



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GABRIELLA DOS SANTOS MACHADO

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MANDADO DE
INJUNÇÃO: EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E ATIVISMO**

Salvador

2013

GABRIELLA DOS SANTOS MACHADO

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MANDADO DE
INJUNÇÃO: EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E ATIVISMO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Gabriel Dias Marques da Cruz

Salvador

2013

TERMO DE APROVAÇÃO**GABRIELLA DOS SANTOS MACHADO****O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MANDADO DE
INJUNÇÃO: EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E ATIVISMO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2013

Aos meus pais Carlos e Carla, que sempre me incentivaram a buscar novos desafios e se tornaram exemplos para toda a minha vida de caráter e dedicação.

AGRADECIMENTOS

“A fé em Deus nos faz crer no incrível, ver o invisível e realizar o impossível”. Agradeço a Deus, em primeiro lugar, pela força e por ter me iluminado na conclusão deste trabalho.

Agradeço aos meus pais, Carlos Machado e Carla Machado, pelo amor, carinho e dedicação, estando sempre ao meu lado, me apoiando e orientando ao longo de toda a minha vida.

Agradeço ao meu namorado Nilo Quadros, muito carinhoso, companheiro, que muito contribuiu com essa conquista.

Agradeço, em especial, ao meu orientador, professor Gabriel Marques, pela confiança em mim depositada e por todos os conselhos, pela dedicação, pelos incentivos, pela paciência e por compartilhar da sua grande sabedoria durante essa caminhada.

Meus sinceros agradecimentos a todos os meus professores, especialmente ao prof. Geovane Peixoto, Miguel Calmon e Fábio Periandro, pelas lições ensinadas e pelas orientações que a mim foram dadas em momentos de indecisões e dúvidas.

Antecipadamente, agradeço aos docentes membros da banca examinadora, que atentos às exigências que a titulação pede, analisarão o trabalho de maneira crítica, com acuidade e espírito aberto.

Agradeço a minha família, avós, tias, primos, a base de tudo e aonde encontro forças para vencer os obstáculos que surgem ao longo da vida.

Agradeço a todos os colegas que estiveram comigo ao longo desses cinco anos e que fizeram parte do meu crescimento e amadurecimento, em especial a Amanda Medrado e Manuela Oliveira, pelas palavras amigas e por todos os momentos em que estivemos juntas, apoiando uma a outra na realização de árduas tarefas; a Roberta Taboada, pela amizade, força e coragem que me foi concedida e a Tiago Pedreira por sempre estar ao meu lado, me apoiando naqueles momentos difíceis, sendo peça importante na conclusão do meu trabalho.

“Isso é ativismo? Não vislumbro, mas se vislumbrar a prática de ativismo, vejo um ativismo judicial moderado, mas tornado necessário pela injustificável omissão do Congresso Nacional. É para isso que existe o Poder Judiciário”.

Ministro Celso de Mello

“Não é uma manifestação de despreço pelo Congresso Nacional, mas uma tentativa de concretizar a Constituição Federal”.

Ministro Gilmar Mendes

RESUMO

O mandado de injunção consiste em uma garantia constitucional, prevista na Constituição Federal de 1988, cabível quando a ausência de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direito ou liberdades constitucionais, bem como de prerrogativas inerentes à cidadania, à soberania e à nacionalidade. Constitui como pressupostos para sua impetração a existência de uma omissão inconstitucional legislativa e de um direito previsto em uma norma de eficácia limitada. Como o *writ* injuncional não dispõe de uma lei, até o presente momento, para regular o seu procedimento, a doutrina e a jurisprudência debatem acerca do alcance dos efeitos da decisão em sede de mandado de injunção, gerando muita controvérsia a respeito. A corrente não-concretista assevera que a decisão deve se limitar a declarar a existência da omissão inconstitucional e dar ciência ao Poder Legislativo omissor. Não se admite a viabilização do direito pleiteado pelo órgão jurisdicional, mesmo regulando de modo provisório, em respeito ao princípio da separação dos poderes. Já a corrente concretista defende ser possível o órgão jurisdicional regular provisoriamente direito ou garantia previsto no *writ*, com o intuito de evitar a ineficácia do provimento jurisdicional. Dividi-se em individual, em que confere eficácia apenas *inter partes*, e geral, em que confere eficácia *erga omnes*. O Supremo Tribunal Federal, principalmente no julgamento dos mandados de injunção sobre a greve dos servidores públicos, aposentadoria especial e aviso prévio proporcional, modificou seu antigo entendimento não-concretista, materializado no Mandado de Injunção nº107/QO, em favor de uma regulamentação provisória da matéria. O presente trabalho tem por finalidade analisar a evolução jurisprudencial da Corte brasileira acerca do instituto do mandado de injunção, abordando as principais mudanças no entendimento dos Ministros quanto aos efeitos do instituto. A recente postura concretista, adotada pelo Tribunal, é merecedora de elogios, pois proporciona utilidade e eficácia ao *mandamus*. Todavia, também é alvo de críticas, pois tal postura foi cunhada de ativista, no sentido pejorativo, por ultrapassar as linhas demarcatórias da função jurisdicional. Com a pretensão de afastar o argumento do princípio democrático, afirma-se que os membros do Poder Judiciário, embora não sejam agentes públicos eleitos diretamente, desempenham um poder político, podendo, inclusive, sobrepor-se a uma decisão do Poder Legislativo por via de controle jurisdicional e invalidar atos do referido poder, com intuito de fazer valer a Constituição. Defende-se a adoção de um ativismo intermediário, em que o Tribunal viabilize o direito constitucionalmente assegurado, diante da omissão legislativa, conferindo, como regra, eficácia *inter partes* ao mandado de injunção.

Palavras-chave: Mandado de injunção. Supremo Tribunal Federal. Evolução jurisprudencial. Omissão inconstitucional. Ativismo. Efeitos *inter partes*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal da República
EC	Emenda Constitucional
MI	Mandado de Injunção
QO	Questão de ordem
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO	17
2.1 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	23
2.1.1 Normas constitucionais de eficácia plena	26
2.1.2 Normas constitucionais de eficácia contida	27
2.1.3 Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida	27
2.2 A PROBLEMÁTICA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO E A EFETIVAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA	28
2.2.1 A omissão inconstitucional e suas modalidades	30
3 MANDADO DE INJUNÇÃO	34
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DO INSTITUTO	35
3.2 O MANDADO DE INJUNÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	40
3.3 ORIGEM	43
3.4 OBJETO	46
3.5 HIPÓTESES DE CABIMENTO	49
3.6 LEGITIMIDADE E COMPETÊNCIA	55
4 DECISÃO E OS EFEITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	58
4.1 TEORIA NÃO CONCRETISTA	60
4.2 TEORIA CONCRETISTA	63

4.2.1 Teoria concretista geral	63
4.2.2 Teoria concretista individual direta	66
4.2.3 Teoria concretista individual intermediária	67
5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MANDADO DE INJUNÇÃO: EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E ATIVISMO	69
5.1 EVOLUÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	69
5.2 O ATIVISMO JUDICIAL E SUA CARACTERIZAÇÃO	98
5.3 FATORES DE IMPULSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL	104
6 ATIVISMO JUDICIAL E O MANDADO DE INJUNÇÃO	108
6.1 MANDADO DE INJUNÇÃO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	114
6.2 MANDADO DE INJUNÇÃO E A SEGURANÇA JURÍDICA	127
6.3 MANDADO DE INJUNÇÃO E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO	130
7. CONCLUSÃO	142
REFERÊNCIAS	148

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico pretende analisar a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca do instituto do mandado de injunção, abordando as principais mudanças no entendimento dos Ministros da Corte quanto aos efeitos do instituto, em relação ao que foi consagrado no MI nº 107/QO, leading case da matéria, ocasião em que a Corte adotou uma postura não concretista.

Ademais, esta monografia também apresenta como escopo perquirir se o novo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, acerca do alcance dos efeitos do writ injuncional, adotado principalmente nos mandados de injunção sobre a greve dos servidores públicos, aposentadoria especial e aviso prévio proporcional, reflete na efetivação dos comandos constitucionais ou em um ativismo arbitrário, com um cunho pejorativo, do órgão judicante.

Assim, para obter um maior embasamento teórico sobre o tema, foi realizada uma análise dos principais fatores que ensejaram o fenômeno da expansão do Poder Judiciário no atual Estado Democrático de Direito, como a supremacia da Constituição, a constitucionalização do direito, o fenômeno do Neocostitucionalismo, a judicialização da política, dentro outros.

Desta forma, no mundo contemporâneo, a inércia do poder público pode ser caracterizada como abuso de poder e configura uma ofensa a Constituição, de modo que a sociedade exige do Judiciário uma postura pró-ativa, com o intuito de concretizar normas fundamentais.

Diante dessa situação, é inconcebível admitir que a população fique a mercê da omissão inconstitucional do órgão legislativo, tendo em vista que a população não pode ter seus direitos constitucionais tolhidos pela omissão discricionária e abusiva do referido órgão.

Posteriormente, foi feita uma análise sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, estabelecendo como parâmetro a clássica classificação de José Afonso da Silva, demonstrando que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, porém nem todas desencadeiam a plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo legislador constituinte, necessitando de outra norma jurídica regular a matéria.

É imperioso destacar que o presente trabalho apresenta como corte epistemológico o estudo das omissões legislativas. Ademais, somente haverá omissão inconstitucional no domínio das normas constitucionais de eficácia limitada, pois são as únicas que demandam a edição de norma regulamentadora para alcançarem eficácia integral.

Nesse sentido, destacou-se que o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão reforça a supremacia da Constituição, tendo em vista que o preceito constitucional deve gozar de imperatividade, impondo o dever de cumprimento do seu comando, mesmo diante da omissão do Poder Legislativo. Assim, foi realizada a conceituação da omissão inconstitucional e das suas modalidades, de modo a compreender que não basta um simples não agir do Poder Legislativo para ser caracterizada a omissão inconstitucional.

Desta forma, para ocorrer o fenômeno da omissão inconstitucional é necessário atender alguns pressupostos, quais sejam, a violação da Lei Maior deve decorrer do não cumprimento de certa e determinada norma constitucional, deve se tratar de norma constitucional de eficácia limitada e que não sejam praticados atos legislativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis os dispositivos da Constituição.

Nesse cenário de preocupações com as omissões inconstitucionais, a Constituição Federal de 1988 consagrou o mandado de injunção, garantia constitucional de controle difuso, com vistas a suprir, através do Poder Judiciário, a carência de norma regulamentadora que viabilizasse o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O writ injuncional tem por base normativa o artigo 5º, LXXI da Lei Maior.

Destarte, a Constituição foi silente quanto à eficácia da decisão do mandado de injunção, de modo que não é possível identificar quais as medidas que o Poder Judiciário deve adotar diante de uma omissão inconstitucional. Devido a essa ausência de regulamentação, a doutrina e a jurisprudência passaram a discutir acerca da autoaplicabilidade do instituto ou se era o caso de ser editada uma norma regulamentadora para ser utilizado.

Assim, ficou instaurada uma contradição: um remédio constitucional que foi concebido para suprir as omissões legislativas e que não tinha a sua própria lei

regulamentadora. Tal controvérsia foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no MI nº 107/QO, de maneira que se decidiu pela autoaplicabilidade do mandado de injunção, independentemente de criação de lei para regulamentá-lo, em face do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal.

Dessa maneira, ficou consagrado na doutrina e na jurisprudência que o instituto é uma garantia prontamente utilizável, de modo que enquanto não for editada a lei que regule o seu procedimento, aplica-se, por analogia, a lei do mandado de segurança (Lei nº 12.016/09) ou os dispositivos do Código de Processo Civil que tratam do procedimento ordinário.

O problema que se instaurou era que o mandado de injunção não logrou, na prática, a eficácia que foi almejada pelo legislador constituinte quando foi criado. A razão dessa ineficácia residia nos efeitos decisório do writ que foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, logo depois da promulgação da Constituição Federal de 1988.

No julgamento do MI nº 107/QO, o Tribunal concedeu eficácia restrita ao instituto, adotando a tese não-concretista, de modo que caberia ao Poder Judiciário apenas declarar a existência de omissão inconstitucional e dar ciência ao órgão legislativo inadimplente para que o mesmo empreendesse as providências pleiteadas. Assim, inexistia distinção entre a finalidade do mandado de injunção e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que não seria plausível acreditar, pois o legislador constituinte não iria criar dois instrumentos diferentes com idênticos efeitos.

Destarte, o trabalho se pautou na análise dos principais mandados de injunção que retratam a omissão inconstitucional, analisando as principais mudanças nas posturas do Supremo Tribunal Federal acerca dos efeitos da decisão do remédio injuncional, tendo em vista que a o instituto apresentou uma nova eficácia à luz dos mais recentes julgados do Tribunal.

Nessa linha de raciocínio, na decisão do MI nº 283, que versava sobre as hipóteses referidas no §3º do artigo 8º do ADCT da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito dos ex-exilados à reparação pecuniária por danos de natureza econômica, de modo que foi reconhecido pleitear, em ação cível, a indenização pelos prejuízos suportados em virtude da omissão do poder legislativo. Desta forma, houve uma relativização da tese não-concretista.

Já no MI nº 232, que apresentava como objeto a regra do §7º do artigo 195 da Constituição Federal, a Corte brasileira adotou a tese concretista intermediária, determinando ao legislador um prazo de seis meses para que estabelecesse as exigências legais para a concessão de isenção contributiva, em prol da seguridade social, às entidades beneficentes de assistência social. Decorrido o referido prazo sem que o dispositivo em tela fosse regulamentado, o direito do impetrante seria implementado pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Porém, foi a partir do julgamento dos mandados de injunção nº 670, 708 e 712, que o Supremo Tribunal Federal adotou a tese concretista direta e geral, ou seja, concedeu efeitos erga omnes, viabilizando o direito de greve aos servidores públicos civis de todo país, não somente aos servidores dos Estados do Espírito Santo, do Pará e da Paraíba.

Outra decisão que Supremo Tribunal Federal rompeu com o antigo entendimento baseado na tese não-concretista, foi o julgamento do mandado de injunção nº 721/DF, fundamentado no artigo 40, §4º da CF, sendo o primeiro caso que o Tribunal fixou a norma que permitiria a fruição do direito constitucionalmente assegurado. Nessa oportunidade o Ministro Eros Grau fez a distinção entre função legislativa e normativa, concluindo que a Corte detém a função normativa, enquanto expressão do poder estatal no exercício da jurisdição, não acarretando em usurpação de função do Poder Legislativo.

O julgamento do MI nº 943/DF foi objeto de destaque no estudo acerca da evolução dos efeitos da decisão no mandado de injunção, referindo-se ao aviso prévio proporcional consagrado no artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal. Os Ministros permaneceram adotando a tese concretista no julgamento, porém, a Lei 12.506, que era faltante, foi editada em Outubro de 2011.

Pode-se inferir que a adoção de medidas pró-ativas pela Corte apresenta aspectos positivos, tais como o afastamento da omissão inconstitucional, em razão do exercício de uma função supletiva com o objetivo de viabilizar ao impetrante o imediato exercício do direito constitucional, além de promover certo incentivo para que o poder legislativo, que antes se encontrava omissivo, edite a norma regulamentadora e assegure maior efetividade a Lei Maior.

Porém, é consabido que a adoção de um comportamento mais dinâmico e pró-ativo, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de injunção, também gera preocupações quanto aos limites desta atuação e possíveis riscos ao sistema institucional consagrado na Constituição.

Desta maneira, foi realizado um estudo sobre o ativismo judicial, sua caracterização e fatores de impulsão do aludido fenômeno no Brasil com o intuito de estabelecer as bases norteadoras para a compreensão do recente posicionamento concretista, adotado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de mandado de injunção.

Por fim, no último capítulo a atenção é voltada para a análise das principais balizas levantadas pelos Ministros em face da adoção da tese concretista, quais sejam o princípio da separação dos poderes, a segurança jurídica e a defesa do princípio democrático.

Nessa linha de raciocínio, foi debatido que a omissão inconstitucional consiste em uma violação grave à integridade da ordem constitucional em vigor e assim como as leis inconstitucionais devem ser retiradas do ordenamento jurídico, da mesma forma deve proceder com os comportamentos omissos que confrontam a Lei Maior.

O posicionamento da corrente não concretista pode ser sintetizado na visão do Ministro Moreira Alves, consagrada no julgamento do MI nº 107/QO. Assim, as críticas que são direcionadas a aludida corrente, quase sempre, fazem referência aos argumentos utilizados neste julgado em especial.

Assim, os não concretistas defendem que inexistente a possibilidade do Poder Judiciário proceder a uma regulamentação, ainda que provisória, do direito constitucional pleiteado. Pois, tal prática acarretaria em uma usurpação de funções do Poder Legislativo e, logo, em uma ofensa ao princípio da separação de poderes.

Os Ministros que aderem à posição concretista justificam seus argumentos na supremacia da Constituição e na possibilidade do mandado de injunção conferir a adequada efetividade aos direitos assegurados na Lei Maior.

O contra-argumento utilizado, pela corrente concretista, quanto ao princípio da separação dos poderes é de que o Poder Judiciário não estaria legislando, mas sim exercendo sua função normativa, inerente ao julgamento do remédio injuncional e integrante do sistema de freios e contrapesos, que visa o equilíbrio e harmonia da atividade Estatal, fixado pela própria Carta Suprema.

Posteriormente foi feita uma análise dos dispositivos do Projeto de Lei nº 6.128 que tratam sobre a regulação dos efeitos da decisão do mandado de injunção, encaminhado em 2009, pelo Deputado Flávio Dino, à Câmara dos Deputados.

O referido Projeto de Lei sintetiza as recentes modificações operadas pela Corte Constitucional em matéria de injunção, ou seja, tem o condão de positivizar aquilo que já vinha sendo feito pelo STF a partir dos julgamentos dos mandados de injunção que marcaram a viragem jurisprudencial. A crítica que se faz ao projeto é que ele não esmiúça com os detalhes necessários a regulamentação sobre a eficácia da decisão do writ.

De modo que o artigo 9º, do Projeto de Lei nº 6.128, confere, a princípio, a tese concretista individual, conferindo eficácia inter partes à decisão injuncional, a qual produz efeitos até a eventual promulgação da norma regulamentadora. Porém, o parágrafo primeiro estabelece uma regra de exceção, pois poderá ser estendida a eficácia para além das partes, nas situações em que tal eficácia seja condição para o pleno exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas que se visa alcançar com o instituto.

Assim, instaurou-se uma dúvida acerca da interpretação de quais seriam as hipóteses que se poderia conceder a eficácia erga omnes ao mandado de injunção e dos riscos de desvirtuar o instituto, transformando uma ação destinada à tutela subjetiva de direitos em um procedimento voltado à proteção da ordem constitucional objetiva.

Em poucas palavras, o objetivo deste trabalho é entender a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal, quanto aos efeitos do writ, investigando os argumentos e as críticas dos Ministros, ao longo dos principais julgados dos mandados de injunção que versam sobre omissão inconstitucional, demonstrando a importância da mudança de entendimento da Corte no intuito de conferir a efetividade ao instituto.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O fenômeno do Neoconstitucionalismo e outros fatores como a supremacia da Constituição, a constitucionalização do direito, a judicialização da política e a redemocratização, formaram um conjunto de elementos que propiciaram a expansão e ascensão do Poder Judiciário no Brasil.

A expansão da atribuição do juiz no atual Estado Democrático de Direito tem íntima relação com a exigência da sociedade contemporânea que clama por um dinamismo ou ativismo na efetivação das garantias e direitos constitucionais. Diante da inércia ou omissão do Poder Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário está assumindo uma postura pró-ativa com o intuito de concretizar normas fundamentais, ampliando a sua função jurisdicional¹.

Desse modo, o papel do Poder Judiciário assume um caráter notoriamente político. A politização do juiz é uma necessidade inerente da sociedade contemporânea e segundo os ensinamentos de Cappelletti²:

E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.

A politização do juiz é resultado da sua independência funcional e da sua criatividade. Porém, deve-se destacar que juiz politizado não significa juiz imparcial, apartado da lei e substituto da política. A função política do magistrado resulta do dever que o juiz tem de decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente, e, além disso, do dever de interpretar, construir e acomodar a legislação em face das influências do sistema político.

A criatividade constitui um fator inerente à função jurisdicional, de modo que o juiz não possui uma função de mero intérprete-aplicador do direito, mas também participa no sentido “latu sensu” da atividade legislativa, na criação do Direito. Todavia, essa atividade criativa do magistrado deve possuir limites para não configurar um abuso de poder e uma usurpação da função precípua do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário. Cappelletti³ sustenta que o sistema jurídico

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 73.

² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 33.

³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 21.

estabelece certos limites à liberdade judicial, que tanto podem ser limites processuais quanto substanciais, assim o juiz não possui total liberdade para interpretação. Não há clara oposição entre a atividade de interpretação e criação do direito, pois o processo de criação ocorre em função da necessidade de colmatação das lacunas resultantes do processo Legislativo, o que é feito através da interpretação judicial.

O ponto nevrálgico da questão está no grau de criatividade, dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários. Certo grau de discricionariedade e de criatividade é inerente a toda interpretação, mas discricionariedade não significa arbitrariedade, e o magistrado não é um criador do direito completamente livre de vínculos.

Quando a decisão do juiz está baseada na equidade, o grau de criatividade é maior. Quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais extenso o grau de discricionariedade e criatividade nas decisões judiciais. Já quando julga e interpreta argumentando com base em alguma lei ou precedente, o grau de criatividade judiciária é menor. Porém, em ambas as situações, a atividade do magistrado se assemelha ao do legislador, posto que este também não é totalmente livre, pois tem na Constituição ou nas decisões judiciais a limitação da sua liberdade.

Assim, do ponto de vista substancial, não é diversa a natureza dos processos legislativo e jurisdicional, pois ambos constituem processos de criação do direito. Importante ressaltar que nem precedentes e nem normas legislativas podem vincular absolutamente o juiz-intérprete que tem a necessidade de ser livre⁴.

A partir da transformação do Estado no decorrer da história para o Estado do Bem Estar Social, este assume a natureza essencialmente promocional e a responsabilidade de realização dos direitos sociais por um imperativo de justiça. A necessidade de efetivação de novos direitos sociais resultou em mudanças nas funções clássica dos juízes que se tornaram co-responsáveis pela concretização das políticas públicas dos outros Poderes. A omissão dos Poderes Legislativo e Executivo pode ser caracterizada como abuso de poder e diante dessa inércia, a atuação do Judiciário é exigida pela sociedade para efetivar as garantias fundamentais estabelecidas na Constituição. Nessa esteira de raciocínio, a omissão

⁴ *Ibidem*, p.23.

do poder público acaba por conferir ao Judiciário uma legítima função supletiva normativa no exercício de sua típica função de efetivar normas constitucionais, de tal sorte que se fala em um Estado de Jurisdição Constitucional⁵.

Para melhor compreensão do fenômeno do Neoconstitucionalismo, Luis Roberto Barroso⁶ delimitou três marcos fundamentais que definem a trajetória do direito constitucional para o atual estágio de “novo constitucionalismo”: marco histórico, teórico e filosófico. Na Europa continental, principalmente na Alemanha e na Itália, o marco histórico do fenômeno ocorreu após a 2ª Guerra Mundial. Já no Brasil, o movimento do Neoconstitucionalismo ganhou forças com a redemocratização do país e a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O pós-positivismo aparece como marco filosófico. Com o pós-positivismo busca-se compreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas e sem desprezar o direito posto. Neste novo paradigma do Neoconstitucionalismo inclui-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras, a reabilitação da argumentação jurídica e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento de dignidade humana⁷.

No plano teórico, três grandes transformações se destacaram com a nova era do direito constitucional: a) reconhecimento da força normativa da Constituição; b) expansão da jurisdição constitucional; c) nova dogmática da interpretação constitucional. Dentro do ideal da força normativa da Constituição, cujo principal precursor foi o jurista alemão Konrad Hesse⁸, pode-se afirmar que a norma constitucional tem “*status*” de norma jurídica, sendo dotada de imperatividade.

⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais. **Revista Baiana de Direito**. Salvador: Juspodivm, v.5, Jan./ Jun.2011, p. 34 *et seq.*

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2012, p.3 *et seq.*

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2012, p.5.

⁸ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

Em relação ao contexto de expansão da jurisdição constitucional, Luís Roberto Barroso⁹ aponta que:

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

Nessa esteira de raciocínio, ao confrontar regras e princípios, Barroso conclui no sentido de uma nova dogmática da interpretação constitucional, não mais limitada a interpretação jurídica tradicional. Os princípios tem natureza instrumental e não meramente material e são pressupostos lógicos da aplicação de normas constitucionais.

Em um estudo sistematizado de princípios, Barroso exemplifica alguns como mais adequados para as circunstâncias brasileiras, como por exemplo: princípio da supremacia da constituição, da presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da razoabilidade e da efetividade¹⁰.

Neste diapasão, a partir da promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal ganha maior espaço no cenário político, promovendo uma série de questionamentos acerca dos limites que devem ser impostos a atuação jurisdicional a fim de evitar uma supremocracia¹¹. Assim, nesse novo modelo Neoconstitucional vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, isto é, a primazia do Tribunal na interpretação final e vinculante das normas constitucionais¹².

Oscar Vilhena assevera que o termo supremocracia apresenta um duplo sentido e é utilizado para explicar a singularidade do arranjo institucional brasileiro. O primeiro

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2012,p.6.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2012,p.10-12.

¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, vol. 4, n. 2, 2008, p. 444.

¹² BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista>>. Acesso em: 04 jun. 2013, p. 5.

sentido empregado refere-se à autoridade do Supremo Tribunal Federal em relação às outras instâncias do judiciário, a exemplo da adoção de súmula vinculante que é capaz de enquadrar juízes e tribunais resistentes às decisões da Corte brasileira. O segundo sentido conferido ao termo supremocracia refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes, fenômeno que é objeto de estudo no presente trabalho¹³.

É consabido que a Carta Política de 1988 é consagrada como uma Constituição ampla, minuciosa e que marcou uma transformação no papel de atuação do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos. Em uma primeira análise, pode-se destacar a ambição constitucional da atual Constituição, que é desconfiada do legislador e, por isso, regulamenta de maneira pormenorizada um amplo campo das relações econômicas, públicas e sociais¹⁴.

Ademais, como segunda razão para a ascensão da autoridade do Supremo refere-se às competências superlativas fixadas na sua própria arquitetura institucional. A Constituição Federal de 1988 conferiu a Corte brasileira amplos poderes de guarda do texto constitucional que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados e tribunais de recursos de última instância¹⁵.

Nesta linha de raciocínio, diante do atual fenômeno da supremacia judicial conjugada com a atual crise do poder legislativo, na qual o parlamentar não age quando tem o dever constitucional de agir (acarretando o fenômeno da omissão inconstitucional), tem-se cada vez mais debatido o fenômeno do ativismo judicial e o seu papel frente à efetivação de direitos e garantias previstas na Lei Maior.

Deste modo, quando a edição de lei pelo Poder Legislativo for *conditio sine qua non* para a operatividade de direitos e garantias previstos na Constituição e o membro do Congresso Nacional não promove a edição da disciplina legal faltante, surge a

¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, vol. 4, n. 2, 2008, p. 445.

¹⁴ *Ibidem*, p.446.

¹⁵ Oscar Vilhena explica que o Supremo Tribunal Federal, na função de Tribunal Constitucional, tem obrigação de julgar a constitucionalidade de leis e atos normativos por intermédio da ação direta de constitucionalidade. A função de foro especializado ocorre, por exemplo, quando cumpre-lhe julgar criminalmente altas autoridades ou apreciar originariamente atos secundários atos do parlamento ou do executivo. Já a sua função de Tribunal de apelação ou última instância judicial ocorre quando revisa as sentenças de tribunais inferiores.

problemática da falta de efetividade dos preceitos constitucionais e o esvaziamento da força normativa da Constituição¹⁶.

Além do mais, a Lei Maior de 1988 é caracterizada por ser uma Constituição Social e Dirigente que se volta à garantia do existente, combinada com a instituição de um programa ou linha de direção para o futuro, sendo esses os seus dois pontos fundamentais¹⁷.

É consabido que a Constituição em vigor possui em seu texto normas programáticas, porém não se deve interpretá-la como “um mero instrumento de governo que fixa competência e ordena processos, mas sim, para além disso, um plano normativo global que enuncia metas, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela Sociedade”¹⁸.

Assim, surge uma reflexão sobre a possibilidade de, diante de inércia do poder competente em cumprir um programa instituído pela Lei Maior, o poder Judiciário combater a aludida omissão inconstitucional no intuito de efetivar direitos e garantias constitucionalmente consagrados. Surge a problemática das limitações assinaladas à jurisdição constitucional que, segundo a visão de Hans Kelsen¹⁹, somente poderia atuar como legislador negativo²⁰.

2.1 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O Estado de Jurisdição Constitucional decorre da notoriedade e crescimento da função jurisdicional no cenário de controle das ações e omissões do poder público e

¹⁶ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 2001, p. 151.

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 73.

¹⁹ Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 263.

²⁰ Deve-se atentar que a dinâmica social exige uma modificação na maneira de pensar certos institutos e que o positivismo jurídico de Kelsen merece revisão, de maneira que defende-se a atuação do Supremo Tribunal Federal enquanto legislador positivo em hipóteses excepcionais de omissão inconstitucional, que serão melhor retratadas no capítulo 6.

que se apresenta como realidade a crise de legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo, a revisão do princípio clássico da separação de poderes e a judicialização da política.

Para melhor entendimento da atual crise do Poder Legislativo e da problemática da omissão inconstitucional do poder público, faz-se mister a compreensão da classificação da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva²¹.

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta, em seu texto, normas constitucionais materiais e normas constitucionais formais. As normas constitucionais materiais são aquelas que apesar de não estarem inseridas na constituição, apresentam conteúdo constitucional. É o exemplo de normas que regulam a estrutura do Estado, a organização do poder e direitos fundamentais, estando inseridas ou não no texto escrito²².

Em relação à classificação das normas constitucionais formais o que importa é o fato de estarem localizadas no texto constitucional e não as matérias que regulam. Deste modo, as normas constitucionais formais consistem naquelas encartadas na Lei maior pelo Poder Constituinte²³.

No entanto, essa distinção não apresenta utilidade, pois independentemente de serem normas materiais ou formais, ambas possuem os mesmos efeitos jurídicos, gozam de mesma hierarquia e só podem ser alteradas segundo o rígido e idêntico processo previsto no texto constitucional²⁴.

O que se deve destacar é que as normas constitucionais são regras jurídicas, assim todas as disposições inseridas a Constituição são imperativas, vale dizer, impõe uma obrigatoriedade de um comportamento. Deste modo, Dirley assenta que a “imperatividade é da essência das normas jurídicas e, em especial, das normas

²¹ É consabido que existem vários doutrinadores que se dedicam a estudar sobre a eficácia das normas constitucionais, porém o presente trabalho se pauta na sistematização desenvolvida pelo professor José Afonso da Silva. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 81.

²² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 77.

²³ *Ibidem, loc.cit.*

²⁴ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 22.

constitucionais, sem a qual não há falar em normas jurídicas. É seu atributo fundamental”²⁵.

Não há norma constitucional destituída de eficácia, todas são dotadas de eficácia e aplicabilidade. Apesar de todas as normas constitucionais serem jurídicas, nem todas possuem a aptidão, por si mesmas, de desencadear efeitos integrais. Desse modo, a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo legislador constituinte, necessitando de outra norma jurídica ordinária complementar. Vale ressaltar que todas normas constitucionais têm eficácia, a distinção e classificação entre essas normas somente ocorre em relação a diferença do grau dos seus efeitos jurídicos²⁶.

Estudar a aplicabilidade de uma norma é averiguar a possibilidade que ela tem de reger os fatos no caso concreto. Mas uma norma só é aplicável se estiver em vigor, se for válida ou legítima e se for eficaz. Assim, para que juridicamente uma norma tenha aplicabilidade “depende especialmente de saber se estão vigentes, se são legítimas, se têm eficácia. A ocorrência desses dados constitui condição geral para a aplicabilidade das normas constitucionais²⁷”.

