⁵⁵ Presente em sua obra “A força normativa da constituição”.

⁵⁶ Em 2001, na 2ª edição da obra Constituição dirigente e vinculação do legislador, J.J. Gomes Canotilho escreve no prefácio que “a Constituição dirigente está morta”, justificando a falência do modelo por ele criado pela superveniência do Estado pós-moderno.

contrato, etc.. O resultado é um aumento de litigância em todos os níveis e a constitucionalização de questões políticas.

Este desenvolvimento, como já explicado, tem como anteparo a doutrina do neo-constitucionalismo, que marca o Estado pós-moderno⁵⁷ e traz consigo idéias como a de cidadania desregulada⁵⁸, diversidade e pluralidade dos centros de produção normativa, interpretação reflexiva e racionalismo jurídico conjuntural⁵⁹.

Não se trata, por óbvio, de eliminação da teoria da separação de poderes, a qual comporta um importantíssimo sentido funcional que visa, a um só tempo, “garantir a eficiência, técnica e política, do governo, a limitação de seus poderes, e, com isso, proteger a liberdade dos cidadãos”⁶⁰. Trata-se, na verdade, de reconhecer que este princípio comporta múltiplas interpretações, dependentes das normas organizacionais elencadas no texto constitucional e da dinâmica institucional que se desenvolve na realidade, não se podendo indicar um modelo paradigmático que valide os diferentes arranjos adotados dentro de cada Estado.

Assim, não podemos tomar a separação de poderes em termos tão absolutos, a fim de verdadeiramente efetivar os direitos fundamentais do cidadão. Para tanto, temos de abrandar o dogma do legislador negativo inventado pelo positivismo jurídico, tão típico do estado liberal e arraigado na cultura jurídica brasileira, admitindo a utilização das sentenças de caráter aditivo, que se têm provado eficazes instrumentos de saneamento das omissões inconstitucionais – além instrumentos promotores da segurança jurídica, uma vez que estabelecem diretrizes uniformes de efetivação dos direitos individuais. Para além disto, a utilização das sentenças aditivas pressiona o legislativo a suprir as omissões por conta própria, como ocorreu no caso da regulamentação do art. Art. 7º, XXI, da CF. Foi necessário que o STF manifestasse sua intenção de regulamentar a proporcionalidade do aviso prévio no início de 2011

⁵⁷ O Estado pós-moderno parte de uma concepção de sociedade organizacional, no sentido de ser a mesma palco de uma complexidade social muito maior que a existente no estágio anterior, o Estado Social, em que existiam grandes classes mais ou menos coesas.

⁵⁸ Também chamada de *emancipatória*, a cidadania desregulada é aquela que concretiza-se em inúmeros atos que não os de mera participação política, partindo da concessão de direitos ao cidadão com o intuito de “empoderamento”, ou seja, de que ele possa ser incluído socialmente a despeito de suas vulnerabilidades. Ela vem de baixo pra cima, isto é, parte das demandas pessoais, das exigências de concretização dos direitos constitucionais.

⁵⁹ O racionalismo jurídico conjuntural traz para o processo de análise o contexto de aplicação do direito, não bastando mais a mera subsunção fato-norma para a solução dos casos concretos, devendo-se verificar todas as variantes envolvidas para que se administre o conflito.

⁶⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte – MG: Del Rey, 2002. p. 429.

para que o congresso viesse a editar a lei que regula o dispositivo, que já contava com quase 23 anos de existência.

CONCLUSÃO

O legislador constitucional originário, ao dispor de forma vaga sobre certos direitos, pôde a um só tempo acelerar a formação de um consenso sobre o texto constitucional e assegurar o máximo de direitos fundamentais aos cidadãos, transferindo a regulamentação destes para momento posterior e conferindo tal competência ao poder legislativo. Paralelamente, também houve a preocupação de se criar meios para a superação das possíveis omissões inconstitucionais que dali adviriam, daí surgir num primeiro momento o MI e, depois, por obra do poder constituinte derivado, a ADO. O MI, diferentemente da ADO, não tem seus efeitos constitucional ou legalmente estabelecidos, o que lhe confere potencialidades aparentemente ignoradas pelo STF no julgamento do MI n.º 107, como já havia alertado Inocêncio Mártires Coelho em parecer dado como subprocurador geral da república.