A vigência da norma está relacionada com a qualidade que faz a norma existir juridicamente e que vem a ser de observância obrigatória²⁸. Assim, para seja eficaz e produza efeitos, a norma precisa existir, isto é seja regularmente promulgada e publicada, acarretando em uma imposição de obrigatoriedade a seus destinatários²⁹.

Hans Kelsen, tutorando o escalonamento das normas que integram o sistema jurídico, com a existência de normas superiores e inferiores, afirma que a Constituição é o fundamento de validade de todo ordenamento jurídico. Isto posto, entende-se que as normas inferiores alcançam sua legitimidade na Lei Maior³⁰.

²⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 79.

²⁶ *Ibidem, loc.cit.*

²⁷ José Afonso da Silva. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 52.

²⁸ *Ibidem, loc.cit.*

²⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 80-81.

³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p.181.

Assim, uma norma jurídica é válida quando é compatível e se harmoniza com a norma que lhe é superior, e assim sucessivamente, até alcançar à Constituição que é fonte de validade de todo o ordenamento jurídico. Já as normas constitucionais encontram sua validade no Poder Constituinte e não em outra norma superior, uma vez que não existe norma superior à Constituição³¹.

Por último, tem-se a eficácia como condição de aplicação das normas constitucionais. A eficácia das normas jurídicas é a capacidade de produzir efeitos, podendo apresentar duas divisões: eficácia social e eficácia jurídica³². A eficácia social também é denominada de efetividade e “designa o fenômeno da concreta observância da norma no meio social que pretende regular”³³. Ou seja, a norma é dotada de eficácia social quando é efetivamente cumprida e aceita pelas pessoas.

Já a eficácia jurídica se baseia na capacidade da norma constitucional produzir efeitos jurídicos. O jurista Michel Temer salienta que a norma “já produz efeitos jurídicos na medida em que sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam”³⁴.

Em síntese, pode-se entender que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, mas nem todas desencadeiam os efeitos integrais esperados, de modo que elas podem ser classificadas, de acordo com o grau de eficácia e aplicabilidade, em: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida³⁵.

2.1.1 Normas constitucionais de eficácia plena

³¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 82.

³² *Ibidem*, p. 83.

³³ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49.

³⁴ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 25.

³⁵ José Afonso da Silva. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 81.

As normas constitucionais de eficácia plena “são normas que, desde a entrada em vigor, incidem direta e imediatamente sobre a matéria que lhe constituiu objeto, independentemente de integração legislativa, eis que são dotadas de normatividade suficiente para atuar”³⁶. Em suma, normas de eficácia plena são aquelas de aplicabilidade direta, imediata e integral e que não exigem a criação de outra lei para alcançar a sua finalidade.

Deste modo, José Afonso da Silva³⁷, idealizador da referida classificação, explicou que:

Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora não possa ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados.

A título exemplificativo, a Constituição Federal de 1988 apresenta como normas de eficácia imediata as normas definidoras de direitos e garantias (artigo 5º, §1º), porém a jurisprudência e doutrina ainda divergem sobre o assunto³⁸. Outras normas constitucionais que também exemplificam a aplicabilidade imediata e integral são: as normas de competência da União (artigo 21), dos Estados (artigos 25/28) e Municípios (artigos 29/30); as normas de competência tributária (artigos 145, 153, 155 e 156); as normas que estabelecem as atribuições dos Poderes (artigos 48/49, 51/52, 70/71, 84 e 101/102), dentre outras³⁹.

2.1.2 Normas constitucionais de eficácia contida

³⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 94.

³⁷ José Afonso da Silva. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 103.

³⁸ Nesse particular, a linha defendida no presente trabalho se amolda com o posicionamento defendido por Dirley da Cunha que defende a imediata aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais, como consequência do reconhecimento do direito fundamental à efetivação da Constituição.

³⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 94.

As normas constitucionais de eficácia contida são normas de aplicabilidade direta, imediata, mas provavelmente não produzirá os efeitos integralmente por conta de uma possível restrição no futuro⁴⁰. “Embora não necessitem de lei integrativa para incidir, esta pode ser editada, porque assim prevista, para lhes reduzir a eficácia. O certo é que, enquanto não advier esta lei, a eficácia é plena e a aplicabilidade é integral [...]”⁴¹.

José Afonso da Silva salienta que existe a ocorrência das normas de eficácia contida, sobretudo, nas normas que regulam direitos e garantias fundamentais⁴². Como exemplo dessas normas, tem-se a previsão, na Constituição Federal de 1988, do artigo 5º, VIII e XIII, artigo 37, I, artigo 170, parágrafo único, entre outros⁴³.

Essas normas de eficácia contida podem ter a aplicabilidade restringida por conceitos jurídicos indeterminados, como: “ordem pública”, “segurança nacional”, “perigo público iminente”, dentre outros⁴⁴.

2.1.3 Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida

As normas constitucionais de eficácia limitada são normas de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida. Assim, quando essas normas entram em vigor não conseguem produzir todos os seus efeitos, dependendo de intervenção legislativa para alcançar a eficácia jurídica esperada pelo legislador constituinte originário, isto é, pedem uma lei futura para ter aplicabilidade integral e para que regulamente os seus limites⁴⁵.

José Afonso da Silva subdivide as normas de eficácia limitada em duas espécies: normas constitucionais de princípios institutivos e normas constitucionais de princípio programático. Normas constitucionais de princípio institutivo são aquelas em que o

⁴⁰ Deste modo, Dirley da Cunha prefere denominá-las de normas de eficácia contível. Já o douto Michel Temer prefere designá-las de redutível ou restringível. TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 26.

⁴¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 95.

⁴² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 105.

⁴³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op.cit.*, 2008, p. 96.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Op.cit.*, 2007, p. 82.

⁴⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 96.

legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos e entidades, porém necessitam da atividade legislativa para lograrem os seus efeitos integrais. Cita-se como exemplos os artigos 18, 33, 88, 121 da Constituição Federal de 1988⁴⁶.

Já as normas constitucionais de princípio programático são normas que estão voltadas para fins sociais e estabelecem metas ou objetivos a serem alcançados. Ou seja, são normas de eficácia limitada e que tratam de políticas públicas ou programas de governo, revelando um compromisso assumido pelas Constituições contemporâneas⁴⁷.

Há que se observar que existem diversas classificações doutrinárias quanto à eficácia das normas constitucionais, porém como foi salientado anteriormente, o presente trabalho se baseia na divisão clássica concebida por José Afonso da Silva⁴⁸ por ser mais útil para os fins desejados⁴⁹.

2.2 A PROBLEMÁTICA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO E A EFETIVAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA

Como visto alhures, as normas constitucionais se diversificam quanto ao grau de eficácia, algumas apresentando eficácia plena, outras eficácia contida e, ainda, outras apresentam somente eficácia limitada. Porém, para uma delimitação conceitual de omissão inconstitucional, é imperioso asseverar que somente haverá a aludida omissão no domínio das denominadas normas constitucionais de eficácia

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 123.

⁴⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 97.

⁴⁸ José Afonso da Silva. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 81.

⁴⁹ Salienta-se a título exemplificativo, que Maria Helena Diniz, em trabalho monográfico sobre o tema, classifica as normas constitucionais em quatro diferentes modalidades: normas supereficazes ou com eficácia absoluta, normas com eficácia plena, normas com eficácia relativa restringível, normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa". DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 111-119.

limitada, uma vez que são as únicas que demandam providências do Poder Legislativo⁵⁰.

Como a Constituição brasileira de 1988 é uma Constituição dirigente e apresenta uma grande quantidade de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, a inconstitucionalidade por omissão é uma consequência jurídica da própria compostura da Lei Maior em vigor. Deste modo, defende-se que a categoria jurídica da inconstitucionalidade por omissão reforça, de modo significativo, a imperatividade da Lei Fundamental, já que lhe confere prevalência e força normativa mesmo diante da inércia do poder público⁵¹.

Assim, o objetivo deste trabalho é estudar o mandado de injunção, uma ação especial de controle da omissão inconstitucional, e a postura que o Supremo Tribunal Federal vem adotando em face da inércia do poder público em efetivar o comando constitucional. Nessa linha de raciocínio, antes de adentrar no ponto nevrálgico defendido na presente pesquisa monográfica, faz-se mister conceituar a inconstitucionalidade, a omissão inconstitucional e as suas modalidades.

A ideia de inconstitucionalidade expressa uma relação de desconformidade que se estabelece entre a Constituição e o comportamento estatal. Assim, o primeiro termo da relação de inconstitucionalidade é a Constituição, ou seja, deriva da rigidez e supremacia da Lei Maior⁵². Já o segundo termo da relação de inconstitucionalidade é o comportamento estatal, que pode ser tanto positivo (uma ação), como negativo (omissão), tendo em vista que é possível haver inconstitucionalidade tanto em face de um ato praticado em oposição a uma norma constitucional, como devido à omissão do poder público diante de uma norma constitucional que preceitua um agir⁵³.

Destarte, o principal ponto para a compreensão do fenômeno da inconstitucionalidade é o reconhecimento da supremacia constitucional, como

⁵⁰ É oportuno salientar que o presente trabalho monográfico apresenta como objeto apenas as omissões inconstitucionais legislativas, restando para outra oportunidade o estudo detalhado das omissões inconstitucionais administrativas. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 113.

⁵¹ *Ibidem*, p. 114.

⁵² Ademais, deve ser obrigatoriamente direta a relação de desconformidade entre a Constituição e o comportamento estatal, de modo reflita em uma violação imediata de um preceito constitucional. MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Coimbra: Coimbra, 1996, t.2, p.310-316.

⁵³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op.cit.*, 2008, p. 115.

aspecto inerente às Constituições rígidas, na medida em que se submetem a um procedimento agravado para a sua alteração (emenda ou revisão constitucional)⁵⁴.

Segundo as lições de Michel Temer⁵⁵ sobre inconstitucionalidade:

Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição. Também significa a conferência de eficácia plena a todos os preceitos constitucionais em face da previsão do controle da inconstitucionalidade por omissão.

Desta forma, é consabido que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece duas espécies de inconstitucionalidade: a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão. Porém, é imperioso destacar que o presente trabalho debruça-se na inconstitucionalidade por omissão e suas implicações frente ao mandado de injunção, que será estudado em capítulo próprio.

2.2.1 A omissão inconstitucional e suas modalidades

Cumpre salientar, *a priori*, que não é somente a ação normativa do poder público que pode transgredir a Constituição. A abstenção indevida do poder competente quando este tinha o dever de agir, também viola o texto supremo, acarretando na denominada inconstitucionalidade por omissão⁵⁶.

Ademais, não é toda e qualquer omissão do poder público que leva a uma omissão inconstitucional, devendo ser indispensável à exequibilidade da norma suprema. Não é um simples não agir que vai configurar uma omissão inconstitucional, é necessário ocorrer uma abstenção indevida, isto é, em não fazer aquilo que se estava obrigado constitucionalmente⁵⁷.

Para caracterizar uma omissão inconstitucional é necessário uma abstenção indevida, ou seja, um não fazer de uma obrigação que exprime uma conduta ativa determinada na Constituição. Desse modo, a inconstitucionalidade por omissão é

⁵⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 115-116.

⁵⁵ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 44.

⁵⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op.cit.*, 2008, p. 123.

⁵⁷ *Ibidem*, *loc.cit.*

verificada nos casos em que não sejam praticados atos legislativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis os dispositivos da Lei Maior⁵⁸.

Segundo as lições do douto José Joaquim Gomes Canotilho:

Não se trata pois, apenas de um simples negativo não fazer; trata-se, sim de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado. Já por esta definição restrita de omissão se pode verificar que a inconstitucionalidade por omissão, no seu sentido estrito e rigoroso sentido, deve conexionar-se com uma exigência concreta constitucional de acção⁵⁹.

Nessa linha de pensamento, Jorge Miranda complementa o raciocínio afirmando que a inconstitucionalidade por omissão não se manifesta em face do sistema constitucional em bloco, mas sim em face de uma determinada e individualizada norma constitucional, cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da Constituição⁶⁰.

A omissão inconstitucional pode se manifestar sobre diversas modalidades, quais sejam: inconstitucionalidade por omissão total e parcial, formal e material, absoluta e relativa⁶¹.

As referidas modalidades se relacionam, de modo que José Joaquim Gomes Canotilho⁶², na sua obra sobre o tema, explica apenas a omissão formal e material, e a absoluta e a relativa. Já o douto Dirley da Cunha Júnior indica as três modalidades, porém ensina que “omissão formal e a omissão material nada mais são do que omissão total e parcial, respectivamente”⁶³.

A omissão inconstitucional será total quando a indevida abstenção é absoluta, isto é, consiste na integral falta de ação. Será parcial, quando o poder público atua, mas de

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.47.

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 2001, p. 331-332.

⁶⁰ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Coimbra: Coimbra, 1996, t.2, p.518-519.

⁶¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 126.

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 2001, p. 333-336.

⁶³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op.cit.*, 2008, p. 132.

maneira incompleta ou deficiente, sem alcançar fielmente os termos exigidos pela Lei Suprema⁶⁴.

O jurista Gomes Canotilho⁶⁵ assevera que o dever de legislar pode ser transgredido:

[...] (1) quando o legislador não emana qualquer preceito a executar as imposições constitucionais; (2) quando as leis de cumprimento das imposições favorecem certos grupos, esquecendo outros; (3) quando os actos de legiferação, que se propõe a realizar certas imposições constitucionais, excluem alguns cidadãos, total ou parcialmente, de forma expressa, das vantagens reconhecidas nas leis de execução.

Desta forma, a omissão inconstitucional parcial está concatenada ao princípio da isonomia quando a referida omissão favorecer certas pessoas ou certos grupos de pessoas ou situações em condições iguais, mas não sofrendo os mesmos efeitos da norma constitucional⁶⁶.

Por fim, as omissões absolutas derivam da violação de um dever legislativo autónomo. Assim, nas omissões absolutas o poder legislativo deveria obrigatoriamente atuar, todavia, se abstém por completo. Já as omissões relativas decorrem da violação ao princípio da igualdade, de modo que o poder legislativo poderia ficar inerte, mas resolve atuar, porém violando o princípio da isonomia, seja por não contemplar certas pessoas, seja por excluí-las da vantagem⁶⁷.

A problemática da omissão inconstitucional do poder público é delimitada ao domínio das normas constitucionais de eficácia limitada, pois são as únicas que dependem da atuação normativa do Poder Legislativo ou das prestações positivas do Poder Executivo. Assim, quando o poder público se omite, total ou parcialmente, na aplicação das normas constitucionais e a Lei Fundamental determina a sua atuação, constitui uma conduta inconstitucional⁶⁸.

⁶⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127.

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 2001, p. 335.

⁶⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op.cit.*, 2008, p. 128.

⁶⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 132.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 123.

Por fim, cumpre salientar a omissão inconstitucional legislativa é relevante quando o poder público, destinatário do comando constitucional, não editar a norma regulamentadora faltante nos termos exigidos e não o faça em tempo útil⁶⁹.

Assim, a apreciação da omissão não pode ser separada da apreciação do fator tempo, de modo que quando o prazo para edição de lei não for estipulada pela Lei Maior, é necessária uma avaliação sobre o tempo decorrido, levando em conta o critério da razoabilidade⁷⁰.

⁶⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Coimbra: Coimbra, 1996, t.2, p.507.

⁷⁰ A Constituição Federal de 1988 está em vigência há mais de vinte anos, sendo esse um tempo razoável, útil e hábil para que o Poder Público pudesse agir e efetivar o comando constitucional. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 126.

3 MANDADO DE INJUNÇÃO

No Brasil, somente com advento da Constituição de 1988 que a inconstitucionalidade por omissão veio a ser reconhecida expressamente no texto constitucional. A referida Carta é uma Constituição Dirigente, aberta e apresenta algumas normas constitucionais destituídas de aplicabilidade imediata⁷¹.

Desse modo, como visto alhures, o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão está relacionado com o desafio da efetividade das normas constitucionais e com a definição de como efetivar o controle judicial da omissão inconstitucional.

O legislador constituinte de 1988, visando dar uma maior efetividade às normas constitucionais, estabeleceu no artigo 5º, inciso LXXI⁷² e no artigo 103, parágrafo segundo⁷³, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão para tentar solucionar as omissões do poder público e, por conseguinte, dar maior efetividade às normas constitucionais.

Assim, embora ambos instrumentos estejam previstos na Lei Suprema, vale a pena ressaltar que o corte epistemológico realizado no presente trabalho monográfico perpassa especificamente no estudo detalhado apenas do instituto do mandado de injunção.

Destarte, faz-se mister realizar breves distinções entre os institutos. Apesar de ambos os instrumentos se apresentem como mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção é instrumento de tutela

⁷¹ PIOSEVAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 103.

⁷² Conforme dispõe o artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal Brasileira: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no DOU de 05.10.1988.

⁷³ Conforme redação do artigo 103, parágrafo 2º da Constituição Federal Brasileira: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no DOU de 05.10.1988.

de direito subjetivo e tem o propósito de tornar viável o exercício de um direito fundamental no caso concreto. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação de controle concentrado e como tal é instrumento de tutela de um direito objetivo, tendo como finalidade conferir efetividade à norma constitucional, atacando a inconstitucionalidade em tese⁷⁴.

Ou seja, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa sanear a ordem jurídica lacunosa, visando conferir eficácia plena às normas constitucionais, concretizando a obtenção de uma decisão que estimule a produção de alguma medida apta a tornar efetivo dispositivo constitucional. Por outro lado, a finalidade do mandado de injunção é tornar viável um direito lesado pela ausência de norma regulamentadora⁷⁵.

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DO INSTITUTO

O mandado de injunção é uma garantia constitucional inédita da Carta de 1988 e tem o propósito de impedir que as omissões do Legislativo obstruam a plena eficácia das normas constitucionais. Buscou-se, obter uma garantia funcional para suprir, através do Poder Judiciário, a carência de norma regulamentadora que viabilizasse o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Nesse sentido, o mandado de injunção consiste em uma ação constitucional que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito ou uma prerrogativa prevista na Carta Maior⁷⁶.

O referido *writ* está previsto no artigo 5º, LXXI, da Constituição, no capítulo dedicado aos Direitos e deveres Individuais e Coletivos, capítulo que compõe o Título II, relativo aos Direitos e Garantias Fundamentais.

⁷⁴ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 103.

⁷⁵ Luiz Flávio Gomes sustenta que “na ação de inconstitucionalidade por omissão o Poder Judiciário comunica a omissão; no mandado de injunção ele supre a omissão normativa. Mais: no mandado de injunção visa-se regulamentar um direito subjetivo, enquanto a inconstitucionalidade por omissão serve de tutela ao direito objetivo”. GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vl.647, set.1989, p. 43.

⁷⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 179.

A primeira grande questão que se pôs em relação ao mandado de injunção foi determinar se o novo remédio constitucional seria imediatamente aplicável ou se dependeria, para tornar-se efetivo, de norma que o regulamentasse, em especial nos seus aspectos processuais⁷⁷.

Desse modo, o mencionado remédio foi, durante algum tempo, objeto de crítica na doutrina, que sustentava que o instituto fora criado precisamente para superar a paralisa resultante de normas constitucionais não auto-aplicáveis, porém não existia lei específica sobre a matéria e o novo *writ* não era em si auto-aplicável⁷⁸.

Carlos Augusto Alcântara Machado⁷⁹ questiona a aplicabilidade do instituto em tela e propõe a análise dos trabalhos constituintes, como um possível elemento de interpretação do artigo 5º, LXXI e parágrafo 1º da Lei Maior.

Diversos projetos foram apresentados na elaboração do Texto Constitucional e, notadamente em relação ao mandado de injunção, várias propostas existiram. O artigo 51, §6º, elaborado pela Comissão de Sistematização, estava inserido no Título II, Capítulo I do Projeto da Constituição e dispunha⁸⁰:

“Conceder-se-á mandado de injunção, na *forma da lei*, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, a soberania do povo e à cidadania”. (sublinhamos)

A origem do dispositivo (a sua redação final deu origem ao atual artigo 5º, LXXI da Constituição) continha a expressão “na forma da lei”, porém, posteriormente foi suprimida, levando a conclusão que o legislador constituinte não almejava transferir ao legislador ordinário a missão de regulamentar o instituto, apesar de não existir qualquer vedação a respeito⁸¹.

Dessa forma, ao eliminar a mencionada expressão, no anteprojeto, o constituinte teve a nítida intenção de fazer com que o artigo 5º, LXXI, do texto em vigor, se

⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.248.

⁷⁸ SILVA FILHO, Derly Barreto e. Destinação e utilidade do mandado de injunção. **Justitia**. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, v.53, out./dez. 1991, p.67.

⁷⁹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 1999, p.62.

⁸⁰ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Mandado de injunção e direitos sociais**. Revista LTR, ano 53 n.3, mar./89, p. 322-330.

⁸¹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Op.cit.*, 1999, p.63.

revestisse de auto-aplicabilidade, evitando eventuais dificuldades de ordem prática que pudessem surgir⁸².

O estudioso Volney Zamenhof⁸³ conclui que não parece sensato recusar auto-executoriedade ao mandado de injunção, tendo em vista que o artigo 5º, §1º da Constituição prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e o inciso LXXI do mesmo artigo tem a finalidade de tornar viável o exercício dos direitos sociais inseridos no título II, relativos aos direitos e garantias fundamentais de que retrata o supracitado §1º, dessa norma.

Na linha desse raciocínio, segundo os ensinamentos do professor J. J. Gomes Canotilho⁸⁴:

A norma garantidora do mandado de injunção também não é, ela própria, uma simples norma programática, no sentido de o seu objecto, conteúdo, extensão e limites depender da eventual lei reguladora. A entender-se assim, chegar-se-ia a resultados paradoxais: uma acção constitucional dirigida contra inação normativa ficaria inerte em virtude da falta de lei regulamentadora!

O Supremo Tribunal Federal decidiu de forma unânime, no julgamento do MI nº 107-DF, RTJ 133/11, em 23-11-1989, pela autoaplicabilidade do mandado de injunção, independentemente de criação de lei para regulamentá-lo, em face do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal⁸⁵.

Antes de adentrar o mérito do MI 107-3/DF, o ex- Ministro Moreira Alves, relator do caso sob análise, suscitou a questão de ordem sobre a autoaplicabilidade do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal. O relator iniciou o seu voto rejeitando o argumento de que o mandado de injunção seria auto-aplicável pela única razão de estar previsto no artigo 5º da Lei Maior e, conseqüentemente, submeter-se ao seu §1º⁸⁶.

⁸² SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Lineamentos do mandado de injunção**. 1.ed. São Paulo: RT, 1993, p. 63.

⁸³ *Ibidem, loc.cit.*

⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas. *In: As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 364.

⁸⁵ De acordo com a Lei 8.038/90, relativa à competência do STF e do STJ, dispõe em seu artigo 24, parágrafo único: “No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”.

⁸⁶ Segundo a redação do artigo 5º, §1º da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no DOU de 05.10.1988.

Segundo Moreira Alves, a norma preconizada no §1º do artigo em questão não tinha caráter absoluto, tendo em vista que alguns incisos⁸⁷ do próprio artigo 5º remetiam explicitamente regulação por lei⁸⁸.

O Ministro Moreira Alves aduz, ainda, que a não autoaplicabilidade ocorre não apenas quando a regulamentação da norma constitucional é prevista nela mesmo de modo expresse, mas também quando não é possível aplicar a norma por não se constituir “um todo completo⁸⁹”. Desta forma, como o inciso LXXI do artigo 5º da Carta Magna não faz menção expressa à necessidade de normas reguladoras, deve-se verificar a completude do instituto⁹⁰.

Com o propósito de verificar a completude do mandado de injunção e determinar a natureza jurídica do instituto, o Ministro relator citou os artigos constitucionais que tratam do instrumento processual⁹¹ e concluiu, com base neles, que falta na

⁸⁷ Os incisos citados pelo Ministro relator Moreira Alves no MI 107-3/DF são: VII, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, XXXII, XXXVIII, XLI, XLVII, XLVI, LXXVI e LXXVII.

⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 107/DF. Relator Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça da União, 21 nov.1990, p. 27-28.

⁸⁹ O próprio Ministro Moreira Alves esclarece, na página 29 do MI 107-3/DF, que a questão relativa à auto-aplicabilidade do mandado de injunção vai depender da verificação de se constituir a norma constitucional, por si só, (...) “um todo capaz de ser aplicado de imediato, sem necessidade de suplementação de lei ordinária”.

⁹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 107/DF. Relator Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça da União, 21 nov.1990, p. 29.

⁹¹ Os artigos constitucionais transcritos pelo Ministro Moreira Alves em seu voto nas páginas 29 e 30 do MI 107-3/DF foram:

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

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

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

I - processar e julgar, originariamente: (...)

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

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o “habeas-corpus”, o mandado de segurança, o “habeas-data” e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.”

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente: (...)

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.”

“Art. 121. [não transcrito] (...)

§ 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

Constituição preceitos expressos com relação à legitimidade passiva, à natureza e aos efeitos da providência jurisdicional dela decorrente e ao seu procedimento⁹². Porém, é possível identificar nos dispositivos constitucionais a legitimidade ativa⁹³ e os órgãos competentes para o julgamento⁹⁴ da ação injuncional⁹⁵.

O douto jurista J. J. Calmon de Passos assevera que não se concede direito sem que haja, inevitavelmente, para ele remédio ou procedimento aplicável. Assim, se não existe regulamentação expressa, constrói-se analogicamente, respeitados os princípios pertinentes e as prescrições compatíveis⁹⁶.

Diante do exposto, prevaleceu, tanto na doutrina como na jurisprudência, a tese de que o mencionado remédio constitucional se enquadrava como garantia prontamente utilizável, e, na trilha do pensamento explanado por Calmon de Passos⁹⁷, deve-se aplicar analogicamente o procedimento do mandado de segurança, conforme o caso, no que coubesse⁹⁸.

Dirley da Cunha⁹⁹ corrobora com o entendimento majoritário, afirmando que os lineamentos básicos do mandado de injunção já foram fixados pela Constituição, de tal modo que não é indispensável lei para regular-lhe o processo. Ou seja, a norma definidora do *writ* é de eficácia plena, não dependente de ulterior regulação.

V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção."

⁹² Exceto, como expõe o Ministro Moreira Alves, o recurso ordinário para o STF de decisão denegatória de mandado de injunção, julgada em única instância pelos Tribunais Superiores e a possibilidade de recurso de decisão denegatória de mandado de injunção julgada pelo Tribunal Regional Eleitoral.

⁹³ O Ministro relator concluiu que a "(...) ação pode ser proposta por aquele a que, no caso concreto, é outorgado direito ou liberdade constitucionais, ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania, direito, liberdade ou prerrogativas esses que não podem ser exercitadas por falta de norma regulamentadora (...)". BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 107/DF. Relator Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça da União, 21 nov.1990, p. 31.

⁹⁴ O Ministro relator assevera, ainda, que o mandado de injunção é uma "(...) ação ajuizável perante órgão do Poder Judiciário competente em razão do Poder, do Órgão, da Entidade ou da Autoridade cuja omissão torna inviável o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa já referidos (...)". BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 107/DF. Relator Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça da União, 21 nov.1990, p. 32.

⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 107/DF. Relator Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça da União, 21 nov.1990, p. 29-33.

⁹⁶ PASSOS, J.J Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data:** constituição e processo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989, p. 122.

⁹⁷ *Ibidem, loc.cit.*

⁹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.248.

⁹⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público:** em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 532.

Todavia, o douto jurista sugere a elaboração de uma lei que regule o processo e julgamento da ação em causa, em similitude com o que ocorreu com a ADIN¹⁰⁰ e ADECON¹⁰¹, cujo processo e julgamento encontra-se regulado na Lei nº 9.868/99. Dirley da Cunha adverte que caso venha a ser editada a referida lei, esta jamais pode alterar o perfil constitucional do *writ*, cumprindo-lhe tão somente dar maior operatividade ao instituto¹⁰².

Porém, o professor Dirley da Cunha, explicita, ainda, em conformidade com o artigo 24 da Lei nº 8.038/90 e com o entendimento explanado anteriormente por J.J Calmon de Passos¹⁰³, que enquanto não editada a lei que regule processualmente o dispositivo, aplica-se, por analogia, a lei do mandado de segurança (Lei nº 12.016/09) ou os dispositivos do Código de Processo Civil que tratam do procedimento ordinário¹⁰⁴.

3. 2 O MANDADO DE INJUNÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O mandado de injunção surgiu na Constituição Federal de 1988, após amplo debate em assembleia constituinte, tendo em vista a premente necessidade de criação de um remédio constitucional que garantisse a efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais¹⁰⁵.

Desse modo, buscou-se criar uma garantia constitucional para suprir, através do Poder Judiciário, a ausência de norma regulamentadora que viabilizasse o exercício

¹⁰⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: Teoria e Prática. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 209-210. Segundo Dirley, a Ação direta de inconstitucionalidade é uma ação de controle concentrado- principal e tem como objetivo a defesa genérica de todas as normas constitucionais, sempre que violadas por alguma lei ou ato normativo do poder público.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 301. Segundo Dirley, a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) é uma ação de controle concentrado e foi criada, em síntese, para que o Supremo Tribunal Federal declarasse de maneira definitiva a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, questionado na instância ordinária, preservando a ordem constitucional com vistas à por fim a incerteza gerada a partir de relevante controvérsia judicial.

¹⁰² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 533.

¹⁰³ PASSOS, J.J Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data**: constituição e processo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989, p. 122.

¹⁰⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op.cit.*, p. 534.

¹⁰⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 529.

de direitos consagrados no texto constitucional¹⁰⁶. Ou seja, é um meio para obtenção de uma ordem judicial com a finalidade de evitar que a inércia ou omissão do poder competente tolhesse a fruição de direito ou liberdade constitucionalmente garantidos, porém dependentes de regulamentação¹⁰⁷.

É importante ressaltar que o surgimento do mandado de injunção coincidiu com o momento de redemocratização do Estado brasileiro, período marcado pela intervenção estatal no âmbito social e pelo modelo do Estado de Bem Estar Social, no qual a Constituição estabelece metas, programas a serem cumpridos e observados por todos¹⁰⁸.

Faz-se mister, realizar uma breve retrospectiva do processo constituinte no que tange ao mandado de injunção, com o intuito de melhor compreender a trajetória do instituto até a sua aplicação na atualidade.

Imediatamente após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, diversas propostas legislativas foram apresentadas pelos constituintes objetivando regular o funcionamento do mandado de injunção. Dentre as quais importa mencionar, destaca-se as do Senador Ruy Bacelar (PMDB/BA), o qual, justificando não bastar a mera enunciação de direitos na Carta, se o Estado não é compelido a efetivá-los, propunha a seguinte disposição¹⁰⁹:

Os direitos conferidos por esta Constituição e que dependam de lei ou de providências do Estado serão assegurados por Mandado de Injunção, no caso de Omissão do Poder Público.

Parágrafo único: o mandado de injunção terá o mesmo rito processual do mandado de segurança.

O senador Virgílio Távora (PDS/CE), participante do processo constituinte, sugeriu a criação do mandado de injunção com a seguinte redação¹¹⁰: “Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á, mandado de injunção, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança”.

¹⁰⁶ CHADDAD, Maria Cecília Cury. **A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção**: o controle da omissão parcial. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 86.

¹⁰⁷ Nesse aspecto, adota-se o conceito de omissão inconstitucional nos moldes apresentados no subitem 2.2.1 do capítulo 2, p.16 do presente trabalho monográfico.

¹⁰⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 72-75.

¹⁰⁹ CHADDAD, Maria Cecília Cury. *Op.cit.*, 2011, p. 59.

¹¹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op.cit.*, 2008, p. 529.

As referidas propostas sofreram, posteriormente, alterações na redação, porém restou mantida a intenção originária de buscar-se conferir, ao cidadão, um instituto que permitisse o controle da omissão do Poder Público e que pudesse assegurar, judicialmente, a efetividade dos direitos constitucionalmente previstos¹¹¹.

Dessa forma, quando as propostas chegaram no âmbito da Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, o seu relator, Deputado Darcy Pozza (PDS/RS), procedidas algumas modificações, apresentou o anteprojeto com os seguintes termos¹¹²:

Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata. Conceder-se-á mandado de injunção para garantir direitos nela assegurados, não aplicados em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer juízo ou tribunal, observadas as regras de competência da lei processual.

Porém, esse anteprojeto ainda sofreu modificação na Comissão Temática da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. O seu relator, Senador José Paulo Bisol (PMDB/RS) apresentou uma versão substitutiva àquele anteprojeto.

*In verbis*¹¹³:

Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania.

Com pequenas alterações, esse foi o texto consagrado na Constituição de 1988, no inciso LXXI do artigo 5º, cuja redação final assim dispõe¹¹⁴:

Art.5º

(...)

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O mandado de injunção está localizado no Capítulo I da Constituição de 1988, referente aos direitos e garantias individuais e coletivos, do Título II, que cuida dos direitos e garantias fundamentais, o que lhe confere uma condição de

¹¹¹ CHADDAD, Maria Cecília Cury. **A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção**: o controle da omissão parcial. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 59.

¹¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 530.

¹¹³ *Ibidem, loc.cit.*

¹¹⁴ CHADDAD, Maria Cecília Cury. **A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção**: o controle da omissão parcial. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 60.

superioridade¹¹⁵. Maria Cecília Cury considera o instituto como uma cláusula pétrea, sendo, portanto, intangível, nos moldes do artigo 60,§4º, da Constituição¹¹⁶.

Além da sua própria instituição e definição, o mandado de injunção ainda ocupa outros dispositivos da Constituição de 1988, que tratam da competência originária e recursal dos Tribunais para julgá-lo. No artigo 102, inciso I, alínea “q”, estabeleceu a competência originária do Supremo Tribunal Federal e no inciso II do mesmo artigo, alínea “a”, fixou a competência recursal do Supremo Tribunal Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores¹¹⁷.

Já o artigo 105, inciso I, alínea “h”, da Constituição traz a competência originária do Superior Tribunal de Justiça, ressalvando a competência dos órgãos da Justiça Militar, Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho e Justiça Federal. A seu turno, o artigo 121, §4º, inciso V, da Constituição estabelece a competência originária dos Tribunais Regionais Eleitorais e a competência recursal do Tribunal Superior Eleitoral¹¹⁸.

3.3 ORIGEM

A doutrina que cuida do mandado de injunção tem divergido bastante no que diz respeito à determinação da origem desse instituto. Isso explica-se pelo fato de que, até a Constituição de 1988, não havia, na legislação e na doutrina brasileira, nenhum instituto com a finalidade pretendida por esse remédio constitucional, que pudesse servir de modelo. Em razão disto, diante da novidade da Constituição de 1988, foi necessário buscar a naturalidade do referido *writ* no direito estrangeiro. Porém, há quem acredite que se trata de um instrumento peculiar e singular, sendo uma inovação eminentemente brasileira¹¹⁹.

¹¹⁵ CHADDAD, Maria Cecília Cury. **A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção**: o controle da omissão parcial. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 60

¹¹⁶ Segundo a redação do artigo 60, §4º da Constituição de 1988: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

¹¹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 530.

¹¹⁸ *Ibidem*, loc.cit.

¹¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso bastos Editora, 2002, p.410.

Segundo os ensinamentos do professor José Afonso da Silva¹²⁰ sobre as raízes históricas do mandado de injunção:

O *mandado de injunção* é um instituto que se originou na Inglaterra, no séc. XIX, como essencial remédio da *Equity*. Nasceu, pois, do *Juízo de Equidade*. Ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando *falta norma legal (statutes)* regulando a espécie, e quando a *Common Law* não oferece proteção suficiente. A *equidade*, no sentido inglês do termo (sistema de estimativa social para a formulação da regra jurídica para o caso concreto), assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios de justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim emite a decisão fundada não no justo legal, mas no *justo natural*. (...) Mas a fonte mais próxima deste é o *writ of injunction* do Direito norte-americano, onde cada vez mais tem aplicação na proteção dos direitos da pessoa humana, para impedir, p. ex., violações de liberdade de associação e de palavra, da liberdade religiosa e contra denegação de igual oportunidade de educação por razões puramente raciais, tendo-se estabelecido mediante julgamento favorável de uma *injunction* (caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 1954) o direito de estudantes negros à educação em escolas não segregadas (...).

Já Manoel Gonçalves Ferreira Filho descarta a possibilidade de que *writ of injunction* tenha sido a raiz inspiradora do constituinte brasileiro, pois o instituto encontrado no Direito inglês e norte-americano reflete uma ordem judicial que determina a uma parte que se abstenha de fazer ou a continuar a produzir algo. Sendo assim, trata-se de uma medida judicial que impõe um não fazer, razão pela qual não pode ser visto como raiz inspiradora do mandado de injunção brasileiro, cujo objetivo é o exercício de um direito, superando-se a ausência de norma regulamentadora¹²¹.

De acordo com Hely Lopes Meirelles¹²², o mandado de injunção brasileiro de 1988 não pode ser considerado o mesmo *writ* dos ingleses e norte-americanos, tendo como semelhança apenas a denominação. O jurista brasileiro salienta que a referida ação, no Direito anglo-saxônico, possui objetivos muito mais amplos comparados com o nosso remédio, pois na Inglaterra e nos Estados Unidos o *writ of injunction* visa solucionar questões de Direito Público e Privado, sendo considerado um dos remédios extraordinários.

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.448.

¹²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 324.

¹²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição descumprimento de preceito fundamental. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.266.

Nessa linha de raciocínio, Celso Agrícola Barbi¹²³ acrescenta, ainda, que o instituto anglo-americano da *injunction* reveste-se de duas formas: a *prohibitory injunction*, com o intuito de vedar a prática de atos violadores de direito (ordem de deixar de fazer), e a *mandatory injunction*, com o intuito de ordenar a prática de ato cuja omissão viola direito (ordem de fazer), podendo, a *injunction*, dirigir-se ao Poder Público ou ao particular. O descumprimento da ordem do *writ of injunction*, pela negativa de obedecê-la, pela autoridade ou pelo particular, importa em crime de desacato ao Tribunal (*contempt of Court*) e sujeita o infrator a prisão, que é decretada de forma sumaríssima pelo Tribunal.

Existem, ainda, autores que afirmam que existe uma semelhança entre o instituto do mandado de injunção e o instituto *Verfassungsbeschwerde* do Direito alemão. A referida ação constitucional alemã pode ser ajuizada, perante o Tribunal Constitucional Federal, por qualquer cidadão, quando o órgão ou autoridade pública, seja por ação ou omissão, violar os direitos fundamentais ou assemelhados previstos na Lei Fundamental¹²⁴.

A professora Flávia Piovesan¹²⁵ acrescenta, ainda, que em relação ao instituto do *Verfassungsbeschwerde*, a mora legislativa pode ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, restando a este proferir solução satisfatória ao caso em apreciação. Desse modo, o Judiciário tutela o direito violado por omissão do legislador, não impossibilitando que o Legislativo, no futuro, exerça suas atribuições constitucionais.

Vale a pena destacar que o objeto de estudo do presente trabalho não tem como objetivo principal o estudo minucioso e amplo acerca do direito comparado. A confrontação do mandado de injunção brasileiro com o direito alienígena serviu como base exemplificativa para a conclusão de que o mandado de injunção regulado no ordenamento jurídico pátrio é uma garantia sem precedentes, quer no direito nacional, quer no alienígena¹²⁶.

¹²³ BARBI, Celso Agrícola. Proteção processual dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 105.

¹²⁴ MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v.304, out./nov./dez.1988, p. 11.

¹²⁵ PIOSEVAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 178.

¹²⁶ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 1999, p.57.

3.4 OBJETO

O objeto do mandado de injunção é a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica, e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que torne possível sua fruição por inércia do Poder Público em expedir normas reguladoras pertinentes¹²⁷.

Em relação aos direitos tutelados pelo mandado de injunção (não exercitáveis em face de falta de norma regulamentadora), há três posicionamentos doutrinários que merecem destaque¹²⁸.

Como primeira posição, Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹²⁹ sustenta que o mandado de injunção possui um campo restrito, isto é, o instituto alcança somente os direitos políticos e os direitos vinculados diretamente ao *status* de nacional, não contemplando, por exemplo, os direitos sociais. Desse modo, em relação aos direitos, liberdades e prerrogativas diretamente vinculados ao status de nacional, Manoel Ferreira se refere aos direitos do artigo 5º, cujo *caput* reconhece aos brasileiros determinados direitos fundamentais, ou que possam ser deduzidos do Capítulo relativo à nacionalidade (Capítulo III do Título II da CFRB/1988).

No que concerne à cidadania, o mencionado autor correlaciona com o nacional politicamente ativo que, por ser integrante do povo, é o soberano na democracia, tendo participação do governo com o direito de voto e elegibilidade, ou seja, se refere aos direitos políticos (Capítulo IV do Título II da CFRB/1988)¹³⁰.

A segunda posição¹³¹ é advogada por Celso Ribeiro Bastos e J. J. Calmon de Passos. Celso Ribeiro Bastos defende que a expressão “direitos e liberdades

¹²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição descumprimento de preceito fundamental. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.265.

¹²⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 538.

¹²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 325.

¹³⁰ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹³¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 538.

constitucionais” aponta para as clássicas declarações de direitos individuais. Todavia, esclarece que o tratamento desta matéria é realizado de forma moderna, consagrando não só os direitos e deveres individuais, mas, também, os direitos debaixo do mesmo título “Dos direitos e garantias fundamentais”: os coletivos e sociais. Nessa linha de raciocínio, o mandado de injunção alcança os direitos subsumidos debaixo do Título II da Constituição, englobando os direitos de nacionalidade, os políticos, como também os relativos à soberania nacional¹³².

Compartilhando similar posição, J. J. Calmon de Passos¹³³ restringe a expressão “direitos e liberdades constitucionais”, aos direitos e garantias fundamentais do Título II da Lei Maior.

A terceira posição¹³⁴ entende que os direitos, liberdades e prerrogativas tuteláveis pela injunção não são apenas os constantes no Título II da Carta Maior (que se refere aos direitos e garantias fundamentais), mas quaisquer direitos, liberdades e prerrogativas, previstos em qualquer dispositivo da Constituição, levando em consideração que inexistente qualquer restrição no artigo 5º, LXXI, do texto. Destarte, a aludida posição compreende que o aludido *writ* protege direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas, somente para estas últimas, inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

José Afonso da Silva¹³⁵ é adepto da terceira corrente e segundo seus ensinamentos, o objeto do mandado de injunção engloba o exercício de qualquer direito constitucional (individual, coletivo, político ou social) não regulamentado, independentemente da sua localização no texto constitucional, de liberdade constitucional não regulamentada e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, também quando não regulamentadas. O douto jurista ressalta que comumente as liberdades são previstas em normas constitucionais de aplicabilidade imediata e que são raros as oportunidades de mandado de injunção

¹³² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso bastos Editora, 2002, p.411.

¹³³ PASSOS, J.J Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data**: constituição e processo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989, p. 110.

¹³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 140.

¹³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.449.

nessa matéria. Mas existem situações, como a do artigo 5º, VI, da CFRB/88¹³⁶, em que a liberdade de cultos religiosos resta dependente, em certo aspecto, de lei regulamentadora.

Na sequência, analisada a questão dos direitos suscetíveis da tutela por mandado de injunção, resta, por ora, perquirir qual a razão da Constituição Federal de 1988 diferenciar direitos e liberdades no artigo 5º, inciso LXXI. Luiz Flávio Gomes¹³⁷ ensina que o poder constituinte separou as liberdades dos direitos com intuito de permitir a tutela dos direitos coletivos ou difusos, além dos direitos individuais, previstos, sobretudo, no Título II, capítulos I e II, da Constituição, por meio de mandado de injunção.

De outro modo, também é relevante destacar qual a pretensão do poder constituinte em conferir proteção, de forma expressa no supracitado artigo da Constituição, às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O professor Sérgio Bermudes¹³⁸ explica que, no passado, já sustentou que a proteção das prerrogativas asseguradas pela Constituição seria apenas uma forma pleonástica e redundante, tendo em vista que toda prerrogativa também seria um direito. Porém, o jurista reviu tal opinião e constatou que seu posicionamento anterior ia de encontro à regra de que o legislador constituinte não utiliza palavras ociosas. Desse modo, essa repetição seria resultante de uma opção do constituinte de dar ênfase à importância de tais direitos¹³⁹.

Vale a pena uma análise, em separado, de cada uma das prerrogativas delineadas no dispositivo que cuida do mandado de injunção, com vistas a entender o tratamento dedicado pela Constituição a cada uma delas.

As prerrogativas inerentes à nacionalidade são aquelas previstas nos artigos 12 e 13 da Constituição. Os mencionados artigos retratam a condição de brasileiro do

¹³⁶ Segundo a redação do artigo 5º, VI, da Constituição: “VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, *na forma da lei*, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no DOU de 05.10.1988.

¹³⁷ GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vl.647, set.1989, p. 40.

¹³⁸ BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vl. 642, abr.1989, p. 21/22.

¹³⁹ CHADDAD, Maria Cecília Cury. **A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção: o controle da omissão parcial**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 87.

indivíduo, no que tange às formas de perda e aquisição de nacionalidade brasileira e aos cargos privativos dos brasileiros¹⁴⁰.

As prerrogativas que cuidam da soberania, por sua vez, estão relacionadas à soberania popular, conforme dispõe o artigo 14 da Constituição e não soberania estatal¹⁴¹.

Por conseguinte, a soberania popular está refletida na tutela dos direitos políticos, que abrange o direito à participação popular, seja pelo voto, plebiscito, referendo ou iniciativa popular para a elaboração das leis¹⁴².

No que se refere às prerrogativas inerentes à cidadania, a Constituição visa proteger o exercício da participação do cidadão na vida nacional. José Afonso da Silva¹⁴³ destaca que as hipóteses legais, que cuidam das prerrogativas da soberania popular e da cidadania, já existem, quais sejam o Código Eleitoral e a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, dessa forma, por ser matéria regulamentada, não ocorrerão muitas hipóteses de ocorrência do mandado de injunção.

3.5 HIPÓTESES DE CABIMENTO

Da leitura do dispositivo constitucional que regula o mandado de injunção, pode-se concluir que é imprescindível haver o atendimento a certos requisitos para admitir-se a impetração do *writ*, pressupostos sem os quais não se pode falar em seu cabimento¹⁴⁴.

Celso Ribeiro Bastos¹⁴⁵ assevera dois pressupostos fundamentais para o exercício do mandado de injunção, quais sejam, a existência de um direito constitucional de

¹⁴⁰ CHADDAD, Maria Cecília Cury. **A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção**: o controle da omissão parcial. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 88.

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.449.

¹⁴² BACHA, Sérgio Reginaldo. **Mandado de Injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

¹⁴³ SILVA, José Afonso da. *Op.cit.*, p.450.

¹⁴⁴ CHADDAD, Maria Cecília Cury. **A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção**: o controle da omissão parcial. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81.

¹⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso bastos Editora, 2002, p.410.

quem o invoca e, sem segundo lugar, a falta de norma regulamentadora que torne o exercício desse direito inviável¹⁴⁶.

Tratando da mesma questão, José Afonso da Silva¹⁴⁷ ensina que os pressupostos do remédio em comento são, em primeiro lugar, a falta de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada e a condição do impetrante ser beneficiário do direito, liberdade ou prerrogativa inerente à nacionalidade, soberania e cidadania. Completa mencionando que o interesse de agir decorre da titularidade do bem reclamado, para que a sentença proferida tenha direta utilidade para o demandante. Como exemplo, o aludido autor explicita que não pode pleitear a garantia de relação de emprego quem está desempregado, ou então, não pode pretender uma decisão judicial sobre aviso prévio proporcional quem estiver desempregado.

Diante do exposto, conclui-se que, embora os diferentes doutrinadores não apresentem, de forma idêntica, os requisitos indispensáveis para impetração do mandado de injunção, essa ausência de identidade está muito mais relacionada à forma de exposição do tema do que à efetiva existência de divergência material entre os estudiosos. Isso é decorrente do princípio da supremacia da Constituição, pelo qual nenhuma manifestação pode subsistir se for incompatível com a Lei Maior¹⁴⁸.

Desse modo, os pressupostos para o exercício do mandado de injunção estão presentes no texto constitucional, de forma expressa, a saber: a inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, além da ausência de norma regulamentadora¹⁴⁹.

É importante salientar que a concessão de injunção está condicionada a uma relação jurídica de causa e efeito (nexo de causalidade). Nesse sentido, a causa

¹⁴⁶ Hely Lopes entende no mesmo sentido. Hely Lopes Meirelles, **Mandado de segurança**: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição descumprimento de preceito fundamental. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.289.

¹⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.449.

¹⁴⁸ CHADDAD, Maria Cecília Cury. **A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção**: o controle da omissão parcial. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81.

¹⁴⁹ CHADDAD, Maria Cecília Cury. **A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção**: o controle da omissão parcial. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 83.

pode ser delineada como a falta da norma regulamentadora, já em relação ao efeito, a ordem jurídica atribui como consequência, a inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Para a definição de norma regulamentadora, faz-se mister a realização de uma interpretação sistemática da Constituição, levando em consideração o princípio interpretativo de que às garantias constitucionais deve ser conferida a mais ampla eficácia possível¹⁵⁰.

Assim, Luís Roberto Barroso¹⁵¹ sustenta que a norma regulamentadora diz respeito a qualquer medida para tornar efetiva a norma constitucional, podendo ela ser de qualquer hierarquia (o que inclui leis complementares, ordinárias, decretos, regulamentos, resoluções, portarias, decisões administrativas normativas, dentre outros atos), desde que sua ausência inviabilize um direito constitucional.

Diante do exposto, o conceito de norma regulamentadora abrange os atos administrativos concretos e fatos administrativos, tendo em vista que a ausência de uma ordem de serviço (ato administrativo concreto) para implementação de um determinado serviço público (fato administrativo) pode indiscutivelmente inviabilizar o exercício de um direito fundamental, sendo o caso, por exemplo, dos direitos relativos à educação e saúde.

Assim, deve-se compreender a norma regulamentadora como toda e qualquer medida para tornar efetiva norma constitucional, incluindo não apenas a edição de normas, mas também a produção de ato administrativo e ato material.

Portanto, a Constituição não limitou a aplicação do mandado de injunção somente quando houver omissões legislativas. Nesse contexto, segundo os ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior¹⁵²:

[...] a expressão “norma regulamentadora” deve ser interpretada extensivamente para abranger não só os atos legislativos, mas também toda e qualquer medida necessária para tornar efetiva a norma constitucional, a teor do §2º do artigo 103, da Constituição Federal, seja ela de natureza legislativa ou não (leis, regulamentos, decretos, portarias,

¹⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 135.

¹⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.253.

¹⁵² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 513.

instruções, resoluções, despachos administrativos e outros atos legais e administrativos), abstrata ou concreta, jurídica ou material, desde que sua ausência torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Nesse sentido, o próprio texto constitucional confirma expressamente essa interpretação quando trata, nos artigos 102, inciso I, alínea “q” e 105, inciso I, alínea “h”, da competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar o mandado de injunção, pois há referência expressa à norma regulamentadora de atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (art.102, I, “q”), e à norma regulamentadora de atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta (art. 105, I, “h”)¹⁵³.

Nesta linha de raciocínio, é possível impetrar mandado de injunção diante da ausência de providências materiais relativas ao direito à educação e à saúde, pois são direitos que só se tornam efetivos e exercitáveis se houver escolas, professores e vagas (direito à educação) e médicos, posto de saúde e leitos (direito à saúde)¹⁵⁴. No entanto, é importante salientar que o corte epistemológico do presente trabalho monográfico centra-se na omissão legislativa e seu controle. Diante desse motivo, o tema da omissão administrativa não será detalhado e desenvolvido.

Assim, pode-se concluir que a exigência de norma regulamentadora não está associada à espécie normativa faltante, mas ao fato de que sua carência tem como consequência a inviabilidade do exercício de direito constitucionalmente consagrado¹⁵⁵.

Superada a questão do conceito de norma regulamentadora, vale perquirir o conceito de falta de norma regulamentadora para fins de manejo do mandado de injunção¹⁵⁶. Nesse ponto, é importante ressaltar que não se pretende tecer detalhes sobre a discussão da existência ou não de lacuna no ordenamento jurídico como um

¹⁵³ *Ibidem*, p. 534-535.

¹⁵⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 515.

¹⁵⁵ CHADDAD, Maria Cecília Cury. **A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção**: o controle da omissão parcial. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 85.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 86.

todo, mas tão somente no que diz respeito à compreensão do que seja a ausência de norma regulamentadora, para fins de cabimento do mandado de injunção.

A ausência de norma regulamentadora, no caso do mandado de injunção, não representa uma lacuna, pois existe previsão normativa de um direito na Constituição, porém ocorre uma situação de dificuldade de aplicação concreta desse direito constitucional, pela carência de norma regulamentadora que viabilize seu exercício¹⁵⁷.

Desse modo, no caso do mandado de injunção, como existe previsão jurídica no texto constitucional de um dado direito, já situa a questão no mundo jurídico, razão pela qual não é viável falar que há uma lacuna. Nesse caso não foi constatada “falha” no ordenamento normativo, o que ocorre é que o indivíduo, por se sentir prejudicado, deve pleitear a regulamentação de um dispositivo de natureza programática, ou seja, contém eficácia limitada e não pode ser posto em prática imediatamente¹⁵⁸.

Nessa linha de raciocínio, em relação ao mandado de injunção, exige-se uma “lacuna técnica”. Segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz, “lacuna técnica” ou *intra legem* ocorre quando houver ausência de uma norma imprescindível para que a outra produza efeitos jurídicos. O mandado de injunção foi concebido com o intuito de resolver um problema de aplicabilidade das normas constitucionais (precisamente das normas constitucionais não auto-aplicáveis ou de eficácia limitada). Desse modo, a situação não é de lacuna nos termos concebidos pela Teoria Geral do Direito¹⁵⁹.

Pode-se inferir como consequência lógica do que foi exposto que se o dispositivo constitucional se revelar auto-aplicável (norma constitucional de eficácia plena), não se pode falar em hipótese de cabimento de mandado de injunção, pois o direito definido em tal dispositivo é exercitável de plano. Também é hipótese de descabimento do MI, se o ajuizamento da ação injuncional se der antes de decorrido o prazo constitucionalmente fixado para elaboração da lei regulamentadora. A edição de norma superveniente ao pedido (ainda que se trate de medida provisória)

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 86.

¹⁵⁸ SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Lineamentos do mandado de injunção**. 1.ed. São Paulo: RT, 1993, p. 82.

¹⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 31.

que viabiliza o exercício do direito reclamado implica em uma situação de prejudicialidade que afetará o próprio curso da ação injuncional¹⁶⁰.

O fato de a autoridade pública recusar-se a aplicar uma norma de eficácia plena, tolhendo o exercício de um direito constitucional, não enseja a interposição do *mandamus* em questão, mas é caso de mandado de segurança, haja vista que inexistente omissão a ser combatida pelo remédio constitucional em pauta¹⁶¹.

Uma questão importante é analisar a hipótese de cabimento de mandado de injunção diante de uma omissão legislativa parcial. A omissão legislativa parcial ocorre quando o legislador não efetiva completamente uma imposição concreta da Constituição, ou seja, ocorre notadamente quando leis de cumprimento da Constituição favorecem certos grupos, esquecendo outros, implicando na exclusão constitucional de vantagens e na violação ao princípio da igualdade¹⁶².

A doutrinadora Flávia Piovesan¹⁶³ defende o cabimento do mandado de injunção na hipótese de omissão legislativa parcial que afronte o princípio da isonomia, tendo em vista que ocorreu a exclusão legal de benefício. Dessa forma, a omissão legislativa parcial seria equiparável à falta de norma regulamentadora, o que levaria ao cabimento de hipótese de mandado de injunção para ampliar a disciplina legal aos grupos impetrantes excluídos, de modo a viabilizar o exercício do direito constitucional. Nesse mesmo sentido, Dirley da Cunha Júnior¹⁶⁴ corrobora a ideia de que a omissão parcial do poder público enseja a impetração do mandado de injunção a fim de que seja suprida a parte omitida.

Outra questão que importa avaliar é a hipótese de cabimento da ação injuncional diante da existência de eventual inconstitucionalidade da norma regulamentadora em vigor. Desse modo, apesar da existência da norma regulamentadora, o regramento parcial desta, impede o exercício do direito potencialmente previsto na

¹⁶⁰ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.253.

¹⁶¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 516.

¹⁶² *Ibidem*, p. 97.

¹⁶³ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 137.

¹⁶⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 516.

norma constitucional¹⁶⁵. Essa situação em que a norma regulamentadora seja inconstitucional vai ser equiparável à ausência de norma, pois este dispositivo que regula o direito é contrário à Lei Maior. Admite-se a injunção e o legitimado deve impetrá-la arguindo a inconstitucionalidade e a eficácia da norma regulamentadora¹⁶⁶.

3.6 LEGITIMIDADE E COMPETÊNCIA

Pode-se afirmar que no mandado de injunção individual, os legitimados ativos são as pessoas naturais e as pessoas jurídicas titulares dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, cujo exercício está inviabilizado por sua não regulamentação.¹⁶⁷

Já no que diz respeito à legitimação passiva, existe três posições a serem analisadas: a) o impetrado seria somente o ente regulamentador omissivo; b) compõe o polo passivo somente a pessoa jurídica de direito privado ou público que deve efetivar o direito do impetrante, mas não está fazendo sob o argumento de ausência de norma regulamentadora; c) ambos devem integrar o polo passivo.

A legitimação passiva exclusiva do ente moroso encontra fundamento no entendimento de que o mandado de injunção presta-se somente para declarar a mora daquele que possui a atribuição de realizar a regulamentação, assim seria ele o único legitimado¹⁶⁸.

Já a legitimação passiva exclusiva do obrigado à satisfação do direito encontra amparo no argumento de que a concretização do direito constitucionalmente assegurado terá regulamentação *incidenter tantum*, ou seja, limitará seus efeitos às partes do processo¹⁶⁹.

Porém, os autores adeptos da corrente que consagra a eficácia *erga omnes* ao mandado de injunção, aderem à concepção de que tanto o órgão, poder ou

¹⁶⁵ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.76.

¹⁶⁶ BERMUDEZ, Sérgio. O mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vl. 642, abr.1989, p. 22.

¹⁶⁷ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 169.

¹⁶⁸ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 174.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 177.

autoridade omissos como, também, o obrigado à satisfação do direito devem integrar o polo passivo¹⁷⁰.

A própria Carta Magna, no artigo 102, inciso I, alínea q, como no artigo 105, inciso I, alínea h, disciplina a competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, para processar e julgar o mandado de injunção e fazem menção expressa à norma regulamentadora de atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, q), como também à norma regulamentadora de atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta (artigo 105, I, h)¹⁷¹.

O mandado de injunção constitui ação especial de controle concreto ou incidental de constitucionalidade das omissões do poder público, quando a omissão e a inércia estatal inviabiliza a concretização de algum direito fundamental¹⁷². Assim, o mandado de injunção destina-se a viabilizar o exercício de um direito fundamental que não foi efetivado. Qualquer pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, que tenha sido prejudicada por uma lacuna normativa envolvendo direitos ou liberdades constitucionais, bem como prerrogativas inerentes a nacionalidade, soberania e cidadania, tem legitimidade ativa para propor o mandado de injunção.

¹⁷⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 178. Luiz Flávio Gomes também partilha de tal posicionamento em obra sobre o tema. GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vl.647, set.1989, p. 41.

¹⁷¹ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 136.

¹⁷² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 513.

4. DECISÃO E OS EFEITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A questão dos efeitos da decisão no mandado de injunção é causa de muita discussão na doutrina e jurisprudência, tendo em vista que existe uma controvérsia acerca do alcance do *writ*: o mandado de injunção objetiva à expedição de norma regulamentadora ou a garantir o exercício imediato do direito, independentemente de regulamentação¹⁷³?

¹⁷³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 544.

Debruçando-se sobre o tema, José da Silva Pacheco¹⁷⁴, ensina que da análise do dispositivo constitucional que cuida do mandado de injunção, é possível enumerar cinco possibilidades de orientações interpretativas. A primeira, considerando que a ação de mandado de injunção e a respectiva sentença favorável destinariam criar a norma legal omissa, substituindo, dessa forma, a atividade do órgão competente para fazê-lo. O referido jurista entende, todavia, que essa primeira hipótese deve ser, desde logo, descartada, tendo em vista que descabe ao Poder Judiciário fazer normas gerais ou legislar abstratamente.

Flávia Piovesan¹⁷⁵ explica que a pretensão do mandado de injunção não é a elaboração da norma regulamentadora faltante pelo órgão julgador, pois pensar assim importaria em converter o *mandamus*, de instrumento de tutela de direito subjetivo em instrumento de tutela do direito objetivo¹⁷⁶. A referida jurista esclarece, ainda, que se considerar atribuição do Poder Judiciário a elaboração de normatividade geral e abstrata, implicaria em afronta ao princípio de tripartição de poderes, pois a produção de norma geral e abstrata é atividade típica do Poder Legislativo¹⁷⁷.

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho¹⁷⁸ disserta:

[...] o mandado de injunção não tem por objecto uma pretensão à emanção, a cargo do juiz, de uma regulação legal complementadora com eficácia *erga omnes*. O mandado de injunção apenas viabiliza, num caso concreto, o exercício de um direito ou liberdade constitucional perturbado pela falta parcial de lei regulamentadora. Se a sentença judicial pretendesse ser uma norma com valor de lei ela seria nula (inexistente) por usurpação de poderes.

A segunda orientação interpretativa, proposta por José Pacheco¹⁷⁹, enfoca a ação e a sentença com o intuito de obter a ordem ou mandamento¹⁸⁰ ao órgão competente

¹⁷⁴ PACHECO, José da Silva. **O Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 381-382.

¹⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148-150.

¹⁷⁶ Flávia Piovesan esclarece que apenas mediante ação direta de inconstitucionalidade por omissão se faz possível à supressão de lacunas inconstitucionais do ordenamento jurídico, ou seja, do direito objetivo. Já o mandado de injunção tem como objeto o direito subjetivo, que se encontra violado no caso concreto, conquanto inviabilizado por falta de regulamentação.

¹⁷⁷ Maiores detalhes sobre o tema, vide capítulo que trata sobre mandado de injunção e separação de poderes.

¹⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas. *In: As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 366-367.

¹⁷⁹ PACHECO, José da Silva. **O Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 381-382.

para baixar a norma, inclusive ao Legislativo, a fim de que edite o ato regulamentador. A terceira, evidenciando o mandado de injunção como propiciatório de sentença declaratória de omissão ou condenatória de obrigação de fazer, sujeita à execução comum. Contudo, o autor da exposição esclarece que a segunda e terceira orientações, embora pudessem ser aceitas, são inócuas, pois não atenderiam aos fins da medida constitucional.

A seu turno, a quarta orientação, estabelece o mandado de injunção como instrumento para obter do juiz a decisão de, atendendo o pedido, resguardar o direito reclamado, levando em conta os fins sociais, as exigências do bem comum e os princípios constitucionais e gerais do direito. Por fim, José Pacheco¹⁸¹, vislumbra que a quinta hipótese, combinando a segunda e a quarta, enseja que o órgão competente (que não se resume ao Legislativo) baixe a norma em certo prazo, ciente de que, se não o fizer, o juiz julgará o caso concreto submetido à sua apreciação¹⁸².

4.1 TEORIA NÃO CONCRETISTA

Explicitada as orientações interpretativas acerca de qual tipo de providência judicial deve tomar o órgão julgador ao decidir a procedência do mandado de injunção, vale a pena destacar a compilação jurisprudencial realizada por Alexandre de Moraes¹⁸³ no que diz respeito às posições do Supremo Tribunal Federal em relação aos efeitos da decisão do instituto.

Dessa forma, levando em consideração que entre os próprios membros da alta Corte Constitucional não há uniformidade de posicionamento acerca da natureza mandamental do *writ* e que existem diversas orientações doutrinárias acerca do

¹⁸⁰ Nesse mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles defende em sua obra o caráter mandamental do mandado de injunção, isto é, cabe ao Poder Judiciário dar ciência ao órgão omissor da mora na regulamentação para que este adote as providências necessárias. **Mandado de segurança**: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição descumprimento de preceito fundamental. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.297-298.