Prova destas potencialidades foi o desenvolvimento jurisprudencial que o instituto encontrou posteriormente, que vai desde soluções de *self restraint*, dadas num primeiro momento, até a concretização dos direitos violados com efeitos gerais, operacionalizada pelas sentenças manipulativas de efeito aditivo.

Dentro deste desenvolvimento chama a atenção, por óbvio, a prolação de sentenças aditivas, cujo elemento de criação judicial faz parte da doutrina entender serem estas incompatíveis com a CF/88 por ofensa ao princípio da separação de poderes. Vale frisar que a sentença aditiva brasileira muito difere do instituto italiano do qual empresta o nome. A sentença aditiva brasileira vem ao socorro de uma situação de inconstitucionalidade por omissão total com margem de decisão bastante ampliada, enquanto a solução italiana normalmente parte de uma omissão parcial, o que restringe a resposta da corte à chamada vontade presumida do legislador, estando sua solução geralmente ligada ao princípio da isonomia. O que existe de comum entre os dois institutos é, como já anunciado, um certo elemento de criação judicial de normas para a definição de casos concretos.

Essa maior liberdade de decisão da corte brasileira exige também uma maior consistência argumentativa do STF, que, em razão disto, tem buscado na própria legislação balizas para suas "criações". Daí as soluções que este prolata no sentido de concretização nos MI se resumirem a basicamente 3 casos: (1) concessão de indenizações ainda não reguladas por lei pelos parâmetros do direito civil; (2)

extensão de leis já existentes a situações análogas ainda não reguladas - como foi o caso da greve de servidores públicos e como é o caso da concessão de certas aposentadorias especiais; e (3) conversão em perdas e danos dos prejuízos gerados pela não regulamentação do direito.

Sendo assim, parece que a atuação do Supremo traz mais benefícios que prejuízos, uma vez que protege efetivamente direitos fundamentais até então negados sem criar uma situação de significativa insegurança jurídica. Pelo contrário, as decisões do STF sempre partem de um raciocínio iniciado pelo próprio legislador.

O argumento de que tal atuação afronta o princípio da separação de poderes não se sustenta. Isto porque tal princípio não prevê uma divisão absoluta dos poderes, mas comporta múltiplas conformações a depender da realidade constitucional e institucional de cada Estado que o adota.

Sendo assim, o fato de atipicamente o judiciário desempenhar uma função que a princípio seria legislativa não ultraja o referido princípio, da mesma forma que também não o afronta a edição de uma medida provisória pelo executivo. Em ambos os casos temos uma mitigação da separação de funções em prol da sociedade (e o aparato estatal é criado para servi-la, não esqueçamos disto), num caso para fazer valer os direitos fundamentais negados pelo legislativo e noutro para dar uma resposta rápida a situações de urgência e relevância (partindo do pressuposto de que a resposta legislativa, por ter origem em um órgão colegiado bastante numeroso, seja mais demorada).

Temos de considerar também que a formulação clássica do princípio da separação de poderes, que tantos tentam opor às sentenças aditivas, não confere aos direitos fundamentais a importância que atualmente lhes é dada, tampouco considera a possibilidade de inconstitucionalidade por omissão (intimamente ligada a constitucionalização de direitos de segunda geração, o que se deu em momento histórico posterior), de modo que a interpretação de tal princípio precisa estar adequada ao estado atual do constitucionalismo.

Paralelamente, uma visão substancialista do direito, que parece prevalecer nos ordenamentos ocidentais, indica uma maior liberdade de atuação do judiciário em prol da efetivação dos direitos fundamentais. A prevalência desta nova visão do papel do judiciário nos Estados contemporâneos, e sobretudo no Brasil, é fruto de uma clara crise do sistema representativo, do descolamento dos interesses dos cidadãos e das decisões tomadas (ou omitidas) por seus representantes eleitos. Esta situação se

agrava ainda pela fragilidade da malha social brasileira, formada por um largo contingente de pessoas desprovidas dos mais básicos direitos. A falta de acesso à educação, saúde, moradia, trabalho digno, etc., faz esta parcela da população extremamente manipulável, impossibilitando que se tenha uma democracia verdadeira, isto é, num tal cenário não é suficiente a idéia de um processo democrático validador das decisões estatais, pois as vozes ouvidas neste procedimento serão sempre as dos setores mais privilegiados da sociedade. Daí a idéia substancialista de que a verdadeira democracia só é atingida através da implementação satisfatória dos direitos fundamentais. É nesta tônica, de efetivação necessária dos direitos fundamentais, que a prolação de sentenças aditivas se insere.