¹⁸¹ PACHECO, José da Silva. *Op.cit.*, 2002, p. 381-382.

¹⁸² O aludido autor reconhece que a quarta e a quinta posições são satisfatórias e parecem atender melhor ao que se pretende com o mandado de injunção.

¹⁸³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 184-190.

tema¹⁸⁴, Alexandre de Moraes classifica as posições do Supremo Tribunal Federal em concretista e não concretista. Essas duas posições estão intimamente relacionadas à finalidade que se atribuiu ao mandado de injunção¹⁸⁵.

A posição não concretista defende que cabe ao Poder Judiciário apenas declarar a omissão inconstitucional, ou seja, decretar a mora do poder omissor, dando ciência ao órgão competente para que esse elabore a norma regulamentadora¹⁸⁶. A teoria não concretista¹⁸⁷, forjada a partir do julgamento do mandado de injunção nº 107-DF¹⁸⁸, pelo Supremo Tribunal Federal, foi a inicial e antiga orientação predominante no referido Órgão de Cúpula¹⁸⁹.

Rodrigo Mazzei denomina a teoria não concretista de teoria da subsidiariedade, em que o mandado de injunção equivale a uma via subsidiária, apresentando características muito próximas à ação de inconstitucionalidade por omissão, diferindo particularmente no que se refere à legitimidade¹⁹⁰.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁹¹ acolhe esse posicionamento afirmando que o alcance do mandado de injunção é análogo ao de inconstitucionalidade por omissão, cabendo ao Judiciário dar ciência ao poder competente da carência de norma regulamentadora, sem a qual é inviável o exercício do direito constitucional. Desse modo, conclui que não se pode dar ao mandado de injunção um alcance que não tenha a inconstitucionalidade por omissão, ou seja, levar uma mera comunicação do poder competente para legislar, ou a fixação de prazo para o órgão administrativo, conforme o caso¹⁹².

¹⁸⁴ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.107-108.

¹⁸⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. *Op.cit*, 2012, p. 184-190.

¹⁸⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 184-185.

¹⁸⁷ Na linguagem de Luís César Souza Queiroz, é a adoção da natureza mandamental ao mandado de injunção, devendo o Poder Judiciário dar ciência ao poder ou órgão omissor e que se encontre em mora, reconhecendo-se formalmente a sua inércia. QUEIROZ, Luís Cesar Souza de Queiroz. **Mandado de injunção**: aspectos polêmicos, doutrina e jurisprudência. Revista da Faculdade de Direito. Rio de Janeiro: UERJ, v.1, n.2, 1994, p.298-301.

¹⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n.107/DF. Relator Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça da União, 21 nov.1990.

¹⁸⁹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.109.

¹⁹⁰ MAZZEI, Rodrigo. **Mandado de injunção**. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 234.

¹⁹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 325.

¹⁹² Na linguagem de Luís César Souza Queiroz, é a adoção da natureza declaratória do mandado de injunção em que identifica o aludido *writ* com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Embora a doutrina tenha realizado diversas críticas ao posicionamento não concretista esse foi, por muito tempo, dominante no Egrégio Pretório Supremo, como ilustra o voto proferido pelo ex Ministro Moreira Alves, na condição de relator do mandado de injunção nº 107, o *leading case* na matéria, em que firmou-se o entendimento de que o mandado de injunção é¹⁹³:

(...) ação outorgada ao titular do direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e é ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ele dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que se adotem as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, parágrafo 2º, da Carta Magna) [...]¹⁹⁴.

Nesse diapasão, inexistira distinção entre a finalidade do mandado de injunção e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos moldes do artigo 103, §2º da Lei Maior. Todavia, esse pensamento não goza de razoabilidade, tendo em vista que o constituinte originário não iria criar dois instrumentos jurídicos com idênticos efeitos.

Segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva sobre o tema¹⁹⁵:

[...] A tese é errônea e absurda, porque: (1) não tem sentido a existência de dois institutos com o mesmo objetivo e, no caso, de efeito duvidoso, porque o legislador não fica obrigado a legislar; (2) o constituinte, em várias oportunidades na elaboração constitucional, negou ao cidadão legitimidade para a ação de inconstitucionalidade; por que teria ele que fazê-lo por vias transversas?; (3) absurda mormente porque o impetrante de mandado de injunção, para satisfazer seu direito (que o moveu a recorrer ao Judiciário), precisaria percorrer duas vias: uma, a do mandado de injunção, para obter a regulamentação que poderia não vir, especialmente se ela dependesse de lei, pois o legislativo não pode ser constrangido a legislar; admitindo que obtenha a regulamentação, que será genérica, impessoal ou abstrata, vale dizer, por si, não satisfatória de direito concreto; a segunda via é que, obtida

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de Queiroz. Mandado de injunção: aspectos polêmicos, doutrina e jurisprudência. Revista da Faculdade de Direito. Rio de Janeiro: UERJ, v.1, n.2, 1994, p.298-301. Segundo Regina Quaresma é a admissão ta Tese da Subsidiariedade, na qual, o Poder Judiciário deve recomendar ao poder omisso que elabore norma regulamentadora, isto é, equipara o instituto à ação de inconstitucionalidade por omissão. QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão**: teoria e prática. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.60.

¹⁹³ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.109. Com base no referido precedente, o Supremo Tribunal Federal reiterou o mesmo entendimento no julgamento do MI nº 168-5, alegando: “O mandado de injunção nem autoriza o Poder Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem menos ainda lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado (...)”.

¹⁹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n.107/DF. Relator Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça da União, 21 nov.1990.

¹⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.450-451.

a regulamentação, teria ainda que reivindicar sua aplicação em seu favor, que, em sendo nega, o levaria outra vez ao Judiciário para concretizar seu interesse, agora por outra ação porque o mandado de injunção não caberia.

A duplicidade desses instrumentos afastaria a lógica e coerência do sistema constitucional, não haveria sentido em centrar a legitimidade ativa no caso da referida ação de controle concentrado apenas nos entes elencados no rol taxativo do artigo 103 da Constituição Federal de 1988, e, ao mesmo tempo, admitir a ampla legitimidade do mandado de injunção, que pode ser impetrado por qualquer pessoa, se ambos institutos apresentassem idêntica finalidade¹⁹⁶.

4.2 TEORIA CONCRETISTA

Alexandre de Moraes¹⁹⁷ ensina que pela posição concretista, presentes as condições constitucionais exigidas para o *mandamus*, cabe ao Poder Judiciário, através de uma decisão constitutiva, declarar a existência da omissão inconstitucional administrativa ou legislativa e implementar o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder omisso competente¹⁹⁸. Ou seja, a teoria concretista confere ao impetrante a satisfação do direito constitucionalmente assegurado e que antes lhe era restringido por falta de norma regulamentadora.

Esta posição é, com certeza, a posição apoiada pela maioria da doutrina¹⁹⁹ e que após certa resistência, passou a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal²⁰⁰. A

¹⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 151. Nessa mesma linha de raciocínio, Regis Fernandes de Oliveira reconhece que limitar-se a constatar a inexistência de norma e comunicar ao órgão legislativo tal acontecimento, é desconhecer a grandeza da inserção da injunção no texto constitucional. Oliveira, Régis Fernandes de. **Instrumentos brasileiros de defesa e participação dos administrados**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.677.

¹⁹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 186.

¹⁹⁸ Segundo Carlos Machado, pela posição concretista, o Poder Judiciário, reconhecendo que a natureza da injunção é de cognição constitutiva, torna viável o exercício do direito, que antes era impossibilitado de fruição, ante a ausência de norma regulamentadora. Deste modo, o Poder Judiciário implementa o exercício do direito até que sobrevenha a regulamentação pleiteada. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.108.

¹⁹⁹ Como exemplo, Rodrigo Mazzei e J.J. Calmon de Passos. MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 235. PASSOS, J.J Calmon de. Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: constituição e processo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989, p. 122

posição concretista dividi-se em duas espécies: concretista geral e concretista individual, sendo que essa última se subdivide em teoria concretista individual direta e individual intermediária, conforme a abrangência dos seus efeitos²⁰¹.

4.2.1 Teoria concretista geral

A posição concretista geral defende que à decisão do mandado de injunção deve ser concedido efeito *erga omnes*²⁰², efetivando o exercício da norma constitucional através de uma regra de normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Desse modo, O Supremo Tribunal Federal legisla no caso concreto, através de normatividade geral, ou seja, garantindo a todos os cidadãos o exercício do direito efetivado pela sentença constitutiva²⁰³.

Rodrigo Mazzei denomina a teoria concretista geral de teoria da independência jurisdicional, afirmando que a natureza da sentença proferida em injunção deve ter caráter constitutivo *erga omnes*, cabendo ao órgão judiciário editar uma norma geral²⁰⁴.

No entendimento do autor Carlos Alcântara machado²⁰⁵, a corrente concretista geral desvirtua a finalidade do mandado de injunção, uma vez que sua instituição visou à tutela de direitos subjetivos e não à defesa da ordem jurídica em geral.

Ao discorrer sobre a posição concretista geral, o jurista Clèmerson Merlin Clève²⁰⁶ não defende a tutela do referido *writ* com efeitos *erga omnes*. Afirma que o órgão

²⁰⁰ Maiores detalhes no capítulo 5, referente à evolução dos efeitos da decisão do mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal.

²⁰¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 186.

²⁰² Herzeleide Maria Fernandes de Oliveira defende a tese da elaboração da norma geral, com efeitos *erga omnes*. Assim, o Poder Judiciário suprirá a lacuna criada pela ausência de lei ou ato normativo, legislando supletivamente, até que o legítimo detentor da competência de elaborar a lei ou ato normativo a exerça. OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. **O mandado de injunção**. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181881>>. Acesso em: 22 mar.2013.

Na mesma linha de raciocínio, Vicente Greco Filho defende a tese da teoria concretista geral e explica que antes do Supremo Tribunal Federal elaborar a norma geral, nos casos de mandado de injunção, deve ser dada a oportunidade para que o poder competente a elabore. Todavia, se este não a fizer, o órgão julgador a elaborará para que possa ser exercido o direito constitucional. GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 183-184.

²⁰³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 186.

²⁰⁴ MAZZEI, Rodrigo. **Mandado de injunção**. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 235.

²⁰⁵ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.109.

jugador não possui liberdade para uma produção legislativa, pois aceitar essa tese acarretaria como consequência a negação do sistema constitucional brasileiro de organização do poder²⁰⁷.

De outro lado, a doutrinadora Luciana Moessa de Souza²⁰⁸ tutora que a posição, por ora discutida, não chega a romper os limites de independência de poder delineados pela Carta Maior. No seu entender, a regulamentação realizada pelo Poder Judiciário, no mandado de injunção, possui aspecto provisório, isto é, o magistrado atua de forma subsidiária e autorizado pela Lei Maior. Segundo suas palavras:

Poderíamos enumerar aqui muitas outras exceções, mas o que importa salientar, em suma, é que a concepção defendida pela terceira corrente para o mandado de injunção, ao contrário de algumas outras exceções consagradas no texto constitucional, não viola de forma alguma nenhum dos três aspectos apontados pela doutrina como essenciais a independência entre os poderes. Ademais, é preciso sublinhar que não há que falar em legislação propriamente dita ao proceder o Judiciário à regulamentação provisória de direitos constitucionais, eis que a fonte deles é a própria Constituição. [...] A regulamentação provisória pelo Poder Judiciário no mandado de injunção bem se insere nesse contexto, eis que desfruta de caráter meramente subsidiário, entrando em cena somente quando deixa o Poder Legislativo de cumprir sua missão constitucional.

Ademais, Gilmar Mendes²⁰⁹ relata a possibilidade de as decisões nos mandados de injunção produzirem efeitos não somente em razão do interesse jurídico de seus impetrantes, como também surtirem efeitos normativos para os demais casos similares com o caso em questão. O ministro do Supremo Tribunal Federal sustenta que o mandado de injunção comporta uma dimensão objetiva, com eficácia *erga omnes*, ainda que, em regra, a decisão em sede de injunção seja dotada de caráter subjetivo, na medida em que serve para tantos quantos forem os casos que demandem a efetivação de uma omissão geral do Poder Público.

²⁰⁶ Clève, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 375-376.

²⁰⁷ Clèmerson Merlin Clève esclarece: “Com efeito, é difícil imaginar que um órgão como o Judiciário, cujos agentes não dispõe de representatividade popular, pudesse exercer a liberdade de conformação típica do Legislativo e excepcionalmente do Executivo. Aceita essa tese, decorreria como consequência a negação do sistema constitucional brasileiro de organização funcional do poder, que atribui o exercício da política, enquanto atividade de determinação do sentido para o qual se orienta a ação estatal, ao Executivo e ao Legislativo”. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 375-376. Para melhor riqueza de detalhes acerca da politização da justiça, vide capítulo 6 do presente trabalho.

²⁰⁸ SOUZA, Luciana Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas**: instrumentos processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 117-118.

²⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1375.

Portanto, é visível a existência de conflito na doutrina acerca da posição concretista geral. Contudo, o Pretório Excelso, ao discutir o direito de greve dos servidores públicos civis, estabeleceu efeitos *erga omnes* aos mandados de injunção que tratavam sobre o tema²¹⁰.

4.2.2 Teoria concretista individual direta

A teoria concretista individual²¹¹ defende que a decisão do Poder Judiciário apenas produzirá efeitos *inter partes*, ou seja, apenas ao autor do mandado de injunção é conferido o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional²¹².

Seguindo a proposta da tese concretista individual direta, ao julgar procedente o *mandamus*, o Supremo Tribunal Federal implementa diretamente a eficácia da norma constitucional ao impetrante, de modo que os efeitos da decisão se limitam as partes do processo, não acarretando em uma solução de continuidade para o restante da sociedade. Desse modo, esta teoria não tem a finalidade de elaborar uma norma, mas sim uma decisão que proporcione a solução para o caso concreto²¹³.

²¹⁰ No capítulo “Evolução dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal” vai ser estudado os mandados de injunção mais importantes acerca da omissão inconstitucional.

²¹¹ Regina Quaresma denomina esta posição de tese resolutive, explicando que cabe ao magistrado resolver o caso concreto, entre as partes e concretizar o direito dos impetrantes, satisfazendo-o completamente, independente de regulamentação. Tal decisão pode ser interpretada, segundo a autora, como a extensão do exercício do juízo de equidade. QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão**: teoria e prática. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.60-61. Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira acrescenta que trata-se de um caso de jurisdição de equidade, ou seja, primeiro o juiz tem de formular a norma e, posteriormente, aplicá-la ao caso concreto. Salieta que até então não existia a norma, mas passa a existir, pois é elaborada pelo juiz. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de Injunção. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, nº 56, Out./ Dez. 1989, p. 115-116.

²¹² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 188.

²¹³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 606.

Desse modo, trata-se de uma decisão de natureza constitutiva²¹⁴, devendo o juiz criar a norma regulamentadora para o caso concreto. Todavia, esse caráter constitutivo somente é verificado no plano da criação da normatividade ausente, de modo que o mandado de injunção tem nítido caráter instrumental. Quando for suprida a ausência da norma, caberá ao poder judiciário fazê-la incidir, sem solução de continuidade, objetivando a resolução da situação concreta que lhe foi submetida. Nesse caso, poderá declarar nulo um ato²¹⁵, constituir uma nova relação jurídica, condenar alguma prestação (pecuniária, por exemplo) ou emitir uma ordem para que se faça ou não alguma coisa²¹⁶.

Rodrigo Mazzei denomina a teoria concretista individual direta de teoria da resolatividade, em que confere a decisão final do mandado de injunção eficácia constitutiva *inter partes*, em relação à criação da norma faltante²¹⁷.

Segundo as sábias palavras da doutrinadora Flávia Piovesan²¹⁸:

Neste enfoque interpretativo, o mandado de injunção é instrumento apto a viabilizar, no caso concreto, o exercício de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais, que se encontrem inviabilizados por faltar norma regulamentadora. Isto é, em face de um direito subjetivo constitucional, cujo exercício se ache tolhido pela ausência de norma regulamentadora, caberá ao titular deste direito, pela via do mandado de injunção, postular ao Poder Judiciário a edição de decisão saneadora da omissão, para que se concretize o exercício do direito subjetivo constitucional.

Desse modo, a tese concretista individual direta confere ao Poder Judiciário o poder de exercitar uma interpretação criativa de um dispositivo constitucional, tendo em vista que o direito deve ser implementado de forma imediata pelo órgão julgador,

²¹⁴ De acordo com Luís César Souza Queiroz, é a adoção da natureza constitutiva do mandado de injunção, tendo por objeto a criação de norma regulamentadora, para o caso em concreto, com o intuito de viabilizar o exercício do direito, de que seja titular o impetrante. QUEIROZ, Luís Cesar Souza de Queiroz. **Mandado de injunção**: aspectos polêmicos, doutrina e jurisprudência. Revista da Faculdade de Direito. Rio de Janeiro: UERJ, v.1, n.2, 1994, p.300.

²¹⁵ Luís Roberto Barroso exemplifica com um caso fictício em que não existe norma delineando os contornos da “pequena propriedade rural” (CF, art.5º, XXVI), acarretando na impetração de um mandado de injunção visando que se declare nula a penhora de uma propriedade que, na visão do autor, enquadra-se no conceito de norma constitucional ainda não implementada. O poder judiciário, inicialmente, irá formular regra faltante e, posteriormente, aplicando-a, proferirá decisão de natureza declaratória. BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.260.

²¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Ibidem*, p.260.

²¹⁷ MAZZEI, Rodrigo. **Mandado de injunção**. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). *Ações Constitucionais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 235-236.

²¹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.157.

que supre a omissão do poder Legislativo no caso concreto até que este elabore a norma regulamentadora faltante²¹⁹.

4.2.3 Teoria concretista individual intermediária

Pela posição concretista individual intermediária, o Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, fixa ao Poder Legislativo um prazo determinado para elaborar a norma regulamentadora. Se ainda assim, o órgão legislativo quedar-se inerte, depois de concluído o prazo, o autor passa a ter assegurado a plenitude do exercício do seu direito²²⁰.

O jurista Uai Lammêgo Bulos é defensor desta teoria e explica que esse é o melhor entendimento do tema, pois ao mesmo tempo em que não representa um desrespeito ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º, CF), confere utilidade ao mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF), garantindo, ainda a inafastabilidade do controle judicial na resolução de conflitos (art. 5º, XXXV, CF). Desse modo, permite que o impetrante do *writ* exerça a plenitude de seus direitos constitucionais, balizados pela omissão inconstitucional do órgão competente²²¹.

A posição concretista individual intermediária foi idealizada, no Supremo Tribunal Federal, pelo ex- Ministro Néri da Silveira que, após julgar procedente o mandado de injunção, fixou ao Congresso Nacional prazo determinado para a elaboração da norma regulamentadora²²².

5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MANDADO DE INJUNÇÃO: EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E ATIVISMO

²¹⁹ LACERDA, Felipe Moraes Forjaz de. A nova perspectiva sobre o mandado de injunção. Revista Prática Jurídica. Brasília: Consulex, ano VII, nº 77, Agost.2008, p. 51.

²²⁰ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.109.

²²¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 606.

²²² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 189.

O objetivo do presente capítulo é realizar um estudo de casos, utilizando-se, para tanto, de uma pesquisa feita no site do Supremo Tribunal Federal²²³. Assim, na busca do site, inseriu-se a palavra “omissão inconstitucional”, no intuito de investigar os principais julgados que tratam sobre o tema.

Ademais, resta afirmar que o objetivo desse estudo não é exaurir todos os casos que tratam sobre a omissão inconstitucional, mas estudar aqueles que foram considerados mais importantes, devido as peculiaridades encontradas em cada julgado.

5.1 EVOLUÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O primeiro *writ* injuncional a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal foi o Mandado de Injunção nº107-3/DF, o qual foi considerado o *leading case* da matéria relativa à omissão e serviu como parâmetro para diversas outras decisões.

O aludido mandado de injunção foi impetrado, em 21 de Abril de 1989, por um Oficial do Exército contra o Presidente da República, tendo por objeto a regulamentação sobre a duração dos serviços temporários, matéria que deveria ter sido encaminhada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional segundo o texto da Carta Magna. Desta forma, o impetrante alegava que não teria sido encaminhado, de forma tempestiva, ao Congresso Nacional, o projeto de lei disciplinando a duração dos serviços temporários, tal como se exigia expressamente no art. 42, §9º²²⁴ da Constituição²²⁵.

²²³ O site utilizado para a pesquisa no presente trabalho foi o <http://www.stf.jus.br>.

²²⁴ Segundo a antiga redação do art. 42, §9º da Constituição Federal (alterada pela emenda constitucional nº 18, de 1988): ~~Art. 42. São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares. § 9º - A lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade.~~ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no DOU de 05.10.1988.

²²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1360.

A partir da leitura do relatório do MI nº 107-3/DF²²⁶, depreende-se que o requerente havia prestado serviço por nove anos e seria obrigado a passar para a reserva ao implementar o décimo ano, caso fosse aplicada a legislação anterior a Constituição vigente. Desse modo, diante da inexistência de lei regulando o dispositivo da Constituição que trata sobre as condições de transferência dos militares para a inatividade, o impetrante requereu como pleito principal a promulgação da norma prevista constitucionalmente, assim como requereu a concessão de liminar que garantisse o seu *status* funcional até que a decisão definitiva fosse pronunciada²²⁷.

A ausência de regras processuais específicas ordenava, como questão de ordem preliminar, a possibilidade de se aplicar o mandado de injunção com base, somente, nas disposições constitucionais.²²⁸ Porém, a resposta à questão da autoaplicabilidade do instrumento injuncional dependia da definição do significado e natureza desse novo instituto²²⁹.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, ainda, em sede de MI nº107-3/DF, ser possível, se tratando de direito constitucional oponível contra o Estado, a determinação de suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se aquele direito fosse exercitável (caso não houvesse a omissão inconstitucional). Até aquele momento, esse foi o limite máximo a que chegou a Corte Suprema²³⁰.

O objeto do MI em questão era suspender o ato de licenciamento do Oficial do Exército, das Forças Armadas, até que a norma regulamentadora viesse a ser editada. Naquela ocasião, a Suprema Corte definiu a natureza e o significado do novo instituto a partir de uma interpretação que buscava conferir sistematicidade aos dois instrumentos dedicados ao controle jurisdicional da omissão legislativa, quais

²²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 107/DF. Relator Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça da União, 21 nov.1990.

²²⁷ *Ibidem*, p. 1360.

²²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 24.

²²⁹ Mais detalhes acerca da autoaplicabilidade do mandado de injunção vide páginas 27-29 do presente trabalho monográfico. Definição e natureza do mandado de injunção vide capítulo 3.

²³⁰ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 1999, p.110.

sejam o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão²³¹.

Nesse sentido, o STF utilizou o art. 103, §2º da CF como parâmetro definidor do conteúdo do mandado de injunção e restringiu sua jurisprudência no sentido de limitar-se a constatar a inconstitucionalidade por omissão e a dar ciência ao órgão legislativo inadimplente para que o mesmo empreendesse as providências requeridas²³².

Desta maneira, a Corte Constitucional reconheceu a natureza mandamental do mandado de injunção, de modo que cabe “ao juiz tão- somente aplicar a lei existente (se existisse), concretamente ou desvendada no ordenamento jurídico (teoria das lacunas) e jamais criar a norma inexistente, em face do princípio da separação dos poderes”, razão pela qual não é possível o Poder Judiciário substituir-se ao Poder Legislativo²³³.

Inicialmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao mandado de injunção foi no sentido de afastar a possibilidade da Corte expedir a norma geral ou concreta faltante, pois tal prática encontraria alguns obstáculos constitucionais, tais como o princípio da separação de Poderes, incluído no “cerne imutável da Constituição”²³⁴, e o princípio da democracia²³⁵.

De acordo com o relator Min. Moreira Alves²³⁶ essa posição revela-se incompatível com a Constituição, tendo em vista que o modelo constituinte não tinha a previsão de norma autorizadora para o judiciário editar normas autônomas, em substituição à

²³¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009, p.55.

²³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição descumprimento de preceito fundamental. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.294.

²³³ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 1999, p.110.

²³⁴ *Ibidem, loc.cit.*

²³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1360. Importante destacar que o cotejo entres os mencionados princípios e os efeitos da decisão do mandado de injunção vai ser analisado no capítulo 6.

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 de Novembro de 1990. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, DF, v.133, p. 34-35, julho 1990.

atividade do legislador, ainda com vigência provisória, como era sugerido pela doutrina²³⁷.

Ademais, se nas decisões judiciais, em sede de mandado de injunção, a regulamentação for realizada a partir da expedição de norma concreta ou geral, após a sentença constitutiva transitar em julgado e fazer coisa julgada²³⁸, não poderia a edição de lei posterior contemplar questões que foram objeto do pronunciamento transitado em julgado²³⁹.

Deste modo, na apreciação do MI nº107-3/DF a Corte adotou uma postura não concretista no seu julgamento ao equiparar a injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, posição que foi alvo de crítica na doutrina, para a qual a providência tomada pelo STF restava inócua e não alcançava a finalidade do instituto prevista constitucionalmente²⁴⁰.

Nessa esteira de raciocínio, Luís Roberto Barroso²⁴¹ realiza uma crítica ao julgado da época: “Assim, de acordo com a interpretação da Suprema Corte, há dois remédios constitucionais para que seja dada ciência ao órgão omissor do Poder Público, e nenhum para que se componha, em via judicial, a violação do direito constitucional pleiteado”.

Ainda nesse sentido, Luís Roberto Barroso concluiu que o mandado de injunção passou a constituir-se uma complexidade desnecessária, tendo em vista que muita mais simples e célere consistiria a atuação do juiz utilizar-se dos métodos de integração da ordem jurídica, quando necessária para a efetivação de um direito subjetivo constitucional submetido à sua apreciação²⁴².

²³⁷ Como exemplo, a doutrinadora Luciane Moessa de Souza aduz a possibilidade de regulamentação provisória pelo Poder Judiciário no mandado de injunção, desfrutando um caráter subsidiário no qual o Poder Judiciário somente irá atuar quando o Poder Legislativo deixa de cumprir sua missão constitucional. SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 117-118.

²³⁸ De acordo com o artigo art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no DOU de 05.10.1988.

²³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 24.

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Moreira Alves. 21 de Novembro de 1990. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, DF, v.133, p. 22-25, julho 1990.

²⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.262.

²⁴² BARROSO, Luis Roberto. **Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido: uma proposta de reformulação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.89, jan./mar,1998, p. 61.

Diante das fortes críticas sobre a inefetividade do mandado de injunção, a Suprema Corte passou a rever suas decisões promovendo alterações significativas no instituto, conferindo-lhe conformação mais ampla do que foi admitida até então²⁴³.

Posteriormente, o Pretório Excelso mudou sua postura nos julgamentos quanto à abrangência da decisão proferida em mandado de injunção. Desse modo, em alguns julgamentos, fixou prazo para que o órgão omissor sanasse a lacuna regulamentar e determinou que, escoado o prazo sem a ocorrência da devida regulamentação do dispositivo invocado, o prejudicado teria a satisfação dos direitos negligenciados com a devida remoção do obstáculo para o exercício de direito constitucional²⁴⁴.

Na esteira de conhecimento de Luciane Moessa de Souza extraímos:

[...] Esta remoção poderia ser concretizada por uma de duas formas: a) em alguns casos, foi reconhecida ao impetrante a faculdade de obter, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação do órgão omissor à reparação dos danos sofridos; b) em outros, determinou-se que o impetrante poderia passar a gozar desde logo do direito até então inviolabilizado.

A nova visão do Supremo Tribunal Federal começou a ser delineada no julgamento do Mandado de Injunção nº **283**, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que, pela primeira vez, estipulou prazo para que o órgão regulamentador omissor suprisse a omissão, sob pena de garantir a satisfação dos direitos, até então inexecutáveis, ao prejudicado²⁴⁵.

Na época do regime militar muitos indivíduos foram expulsos do Brasil por meio de ato governamental. Já com o período da redemocratização, esses indivíduos retornaram ao país, restando incontestável o direito à indenização na forma de lei a ser elaborada no prazo de doze meses da promulgação da Constituição Federal. Porém, não havia sido editada a lei regulamentadora até o dia 05 de outubro de 1989²⁴⁶.

²⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 26.

²⁴⁴ SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas**: instrumentos processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 119.

²⁴⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

²⁴⁶ LACERDA, Felipe Moraes Forjaz de. A nova perspectiva sobre o mandado de injunção. **Revista Prática Jurídica**. Brasília: Consulex, ano VII, nº77, agost.2008, p. 51.

Deste modo, no MI 283-5, impetrado com fundamento no artigo 8º, §3º²⁴⁷, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988, o Pretório Excelso decidiu que, verificada a mora legislativa, deve ser estipulado um prazo razoável para elaboração da norma regulamentadora. Escoado o prazo e persistindo a mora, deve-se assegurar ao impetrante um título jurídico com intuito de obter do poder público, na instância ordinária, reparação por perdas e danos²⁴⁸.

Assim, no MI 283-5/DF, o Supremo Tribunal Federal deferiu em parte o pedido para: a) declarar a mora do Congresso Nacional em editar a lei prevista no §3º do art. 8º do ADCT, comunicando a decisão ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) estipular um prazo de 60 dias (45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial) para que o Poder Legislativo edite a norma em questão; c) se ultrapassado o mencionado prazo e fosse mantida a omissão, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos e, por fim, d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não implicará prejuízos à coisa julgada, porém, não irá obstar o impetrante de adquirir os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável²⁴⁹.

Desse modo, a decisão proferida nos autos do MI nº 283, DJ 02.10.92, a Corte Constitucional ainda não assegurou o imediato exercício do direito violado pela inércia do Poder Legislativo, razão pela qual, a rigor, a decisão em comento não deixou de se coadunar com a tese não concretista, porém relativizou a mencionada

²⁴⁷ Conforme redação do art. 8, §3º, do ADCT da CF 1988: Art. 8º - “É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos. (...) § 3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição” (grifo nosso).

²⁴⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 546-547.

²⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção. Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v.191, jan./mar.1993, p.8.

tese no momento em que reconheceu ao impetrante a faculdade de obter contra o poder público (no caso, a União) uma sentença de condenação²⁵⁰.

Nessa linha de raciocínio, é inegável o avanço proporcionado por esta decisão, se comparada com a postura anterior do Pretório Excelso. Porém, é imperioso destacar que no mandado de injunção em questão, o Supremo Tribunal Federal também não adotou a tese concretista, tendo em vista que não ocorreu a efetiva implementação do direito desses indivíduos, mas apenas o reconhecimento de pleitear, em ação cível, indenização pelos prejuízos suportados em virtude da omissão do poder legislativo²⁵¹.

Desta forma, a posição da Corte no julgamento do mandado de injunção nº 283-5 também foi alvo de críticas pela doutrina²⁵². Nesse particular, também merece destaque a crítica realizada pelo Min. Marco Aurélio em voto que proferiu naquela injunção, nos seguintes termos:

“Agora vejam a situação *sui generis*: o Tribunal, dizendo-se competente para apreciar o mandado de injunção- e ninguém tem dúvida quanto a isso-reconhece que, passados dois anos, ainda não foi editada a lei de que cogita o dispositivo constitucional. Em um passo subsequente, ao invés de atuar de forma concreta e fixar os parâmetros da reparação que serão futuramente disciplinados por lei, transfere essa fixação ao juízo. (...) Peço vênia, Senhor Presidente, para dissentir quanto à comunicação ao Congresso Nacional de que ele está omissos (...) e dissentir, também quanto à sentença ou o acórdão alternativo que se preconiza, contendo abertura da porta pertinente à via ordinária, isto para que o impetrante logre o que pode e deve lograr no próprio mandado de injunção. Divirjo do nobre Relator, pois devemos partir para o lançamento, de imediato, de um provimento judicial que revele os parâmetros da reparação de que cogita o texto constitucional. O texto prevê a reparação e, por isso, como disse no início do meu voto, entendo que ela deva ser a mais satisfatória possível”²⁵³.