Por tudo o que foi dito, nos parece ser constitucional a prolação de sentença aditiva nos moldes em que vem esta sendo desenvolvida no Brasil. Mais do que isto, a posição concretista geral acerca dos efeitos do MI, operacionalizada por tais sentenças, também nos parece ser a mais adequada, tendo-se em vista os princípios da isonomia, da segurança jurídica e da duração razoável do processo, uma vez que ela permite a regulamentação nas mesmas bases de vários direitos igualmente negados, evitando uma enxurrada de processos (que adviriam seja a propositura de vários processos com o fim de obter alguma satisfação, seja da busca da extensão de uma satisfação já concedida em processo de outro indivíduo). O próprio STF parece pensar assim, como restou demonstrado no julgamento do MI n.º 670, sobre o direito de greve dos servidores públicos.

Com efeito, ainda se verifica, em razão da forte oposição encontrada nas alas mais conservadoras da doutrina, decisões de concretização individual de direitos. O STF concedeu, por exemplo, efeitos concretos individuais no MI n.º 721 para estender a servidor deficiente o regime de aposentadoria especial prevista no §1º do art. 57 da lei n.º 8.213/91. Posteriormente, inúmeros outros MI foram propostos buscando a mesma tutela concedida neste caso, sendo quase sempre julgados procedentes. Ora, não seria muito mais sensato livrar-se do embaraço de julgar tantos processos quantos sejam os possíveis beneficiários de uma tal decisão? Não seria muito mais razoável dar efeitos *erga omnes* a uma tal decisão, evitando o retardamento do acesso a este direito por aqueles que fazem jus? Não estaria sendo violado o princípio da isonomia quando concedemos sem motivo justificante benefícios a apenas alguns indivíduos, estando tantos outros em situação idêntica?

Ainda neste sentido, o STF já concedeu imunidade tributária a entidades de seguridade social, hipótese não regulada do §7º do art. 195 da CF.

Ora, tendo o judiciário o poder de colmatar a lacuna inconstitucional, começa a fazer sentido a natureza mandamental do MI, apontada pelo STF desde o MI n.º 107, que até então diluía-se em simples declaração, uma vez que o judiciário nada se propunha a fazer para compelir o Poder omissivo a cumprir com suas obrigações constitucionais. Reconhecido o poder de regulamentação temporária pelo judiciário, este pode estipular prazo razoável para que o Poder omissivo desincumba-se de seu dever de regular, oportunizando a correção da omissão por quem era originariamente competente, mas também dando alguma garantia de que o direito até então negado seja satisfeito. Ou seja, o caráter mandamental da decisão do mandado de injunção impõe que se oportunize a reparação da lacuna inconstitucional pelo Poder originariamente competente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro-RJ: Elsevier, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3. ed. Brasília: UnB, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo-SP: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3ª ed. rev. Coimbra: Coimbra, 1993.
- CAPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabri, 1993.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1978.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio. **Anotações sobre o mandado de injunção**. RT, 647/43.
- GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. In **Neoconstitucionalismo(s)**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade volume 1**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11 ed. São Paulo-SP: Método, 2007.
- MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo-SP: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar. **Mandado de Injunção**. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/387/275>. Acesso em: 17/04/2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas**. Revista Jurídica virtual. Ano 01. v.01, mai. 1999. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/teoria.htm. Acesso em: 12/06/2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição, tomo VI**. 3ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2008.

MONTESQUIEU, Charles De Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismos versus parlamentarismo**. Tradução e notas de Pedro Vieira. 3. ed. aum. – São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo-SP: Atlas, 2006.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio**. Coimbra: Coimbra, 2005.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. **Tripartição dos poderes na Constituição de 1988**. Revista dos Tribunais. São Paulo, Ano 3, n. 11, Abr/Jun-1995.

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

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas não constitucionais**. 5ª ed. São Paulo-SP: Malheiros, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo-SP: Saraiva, 2007.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.