Pouco adiante, foi impetrado o mandado de injunção nº **284-3** com base no mesmo dispositivo constitucional (art.8º, §3º do ADCT). Assim o Tribunal entendeu ser dispensável nova comunicação ao Congresso Nacional, tendo em vista que já

²⁵⁰ LACERDA, Felipe Moraes Forjaz de. A nova perspectiva sobre o mandado de injunção. **Revista Prática Jurídica**. Brasília: Consulex, ano VII, nº77, agost.2008, p. 51.

²⁵¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 548.

²⁵² A doutrinadora Luciane Moessa de Souza assevera que é impressionante a posição do Supremo Tribunal Federal em afirmar que a fixação dos parâmetros por ele, que é o órgão previsto constitucionalmente para julgamento do mandado de injunção, fere o princípio da separação de poderes, enquanto que a fixação pelo juízo comum não o faça. Além de que, o referido entendimento da Corte Constitucional viola de forma gritante o princípio da economia processual. ²⁵² SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas**: instrumentos processuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 122.

²⁵³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 283-5. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça da União, 14 nov.1991, p. 110.

decorreu o prazo que fora concedido no julgamento do *writ* anterior (MI nº 283-5), e garantiu aos impetrantes a possibilidade de ingressarem imediatamente em juízo, nos termos do direito comum, com o intuito de obterem a reparação que tinham direito²⁵⁴.

Já na decisão do mandado de injunção nº **232-1**, de relatoria do Ministro Moreira Alves, o Tribunal deferiu em parte o pedido para declarar o estado de mora em que se encontrava o Congresso Nacional, com o intuito de, no prazo de seis meses, adotasse ele as providências legislativas essenciais para o cumprimento da obrigação de legislar consequente do art. 195, §7º²⁵⁵, da Constituição Federal, sob pena de, escoado esse prazo sem que essa obrigação se cumprisse, passar o requerente a gozar da imunidade requerida²⁵⁶.

Nesse diapasão, no julgamento do MI 232-1²⁵⁷ se discutiu o alcance do §7º do artigo 195 da Constituição Federal que assegurou a isenção de contribuição para a seguridade social às entidades beneficentes de assistência social que atendessem às exigências legais. Não obstante o art. 59 do ADCT²⁵⁸ haver fixado um prazo máximo de seis meses para a apresentação do projeto de lei a respeito e outros seis meses para que o Congresso Nacional pudesse apreciá-lo, essa lei não foi editada²⁵⁹.

Nessa esteira de raciocínio, a decisão do *writ* em comento se coaduna com a tese concretista intermediária em que o órgão julgador fixa prazo para elaboração da norma regulamentadora (no caso em tela foi estabelecido um prazo de seis meses)

²⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção. Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v.191, jan./mar.1993, p.8.

²⁵⁵ Conforme redação do artigo 195, §7º da Constituição Federal: Art. 195- “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei” (grifo nosso).

²⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº232. Relator Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça da União, 02 out.1991.

²⁵⁸ Segundo redação do art. 59 do ADCT: Art. 59 – “Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los” (grifo nosso).

²⁵⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 549.

e decorrido este prazo sem que o dispositivo em questão (§7º do art. 195 da CF) fosse regulamentado, o direito do impetrante seria implementado pelo próprio Supremo Tribunal Federal²⁶⁰.

Assim, na hipótese aqui versada, apesar de também haver a determinação de um prazo para a elaboração da norma regulamentadora, a Corte garantiu o exercício do direito sem a necessidade de o requerente ingressar na instância ordinária para assegurá-lo. Vale ressaltar, “não fosse a insistência do Tribunal em fixar um prazo para o órgão omissor editar a norma faltante, poderíamos aprofundar que o Supremo estaria penitenciando-se de seu equívoco inicial, conferindo à ação injuncional o seu digno papel de tutor da efetividade dos direitos fundamentais”²⁶¹.

Com as decisões dos mandados de injunção nº 283 (Relator Sepúlveda Pertence), 232 (Relator Moreira Alves) e 284 (Relator Celso de Mello), o Pretório Excelso começou a sinalizar para uma nova compreensão do *writ* em que a Corte está admitindo uma solução “normativa” para a decisão judicial²⁶².

Nesse particular, Luís Roberto Barroso entende que, na hipótese do MI 232, o Tribunal não precisará suprir qualquer lacuna normativa, ao revés, irá se limitar a considerar a autoaplicabilidade de uma norma que conferia um direito, mas condicionava-o ao cumprimento de requisitos de lei superveniente. Assim, conferiria aos impetrantes uma reparação concreta, sem admitir uma postura legislativa. Ao mesmo tempo em que se tinha a preservação do princípio da separação de poderes, se tinha a consagração das normas constitucionais²⁶³.

Porém, foi o julgamento dos mandados de injunção nº **670, 708 e 712** que representou a viragem da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois foi a partir de então que a Corte adotou a corrente concretista geral, garantindo o exercício do direito até que a norma seja editada pelo órgão omissor competente²⁶⁴.

²⁶⁰ LACERDA, Felipe Moraes Forjaz de. A nova perspectiva sobre o mandado de injunção. **Revista Prática Jurídica**. Brasília: Consulex, ano VII, nº77, agost.2008, p. 51

²⁶¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op.cit.*, 2008, p. 550.

²⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 30.

²⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção. Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v.191, jan./mar.1993, p.9.

²⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 31.

De tal sorte, o informativo de jurisprudência nº 485, referente ao período de 22 a 26 de outubro de 2007, trouxe a notícia pertinente aos mandados de injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA, conforme exposto:

O Tribunal concluiu julgamento de três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF (“Art. 37. ... VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;”) — v. Informativos 308, 430, 462, 468, 480 e 484. O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007. (MI-670). MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007. (MI-708). MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, 25.10.2007. (MI-712)²⁶⁵

Os mandados de injunção nº 670, 708 e 712 foram julgados no mesmo dia (25/10/2007) e são praticamente idênticos, pois versam sobre o mesmo tema, qual seja, a falta de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos (previsto no inciso VII do art. 37 da Carta Federal²⁶⁶). Desse modo, o debate girava em torno da possibilidade da lei que regulava o regime privado também ser aplicada aos servidores públicos, tendo em vista que o poder legislativo se mantinha omissivo quanto à edição da lei que regulamentaria a greve no âmbito público²⁶⁷.

A partir da análise do voto do Ministro Eros Grau nos autos do MI nº 712-8/PA, depreende-se que o relator ponderou que os regimes privado e público são diferentes, tendo em vista que na relação privada, os interesses privados dos empregadores se opõem aos dos empregados, ao passo que na relação estatutária, os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público é que se opõe aos interesses dos trabalhadores²⁶⁸.

²⁶⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 712. Relator Min. Eros Grau. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça da União, 30 out. 2008.

²⁶⁶ Conforme redação do art. 37, VII, da Constituição Federal: Art. 37. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no DOU de 05.10.1988.

²⁶⁷ LACERDA, Felipe Moraes Forjaz de. A nova perspectiva sobre o mandado de injunção. **Revista Prática Jurídica**. Brasília: Consulex, ano VII, nº77, agost.2008, p. 51

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Voto do Rel. Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 395-396.

Ademais, o Relator Ministro Eros Grau defendeu que a Lei nº 7.783, de 20/06/89, referente à greve dos trabalhadores em geral (lei do campo privado) não poderia ser aplicada aos servidores públicos sem algumas alterações, pois os trabalhadores públicos reclamam uma regulação peculiar por serem responsáveis pela prestação de serviços públicos, atividades próprias do Estado em benefício de todo o social²⁶⁹.

De acordo com as palavras do Ministro Eros Grau:

“Por isso tenho que a Lei n. 7.783, de 20.06.89, atinente à greve dos trabalhadores em geral, não se presta, sem determinados acréscimos, bem assim algumas reduções do seu texto, a regular o exercício do direito de greve pelos servidores públicos. Este reclama, em certos pontos regulação peculiar, mesmo porque “serviços ou atividades essenciais” e “necessidades inadiáveis da coletividade” não se superpõe a “serviços públicos”; e vice-versa. Trata-se aí de atividades próprias do setor privado, de um lado --- ainda que essenciais voltadas ao atendimento de necessidades inadiáveis da coletividade --- e de atividades próprias do Estado, de outro”²⁷⁰.

Nesse sentido, o Ministro Eros Grau sustentou que a Corte deve traçar os parâmetros para a aplicação da Lei nº 7.783 ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração, ou seja, o Supremo deve estabelecer as alterações que possibilitariam o exercício do direito de greve pelos servidores públicos, de modo que a coesão e interdependência social resultantes da prestação continuada dos serviços públicos fossem asseguradas²⁷¹.

De acordo com o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, o Pretório Excelso não deveria prevê alterações na Lei nº 7.783 como foi levantado *a priori* pelo Ministro Eros Graus, mas determinar que a mencionada lei fosse aplicada, no que coubesse, ao âmbito dos servidores públicos, levando em consideração o imperativo de continuidade que rege esse sistema, facultando ao juízo competente impor a observância de regime mais severo, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto²⁷².

No discurso do seu voto no MI nº 708, o Ministro Gilmar Mendes, argumenta que a solução supracitada seria compatível com o princípio da divisão dos poderes, tendo em vista que o Poder Judiciário estaria remetendo o caso a uma legislação já

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Voto do Rel. Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 397.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Voto do Rel. Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 397.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Voto do Rel. Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 402.

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 438.

existente, sem precisar elaborar e regular, de forma precisa, os termos de uma norma e correr o risco de proferir uma decisão lacunosa (como foi proposto inicialmente pelo Ministro Eros Grau no julgamento do MI nº 712/PA)²⁷³.

A *posteriori*, nesse particular, o Ministro Eros Grau modificou o seu primeiro entendimento e concordou com a solução proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no MI nº 712/PA. O Ministro Eros Grau concluiu que:

“(...) sem nenhum reducionismo, apenas para tentar chegar a um ponto de consenso, o meu anteprojeto foi reduzido a doze linhas. Agora vou reduzi-lo a uma linha, mas que dirá tudo. É a conclusão do ministro Gilmar Mendes. Diz assim: “enquanto a omissão não seja devidamente regulamentada, observado o princípio da continuidade do serviço público”. Perfeito”²⁷⁴.

No decorrer do julgamento do MI nº 712/PA, o Ministro Marco Aurélio persistiu na crítica de que, ao determinar que os juízos competentes de instâncias inferiores tivessem a faculdade de impor o atendimento de regime mais severo aos casos de greve, a Corte estaria transferindo a esses juízos a parte mais importante do julgamento do Mandado de Injunção²⁷⁵, ou seja, a fixação dos parâmetros para o exercício do direito constitucional, para a qual o juízo de instância inferior não teria competência²⁷⁶. Deste modo, o Ministro determinou que se a Lei nº 7.783 fosse aplicada, teria que haver a imposição de condições específicas para cada caso concreto²⁷⁷.

O Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do MI nº 712/PA²⁷⁸, sustentou que a lei que regula o âmbito privado não pode ser aplicada na esfera pública, pois não

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 708/DF. Voto do Rel. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 303-304.

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Voto do Rel. Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 463.

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 448-451.

²⁷⁶ ESTEVES, Bruna de Bem. **O que mudou no entendimento do STF a respeito dos efeitos do mandado de injunção?** Uma análise dos casos de aposentadoria especial e greve dos servidores públicos frente ao estabelecido no MI 107 QO. 2009. Monografia. Escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), p. 36.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 619-621.

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 479-482.

haveria semelhança relevante entre os dois regimes que permita o uso da analogia, além da própria Lei nº 7.783 proibir essa possibilidade no artigo 16²⁷⁹.

A posição do Ministro Lewandowski no julgamento dos Mis nº 712 e 670²⁸⁰ foi no sentido de conceder o mandado de injunção, isto é, reconhecer o direito pleiteado, desde que o princípio da continuidade fosse respeitado, além de estabelecer que cada caso concreto deve ser analisado pelo juízo competente²⁸¹. Porém, no MI nº 708, o Ministro acompanhou parcialmente o relator Ministro Gilmar Mendes e modificou seu entendimento estabelecendo 16 condições para o exercício do direito de greve pelos servidores públicos com o intuito de conferir efetividade real e concreta ao *writ*.²⁸²

Uma questão interessante levantada pelo Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do MI nº 712/PA²⁸³ consistia em esclarecer como os servidores públicos poderiam realizar o movimento grevista se a prestação dos serviços essenciais deveria ser mantida e todos os serviços públicos são considerados essenciais²⁸⁴.

O Ministro Carlos Britto no intuito de solucionar o problema apresentado pelo Ministro Lewandowski, asseverou que somente as atividades consideradas inadiáveis deveriam seguir o princípio da continuidade. O aludido Ministro ressaltou, ainda, que atividade inadiável é aquela que tem um *plus* em relação à atividade essencial, isto é, vai além da essencial²⁸⁵.

²⁷⁹ Segundo a redação do artigo 16 da Lei nº 7.783: Art. 16- “Para os fins previstos no art. 37, inciso VII, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido”.

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 483-484.

²⁸¹ ESTEVES, Bruna de Bem. **O que mudou no entendimento do STF a respeito dos efeitos do mandado de injunção?** Uma análise dos casos de aposentadoria especial e greve dos servidores públicos frente ao estabelecido no MI 107 QO. 2009. Monografia. Escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), p. 37.

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 708/DF. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 286-290.

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 553.

²⁸⁴ ESTEVES, Bruna de Bem. **O que mudou no entendimento do STF a respeito dos efeitos do mandado de injunção?** Uma análise dos casos de aposentadoria especial e greve dos servidores públicos frente ao estabelecido no MI 107 QO. 2009. Monografia. Escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), p. 38.

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 557.

No entanto, na visão do Ministro Eros Grau defende que todos serviços devem ser mantidos no mínimo da sua essencialidade durante a greve²⁸⁶. Desse modo, o relator defende que o artigo 10 da lei privada não deve se aplicar ao regime público, pois ele supõe a possibilidade de haver algum serviço que não seja essencial²⁸⁷. Nesse sentido, o Ministro Lewandowski, no seu voto do MI nº 712/PA, impediu a paralisação dos serviços inadiáveis²⁸⁸.

O Ministro Menezes Direito, no julgamento do MI nº 708/DF, se filia a doutrina que afirma que a solução encontrada pelo Tribunal não pode se restringir à mera comunicação ao Congresso Nacional para suprir a inércia legislativa, concedendo um prazo determinado, pois assim sendo seria apenas uma postura acomodada do judiciário. Assim o Ministro entendeu que a Corte deveria admitir uma solução imperiosa com o intuito de sanar a omissão legislativa inconstitucional e chamar a atenção do poder legislativo²⁸⁹.

De outra forma, o Ministro Joaquim Barbosa construiu seu entendimento de modo diverso. O Ministro adotou uma postura mais restritiva pautada na sua concepção particular²⁹⁰ que tem a respeito do *judicial restraint* (contenção judicial)²⁹¹.

Nesse particular, o Ministro²⁹² advertiu:

“Tenho em mente uma preocupação muito específica: o risco do STF suprir excepcionalmente a omissão legislativa, e essa disciplina excepcional tornar-se a regra. Nessa hipótese, decisões sequenciais se tornarão rotina”.

O Ministro Joaquim Barbosa asseverou, ainda, que a Corte tem o dever, tão somente, de declarar “que a questão se resolve agora sob a lógica do ônus de demonstração de conformidade constitucional do interesse pleiteado”, isto é, o

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 558.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 565-566.

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 560.

²⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 708/DF. Voto do Ministro Menezes Direito. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 292-296.

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 595.

²⁹¹ A expressão “contenção judicial” vai ser estudada com mais detalhes no capítulo seguinte.

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 597.

Tribunal deve simplesmente demonstrar que o impetrante tem o direito, porém não é função dele suprir esse direito²⁹³.

Outro argumento utilizado pelo Ministro Joaquim Barbosa²⁹⁴ no discurso do seu voto foi que não se pode fazer do mandado de injunção um “mecanismo de desespero, para suprir o que o Congresso não faz, perpetuando e dando suporte à patológica omissão legislativa”.

Segundo o referido Ministro a lei privada não poderia ser utilizada no âmbito público, tendo em vista que o Tribunal estaria estimulando o Congresso Nacional a, se quisesse, editar lei que tão somente determine a aplicação da norma do sistema privado ao regime estatutário. Isso seria considerado inconstitucional no seu modo de pensar, visto que a própria Carta Magna diferencia as greves desses regimes²⁹⁵.

Desse modo, o mandado de injunção, na visão do Ministro Joaquim Barbosa, deve viabilizar, tão somente, que os grevistas possam demonstrar, perante as instâncias apropriadas, que exercem direito garantido e limitado pela Constituição²⁹⁶.

Já o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do MI nº 712/PA²⁹⁷, reconheceu os riscos consequentes da aplicação da lei que regula a greve dos servidores privados para o regime público, mas afirmou que caso a Corte se acomode com o fenômeno da omissão, estaria se demitindo de um cargo de guarda da Constituição que era confiado a ela²⁹⁸.

Assim, em 25 de outubro de 2007, o Tribunal reconheceu o conflito que existia entre as necessidades mínimas de existir uma lei regulando o exercício de greve dos servidores públicos, e de outro lado, o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua. De tal sorte que não é dado ao legislador escolher se

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 708/DF. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 359.

²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 708/DF. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 355.

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 595-596.

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 599.

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 527.

²⁹⁸ ESTEVES, Bruna de Bem. **O que mudou no entendimento do STF a respeito dos efeitos do mandado de injunção?** Uma análise dos casos de aposentadoria especial e greve dos servidores públicos frente ao estabelecido no MI 107 QO. 2009. Monografia. Escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), p. 38.

concede ou não o direito de greve (trata-se de um direito constitucional previsto no art. 37, VII, da CF), podendo somente dispor sobre sua disciplina²⁹⁹.

Nesta esteira de raciocínio, após minuciosa abordagem pelos Ministros, a maioria decidiu pela procedência do mandado de injunção para que seja aplicado, no que couber, a Lei nº 7.783 (lei de greve dos trabalhadores em geral) ao regime público, nos moldes preconizados pelo Ministro Gilmar Mendes. A partir desse momento, o Supremo Tribunal Federal adotou a tese concretista direta geral (efeitos *erga omnes*)³⁰⁰ e viabilizou o direito de greve aos servidores públicos civis de todo país, não somente aos servidores dos Estados do Espírito Santo, do Pará e da Paraíba³⁰¹.

Em relação a esses casos analisados de greve dos servidores públicos, uma indagação importante a ser feita é saber se a Suprema Corte elaborou uma norma regulamentadora com o intuito de viabilizar o direito reclamado ou somente utilizou o procedimento da analogia, adotando a já existente regulamentação privada, com o intuito de suprir a lacuna. Para melhor compreensão do tema, destaca-se um trecho do julgamento do MI nº712³⁰²:

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO- (...)

Parece-me ser complicado, ainda, é muito difícil obter um consenso de que vamos suprir uma omissão legislativa exercendo uma atividade legiferante, não há uma função normativa quando decidimos nesse caso. Baixamos um provimento, tomando de empréstimo uma lei fruto da atividade legislativa do Congresso Nacional.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE)- Mas não aplicável à mesma categoria.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE- Não mascaremos a coisa. Estamos aplicando uma lei que diz, expressamente, que não se aplica a greve dos servidores públicos. Poderíamos adotar a lei do Paraguai. Seria uma forma de legislar igualzinha a essa. Estamos tomando uma lei que, explicitamente, não se aplica à greve do servidor público e dizendo que, provisoriamente, ela se aplicará, com tais ou quais temperamentos.

²⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 43.

³⁰⁰ Para melhor detalhes sobre o efeito *erga omnes* no mandado de injunção, vide capítulo 6. Vale a pena ressaltar que os Ministros não decidiram de forma unânime pela eficácia *erga omnes* em sede do MI nº 712. Houve controvérsia no julgamento, de modo que os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato, porém representavam o grupo dos vencidos.

³⁰¹ LACERDA, Felipe Moraes Forjaz de. A nova perspectiva sobre o mandado de injunção. **Revista Prática Jurídica**. Brasília: Consulex, ano VII, nº77, agost.2008, p. 51

³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Relator. Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 460-461.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO- Muito bem. E essa decisão implica em legislar? Acho que não.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE- Repito: é tanto legislação como se, em vez de adotar a lei brasileira de greve, adotássemos a lei paraguaia ou a uruguaia. Vamos citar Kelsen: é uma forma abreviada de legislar.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE)- Tomando de empréstimo.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO- E é completamente diferente da forma da integração da lacuna em caso subjetivo, no caso concreto. A decisão não ultrapassa os limites do caso dado. Aqui, não, estamos invocando por analogia todo um conjunto de normas de caráter abstrato, não há dúvida nenhuma.

Desta forma, a partir da leitura do diálogo entre os Ministros, depreende-se que os Ministros Sepúlveda Pertence, Ellen Gracie e Cezar Peluso entendem que a solução adotada pela Corte remete a um desempenho de atividade legiferante, enquanto que o posicionamento do Ministro Carlos Britto é no sentido de que, ao revés, o Tribunal somente tomava de empréstimo a Lei da iniciativa privada que foi estipulada pelo próprio Poder Legislativo. Pode-se extrair, também, que o Ministro Cezar Peluso entende que a aplicação da Lei privada ao regime público seria feita por meio da analogia³⁰³.

O Ministro Lewandowski, no julgamento do MI nº 712, utilizou a definição de analogia feita por Norberto Bobbio, um “procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante”³⁰⁴, com o intuito de asseverar que não existiria semelhança relevante entre a greve na esfera pública e a greve no âmbito privado, e, assim, a analogia seria inaplicável a esse caso³⁰⁵.

Já a opinião do Ministro Sepúlveda Pertence é no sentido de que se o caso for resolvido pelo uso de analogia, obstará o conhecimento do pedido de injunção. De forma que se for utilizado o mecanismo de integração reconhecido pela LINDB (Lei

³⁰³ ESTEVES, Bruna de Bem. **O que mudou no entendimento do STF a respeito dos efeitos do mandado de injunção?** Uma análise dos casos de aposentadoria especial e greve dos servidores públicos frente ao estabelecido no MI 107 QO. 2009. Monografia. Escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, p. 42.

³⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 50.

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Relator. Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 479-482.

de Introdução às normas do Direito Brasileiro), não vai haver mais interesse na impetração da ação e o mandado de injunção não deve ser conhecido³⁰⁶.

Já no julgamento do MI nº 708, o Ministro Menezes Direito afirmou que, no caso de omissão inconstitucional, a melhor solução é a possibilidade de integração da lacuna por meio da analogia, pois não existe nenhum obstáculo que impedisse o preenchimento de lacunas com base nos mecanismos já existentes no direito positivo. Destarte, tanto o procedimento da analogia quanto os princípios gerais do direito podem ser utilizados pelo Tribunal para suprir a inércia legislativa, evitando, assim, a ineficácia do dispositivo constitucional³⁰⁷.

O Ministro Menezes Direito ainda complementou seu raciocínio e asseverou que a utilização da lei que regula a greve do regime privado para regular o âmbito público reforçaria a separação dos Poderes, tendo em vista que seria utilizada norma legislativa, elaborada pelo próprio Poder Legislativo³⁰⁸.

Já o Ministro Eros Grau apresenta seu entendimento próprio e não faz referência, no seu voto, ao uso de analogia. O referido Ministro entende que a utilização de Lei privada ao caso dos servidores públicos consiste em atividade normativa desempenhada pela Corte, não se tratando de aplicação de analogia³⁰⁹.

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal que rompeu com o entendimento anterior baseado em uma postura não-concretista, foi o julgamento do mandado de injunção nº **721/DF**, o primeiro caso que o Supremo Tribunal Federal definiu a norma que permitiria a fruição do direito constitucionalmente assegurado³¹⁰.

Nessa oportunidade, a Corte analisou o pedido de aposentadoria especial impetrado por Maria Aparecida Moreira e, além de ter reconhecido a omissão inconstitucional,

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 476.

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 708/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 294-295.

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 708/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 295.

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 487.

³¹⁰ ESTEVES, Bruna de Bem. **O que mudou no entendimento do STF a respeito dos efeitos do mandado de injunção?** Uma análise dos casos de aposentadoria especial e greve dos servidores públicos frente ao estabelecido no MI 107 QO. 2009. Monografia. Escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, p. 32.

decidiu ser o caso de uma regulamentação provisória com o objetivo de tornar exercível o direito assegurado pela Constituição³¹¹.

Nesse sentido, o *writ* em comento consiste em uma “ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada”, razão pela qual diante da inércia o poder legislativo em elaborar a disciplina específica da aposentadoria especial, prevista no art. 40, §4º, da Constituição Federal, o Tribunal determinou a adoção do regime próprio dos trabalhadores em geral (art.57, §1º, da Lei 8.213/91)³¹².

No que se refere à eficácia da decisão, no caso da aposentadoria especial apreciada no MI nº 721/DF, o Pretório Excelso decidiu que “tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada”³¹³, isto é, o Supremo adotou a corrente concretista individual e concedeu efeitos individuais ao *writ*³¹⁴.

O MI nº 721/DF fundamentou-se no artigo 40, §4º da Constituição Federal que determina a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos servidores públicos expostos a condições especiais, de forma que esses critérios sejam estabelecidos por lei complementar³¹⁵. Desse modo, no mencionado *writ*, a impetrante pleiteava a contagem de tempo especial para

³¹¹ PIOVESAN, Flávia. CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da decisão em mandado de injunção. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 453.

³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 1.

³¹³ *Ibidem, loc.cit.*

³¹⁴ PIOVESAN, Flávia. CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da decisão em mandado de injunção. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 453.

³¹⁵ Conforme redação do artigo 40, §4º da Constituição Federal: Art. 40: “Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I- portadores de deficiência; II- que exerçam atividades de risco; III- cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (grifo nosso)”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no DOU de 05.10.1988.

aposentadoria, pois era servidora do Ministério da Saúde (auxiliar de enfermagem) e tinha trabalhado por mais de 25 anos em atividade considerada insalubre³¹⁶.

Diante da omissão do Poder Legislativo, a impetrante:

[...] afirma exercer, desde 22 de outubro de 1986, a função de auxiliar de enfermagem na instituição referida, atuando em ambiente insalubre. Evoca o disposto no artigo 40, §4º, da Constituição Federal para ressaltar que a inexistência de lei complementar vem inviabilizando o exercício do direito à aposentadoria, implementado o direito consentâneo com o desgaste decorrente do contato com agentes nocivos à saúde, com portadores de moléstias infecto-contagiosas humanas e materiais e objetos contaminados. Então, pleiteia seja suprida a lacuna normativa, asseverando o direito à aposentadoria especial [...] Sucessivamente, requer a observância do regime geral de previdência social [...]³¹⁷.

O relator do MI em questão, Ministro Marco Aurélio, propôs uma reflexão acerca do posicionamento que vinha sido adotado pela Corte quanto aos efeitos do mandado de injunção (ao excesso de zelo, formalismo, tendo em vista a harmonia e separação dos poderes). Em sua opinião, a postura inicial da Corte estava gerando uma frustração e consequências indesejáveis, pois estava transformando o instituto em ação simplesmente declaratória de ato omissivo³¹⁸.

A advocacia Geral da União pugnou pela improcedência do mandado de injunção e se manifestou no sentido de que “ (...) o Estado pode optar por não aprovar uma lei complementar, até pelo temor de que as exceções sejam tantas que se tornem regras”. Desse modo, estaria defendendo a não obrigatoriedade de legislar, tornando-se um ato discricionário do Poder Público³¹⁹.

A manifestação da Procuradoria Geral da República também foi no sentido de inexistência de obrigatoriedade de o legislador derivado editar a norma regulamentadora da matéria, ou seja, é uma atribuição de mera faculdade do poder público. Assevera ainda que é o caso de juízo político acerca da conveniência e oportunidade da edição da lei complementar e não pode ser substituído por decisão

³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 3.

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 3.

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 9-10.

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 4.

judicial, “sob pena de invasão desautorizada da esfera de atuação dos demais poderes da República”³²⁰.

O Ministro Marco Aurélio destaca a natureza mandamental do *writ*, sendo um “(...) instrumento capaz de revelar a lei fundamental como de concretude maior, abandonada visão simplesmente lírica”³²¹. O Ministro Relator aduz, ainda, que com as emendas nº 20/98 e nº 47/05 a redação do artigo 40, §4º, da Lei Fundamental foi alterada e suprimiu o verbo “poderá” para poder impor ao poder legislativo a adoção de critérios especiais. Assim, existe uma obrigação imposta ao legislador em editar a lei complementar para fixar os aludidos critérios³²².

Segundo as palavras do Ministro Marco Aurélio:

Em síntese, hoje não sugere dúvida a existência do direito constitucional à adoção de requisitos e critérios diferenciados para alcançar a aposentadoria daqueles que hajam trabalhado sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Permaneceu a cláusula de definição em lei complementar³²³.

O Ministro Relator assevera que, à época, já se passaram mais de 15 anos da vigência da Constituição sem o direito ter norma regulamentadora, inviabilizando a base para seu exercício. Diante disso, aduz ser o caso de acolher o pleito da impetrante, cabendo ao Supremo, “(...) porque autorizado pela Carta da República a fazê-lo, estabelecer para o caso concreto e de forma temporária, até a vinda da lei complementar prevista, as balizas do exercício do direito assegurado constitucionalmente”³²⁴.

O Ministro afirma que a autorização constitucional para a postura concretista em mandado de injunção está prevista no artigo 5º, LXXI conjugada com o §1º do mesmo dispositivo, além de ser decorrente da supremacia e força normativa da

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 4.

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 6.

³²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 7-8.

³²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 8.

³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 8.

Constituição³²⁵. Advertiu, ainda, que a atuação da Corte no julgamento do mandado de injunção não deve ser confundida com a atividade do legislativo, deste modo:

Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania e cidadania. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como em qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo³²⁶.

Desta forma, o Ministro Marco Aurélio convoca a Corte para rever o antigo posicionamento quantos aos efeitos do instrumento com o intuito de fazer com que o Judiciário afaste as nefastas consequências da omissão do legislador e busque lograr a supremacia da Lei Fundamental. Nesse viés, ressalta a necessidade de eficácia do provimento jurisdicional e a supremacia constitucional³²⁷.

O Ministro Relator, no decorrer dos ensinamentos presentes em seu voto, cita o artigo 114, §2º da Constituição³²⁸, que preconiza a atuação legiferante da Justiça do Trabalho nos dissídios coletivos, como uma mitigação do princípio da separação de poderes. Desta forma, o Ministro conclama o STF para adotar uma postura concretista, diversa daquela anteriormente adotada na evolução jurisprudencial da Corte, sob pena de ficar aquém da atuação dos tribunais de trabalho que já admitem uma relativização do mencionado princípio³²⁹.

No final do seu voto, o Ministro Marco Aurélio fortalece seus argumentos aduzindo a possibilidade do Tribunal realizar a regulamentação provisória ante o fator tempo e a situação concreta da impetrante, adotando-se o artigo 57 da Lei 8.213³³⁰ que regula regime geral de previdência social³³¹.

³²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 9-10.

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 10.

³²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 10.

³²⁸ Conforme artigo 114, §2º, da Constituição Federal: “Art. 114- Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente (grifo nosso)”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no DOU de 05.10.1988.

³²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 10.

³³⁰ Conforme redação do artigo 57, da Constituição Federal: “Art. 57- A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a

O Ministro Eros Grau apresentou voto vista³³² e sustentou que o Tribunal deveria proferir uma decisão constituída de eficácia e não somente determinar inutilmente que o Poder Legislativo cumpra o seu dever³³³. Assim, afirma que a mora, no caso em tela, é evidente e incompatível com o preconizado no artigo 40, §4º da Carta Magna³³⁴.

O Ministro Eros Grau aduz, ainda, que o Tribunal, com o objetivo de afastar a omissão inconstitucional e exercer sua a função própria de controle de constitucionalidade, tem o dever-poder de exercer uma atuação supletiva, em se tratando de casos de normas regulamentadoras faltantes. Porém, essa função supletiva que o Tribunal exercerá apresenta uma função normativa, porém não legislativa³³⁵.

Desse modo, o Ministro Eros Grau apresenta uma distinção entre função normativa e função legislativa. De acordo com o seu entendimento, a função normativa seria típica do Poder Judiciário, do mesmo modo como a função legislativa é típica em relação ao Poder Legislativo³³⁶. Elucida, ainda, que o empecilho encontrado em reconhecer a função normativa do órgão julgador reside no significado do quem vem a ser “função”³³⁷. O Ministro explica:

Entende-se por *função estatal* a expressão do poder estatal --- tornando-se aqui a expressão “poder estatal” no seu aspecto *material* --- enquanto

condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no DOU de 05.10.1988.

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 11.

³³² No julgamento do MI nº 721, o Ministro Eros Grau discordou da maioria dos Ministros, no que tange a eficácia da decisão em sede de mandado de injunção. Segundo ele, os efeitos da decisão injuntiva deveria se estender à totalidade dos casos que contivessem os mesmos elementos objetivos. Isto é, o Ministro Eros Grau sustenta que a decisão do Poder Judiciário, em sede de MI, representa tanto norma para o caso concreto, como também norma geral. Ademais, o mencionado Ministro comparou a situação, nesse particular, ao que acontece com a edição de Súmula Vinculante pela Corte. HAGE, Jorge. O PL que regulamenta o mandado de injunção: uma iniciativa mais que oportuna. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 144.

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 18.

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 24.

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 24-25.

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 26.

³³⁷ BRUSCO, Ana Beatriz. **Mandado de injunção e separação de poderes**: um cotejo entre o MI 721/DF e a visão do Min. Moreira Alves no MI 107 QO/DF. 2011. Monografia (Curso de pós-graduação *lato sensu* em processo civil)- Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP, Brasília, p. 66.

preordenado a *finalidades* de interesse coletivo e objeto de um *dever jurídico*.

A consideração do poder estatal desse aspecto liberta-nos da tradicional classificação das funções estatais segundo o critério *orgânico* ou *institucional*. Nesta última, porque o poder estatal é visualizado desde a perspectiva *subjéctiva*, alinham-se a função *legislativa*, a *executiva* e a *jurisdicional*, às quais são vocacionados, respectivamente, os Poderes *Legislativo, Executivo e Judiciário*.

Conforme foi explanado, a função estatal, sob o ponto de vista material, se relaciona às finalidades coletivas preordenadas para o cumprimento de um dever jurídico. Incumbe ao Poder Judiciário pôr fim a conflitos de interesses levados à sua apreciação e o seu dever jurídico consiste na prestação jurisdicional. A função estatal que o Poder Judiciário desempenha seria a concorrente e a adequada prestação jurisdicional com a devida solução do conflito de interesses³³⁸.

Vale destacar também a diferenciação entre função legislativa e função normativa, segundo a redação *ipsis litteris* do Ministro Eros Grau:

A função legislativa é maior e menor do que a função normativa. Maior porque abrange a produção de atos administrativos sob a forma de lei [lei apenas em sentido formal, lei que não é norma, entendidas essas como preceito primário que se integra no ordenamento jurídico inovando-o]; menor porque a função normativa abrange não apenas normas jurídicas contidas em lei, mas também nos regimentos editados pelo Poder Judiciário e nos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo.

Daí que a função normativa compreende a função legislativa (enquanto produção de textos normativos), a função regimental e a função regulamentar.

Quanto à regimental, não é a única atribuída, como dever-poder, ao Poder Judiciário, visto incumbir-lhe também, e por imposição da Constituição, a de formular supletivamente, nas hipóteses de concessão do mandado de injunção, a norma regulamentadora reclamada. [...] ³³⁹

O Ministro Eros Grau realiza também a diferenciação entre norma e lei³⁴⁰. Dessa forma, a norma é o produto da interpretação do texto normativo. Com a atividade interpretativa, o intérprete extrai dos preceitos contidos em textos legislativos o comando normativo como produto resultante dessa ação³⁴¹.

³³⁸ BRUSCO, Ana Beatriz. **Mandado de injunção e separação de poderes**: um cotejo entre o MI 721/DF e a visão do Min. Moreira Alves no MI 107 QO/DF. 2011. Monografia (Curso de pós-graduação *lato sensu* em processo civil)- Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP, Brasília, p. 67.

³³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 27.

³⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 28.

³⁴¹ BRUSCO, Ana Beatriz. **Mandado de injunção e separação de poderes**: um cotejo entre o MI 721/DF e a visão do Min. Moreira Alves no MI 107 QO/DF. 2011. Monografia (Curso de pós-graduação *lato sensu* em processo civil)- Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP, Brasília, p. 67.

Diante dessas premissas, conclui-se que no julgamento do mandado de injunção com a regulamentação provisória, o Poder Judiciário interpreta o direito, na sua totalidade, com o intuito de produzir uma decisão normativa aplicável à omissão. Porém, é inevitável que, no caso, essa decisão seja tomada como texto normativo que irá se incorporar ao ordenamento jurídico e vai ser interpretado/aplicado³⁴².

Sendo assim, não se trata de uma produção legislativa por parte do órgão julgador, mas sim uma produção de viés normativo. Nesta linha de raciocínio, como a Corte detém essa função normativa, enquanto expressão do poder estatal no exercício da jurisdição, não há que se falar em usurpação de função do Poder Legislativo³⁴³.

O Ministro Eros Grau concluiu seu voto afirmando que conceder efeitos concretistas no julgamento do mandado de injunção está no rol de competências constitucionais da Corte.³⁴⁴ Desta forma, cabe ao Pretório Excelso “[...] se concedida a injunção, remover o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto, norma enunciada como texto normativo, logo sujeito a interpretação pelo seu aplicador.”³⁴⁵

Os outros Ministros que participaram do julgamento do MI nº 721/DF, Ricardo Lewandowski³⁴⁶ e Carlos Britto acompanharam o relator e sustentaram que a Corte deveria conceder uma maior eficácia ao *writ*, sendo que esse último Ministro afirmou que “[...] somente cabe mandado de injunção perante uma norma constitucional de eficácia limitada. Sendo assim, não faz sentido proferir uma decisão judicial também de eficácia limitada. É uma contradição nos termos”³⁴⁷.

Nesta esteira de raciocínio, o mandado de injunção nº 721/DF foi um dos julgamentos que também marcou a viragem jurisprudencial acerca dos efeitos da decisão do mandado de injunção por se afastar do antigo entendimento caracterizado pela tese não-concretista. Desse modo, fundamentou-se na natureza

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 28-29.

³⁴³ *Ibidem*, p. 67.

³⁴⁴ BRUSCO, Ana Beatriz. **Mandado de injunção e separação de poderes**: um cotejo entre o MI 721/DF e a visão do Min. Moreira Alves no MI 107 QO/DF. 2011. Monografia (Curso de pós-graduação *lato sensu* em processo civil)- Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP, Brasília, p. 68.

³⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 30.

³⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 32.

³⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 33.

jurídica mandamental do *writ* e pelo dever de legislar sob o argumento do instituto estar previsto na própria Constituição, razão pela qual não haveria ofensa ao princípio da separação de poderes³⁴⁸.

No que se refere à omissão inconstitucional, o julgamento do **MI nº 943/DF** também merece destaque no presente estudo acerca da evolução dos efeitos da decisão no mandado de injunção³⁴⁹. Trata-se do mandado de injunção referente ao aviso prévio proporcional consagrado no artigo 7º, inciso XXI³⁵⁰, da Constituição Federal.

A Constituição estabeleceu no mencionado artigo constitucional que o aviso prévio deve ser proporcional ao tempo de serviço, nos casos de despedida do empregado sem justa causa, no mínimo de 30 (trinta) dias, além de prever no final do dispositivo a expressão “nos termos da lei”. O TST tinha editado a orientação jurisprudencial da SDI-I nº 84³⁵¹ (hoje cancelada) informando que a norma constitucional prevendo a proporcionalidade não era autoaplicável, tendo em vista que dependia de regulamentação, a qual somente foi consagrada com a Lei 12.506 em Outubro de 2011³⁵².

Desse modo, trabalhadores brasileiros impetraram mandados de injunção no Supremo Tribunal Federal a partir de 1999, quais sejam o MI/943 (12/01/2009), o MI/1010 (02/03/2009), o MI/1074 (05/05/2009) e o MI/1090 (05/05/1999), pleiteando o direito de receber o aviso prévio proporcional previsto no artigo 7º, inciso XXI da Lei Maior. O Pretório Excelso em 22.06.2011 suspendeu o julgamento dos referidos *writs*, após o Relator Ministro Gilmar Mendes se pronunciar pela procedência, pois

³⁴⁸ BRUSCO, Ana Beatriz. **Mandado de injunção e separação de poderes**: um cotejo entre o MI 721/DF e a visão do Min. Moreira Alves no MI 107 QO/DF. 2011. Monografia (Curso de pós-graduação *lato sensu* em processo civil)- Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP, Brasília, p. 68.

³⁴⁹ Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=230144>>

³⁵⁰ Conforme redação do artigo 7º, inciso XXI da Constituição Federal: “Art. 7º- São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei (grifo nosso)”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no DOU de 05.10.1988.

³⁵¹ Segundo a orientação jurisprudencial da SDI-I nº 84 do Tribunal Superior do Trabalho (TST): “OJ 84- AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE (cancelada) – Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, visto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/1988 não é auto-aplicável. Histórico:Redação original – Inserida em 28.04.1997”.

³⁵² PINTO, Raymundo. **Aviso prévio proporcional**: efeitos da lei retroagem? Revista eletrônica mensal do curso de Direito da UNIFACS. Abr./2013, n.154. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br>>. Acesso em: 03 de Mai. 2013, p.1.

os Ministros almejavam realizar uma análise pormenorizada e buscar um consenso em relação ao critério a ser adotado no julgamento³⁵³.

O informativo 632 do Supremo Tribunal Federal trouxe a seguinte notícia:

“O Plenário iniciou julgamento conjunto de mandados de injunção em que se alega omissão legislativa dos Presidentes da República e do Congresso Nacional, ante a ausência de regulamentação do art. 7º, XXI, da CF, relativamente ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;”). Na espécie, os impetrantes, trabalhadores demitidos sem justa causa após mais de uma década de serviço, receberam de seu empregador apenas um salário mínimo a título de aviso prévio. O Min. Gilmar Mendes, relator, ao reconhecer a mora legislativa, julgou procedente o pedido. Inicialmente, fez um retrospecto sobre a evolução do Supremo quanto às decisões proferidas em sede de mandado de injunção: da simples comunicação da mora à solução normativa e concretizadora. Destacou que, no tocante ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, o Min. Carlos Velloso, em voto vencido, construiu solução provisória fixando-o em “10 dias por ano de serviço ou fração superior a 6 meses, observado o mínimo de 30 dias”. Aduziu, entretanto, que essa equação também poderia ser objeto de questionamento, porquanto careceria de amparo fático ou técnico, uma vez que a Constituição conferira ao Poder Legislativo a legitimidade democrática para resolver a lacuna. O Min. Luiz Fux acrescentou que o art. 8º da CLT admitiria como método de hetero-integração o direito comparado e citou como exemplos legislações da Alemanha, Dinamarca, Itália, Suíça, Bélgica, Argentina e outras. Apontou, ainda, uma recomendação da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre a extinção da relação trabalhista. Por sua vez, o Min. Marco Aurélio enfatizou que o critério a ser adotado deveria observar a proporcionalidade exigida pelo texto constitucional e propôs que também se cogitasse de um aviso prévio de 10 dias — respeitado o piso de 30 dias — por ano de serviço transcorrido. O Min. Cezar Peluso sugeriu como regra para a situação em comento que o benefício fosse estipulado em um salário mínimo a cada 5 anos de serviço. O Min. Ricardo Lewandowski, por seu turno, mencionou alguns projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional. Diante desse panorama, o relator acentuou a existência de consenso da Corte quanto ao provimento do writ e à necessidade de uma decisão para o caso concreto, cujos efeitos, inevitavelmente, se projetariam para além da hipótese sob apreciação. Após salientar que a mudança jurisprudencial referente ao mandado de injunção não poderia retroceder e, tendo em conta a diversidade de parâmetros que poderiam ser adotados para o deslinde da controvérsia, indicou a suspensão do julgamento, o qual deverá prosseguir para a explicitação do dispositivo final. MI 943/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 22.06.2011. (MI-943)³⁵⁴.”

Assim, os Ministros durante o debate se posicionaram no sentido de que o Pretório Excelso deve permanecer adotando a posição concretista, a qual reflete um avanço alcançado em decisões anteriores sobre omissão legislativa inconstitucional³⁵⁵. Isso

³⁵³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182667>>

³⁵⁴ Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo632.htm#Mandado de injunção e aviso prévio](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo632.htm#Mandado%20de%20injun%C3%A7%C3%A3o%20e%20aviso%20pr%C3%A9vio)>.

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 943/DF. Relator Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 06.02.2013. Publicação DJ 02.05.2013, p. 3-9.

é depreendido dos votos dos Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Cezar Peluso que apresentaram propostas que coadunam com o emprego de uma regra ao caso concreto³⁵⁶.

Recentemente, no dia 06 de fevereiro/2013, ao finalizar o julgamento do MI nº 943, o Tribunal determinou que a superveniência da lei regulamentadora do aviso prévio proporcional, no curso da ação ou após o julgamento, não tem o intuito de prejudicar a continuidade do julgamento do writ em questão³⁵⁷, tendo em vista que ele vai ser decidido a partir da aplicação dos parâmetros retirados nas normas da nova lei ao caso concreto³⁵⁸.

Assim, a proposta apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do MI nº 943 e, aprovada pelo Plenário, prevê a aplicação dos parâmetros da Lei nº 12.506 aos mandados de injunção impetrados antes da sua edição³⁵⁹. O Tribunal excepcionou a aplicação da súmula 441 do TST³⁶⁰, mas não de forma generalizada. Por conseguinte, não seria correto asseverar que todo e qualquer trabalhador que teve o seu contrato de trabalho rescindido sem justa causa, antes da lei em questão, teria o direito ao aviso prévio proporcional³⁶¹.

Destarte, embora a omissão tenha sido sanada a partir de 11.10.2011 (data da publicação da Lei 12.506) o Pretório Excelso precisa se manifestar sobre a situação dos trabalhadores cujos *writs* tiveram julgamento suspenso, os quais pleiteavam a efetivação de um direito constitucional que estava esvaziado há cerca de 20 anos³⁶². Assim, o Ministro Relator Gilmar Mendes destacou que o direito ao aviso prévio proporcional deve ser aplicado somente àqueles impetrantes de mandados de

³⁵⁶ Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo632.htm#Mandado de injunção e aviso prévio](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo632.htm#Mandado%20de%20injun%C3%A7%C3%A3o%20e%20aviso%20pr%C3%A9vio)>.

³⁵⁷ O Supremo Tribunal Federal decidiu nesse mesmo sentido no julgamento do MI nº 1010, MI nº 1074 e MI nº 1090.

³⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 943/DF. Relator Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 06.02.2013. Publicação DJ 02.05.2013, p. 45.

³⁵⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182667>>.

³⁶⁰ De acordo com a súmula 441 do TST: “SÚM- 441. AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012- O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011”.

³⁶¹ PINTO, Raymundo. **Aviso prévio proporcional**: efeitos da lei retroagem? Revista eletrônica mensal do curso de Direito da UNIFACS. Abr./2013, n.154. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br>>. Acesso em: 03 de Mai. 2013, p.1-2.

³⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 943/DF. Relator Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 06.02.2013. Publicação DJ 02.05.2013, p. 45-46.

injunção em trâmite no Supremo Tribunal Federal, não se estendo indiscriminadamente a disputas estabelecidas antes da edição da Lei nº 12.506³⁶³.

Dessa forma, o Ministro Gilmar Mendes destacou no seu voto do MI nº 943:

Registre-se, contudo, que, por segurança jurídica, não é possível exigir-se a aplicação dos parâmetros trazidos pela Lei 12.506/2011 para todas as situações jurídicas que se consolidaram entre a promulgação da Constituição e a edição da referida lei. Em primeiro lugar, a mora legislativa pressupõe certo lapso temporal de inação, o que não estaria configurado tão logo promulgada a Constituição, mas, além disso, muitas situações já se consolidaram de tal modo que a Constituição também lhes atribui proteção, a título de ato jurídico perfeito ou de coisa julgada³⁶⁴.

Nessa linha de raciocínio, a Lei nº 12.506³⁶⁵ estabeleceu que será concedido o direito constitucionalmente assegurado “na proporção de 30 dias aos empregados que contem até um ano de serviço na mesma empresa” e que ao aviso prévio “serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias”.

Diante do exposto, após o estudo da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca dos efeitos da decisão em sede de mandado de injunção, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal vem abandonando a adoção de posturas não concretistas, sobretudo a partir de outubro de 2007, passando a adotar posturas concretistas. Estas condutas concretistas são vistas também como condutas pró-ativas ou ativistas, o que vem dando ensejo a discussão sobre o ativismo judicial³⁶⁶.

Partindo da premissa que a inexistência de norma regulamentadora não impedirá o exercício do direito constitucionalmente assegurado, visto que o Poder Judiciário pode, ao proferir a decisão, criar uma norma para o caso³⁶⁷, é imperioso analisar se essas condutas pró-ativas do Supremo Tribunal Federal têm assegurado uma maior

³⁶³ PINTO, Raymundo. **Aviso prévio proporcional**: efeitos da lei retroagem? Revista eletrônica mensal do curso de Direito da UNIFACS. Abr./2013, n.154. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br>>. Acesso em: 03 de Mai. 2013, p.2.

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 943/DF. Relator Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 06.02.2013. Publicação DJ 02.05.2013, p. 48.

³⁶⁵ Segundo redação dos artigos da Lei nº 12.506: “Art. 1º O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa. Parágrafo único. Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias. Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

³⁶⁶ LACERDA, Felipe Moraes Forjaz de. A nova perspectiva sobre o mandado de injunção. Revista Prática Jurídica. Brasília: Consulex, ano VII, nº 77, Agost.2008, p. 51.

³⁶⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 555.

efetividade ao mandado de injunção ou reflete um exercício de uma supremocracia³⁶⁸?

Assim, no próximo tópico o estudo vai se debruçar acerca do atual fenômeno do ativismo judicial, sua origem, limites e repercussões em sede de mandado de injunção.

5.2 O ATIVISMO JUDICIAL E SUA CARACTERIZAÇÃO

O conceito de ativismo não goza de consenso na comunidade jurídica, tendo em vista que a doutrina não conceitua o fenômeno do ativismo judicial de forma hegemônica, apresentando mais de um sentido a referida expressão. Desta forma, a polissemia do termo ativismo é agravada pelo uso indiscriminado do termo, tendo em vista que ativismo judicial pode significar coisas distintas para pessoas distintas, podendo variar seu significado de acordo com o autor que escreve sobre o tema³⁶⁹.

Contudo, aceita-se que a primeira vez que a expressão do ativismo judicial surgiu foi na popular revista americana *Fortune*, em seu artigo “*The Supreme Court: 1947*”, em que o jornalista Arthur Schlesinger analisou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte Americana e realizou a distinção entre os juízes “ativistas” (*activistis*) e “campeões da restritividade judicial” (*champions of judicial restraint*), os quais são também denominados de “passivistas” (*self-restrain*), isto é, representam uma “auto-contenção judicial”, além de identificar um terceiro grupo intermediário, os chamados juízes de posição central que representavam um equilíbrio de forças³⁷⁰.

Desta forma, a origem do conceito de ativismo judicial está ligado a uma avaliação negativa da atuação da Suprema Corte Americana, tendo em vista que este conceito tornou-se sinônimo de uma atuação imprópria ou excessiva do Tribunal que utilizava

³⁶⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, vol. 4, n. 2, 2008, p. 444-445.

³⁶⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 551. Nesse mesmo sentido, Eduardo Ferreira. FERREIRA, Eduardo Oliveira. Retrospecto do ativismo judicial: aspectos históricos da nova tendência do Poder Judiciário. *Revista Visão Jurídica*. Editora Escala, nº 54, 2010, p. 96-97.

³⁷⁰ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, nºs 19 e 20, jul./dez.2010, p. 109-111.

a prerrogativa de constituir-se um poder democraticamente eleito para estabelecer políticas públicas ou estabelecer os rumos políticos do país³⁷¹.

Desta forma, é corriqueiro o uso da expressão “ativismo” com um rótulo pejorativo, em razão da extrapolação da Corte no que diz respeito às suas atribuições institucionais. Marcelo Casseb afirma que, parte da doutrina reserva ao conceito de ativismo um caráter normativo, ou seja, uma avaliação da atuação do Tribunal como boa/correta ou ruim/excessiva³⁷².

Contextualizando o fenômeno do ativismo no Brasil, mais precisamente em relação a atuação do Supremo Tribunal Federal, pode-se concluir que após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 (reforma do judiciário), que fortaleceu os instrumentos decisórios da Corte, restou evidente uma atuação ativista por parte dos Ministros. Esse ativismo se tornou ainda mais evidente pela mudança da composição dos Ministros, a partir da nomeação³⁷³ feita pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva entre 2003 e 2006, em razão do preenchimento de vagas derivadas de aposentadorias³⁷⁴.

³⁷¹ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, nºs 19 e 20, jul./dez.2010, p. 110. Em outra linha de raciocínio, Elival da Silva Ramos assevera que quanto aos países de *commom law*, invariavelmente o ativismo é elogiado, na medida em que propicia a “adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados”. Porém, Elival adverte que no âmbito do *commom law*, ao passo que o Poder Judiciário se filia a uma atuação extremamente ativa no processo de geração do direito, enseja em uma tarefa bem mais complexa em perquirir, no plano da dogmática jurídica, quais os “parâmetros que permitam identificar eventuais abusos da jurisdição em detrimento do Poder Legislativo”. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110.

³⁷² A doutrina norte-americana aponta, ainda, que o conceito de ativismo judicial pode está associado a uma atuação descritiva da atuação da Suprema Corte a partir de determinados critérios como, por exemplo, o número de leis federais e estaduais declaradas inconstitucionais, do número de leis cuja constitucionalidade foi confirmada, o número de votos de um juiz em relação à constitucionalidade ou inconstitucionalidade, dentre outros. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, nºs 19 e 20, jul./dez.2010, p. 110-11.

³⁷³ Ministro Gilmar Ferreira Mendes (20-06-2002); Ministro Antonio Cesar Peluso (25-06-2003); Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto (25-06-2003); Ministro Joaquim Benedito Barbosa Gomes (26-06-2003); Ministro Eros Roberto Grau (30-06-2004), Ministro Enrique Ricardo Lewandowski (9-3-2006); Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (21-06-2006); Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (5-9-2007).

³⁷⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 546.

Segundo o professor Elival da Silva Ramos³⁷⁵:

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”.

Destarte, a partir da leitura do trecho destacado da monografia sobre ativismo judicial, de autoria do douto Elival da Silva Ramos, resta evidente que o autor emprega um cunho negativo ao conceito de ativismo, como fundamento para desaprovação da atuação do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal.

Isso resta ainda mais evidenciado quando assevera que “ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também, da função administrativa, e, até mesmo, da função de governo”³⁷⁶.

Embora assimile com maior frequência conotação negativa, o termo ativismo judicial, por vezes, é encarado favoravelmente, em especial quando contraposto a outras expressões, como o *passivismo* judicial e a *auto-contenção* judicial. Isso porque o oposto do ativismo é a *auto-contenção* que está associada a uma conduta em que os Tribunais evitam aplicar diretamente a Constituição nos casos que não estejam no seu âmbito de atuação expressa, esperando o legislador ordinário adotar alguma postura³⁷⁷.

Desse modo, de acordo com Luís Roberto Barroso, a principal diferença entre as duas posições reside no fato que o ativismo judicial possui o intuito de extrair o máximo das potencialidades do texto da Lei Suprema, sem, contudo, ocupar o

³⁷⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 116.

³⁷⁷ Luis Roberto Barroso aponta, ainda, como característica da *auto-contenção judicial*, o Tribunal utilizar critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, além de abster-se na interferência de definição das políticas públicas. BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2013, p.7.

âmbito de criação livre do direito. Já a *auto-contenção* restringe campo de incidência da Constituição em prol dos órgãos tipicamente políticos³⁷⁸.

Neste sentido, acerca do ativismo judicial exercido pelo poder judiciário no mandado de injunção, Michel Temer³⁷⁹ aduz que:

Assim, em mandado de injunção o Judiciário estaria declarando o direito, tendo a sentença força mandamental. Tal forma de proceder não caracteriza legislação, mas exercício da jurisdição na forma ampliada, tal como fixado pela nova Constituição. Deferiu-se ao Judiciário nova e importante missão: a de impedir que a omissão de autoridade regulamentadora vulnere direitos indefinidamente.

A ideia de ativismo judicial pode ser revelada em condutas proativas que demonstram uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. Assim, a postura ativista se apresenta com uma maior interferência do Órgão Jurisdicional no espaço de atuação dos outros dois Poderes³⁸⁰.

Luís Roberto Barroso destaca que o fenômeno da judicialização é distinto do fenômeno do ativismo judicial. A judicialização decorre do modelo constitucional que se adotou e não reflete um exercício intencional de vontade política. Desse modo, o conceito de judicialização está ligado a questões de ampla repercussão política ou social que estão sendo decididas pelo poder judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais, quais sejam o Congresso Nacional e o Poder Executivo³⁸¹.

Segundo Barroso a judicialização tem causas múltiplas, mas podemos classificá-las didaticamente em três grandes causas. A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto central a promulgação da Constituição de 1988, período no qual o judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e passou a ter um papel mais amplo, um verdadeiro papel

³⁷⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2013, p.7.

³⁷⁹ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 214.

³⁸⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

³⁸¹ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2013, p.3.

político no intuito de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive podendo desencadear um conflito com os outros poderes³⁸².

A segunda causa para a judicialização foi a constitucionalização abrangente, isto é trazer para regulação constitucional matérias que eram deixadas antes para a legislação ordinária. Assim, constitucionalizar uma matéria remete a transformação de política em direito, de forma que os direitos assegurados pela Constituição remetem à possibilidade de judicializar a exigência desses direitos³⁸³.

Já a terceira causa da judicialização, apontada por Barroso, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que é denominado de híbrido ou eclético, tendo em vista que combina dois sistemas diversos: o sistema americano (difuso e incidental) e o europeu (controle concentrado)³⁸⁴.

Nesse sentido, Vanice Regina Lírio Valle aponta que a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e a influência do sistema de controle de constitucionalidade norte-americano e europeu são fatores determinantes para a concretização do fenômeno da judicialização da política³⁸⁵. Desta forma, os referidos acontecimentos acarretaram em uma maior participação e interferência do Estado na sociedade, principalmente no que diz respeito ao poder judiciário que tem ganhado destaque frente à inércia dos demais poderes³⁸⁶.

Destarte, Luís Roberto Barroso destaca a viragem da jurisprudência quantos aos efeitos do mandado de injunção e menciona o caso que se determinou a aplicação do regime jurídico das greves do setor privado àquelas do regime público. O aludido

³⁸² *Ibidem*, p.4

³⁸³ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2013, p.3-4

³⁸⁴ *Ibidem*, p.4.

³⁸⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba:Juruá, 2012, p.33.

³⁸⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.33. Nesse mesmo sentido, Marcelo Casseb afirma que a judicialização da política reflete no fenômeno da expansão do poder judiciário, tendo em vista que este passa a apreciar matérias antes decididas pelos poderes executivo e legislativo. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro**. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, nºs 19 e 20, jul./dez.2010, p. 127.

autor conclui que nesse caso o Supremo Tribunal Federal se manifestou nos limites dos pedidos formulados, sendo o caso de judicialização e não de ativismo³⁸⁷.

Desta forma, Clarissa Tassinari assevera:

[...] pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e deságuam no aumento da litigiosidade- característica da sociedade de massas. [...]

A judicialização não decorre de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica dos Ministros, mas sim deriva do cumprimento do papel constitucional vigente³⁸⁸. Assim, na judicialização preenchidos os requisitos de cabimento de uma ação, os Ministros do Supremo Tribunal não podem se escusar em não se pronunciar ou não sobre o mérito da questão, isto é, não possuem a alternativa em conhecer ou não os pleitos formulados nas ações³⁸⁹.

5.3 FATORES DE IMPULSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

A história judiciária brasileira foi marcada, durante os últimos cinco anos, por um incremento da jurisprudência ativista, em especial no que se refere à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dentre os fatores que promoveram o ativismo judicial no Brasil, o Juiz Federal Carlos Alberto Navarro Perez³⁹⁰ reputa quatro com relevância fundamental: o modelo de Estado intervencionista, as características do

³⁸⁷ Porém, é imperioso destacar que o autor afirmou na página 9 da sua obra “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática” que o fenômeno do ativismo judicial tem uma face positiva: “o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público [...]”. Assim, melhor seria apontar que a viragem da jurisprudência quanto aos efeitos do mandado de injunção no caso da greve dos servidores públicos marcou uma postura ativista da Corte no intuito de efetivar o texto constitucional. BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2013, p.9.

³⁸⁸ *Ibidem*, p.5-6.

³⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2013, p.5.

³⁹⁰ NAVARRO PEREZ, Carlos Alberto. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo a desserviço da democracia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.20, jan./mar.2012, p.127-132.

texto da Constituição de 1988 (fluidez e ambigüidade), a ênfase do papel político do Poder Judiciário e a atuação deficiente do Poder Legislativo.

O primeiro dos fatores de propulsão do fenômeno do ativismo judicial que merece destaque é o modelo de Estado intervencionista. Desde a Carta de 1934, o constitucionalismo brasileiro vem prestigiando o modelo de Estado democrático-social, inspirado na Constituição alemã de Weimar, que sistematizou os direitos sociais de segunda geração. A Carta de 1988, (artigo 1º, caput)³⁹¹ indica o Estado Democrático de Direito como qualificação da República Federativa do Brasil com o intuito de conciliar a tradição liberal-democrática com a democratização de oportunidades e a participação cidadã³⁹².

Não pareiam dúvidas que o sistema político democrático, delineado na Constituição de 1988, não é de padrão liberal clássico, mas sim um sistema que guarda características do Estado Social (*welfare state*), tendo em vista os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil consagrados no artigo 3º da atual Carta Magna³⁹³, o elenco de direitos sociais assinalados no artigo 6º da Lei Maior³⁹⁴, além dos variados instrumentos de intervenção no domínio econômico e poderes regulatórios, em relação ao mercado, assegurados ao Poder Público³⁹⁵.

O Estado social-democrático, em contraposição com abstencionismo do Estado do liberalismo, é um Estado que promove atuações e intervenções. Esse intervencionismo Estatal guardava natureza de preceitos legislativos e se verificou, em especial, por meio das funções legislativas e administrativas. O *welfare state* se verificou na origem como um Estado legislativo, porém foi necessária a criação de

³⁹¹ Conforme redação do artigo 1º da Constituição Federal Brasileira: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

³⁹² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 269.

³⁹³ Conforme redação do artigo 3º da Constituição Federal Brasileira: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

³⁹⁴ Conforme redação do artigo 6º da Constituição Federal Brasileira: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

³⁹⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Op.cit.*, 2010, p. 269.

um aparelho administrativo mais complexo com a finalidade de integrar e dar atuação prática as referidas intervenções legislativas³⁹⁶.

Neste cenário, o professor Elival da Silva Ramos relaciona o ativismo judicial ao modelo de Estado interventor:

Ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente.

Nessa linha de raciocínio, Mauro Cappelletti destaca que a legislação do Estado do Bem Estar Social (*welfare state*) é muito diferente da legislação tradicional, uma vez que é considerada uma legislação social que cuida mais de direitos sociais do que meramente individuais. Desse modo, os direitos sociais pedem para a sua execução uma intervenção ativa do Estado, a fim de remover barreiras sociais econômicas, financiar subsídios, para, em suma, promover o cumprimento dos programas sociais³⁹⁷.

Para Mauro Cappelletti³⁹⁸, o fator determinante que leva os juízes a adotarem condutas criativas, podendo resultar em ativistas, é a notória transformação do papel do direito e do Estado na sociedade moderna do bem-estar. Nesse sentido, o aludido autor afirma que os juízes deverão aceitar a nova função do Estado, bem como a realidade da transformada concepção do direito, a fim de darem a própria contribuição à tentativa de tornar efetivos os programas sociais e fornecerem concreto conteúdo as “finalidades e princípios” estabelecidos pela nova ordem econômica do bem-estar social.

É notório o caráter criativo da atividade judiciária de interpretação, de atuação da legislação social e dos direitos sociais, sobretudo, nesse modelo de Estado Intervencionista. Nesse viés de raciocínio, Mauro Cappelletti reitera que a diferença entre um juiz que exerce uma conduta mais criativa, em relação àquele que mantém

³⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 39.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 41.

³⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 42.

um papel mais tradicional, é apenas o grau de discricionariedade na interpretação. Vale ressaltar que toda interpretação é criativa, uma vez que é inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Porém, nesse novo modelo de Estado, restou perceptível um maior espaço para mais elevado grau de discricionariedade e criatividade jurisdicional, já que, quanto mais vaga e imprecisa a lei, mais vasto se torna, da mesma forma, o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais³⁹⁹.

O segundo fator que contribuiu para o desenvolvimento do ativismo judicial no Brasil é a característica fluída e ambígua que o texto da Constituição Federal de 1988 remete. A redação constitucional da atual Carta Magna é marcada por lacunas a serem preenchidas pelo legislador ordinário e é pouco comprometida com um sentido unívoco das palavras⁴⁰⁰.

A Carta Constitucional de 1988 desenvolveu-se sob a crise de hegemonia emanada da ruptura da ditadura militar e da instauração do processo democrático no país, desse modo, como o ambiente não era marcado por uma maioria parlamentar, a aprovação das propostas legislativas dependia de um consenso para o qual o caráter fluído e ambíguo da redação constitucional mostra-se fundamental. Na medida em que a textura do texto constitucional não oferece amarras precisas à interpretação, expõe o juiz à pressão imediata a fim de assegurar programa que a Constituição esboçou sem eficácia normativa imediata⁴⁰¹.

A terceira causa que contribuiu para a impulsão do ativismo judicial no Brasil é a ênfase do papel político do Poder Judiciário. O fenômeno da politização pode ser caracterizado como o acontecimento pelo qual “o Poder Judiciário recebe atribuição das normas constitucionais para influir na determinação e na concretização da política governamental, atividades antes restritas aos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente⁴⁰²”.

³⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 42.

⁴⁰⁰ NAVARRO PEREZ, Carlos Alberto. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo a desserviço da democracia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.20, jan./mar.2012, p.129.

⁴⁰¹ NAVARRO PEREZ, Carlos Alberto. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo a desserviço da democracia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.20, jan./mar.2012, p.129.

⁴⁰² NAVARRO PEREZ, Carlos Alberto. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo a desserviço da democracia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.20, jan./mar.2012, p.129.

Desta forma, o aumento quantitativo e qualitativo do controle judicial acarreta em um aumento da possibilidade do poder judiciário desvirtuar suas funções. Nesse sentido Mauro Cappelletti assevera: “Certamente, o surgimento de um dinâmico terceiro gigante, como guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã, constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso”⁴⁰³.

6. ATIVISMO JUDICIAL E O MANDADO DE INJUNÇÃO

Como visto, a Constituição Federal de 1988 é caracterizada por ser uma Constituição dirigente, em razão de fixar os valores a serem observados pelo Estado, consolidando o Estado Democrático de Direito. Porém, existem algumas normas constitucionais que necessitam de regulamentação para alcançarem seus objetivos.

Assim, o mandado de injunção se apresenta como uma ação que visa assegurar a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais previstas no artigo 5º, §1º, da Lei Maior. Nesse contexto, os Ministros da Corte estão adotando posturas ativistas com o intuito de alcançar uma maior efetividade ao *writ* mencionado, e conseqüente, uma maior efetivação de direitos e garantias constitucionais.

⁴⁰³ 403 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 49.

O Ministro Celso de Mello no julgamento dos mandados de injunção que buscavam o reconhecimento do direito de greve para os servidores públicos asseverou que a Corte foi provocada a se manifestar sobre o tema. Deste modo, como exposto alhures, a Corte reconheceu a falta de regulamentação da norma constitucional e decidiu aplicar temporariamente a lei de greve do setor privado ao regime público. Assim, naquele julgamento o Ministro Celso de Mello afirmou⁴⁰⁴:

“O que fez o Supremo Tribunal? Legislou? Não. Editou algum provimento normativo em substituição a uma lei já aprovada pelo Congresso Nacional? Não. O STF exerceu primeiro uma competência que a Constituição lhe deu, qual seja a de julgar mandados de injunção impetrados contra omissões do Congresso Nacional”.

Assim, para realizar um estudo sobre os limites e repercussões do ativismo judicial da Suprema Corte em sede de mandado de injunção, faz-se mister uma análise dos argumentos levantados pelos Ministros ao proferirem seus respectivos votos nos julgamentos dos *writs* examinados no capítulo 6. Isto é, o objetivo desse capítulo é averiguar as principais balizas levantadas pelos Ministros em face da adoção da Tese Concretista, quais sejam o princípio da separação dos poderes, a segurança jurídica e a defesa do princípio democrático.

Nesse raciocínio, com relação ao princípio da separação de Poderes é imperioso destacar, de logo, que constitui cláusula pétrea da Constituição, prevista nos artigos 2º⁴⁰⁵ e 60, §4º, III⁴⁰⁶ da CF.

De acordo com o Ministro Moreira Alves, no julgamento do MI 107 QO, com seu perfil autorrestritivo⁴⁰⁷, defendia que o princípio da separação de poderes seria um obstáculo às sentenças proferidas em sede de MI nas quais o poder judiciário fixasse uma norma que permitisse o imediato exercício do direito pleiteado. Assim, ele não defendia a aplicação de efeitos *erga omnes* ao *writ*, tendo em vista que o

⁴⁰⁴ MELLO, Celso de. Suprema Corte Brasileira e o exercício das suas atribuições constitucionais. **Notícias do Supremo Tribunal Federal**. 15 Nov./2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=16572>>

⁴⁰⁵ Segundo a redação do artigo 2º da Constituição Federal: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

⁴⁰⁶ Segundo a redação do artigo 60, §4º, III, da Constituição Federal: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III - a separação dos Poderes”.

⁴⁰⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 545.

poder judiciário não poderia estender a sentença do mandado de injunção a casos análogos⁴⁰⁸.

Segundo o raciocínio do Ministro Moreira Alves, o Poder Judiciário somente tem iniciativa legislativa nas hipóteses expressamente estabelecidas pela Constituição ou que fossem imprescindíveis para o seu próprio funcionamento. Assevera ainda, que as decisões políticas, resultante dos textos legais, subordinam-se ao sistema de freios e contra-freios, no qual somente participaria os Poderes Legislativo e Executivo, pois são os eleitos diretamente pelo povo⁴⁰⁹.

Desse modo, conclui que o mandado de injunção não se amoldaria a nenhum desses casos, tendo em vista que se o instrumento apresentasse tanto uma regulamentação constitucional com eficácia *inter partes*, como uma regulamentação com eficácia *erga omnes*⁴¹⁰, o poder Judiciário, ao estabelecer o imediato exercício do direito constitucional, exerceria uma função que não foi fixada sequer no âmbito da ADI por omissão, em razão a proteção do princípio da separação dos poderes⁴¹¹.

⁴⁰⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 107/DF. Relator Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça da União, 21 nov.1990, p. 39-41.

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 107-3/DF. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 40-41.

⁴¹⁰ ESTEVES, Bruna de Bem. **O que mudou no entendimento do STF a respeito dos efeitos do mandado de injunção?** Uma análise dos casos de aposentadoria especial e greve dos servidores públicos frente ao estabelecido no MI 107 QO. 2009. Monografia. Escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), p. 23.

⁴¹¹ Nesse sentido, o Ministro Moreira Alves para corroborar o fundamento do seu voto, páginas 39-41 do MI 107 QO, transcreveu alguns parágrafos da obra *Projetos de Constituição*, no que se refere à ADIN por omissão: “De fato, como se vê na obra *Projetos de Constituição (Quadro Comparativo)* editada pelo Senado Federal, a pág. 199, o §2º do artigo 103 da Constituição Federal resultou da fusão de dois parágrafos que vieram dos Projetos aprovados nas Comissões Temáticas, e que tinham o teor seguinte:

“§2º- Declarada a inconstitucionalidade, por omissão, de medida para tornar efetiva norma constitucional, será assinado prazo ao órgão do poder competente, para a adoção das providências necessárias, sob pena de responsabilidade e suprimimento pelo Supremo Tribunal Federal.

§3º- Decorrido o prazo aludido no parágrafo anterior sem que seja sanada a omissão, poderá o Supremo Tribunal Federal editar resolução, a qual, com força de lei, vigorará supletivamente”.

Esses dois parágrafos foram mantidos, *ipsis litteris*, no Primeiro Substitutivo da Comissão de Sistematização. Todavia, no Segundo Substitutivo dessa mesma Comissão, foram eles fundidos num único parágrafo, em que se retirou a possibilidade de suprimimento da regulamentação pelo Supremo Tribunal Federal, deixando-lhe, apenas, a possibilidade de assinar o prazo ao órgão do Poder competente omisso:

“§2º- Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será assinado prazo ao órgão do Poder competente para a adoção das providências necessárias”.

E, no Projeto Final dessa Comissão de Sistematização, é que surgiu a redação que foi acolhida no texto constitucional vigente:

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

Porém, essa linha defendida pelo Ministro Moreira Alves é merecedora de críticas, tendo em vista que o mandado de injunção é uma ação que se inscreve no sistema de freios e contrapesos com o intuito de efetivar direitos constitucionais não regulamentados, em razão da omissão intencional do Poder Legislativo⁴¹². Assim, o pensamento defendido no presente trabalho é que, em razão da inércia legislativa, o judiciário deve agir e esse fenômeno não representaria uma afronta ao princípio da separação dos poderes, ao revés, tem o condão de efetivar direitos e garantia constitucionais.

Deve-se atentar que o mandado de injunção exige uma espécie de compartilhamento da função legislativa entre o Poder Legislativo, o seu legítimo detentor, e Poder Judiciário que seria, a princípio, um órgão encarregado de aplicar a lei. Em situações excepcionais, como aquelas que são hipóteses de impetração do mandado de injunção, é possível que os dois poderes desempenhem, ainda que parcialmente, funções legislativas. Se o Poder Judiciário não tiver essa percepção, o instituto não alcançará a eficácia pretendida originariamente pelo legislador constituinte⁴¹³.

Essa linha de raciocínio implicará em necessária mudança em relação à tradicional tripartição de poderes. O Supremo Tribunal Federal tem que ter a capacidade de verificar que a própria Constituição lhe exige um abandono da posição tradicional de mero aplicador da lei, pois permanecer com o posicionamento perfilhado no Mandado de Injunção nº 107/QO acarretará na ineficácia e esvaziamento do instituto.⁴¹⁴

Conforme os ensinamentos de José Afonso da Silva⁴¹⁵, a Constituição Federal se refere a Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário como expressões com duplo sentido, tendo em vista que se referem, ao mesmo tempo, às funções

⁴¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Relator Ministro Eros Grau. Voto do Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 530-531.

⁴¹³ PIRES ROSA, André Vicente. Mandado de injunção sob a perspectiva do projeto de lei n. 6.128, de 2009. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105.

⁴¹⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁴¹⁵ O presente trabalho não tem como objeto de estudo as discussões doutrinárias acerca do princípio da separação de poderes, mas realizar uma análise de como esse princípio foi utilizado como argumento pelos Ministros, na evolução jurisprudencial dos efeitos do MI, para defender ou não uma postura ativista da Corte.

legislativas, executiva e jurisdicional, bem como indicam os respectivos órgãos que as exercem⁴¹⁶.

Neste diapasão, o aludido autor destaca que o poder político exercido pelo Estado possui três características fundamentais, quais sejam, unidade, indivisibilidade e indelegabilidade, que decorrem da origem desse poder ser uma representação da multiplicidade de grupos sociais diferenciados. Assim, como o poder é uno e indivisível, não seria correto falar em divisão de poderes, mas sim em separação das funções do Estado, através de órgãos distintos⁴¹⁷.

Importante destacar, ainda, que o princípio de separação dos poderes atribui funções predominantes e não exclusivas a cada órgão. As funções predominantes são denominadas de “típicas” e as outras que não são exercidas prioritariamente pelo órgão em questão são denominadas de “atípicas”. O Poder Legislativo apresenta a função legislativa como preponderante, o Poder Executivo a função executiva e o Judiciário a função jurisdicional⁴¹⁸.

Nesse contexto, para garantir a independência e a harmonia entre os Poderes é necessário a divisão das funções em típicas e atípicas, conforme a explicação de Luiz Alberto Araújo e Vidal Serrano Júnior⁴¹⁹:

Com efeito, caso não fosse possível certa flexibilização nessa divisão de funções, o Poder Legislativo, para, por exemplo, contratar servidores, deveria reportar-se ao Poder Executivo, dado que sua função seria exclusivamente a edição de atos normativos de caráter geral e abstrato.

É imperioso ressaltar que existe uma interferência de um Poder com o outro, consolidando um sistema de “freios e contrapesos”⁴²⁰, com vistas a evitar o

⁴¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.106.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p.106-108. Nessa mesma linha de raciocínio, o doutrinador Savonitti Miranda assevera que a tripartição do Poder tem o intuito de limitar a atuação estatal. Assim, não seria apropriado afirmar que existem três poderes estatais, mas que existem três funções do Estado que devem atuar de modo harmônico e coordenado em prol de um fim em comum. MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Constitucional**. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 529-530.

⁴¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. Salvador: Podivm, 2004, p. 974.

⁴¹⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 352.

⁴²⁰ A título exemplificativo do sistema de “freios e contrapesos”, José Afonso explica que o Poder Executivo pode interferir no Poder Legislativo através de iniciativa de leis e pela possibilidade de veto ou sanção aos projetos de lei (artigo 66, §1º da Constituição Federal). Já o Poder Legislativo pode, com fulcro no artigo 49, inciso V da Constituição Federal, “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”, além da disciplina do artigo 52, incisos I e II da Constituição Federal que permite ao Senado a atribuição de processar e julgar o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal por crime

monopólio do poder em um só órgão ou em uma só pessoa, garantindo o equilíbrio e harmonia da atividade Estatal⁴²¹. Desse modo, a independência e a divisão das funções entre os órgãos do poder não são absolutas, ocorrendo um controle de um Poder sobre o outro que são necessários à realização dos interesses da coletividade⁴²².

Na hipótese do mandado de injunção, o Poder Judiciário realiza o controle de uma inatividade em relação aos outros poderes. Porém, não há que se falar em sobreposição, mas sim em uma verdadeira aplicação do princípio de freios e contrapesos. De modo que é função do Estado promover a aplicação e efetivação das normas constitucionais, ou seja, é um função de cada um dos poderes constituídos essa função, sendo que a nenhum deles é permitido descumprir esse dever⁴²³.

Assim, se algum dos poderes não desempenhar de modo satisfatório o desiderato almejado pela Constituição, é plausível que os outros exerçam controle sobre este descumprimento, desde que o sistema constitucional em vigor autorize. O papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, no mandado de injunção, deve ser entendido dentro do sistema de controles recíprocos, de modo que o Tribunal irá fornecer os parâmetros regulamentadores necessários para a viabilização do exercício do direito constitucional pleiteado⁴²⁴.

No que concerne à separação e harmonia dos poderes, a autora Anna Cândida da Cunha Ferraz⁴²⁵ asseverou:

“(...) A flexibilização da regra-parâmetro, fato indisputável no direito constitucional contemporâneo, encontra, pois, limites na idéia-fim do princípio: limitação do poder. De um lado, a interferência de um poder sobre o outro somente será admissível, em tese, quando vise a realizar a idéia-fim, seja para impedir abusos de poder, seja para propiciar real harmonia no

de responsabilidade. Ademais, ainda como exemplo do mecanismo dos freios e contrapesos, a possibilidade do Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de leis, não as aplicando no caso em questão, seja pelo controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.110-111.

⁴²¹ Nessa mesma linha de raciocínio, Manoel Gonçalves Ferreira Filho salienta que o sistema de “freios e contrapesos” (*cheks and balances*) está intimamente relacionado com o princípio da harmonia dos três poderes, já que, não obstante cada poder tenha sua função precípua e própria, cada um deles exerce controle sobre o outro, sem sobrepor-se. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 119.

⁴²² SILVA, José Afonso da. *Op.cit.*, 2012, p.110.

⁴²³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 108.

⁴²⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁴²⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 14.

relacionamento entre os poderes, seja ainda para garantir as liberdades e assegurar o pleno exercício das funções próprias. A interferência jamais poderá, ainda que de modo disfarçado, ter por objetivo a dominação de um poder sobre outro poder”.

No cenário atual, o deputado federal Nazareno Fonteles (PT-PI) propôs a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 33/2011 com o objetivo de restringir a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), discutindo os limites de atuação da mais alta corte Judiciária brasileira. A PEC 33 é questionada por muitos juristas por ofender o princípio da separação dos poderes, já que ela modifica a forma que se estabelecem as relações entre os três poderes da República Federativa do Brasil⁴²⁶.

A PEC 33 pretende modificar a quantidade mínima de votos dos integrantes da Cúpula do Poder Judiciário brasileiro para declaração de inconstitucionalidade de leis, condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Tribunal à aprovação pelo Poder Legislativo, além de submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Lei Maior. Deste modo, a aludida PEC decorre das atuais discussões sobre o ativismo judicial, de uma possível usurpação de funções do Supremo Tribunal Federal e a crise do Poder Legislativo⁴²⁷.

6.1 MANDADO DE INJUNÇÃO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Vale a pena reiterar que o presente trabalho monográfico não tem como objetivo esgotar o estudo doutrinário acerca do princípio da separação dos poderes, mas sim realizar uma breve exposição a fim de explanar o entendimento dos votos dos Ministros em sede de mandado de injunção, bem como entender o possível conflito do princípio em tela frente ao ativismo judicial.

Destarte, os Ministros do Supremo Tribunal utilizaram seis principais raciocínios nos julgamentos dos mandados de injunção analisados anteriormente com o intuito de afastar o argumento da separação dos Poderes. Os seis principais raciocínios podem ser elencados em função normativa, a Constituição institui mandado de

⁴²⁶ TIBÚRCIO, Henrique. PEC 33 afronta a Constituição. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25549/artigo-pec-33-afronta-a-constituicao>>. Acesso em: 30 maio 2013, p. 1.

⁴²⁷ TIBÚRCIO, Henrique. PEC 33 afronta a Constituição. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25549/artigo-pec-33-afronta-a-constituicao>>. Acesso em: 30 maio 2013, p. 1.

injunção, “solução constitucionalmente obrigatória”⁴²⁸, “vontade hipotética do legislador”⁴²⁹, disciplina provisória e solução para o caso concreto (efeito *inter partes*)⁴³⁰.

O Ministro Eros Grau, no julgamento do MI nº 721, com o objetivo de afastar o obstáculo do princípio da separação dos poderes, defendeu que quando o Tribunal proferisse uma sentença definindo a norma que possibilitaria o exercício do direito não regulamentado, os Ministros estariam desempenhando uma função normativa e não uma função legislativa⁴³¹.

Deste modo, o Ministro Eros Grau asseverou que a função normativa era decorrente da classificação institucional, baseada em um critério subjetivo, remetendo a classificação das funções em legislativa, executiva e jurisdicional. Já a função legislativa deriva de uma outra classificação baseada em um critério material e contém as funções normativa (produção de normas jurídicas), administrativa (de execução das normas jurídicas) e jurisdicional (de aplicação das normas jurídicas)⁴³².

Como visto *a priori*⁴³³, o referido Ministro entende que a função legislativa seria maior e menor que a normativa: maior, pois abrangeria a elaboração de atos administrativos sob forma de leis, ao mesmo tempo, menor porque somente abrangeria normas jurídicas contidas em lei, excluindo, dessa forma, regimentos publicados pelo Judiciário e regulamentos expedidos pelo Executivo. Assim, a função normativa englobaria as funções legislativa, regimental e regulamentar⁴³⁴.

⁴²⁸ Termo utilizado por Rui Medeiros na sua obra *A Decisão de Inconstitucionalidade*. MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 504.

⁴²⁹ Termo utilizado por Rui Medeiros na sua obra *A Decisão de Inconstitucionalidade*. MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 501.

⁴³⁰ ESTEVES, Bruna de Bem. **O que mudou no entendimento do STF a respeito dos efeitos do mandado de injunção?** Uma análise dos casos de aposentadoria especial e greve dos servidores públicos frente ao estabelecido no MI 107 QO. 2009. Monografia. Escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), p. 45-51.

⁴³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 24-28.

⁴³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 24-25.

⁴³³ Páginas 64-66 do presente trabalho monográfico expõe com maior detalhes o julgamento do MI nº 721/STF.

⁴³⁴ ESTEVES, Bruna de Bem. **O que mudou no entendimento do STF a respeito dos efeitos do mandado de injunção?** Uma análise dos casos de aposentadoria especial e greve dos servidores

Nessa linha de raciocínio, o Ministro Eros Grau realizou a diferença entre funções legislativa e normativa com o intuito de afirmar que a formulação supletiva, pelo Poder Judiciário, de norma regulamentadora reclamada não constitui indevida interferência na função legislativa, ao revés, trata-se de uma atividade normativa estabelecida pela Constituição ao Judiciário⁴³⁵.

Deste modo, a função regimental não é a única atribuída ao Poder Judiciário, pois também incumbe a esse Poder, dentro da função normativa, formular a norma regulamentadora, de modo supletivo, nas hipóteses de concessão do mandado de injunção⁴³⁶.

No que diz respeito, ainda, ao julgamento do MI nº 721, o Ministro Eros Grau, com vistas a afastar o argumento da separação dos Poderes, utilizou o argumento de que a própria Constituição instituiu o mandado de injunção e, portanto, não haveria afronta ao aludido princípio. Segundo a redação do Ministro: “(...) não há que se falar em agressão à “separação dos poderes”, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção (...)”⁴³⁷.

Porém, embora a Carta Magna tenha instituído o mandado de injunção, não existe uma previsão expressa em relação às medidas que o Poder Judiciário deve adotar quando o *writ* for julgado procedente, de modo que a não agressão ao princípio da separação dos Poderes não é uma decorrência direta do dispositivo constitucional que regula o mandado de injunção⁴³⁸.

No julgamento do MI nº 712, o Ministro Gilmar Mendes utilizou o termo “solução constitucionalmente obrigatória”, identificado por Rui Medeiros⁴³⁹, para corroborar com a ideia de que o Supremo Tribunal Federal não estaria agindo como legislador ao fixar a norma regulamentadora para a greve dos servidores públicos, tendo em

públicos frente ao estabelecido no MI 107 QO. 2009. Monografia. Escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), p. 47.

⁴³⁵ *Ibidem, loc.cit.*

⁴³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 27.

⁴³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 29.

⁴³⁸ ESTEVES, Bruna de Bem. **O que mudou no entendimento do STF a respeito dos efeitos do mandado de injunção?** Uma análise dos casos de aposentadoria especial e greve dos servidores públicos frente ao estabelecido no MI 107 QO. 2009. Monografia. Escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), p. 48.

⁴³⁹ MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade:** os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 504.

vista a edição de norma, nesse caso, não constituiria uma possibilidade para o Poder Legislativo, mas sim um dever a ser cumprido por esse Poder⁴⁴⁰.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes⁴⁴¹:

Identifica-se, pois, aqui a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo, tão-somente dispor sobre a adequada configuração de sua disciplina.

Assim, no que tangem, especialmente, as omissões legislativas parciais, a partir da experiência do direito alemão sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade⁴⁴² e das sentenças aditivas do direito italiano, no caso de direito de greve dos servidores, depreende-se uma hipótese que reclama uma solução diferente frente à omissão inconstitucional⁴⁴³.

Deste modo, a conduta omissa do Poder Legislativo pode e deve ser apreciada pelo Poder Judiciário de modo a garantir, minimamente, os direitos garantidos pela Lei Maior⁴⁴⁴. O Poder Legislativo tem a obrigação de criar a regulamentação para a norma constitucional de eficácia limitada em todos os mandados de injunção conhecidos pelo Tribunal, porém, não é possível extrair, dessa obrigatoriedade, as medidas que o Judiciário deveria adotar quando julgar o instituto de forma procedente⁴⁴⁵.

O Ministro Gilmar Mendes, ainda no julgamento do MI nº 712, aplicou no seu voto o termo utilizado por Rui Medeiros, qual seja a “vontade hipotética do legislador,” com o objetivo de corroborar com o seu entendimento de que a Corte não estaria legislando ao admitir a aplicação da lei que regula a greve no âmbito privado para os servidores públicos, tendo em vista que estaria utilizando um texto editado pelo

⁴⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Relator. Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 436.

⁴⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Relator. Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 436.

⁴⁴². Desse modo, o Ministro Gilmar Mendes entende que a Constituição de 1988, no que se refere à inconstitucionalidade em virtude da omissão do legislador e ao mandado de injunção, abriu a possibilidade de utilização da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

⁴⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Relator. Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 436.

⁴⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Relator. Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 436.

⁴⁴⁵ ESTEVES, Bruna de Bem. **O que mudou no entendimento do STF a respeito dos efeitos do mandado de injunção?** Uma análise dos casos de aposentadoria especial e greve dos servidores públicos frente ao estabelecido no MI 107 QO. 2009. Monografia. Escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), p. 49.

próprio Poder Legislativo, deste jeito, a regulamentação pela Lei se pautaria na vontade hipotética do legislador⁴⁴⁶.

Nesse mesmo sentido, o Ministro Carlos Britto entende que, no caso da greve dos servidores públicos, não há usurpação da função legislativa, pois se tinha como parâmetro uma Lei editada pelo próprio Poder Legislativo. O aludido Ministro afirmou que o defeito que se imputava as decisões judiciais em matéria de julgamento de mandado de injunção era a carência de eficácia. Assim, a utilização da lei já existente consiste em um avanço jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal com a finalidade de garantir a efetividade da Constituição⁴⁴⁷.

No julgamento do MI nº 708, o Ministro Carlos Britto trouxe o raciocínio da disciplina provisória a fim de afastar o argumento do princípio da separação dos poderes. Desse modo, defendeu que a utilização da Lei que regula a greve no setor privado para os servidores públicos é uma regulamentação provisória por parte do Poder Judiciário, tendo em vista que duraria até que o Poder Legislativo editasse a norma regulamentadora faltante⁴⁴⁸.

Nas palavras do Ministro Carlos Britto, no julgamento do MI nº 712⁴⁴⁹:

(...) Entendo que não há usurpação da função legislativa, não há normatividade supletiva, porque o espaço de normatividade abstrata, o próprio do Congresso Nacional, remanesce à espera do Congresso Nacional, que pode modificar essa lei a que estamos fazendo remissão.

Desta forma, como o Poder Legislativo ainda pode editar lei sobre o tema, além de poder modificar a regulamentação estabelecida pelo Poder Judiciário, o Ministro Carlos Britto defende que a disciplina provisória, desempenhada pelo Poder Judiciário, não acarreta em ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

O último principal argumento levantado pelos Ministros, em sede de julgamento de injunção, a fim de afastar o princípio da separação dos poderes foi o raciocínio da solução para o caso concreto (efeito *inter partes*). Nesse sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que se o Tribunal proferir sentença viabilizando o exercício do

⁴⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Relator. Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 434-438.

⁴⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Relator. Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 460.

⁴⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 708/DF. Reator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013, p. 341.

⁴⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 462.

direito constitucional pleiteado, com eficácia *inter partes*, não há que se falar em interferência na esfera de competência do Poder Legislativo. Ou seja, o Poder Judiciário somente atuaria como legislador se proferisse sentença com eficácia *erga omnes*, com caráter abstrato e geral⁴⁵⁰.

Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do MI nº 712⁴⁵¹:

“(...) Ademais, ao emprestar-se eficácia *erga omnes* à tal decisão, como se pretende, penso que esta Suprema Corte estaria intrometendo-se, de forma indevida, na esfera de competência que a Carta Magna reserva com exclusividade aos representantes da soberania popular, eleitos pelo sufrágio universal, direto e secreto⁴⁵².”

O Ministro Carlos Britto, no julgamento do MI nº 712 que tratava sobre a greve dos servidores públicos, sustentou que o Poder Judiciário não legislaria ao proferir decisão para o caso concreto, tendo em vista que diante da inércia legislativa, o juiz fica autorizado a produzir uma norma individual, particular e concreta⁴⁵³.

Nessa mesma linha de raciocínio, o Ministro Marco Aurélio, no julgamento do MI nº 721, defendeu que o Poder Judiciário não fixa preceito abstrato, característico da atividade do Poder Legislativo, mas viabiliza o exercício do direito constitucional diante do caso concreto⁴⁵⁴.

Deste modo, o posicionamento defendido no presente trabalho é no sentido de que a decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de mandado de injunção, com eficácia *erga omnes* não seria aquela que possibilitaria uma maior efetividade ao instituto e, conseqüentemente, aos direitos e garantias constitucionais. Para corroborar esse posicionamento, faz-se mister tecer alguns comentários ao Projeto

⁴⁵⁰ ESTEVES, Bruna de Bem. **O que mudou no entendimento do STF a respeito dos efeitos do mandado de injunção?** Uma análise dos casos de aposentadoria especial e greve dos servidores públicos frente ao estabelecido no MI 107 QO. 2009. Monografia. Escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), p. 51.

⁴⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 479, p.483.

⁴⁵² Para fundamentar o seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski citou a obra “As Lacunas no Direito”, da jurista Maria Helena Diniz, na qual a autora realiza as diferenças entre as atividades do legislador e do magistrado. Deste modo, o legislador, ao criar uma norma jurídica geral, estabelece como parâmetros os aspectos gerais da realidade, já o magistrado, quando sentencia, cria norma jurídica individual, incidente sobre um determinado caso concreto. DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.286.

⁴⁵³ . Dessa forma, conforme assevera o Ministro Carlos Britto, diante da inércia do Poder Legislativo, o magistrado fica autorizado a produzir norma individual, isto é uma sentença, “(...) uma decisão naquela linha Kelseniana: toda decisão judicial é uma norma, não geral, não impessoal, não abstrata, mas individual, particular e concreta”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013, p. 530-531.

⁴⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007, p. 9.

de Lei nº 6.128/2009 que está tramitando no Congresso Nacional, a fim de criar a lei regulamentadora do *writ*⁴⁵⁵.

Em 2009, o Deputado Flávio Dino encaminhou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.128, cujo teor estabelece a regulação do mandado de injunção. O texto do mencionado projeto decorreu dos trabalhos desenvolvidos por representantes do Poder Judiciário que estavam presentes no “II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo”, apresentado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Teori Albino Zavascki, conjuntamente com Gilmar Ferreira Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal⁴⁵⁶.

O mencionado Projeto de Lei sintetiza as recentes modificações operadas pela Corte Constitucional em matéria de injunção, isto é, positiva aquilo que já vinha sendo feito pelo STF a partir dos julgamentos dos mandados de injunção que marcaram a viragem jurisprudencial. O artigo 9º, do Projeto de Lei em questão, versa sobre a eficácia das decisões do instituto⁴⁵⁷. De acordo com seu teor:

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

§1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração.

§2º Transitada em julgado a decisão, os seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

(...)

O caput do artigo 9º consagra, em princípio, a tese concretista individual, conferindo eficácia *inter partes* à decisão injuncional, a qual produz efeitos até a eventual promulgação da norma regulamentadora. Contudo, o parágrafo primeiro estabelece uma regra de exceção, pois poderá ser estendida a eficácia para além das partes (efeitos *erga omnes*), nas hipóteses em que tal eficácia seja condição para o pleno

⁴⁵⁵ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma reflexão histórica sobre o mandado de injunção e a eficácia subjetiva das decisões. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 88-89.

⁴⁵⁶ MARÇAL, Taísa Passoni. O mandado de injunção, suas características, a necessidade de regulamentação e o projeto de lei 6.128/2009. Instituto Brasiliense de Direito Público. Vol. 1, No 1 (1): XII Curso de formação em Teoria Geral do Direito Público <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/702/480>, p. 11.

⁴⁵⁷ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma reflexão histórica sobre o mandado de injunção e a eficácia subjetiva das decisões. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 91.

exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas que se visa alcançar com o instituto⁴⁵⁸.

A crítica que se faz, em relação ao aludido artigo 9º do Projeto de Lei nº 6.128, é no sentido de que se instituiu uma cláusula de abertura para que os Ministros do Tribunal atribuam efeitos *erga omnes* à ação injuncional nas situações descritas no parágrafo primeiro. Porém, quase todas as questões constitucionais apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de injunção, se enquadram na hipótese de incidência do artigo 9º, §1º, já que esta hipótese legal se confunde com a própria premissa de impetração da injunção⁴⁵⁹.

Desse modo, como a própria razão para propor o mandado de injunção é a existência de um óbice ao pleno exercício e fruição dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, caso a ação não atenda esse requisito, o autor carecerá de interesse processual. Ou seja, a própria razão para propor a ação injuncional, cujos efeitos se restringem ao caso concreto, se identifica com a norma preconizada no artigo 9º, §1º do Projeto de Lei nº 6.128, que autoriza a extensão dos efeitos da decisão⁴⁶⁰.

Assim, a ilação que se depreende do raciocínio exposto é que o Supremo Tribunal Federal poderá, em todo e qualquer caso, proferir decisão, em sede de mandado de injunção, conferindo eficácia *erga omnes* ao instituto⁴⁶¹. Porém, como consequência acarretará uma fragilização da ação injuncional, já que o legislador constituinte originário fixou-lhe natureza de garantia constitucional subjetiva. Em outras palavras, seria transformar uma ação destinada à tutela subjetiva de direitos em um procedimento voltado à proteção da ordem constitucional objetiva, isto é, equipararia

⁴⁵⁸ MARÇAL, Taísa Passoni. O mandado de injunção, suas características, a necessidade de regulamentação e o projeto de lei 6.128/2009. Instituto Brasiliense de Direito Público. Vol. 1, No 1 (1): XII Curso de formação em Teoria Geral do Direito Público <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/702/480>, p. 12.

⁴⁵⁹ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma reflexão histórica sobre o mandado de injunção e a eficácia subjetiva das decisões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 91.

⁴⁶⁰ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma reflexão histórica sobre o mandado de injunção e a eficácia subjetiva das decisões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 91.

⁴⁶¹ Caso o Projeto de Lei nº 6.128 seja aprovado pelo congresso Nacional, haverá disposição normativa expressa autorizando a eficácia *erga omnes* ao instituto.

o MI com a ADO, com algumas diferenças⁴⁶², voltando-se a antiga discussão levantada no MI 107-3 QO/DF⁴⁶³.

Nessa linha de raciocínio, as decisões proferidas nos MIs nº 670, 708 e 712 retratam uma regulação do direito de greve em uma dimensão mais ampla, com eficácia *erga omnes*, de modo que se abstraiu as particularidades do caso concreto. Restou claro na visão de Flávia Piovesan e Maria Cecília Cury, que nesses casos, os efeitos do mandado de injunção não diferem substancialmente da ADO, prevista no artigo 103, §2º, da Constituição Federal⁴⁶⁴.

Assim, não parece razoável atribuir efeitos *erga omnes* ao MI, correndo o risco de consolidar legalmente o desvirtuamento da natureza subjetiva do mandado de injunção, tendo em vista já existir um instrumento de controle concentrado visando tutelar a ordem jurídica em geral⁴⁶⁵.

Não se pode olvidar que o mandado de injunção é um instrumento típico do controle concreto de constitucionalidade, na medida em que apresenta como finalidade a garantia de direitos e liberdades constitucionais do caso em análise “e, portanto, torna-se um mecanismo ideal para a conformação de um ativismo judicial adequado aos anseios de nossa democracia⁴⁶⁶”.

Neste diapasão, com fundamento no artigo 5º, LXXI, §1º da CFRB, pode-se inferir que o problema não é o Supremo Tribunal Federal efetivar direitos constitucionais por intermédio do *writ* em apreço, mesmo que para atingir tal finalidade tivesse de regular especificamente a matéria em conformidade com as particularidades do

⁴⁶² O jurista Roberto Augusto Pfeiffer esclarece que a ação de inconstitucionalidade por omissão pode ser utilizada em qualquer hipótese em que não haja a obediência ao dever de regulamentação, já o mandado de injunção somente pode ser impetrado nas hipóteses em que a omissão inconstitucional implicar na impossibilidade do pleno exercício de um direito subjetivo. Isto é, as hipóteses em que pode ser utilizada a ADO são mais amplas do que aquelas que admitem a impetração do mandado de injunção. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 103.

⁴⁶³ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma reflexão histórica sobre o mandado de injunção e a eficácia subjetiva das decisões. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92.

⁴⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da decisão em mandado de injunção. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 446.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁴⁶⁶ BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 277.

caso. O problema seria o Tribunal acreditar que a decisão injuncional, em sede de controle concreto, acarretaria naturalmente efeitos abstratos, *erga omnes*, gerais⁴⁶⁷.

Desta forma, Juliano Benvindo salienta que garantir naturalmente eficácia *erga omnes* ao instituto pode ocasionar uma abstração e enfraquecimento do sistema difuso de constitucionalidade, além de prejudicar a observância dos aspectos particulares que emanam do caso concreto⁴⁶⁸.

Corroborando com o posicionamento defendido no presente trabalho, o jurisconsulto Jorge Hage sustenta que por mais que a tese concretista geral pareça ser útil no ponto de vista prático, esta não se coaduna com a original vocação do instituto do mandado de injunção quando concebido na Assembleia Constituinte. É imperioso salientar que a ADO possui legitimação ativa prefixada em *numerus clausus*, razão pela qual consistiria em uma burla ao sistema obter o mesmo resultado (*efeitos erga omnes*) através da ação injuncional que possui legitimação ampla⁴⁶⁹.

Segundo os ensinamentos de Elival da Silva Ramos⁴⁷⁰:

Muito embora, pessoalmente, entenda que a melhor interpretação do inciso LXXI, do artigo 5º, da Constituição Federal, seja aquela que prevaleceu no julgamento do MI 721-7, reconheço que a variante exegética que vem de ser assumida pelo STF, na apreciação das três injunções sobre o direito de greve dos servidores públicos, não se descola da textualidade do dispositivo e encontra amparo no elemento sistemático (o princípio da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais- art. 5º, §1º, da CF), não podendo, portanto, ser refutada por incidir em ativismo judicial, muito embora se revele menos favorável ao princípio da separação dos Poderes do que a diretriz concretista-subjetiva restrita.

Desta forma, o douto Elival da Silva Ramos, assenta que, no julgamento das injunções que tratam da greve dos servidores públicos, restou verificado uma fonte de poderes normativo atípicos do Supremo Tribunal Federal, constituindo um reforço aos fatores de impulsão ao ativismo judicial, de maneira que ocorreria em grau bem

⁴⁶⁷ *ibidem*, p. 272.

⁴⁶⁸ BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 273-274.

⁴⁶⁹ HAGE, Jorge. O PL que regulamenta o mandado de injunção: uma iniciativa mais que oportuna. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147.

⁴⁷⁰ RAMOS, Elival da Silva. Mandado de injunção e separação dos poderes. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 247.

menor esses efeitos, se o Tribunal houvesse restringido a eficácia do instituto nos limites subjetivos da lide⁴⁷¹.

Assim, Marcelo Continentino sugere que fosse suprimida a disposição do artigo 9º, §1º do Projeto de Lei 6.128, a fim de cumprir a fiel índole do mandado de injunção. Isto porque, o artigo 9º, §2º do Projeto de Lei 6.128 já prevê a possibilidade de um tratamento isonômico e geral à decisão do mandado de injunção quando transitada em julgado, ocasião em que o relator, por decisão monocrática, estenderá os seus efeitos aos casos análogos⁴⁷².

É necessário certo tempo para que o Tribunal amadureça o seu posicionamento em relação ao entendimento de determinada questão, razão pela qual se defende no presente trabalho que à medida que novos e semelhantes casos cheguem a apreciação do Supremo Tribunal Federal, a Corte estará em condições de propor uma decisão com eficácia *erga omnes* e geral, socorrendo-se das súmulas vinculantes para tanto⁴⁷³.

Interessante a ressalva que o jurista Marcelo Continentino realizou ao afirmar que o substitutivo do Deputado Antonio Carlos Biscaia ao Projeto de Lei nº 6.002/90 (ao qual se apensou o Projeto de Lei nº 6.128/2009) mostra-se mais condizente com a natureza subjetiva do mandado de injunção, quando comparado com o artigo 9º, §1º do Projeto de Lei nº 6.128/2009⁴⁷⁴.

Isto porque o artigo 11º do substitutivo ao Projeto de Lei nº 6.002/90 dispõe que a decisão injuncional proferida pela Corte deve, além de declarar a omissão inconstitucional e comunicar o órgão responsável, deverá suprir, com efeitos *inter partes*, a ausência da norma regulamentadora e supletivamente estabelecerá as

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 248.

⁴⁷² CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma reflexão histórica sobre o mandado de injunção e a eficácia subjetiva das decisões. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92.

⁴⁷³ Deste modo, restaria preservada a natureza de garantia constitucional subjetiva do mandado de injunção e a pretensão de não extrapolar as legítimas atribuições do Tribunal no exercício da jurisdição constitucional. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma reflexão histórica sobre o mandado de injunção e a eficácia subjetiva das decisões. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92.

⁴⁷⁴ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma reflexão histórica sobre o mandado de injunção e a eficácia subjetiva das decisões. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92.

condições para observar o dispositivo constitucional⁴⁷⁵. Conforme disposto *in verbis*.⁴⁷⁶

Art.11º A decisão que julgar procedente o pedido declarará a ocorrência da omissão inconstitucional, comunicando a decisão ao órgão ou autoridade em mora, e suprirá a falta de norma regulamentadora, com eficácia *inter partes*, formulando supletivamente as regras que deverão ser observadas para o cumprimento do preceito constitucional fundamento da impetração, até que o órgão ou autoridade competente supra essa lacuna.

A importância de garantir a eficácia *inter partes* ao instituto do mandado de injunção reside também na tentativa de estabelecimento de um limite à atuação do Poder Judiciário⁴⁷⁷, tendo em vista que somente é possível realizar a distinção entre a atividade jurisdicional e a legislativa, a partir da existência do caso concreto, em que se desenvolve o discurso da aplicação (e não o da justificação) das normas⁴⁷⁸.

De acordo com o artigo 11 do Projeto de Lei nº 6.128, a superveniência de norma regulamentadora vai ser aplicada com efeitos *ex nunc* aos beneficiados por injunção transitada em julgado, salvo na hipótese da norma editada lhe for mais favorável⁴⁷⁹. Todavia, isso já foi previsto no julgamento do MI nº 283-5/DF⁴⁸⁰, em que o Supremo Tribunal Federal declarou que “prolatada a condenação, a superveniência da lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável”.

André Rufino do Vale ratifica o entendimento de que, embora a decisão do mandado de injunção, *prima facie*, possua eficácia *inter partes*, o artigo 9º, §1º do Projeto de Lei nº 6.128/2009 prevê a possibilidade de extensão da eficácia subjetiva da decisão

⁴⁷⁵ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma reflexão histórica sobre o mandado de injunção e a eficácia subjetiva das decisões. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93.

⁴⁷⁶ BISCAIA, Antonio Carlos. Substitutivo ao Projeto de Lei n. 6002, de 1990 (Apenso PLs ns. 998/88, 1.662/89, 4.679/90, 3.153/2000, 6.839/2006 e 6.128/2009). *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 567.

⁴⁷⁷ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma reflexão histórica sobre o mandado de injunção e a eficácia subjetiva das decisões. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69.

⁴⁷⁸ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008, p. 55-73. Não se aprofundou no estudo da Teoria Habermasiana, pois não é o enfoque.

⁴⁷⁹ AMARAL JÚNIOR, José Mello do. Regulamentação do mandado de injunção. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 153.

⁴⁸⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 283-5. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça da União, 14 nov.1991, p. 110

do instituto, passando a assumir também efeitos *erga omnes*⁴⁸¹. O douto autor defende que nessas situações em que o instituto apresentará eficácia *erga omnes*, esta representaria também uma hipótese de eficácia natural do instituto⁴⁸².

Realizando algumas ressalvas ao posicionamento de André Rufino do Vale, aceita-se que o mandado de injunção deva produzir efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* em casos excepcionais, que deveriam estar melhor delimitados e regulamentados no Projeto de Lei nº 6.128, que ora tramita no Congresso Nacional. Assim, diferindo do posicionamento do autor Marcelo Continentino que sugeriu que fosse suprimida a disposição do art. 9º, §1º do mencionado Projeto de Lei, o autor André Rufino elenca as hipóteses que o instituto deva produzir eficácia *erga omnes*⁴⁸³.

Quando se tratar de decisão em mandado de injunção coletivo cujo objeto é a regulamentação de direito de caráter difuso seria uma das hipóteses em que deveria ser concedido efeitos *erga omnes* ao *writ*, já que nestes casos o Ministério Público ocupa o polo ativo da demanda, na qualidade de substituto processual, na defesa de direitos e interesses difusos (indetermináveis). Nesse caso é da própria natureza do direito reivindicado os efeitos da decisão injunção não se restringir apenas às partes⁴⁸⁴.

A segunda hipótese elencada por André Rufino⁴⁸⁵ se configura quando se trata de decisão em mandado de injunção coletivo, cujo pedido é a regulamentação de direito coletivo, em que apesar dos sujeitos serem determinados e identificáveis, tanto o substituto processual (a entidade sindical, por exemplo) como os substituídos (os membros da classe, grupo ou categoria), nesses casos a ação injuncional

⁴⁸¹ VALE, André Rufino do. Mandado de injunção: comentários ao projeto de regulamentação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 223.

⁴⁸² A linha defendida no presente trabalho é que o mandado de injunção deve preservar sua eficácia restrita ao caso concreto (*inter partes*) e não apresentar naturalmente também efeitos *erga omnes*, somente em situações excepcionais.

⁴⁸³ Vale a pena salientar que o presente trabalho monográfico defende que o mandado de injunção deve preservar sua eficácia *inter partes* pelos motivos já elencados no capítulo. Contudo, deve-se atentar para a possibilidade de se atribuir efeitos *erga omnes* ao instituto em situações excepcionais que devem estar regulamentadas pelo legislador. (crítica ao projeto que não regulou).

⁴⁸⁴ VALE, André Rufino do. Mandado de injunção: comentários ao projeto de regulamentação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 224.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, loc.cit.

apresenta uma intrínseca vocação para surtir efeitos *ultra partes* a fim de regular todos os casos análogos com o caso concreto versado no instituto⁴⁸⁶.

A terceira hipótese levantada por André Rufino⁴⁸⁷ é a situação da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em mandado de injunção, individual ou coletivo, apresentar norma formulada para incidir no caso concreto, porém esta é generalizável e pode atingir todos os casos análogos de modo indistinto⁴⁸⁸.

Como exposto, o aludido Projeto de Lei sistematiza as condutas concretistas anteriormente já praticadas pelo Tribunal e reflete ser um expressivo sinal do Poder Legislativo em legitimar, pela via legal-regulamentar, o comportamento ativista adotado pela jurisprudência do Supremo nos últimos anos⁴⁸⁹. Assim, o mencionado Projeto de Lei tem o mérito de resgatar e retomar todo o percurso histórico até então percorrido pelo mandado de injunção com o condão de definir os marcos de atuação do Tribunal, aliviando-o das críticas de atuação ativista⁴⁹⁰.

6.2 MANDADO DE INJUNÇÃO E A SEGURANÇA JURÍDICA

Pode-se entender que a segunda baliza levantada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em face da adoção de efeitos concretistas ao mandado de injunção, foi o princípio da segurança jurídica.

⁴⁸⁶ O exemplo mais emblemático ocorreu no julgamento do Mandado de Injunção que versava sobre a greve dos servidores públicos, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal concedeu efeitos *erga omnes* à decisão tomada em mandado de injunção coletivo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 708/DF. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013.

⁴⁸⁷ VALE, André Rufino do. Mandado de injunção: comentários ao projeto de regulamentação. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 225.

⁴⁸⁸ O exemplo conhecido na jurisprudência foi o julgamento do Mandado de Injunção nº 721, concernente ao direito de aposentadoria especial dos servidores públicos, em que se tratava de um MI individual que, ao produzir a eficácia inter partes que lhe é natural, também resultou em uma norma de conteúdo geral e abstrato. Situação em que determinou a aplicação analógica da disciplina legal da aposentadoria especial dos trabalhadores em geral aos servidores públicos (de forma indeterminada e indistinta). Não entendi assim!

⁴⁸⁹ AMARAL JÚNIOR, José Mello do. Regulamentação do mandado de injunção. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 158.

⁴⁹⁰ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma reflexão histórica sobre o mandado de injunção e a eficácia subjetiva das decisões. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 94.

A questão da segurança jurídica foi suscitada pelos Ministros, no julgamento do MI 107 QO, através de referência ao artigo 5º, II e XXXVI da Constituição Federal⁴⁹¹:

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

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Segundo o Ministro Moreira Alves, no julgamento do MI nº 107/QO, caso a decisão injuncional, proferida pelo Supremo Tribunal Federal viabilizasse a fruição do direito ofendido e possuísse eficácia *inter partes*, a sentença ficaria acobertada pela coisa julgada e não poderia ser modificada caso o Poder Legislativo editasse a norma faltante posteriormente ao julgamento⁴⁹².

Ademais, o Ministro relator do MI nº 107/QO⁴⁹³, defendeu que, considerando efeitos *inter partes* ao instituto do mandado de injunção, haveria a possibilidade do Tribunal proferir sentenças apresentando soluções diversas a mandados de injunção semelhantes. Isto é, há uma preocupação do Ministro Moreira Alves na preservação do princípio da isonomia⁴⁹⁴.

Com o intuito de compreender com maior clareza os argumentos supracitados pelo Ministro Moreira Alves no julgamento do MI nº 107 e realizar possíveis críticas, faz-se mister uma análise dos respectivos artigos do Projeto de Lei nº 6.128/2009 que tratam da eficácia e modulação dos efeitos em sede de injunção. Dispõe no artigo 11, do referido Projeto de Lei, a seguinte redação⁴⁹⁵:

Art. 11 A superveniente norma regulamentadora produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

⁴⁹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no DOU de 05.10.1988.

⁴⁹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 107/DF. Relator Min. Moreira Alves. Diário de Justiça da União, 21 nov.1990, p. 38.

⁴⁹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 107/DF. Relator Min. Moreira Alves. Diário de Justiça da União, 21 nov.1990, p. 37, 38 e 41.

⁴⁹⁴ ESTEVES, Bruna de Bem. **O que mudou no entendimento do STF a respeito dos efeitos do mandado de injunção?** Uma análise dos casos de aposentadoria especial e greve dos servidores públicos frente ao estabelecido no MI 107 QO. 2009. Monografia. Escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), p. 24.

⁴⁹⁵ DINO, Flávio. Projeto de Lei n. 6128, de 2009 (do Sr. Flávio Dino). In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 546.

Parágrafo único. Ficará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito.

Deste modo, o artigo 11 dispôs que em já havendo uma decisão em mandado de injunção, com a superveniência da norma regulamentadora omissa, a referida decisão injuncional deixa de valer, pois daí por diante a lei editada pelo Poder Legislativo que vai operar efeitos. Isto é, confere o efeito *ex nunc* da norma editada⁴⁹⁶.

Assim, na visão concretista, defende-se que a coisa julgada pode ser modificada após a edição da norma regulamentadora pelo Poder Legislativo, isto é a coisa julgada está submetida a uma condição resolutiva. Se sobrevier uma situação mais benéfica para o impetrante, deve ser assegurada a este a vantagem que foi acrescida⁴⁹⁷.

A crítica que o douto André Vicente realiza está ligada a parte final do dispositivo que autoriza a atribuição de efeitos retroativas à norma, caso ela seja mais favorável ao beneficiário do direito. O aludido autor entende que, nesse particular, haveria uma ofensa ao inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal. Afinal, se em nosso ordenamento jurídico as normas em geral não possuem efeito retroativo, também nesse caso não poderia apresentar o efeito da retroatividade, sobretudo por já existir uma decisão judicial “regulando” a situação⁴⁹⁸.

Corroborando com esse entendimento, Walter Claudius Rothenburg também faz uma crítica ao artigo 11⁴⁹⁹ do Projeto de Lei nº 6.128/2009 afirmando que nem sempre deve admitir-se que os efeitos da norma regulamentadora mais benéfica

⁴⁹⁶ PIRES ROSA, André Vicente. Mandado de injunção sob a perspectiva do projeto de lei n. 6.128, de 2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 112.

⁴⁹⁷ BRUSCO, Ana Beatriz. **Mandado de injunção e separação de poderes**: um cotejo entre o MI 721/DF e a visão do Min. Moreira Alves no MI 107 QO/DF. 2011. Monografia (Curso de pós-graduação *lato sensu* em processo civil)- Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP, Brasília, p. 78.

⁴⁹⁸ O jurista André Vicente propõe uma solução para essa situação, entendendo que a decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal, estabelecendo as condições normativas para o exercício do direito, somente produzirá efeitos até o advento da lei. Quando o Poder Legislativo editar a norma faltante, não tem mais sentido manter aquilo que foi objeto da decisão injuncional. Isto é, o aparecimento da norma deve sempre possuir efeitos *ex nunc*, independentemente do preceituado pela decisão, em sede de injunção, que tem os seus efeitos cassados. PIRES ROSA, André Vicente. Mandado de injunção sob a perspectiva do projeto de lei n. 6.128, de 2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 112.

⁴⁹⁹ Vale a pena destacar que o referido artigo 11 não afronta a perspectiva da separação dos poderes, na medida em que respeita a opção do detentor da competência normativa originária (Poder Legislativo), ainda quando exercida depois da propositura ou da decisão do mandado de injunção.

retroajam, sobretudo quando transcorrido certo tempo entre a decisão injuncional definitiva e a edição de norma⁵⁰⁰.

Walter Rothenburg explica que a norma editada pelo Poder Legislativo tende a oferecer um tratamento mais amplo e genérico, assim a sua extensão genérica pode implicar um tratamento mais favorável àqueles que já haviam se beneficiado da decisão do mandado de injunção, aumentando a diferença para com os demais que somente passaram a usufruir da suposta vantagem com a edição da norma regulamentadora⁵⁰¹.

6.3 MANDADO DE INJUNÇÃO E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Nessa esteira de raciocínio, a defesa do princípio democrático foi a terceira baliza levantada pelos ministros da Corte em razão da adoção da Tese Concretista em sede de mandado de injunção. O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 é o principal dispositivo constitucional que consagra o aludido princípio⁵⁰².

O Ministro Moreira Alves, no julgamento do MI 107/QO, corroborou o seu entendimento com a citação do jurista Calmon de Passos⁵⁰³ a fim de defender que Supremo Tribunal Federal não poderia proferir sentença na qual fixasse uma norma com o intuito de viabilizar o direito prejudicado pela omissão legislativa nas situações que envolvessem alocação de recursos ou organização de serviços, já que, nesses casos, a decisão teria que ser estendida a todos os casos análogos que se encontrem em idêntica situação⁵⁰⁴.

Desse modo, o Ministro relator do MI nº 107, *leading case* da matéria, asseverou que caso a Corte proferisse sentença de mandado de injunção estabelecendo a

⁵⁰⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. O mandado de injunção finalmente terá sua lei. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137.

⁵⁰¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. O mandado de injunção finalmente terá sua lei. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137.

⁵⁰² Segundo a redação do artigo 1º da CF/88: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no DOU de 05.10.1988.

⁵⁰³ PASSOS, J.J Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: constituição e processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989, p. 112-113.

⁵⁰⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 107/DF. Relator Min. Moreira Alves. Diário de Justiça da União, 21 nov.1990, p. 36-37.

regulamentação da norma constitucional, a maioria das omissões não poderia ser objeto de análise do Supremo Tribunal Federal, pois estariam relacionadas com decisões políticas e que, segundo Moreira Alves, deveriam ser realizadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, cujos membros são eleitos diretamente pelo povo⁵⁰⁵.

No que diz respeito a esse particular, o ministro Sepúlveda Pertence concordou com o relator e asseverou que caso o preenchimento da omissão esteja ligado a opções de prioridade e de organização administrativa⁵⁰⁶, o suprimento da norma regulamentadora deveria ser feita pelos órgãos de representação popular e não pelo Poder Judiciário⁵⁰⁷.

O Ministro Sepúlveda Pertence esclareceu, ainda, que se configura um ilusionismo político acreditar que por decisão injuncional, o Tribunal pudesse dar efetividade concreta a todos direitos de uma Constituição de conteúdo prospectivo e transformador, como é a de 1988. Desta forma, afirma que essa efetividade dependeria de lutas e de pressões contrapostas, ou seja, de pressões da sociedade civil sobre órgãos responsáveis pelas decisões políticas, que é típico de uma democracia⁵⁰⁸.

Visto as principais posições dos Ministros, no julgamento do MI *leading case*, acerca do princípio democrático no cenário do mandado de injunção, é imperioso realizar uma análise do fenômeno do ativismo judicial no estado democrático de direito para compreender a legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

A análise acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, com o condão norteador de estudo sobre a perspectiva das tensões entre democracia e constitucionalismo, pressupõe uma breve análise dos conceitos de democracia e jurisdição constitucional à luz do atual Estado democrático de direito.

⁵⁰⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 107/DF. Relator Min. Moreira Alves. Diário de Justiça da União, 21 nov.1990, p. 36-37 e p. 41.

⁵⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 107/DF. Relator Min. Moreira Alves. Diário de Justiça da União, 21 nov.1990, p. 72-73.

⁵⁰⁷ ESTEVES, Bruna de Bem. **O que mudou no entendimento do STF a respeito dos efeitos do mandado de injunção?** Uma análise dos casos de aposentadoria especial e greve dos servidores públicos frente ao estabelecido no MI 107 QO. 2009. Monografia. Escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), p. 25.

⁵⁰⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 107/DF. Relator Min. Moreira Alves. Diário de Justiça da União, 21 nov.1990, p. 74.

A jurisdição constitucional deve ser compreendida com uma função de solução dos conflitos de natureza constitucional, ou seja, tem por paradigma imediato a defesa dos ideais e garantias constitucionais, “abrangendo propriamente a atividade de fiscalização da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público, os conflitos de atribuições entre órgãos constitucionais e entidades políticas da Federação, além da proteção dos direitos fundamentais”⁵⁰⁹.

Assim, a função jurisdicional constitucional é exercida com o objetivo de manter e controlar a supremacia da Lei Maior, pouco importando o órgão jurisdicional que a exerça. Nesta linha de raciocínio, a jurisdição constitucional pode ser desempenhada por todos os órgãos do poder Judiciário, tendo em vista que onde existe a defesa da supremacia da Constituição, existe jurisdição constitucional, independentemente do órgão que a realize. Desse modo, todas as vias processuais que possam suscitar o controle de constitucionalidade, sejam elas direta (principal) ou indireta (incidental), integram o denominado processo constitucional.⁵¹⁰

O Brasil estabelece em seu sistema, à luz da Constituição de 1988, o modelo de jurisdição constitucional difuso- incidental e concentrado- principal, com vistas a analisar a atividade jurisdicional constitucional enquanto mecanismo indispensável ao controle da constitucionalidade das omissões do poder público.

Por ora, cumpre salientar que a jurisdição constitucional representa um dos mais importantes instrumentos de contenção do poder político nas democracias contemporâneas, contudo, resta necessário apontar os limites ao exercício desta atividade e demonstrar as tensões entre democracia e constitucionalismo, que confluem, hodiernamente, para o problema da legitimidade democrática dos órgãos incumbidos para o exercício da função jurisdicional⁵¹¹.

O ideal democrático equivale, pelo menos, em primeira perspectiva analítica, à soberania do povo ou à regra da maioria. O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 consagra⁵¹², no bojo do texto constitucional, a democracia e o princípio da

⁵⁰⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 375.

⁵¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 376-377.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 44-46.

⁵¹² O artigo 1º da Constituição Federal Brasileira estabelece “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a

soberania popular, porém as Constituições modernas também “dispõe sobre a *forma* a ser observada para a manifestação da vontade majoritária e sobre *conteúdos mínimos* que devem ser respeitados pelos órgãos representativos dessa vontade, sem, no entanto, suprimi-la”.⁵¹³ A busca pelo equilíbrio e harmonização dos ideais do Estado democrático de direito ocorre através do funcionamento do sistema de divisão de poderes entre órgãos políticos e jurisdicionais, seguindo os comandos delineados na Constituição. Contudo, como o Brasil adota o sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, os possíveis conflitos políticos com viés constitucional não vão se resolver, em caráter definitivo, pela decisão da maioria, ao revés, por uma decisão do Tribunal Constitucional.

Como se sabe, de acordo com o artigo 102 da Constituição, compete principalmente ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Lei Fundamental e, como intérprete último da Constituição, pode-se inferir, que lhe compete ditar aos demais poderes os limites da sua autoridade, limites estes circunscritos pelos procedimentos e restrições substanciais constitucionalmente estabelecidos. Por um lado, este cenário evita que o poder da maioria se tire, suprimindo os direitos das minorias, tendo em vista que o Poder Judiciário é um órgão desinteressado, dotado de imparcialidade e, na democracia contemporânea, passou a ter um papel de agente político, cabendo-lhe controlar a constitucionalidade e arbitrar conflitos entre os Poderes Legislativo e Executivo.

Por outro lado, a questão que surge é a seguinte: a Corte Constitucional, no exercício da sua função jurisdicional, diante de lacunas legislativas ou de omissões do poder executivo, possui legitimidade democrática para exercer uma atividade pró-ativa com objetivo de concretizar direitos e garantias fundamentais? Surge aqui a questão da legitimidade democrática das Cortes Constitucionais, já que os juízes, que compõe tais Cortes, não são eleitos de acordo com as regras da democracia representativa (embora sejam nomeados, em regra, pelos agentes que detêm o mandato popular), além das decisões do Órgão de Cúpula não estarem submetidas, em regra, a qualquer controle democrático, exceto por meio de emendas que venham a modificar ou corrigir a jurisprudência do Tribunal. Ressalte-se que nesse

dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

⁵¹³ BINENBOJM, Gustavo. Op.cit., 2004, p. 48.

caso, ainda assim, as emendas à Constituição podem, em tese, ser objeto de declaração de inconstitucionalidade⁵¹⁴.

Nesta linha de pensamento, embora, os membros do Poder Judiciário (juízes, desembargadores e ministros) não sejam agentes públicos eleitos, o Tribunal Constitucional desempenha, na atual era Neoconstitucionalista, indiscutivelmente, um poder político, inclusive, tem a possibilidade de sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República ou do Congresso Nacional por via de controle jurisdicional e invalidar atos desses outros dois Poderes com intuito de fazer valer a Constituição⁵¹⁵.

Nos tempos de hoje, há uma nítida tensão entre a atuação do Judiciário e o processo político majoritário que é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária⁵¹⁶.

O judiciário vive hoje no Brasil um momento de crescente expansão e ascensão, sendo impulsionado pelos fenômenos da judicialização da política, do Neoconstitucionalismo, supremacia da Constituição, constitucionalização do direito, dentre outros. Assim, em tempos modernos, não se deve entender a democracia apenas sob o viés do princípio majoritário, como uma garantia do governo da maioria, mas também se deve compreender democracia como respeito aos direitos fundamentais, inclusive os das minorias.

Assim, no debate acerca da legitimidade democrática da atuação do Poder Judiciário é preciso levar em consideração que o Judiciário tem seus limites e competências fixados pelo poder constituinte originário e deve atuar com autocontenção com o objetivo de respeitar o processo político majoritário, “mas deve ter a ousadia de assegurar os direitos fundamentais mesmo contra a vontade abusiva das minorias”⁵¹⁷.

⁵¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 51-52.

⁵¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.plataformademocratica.org>>. Acesso em: 13 out. 2012, p. 10.

⁵¹⁶ Termo cunhado pelo professor da Yale Law School, Alexander Bickel, em seu livro: *The Least Dangerous Branch* (1962).

⁵¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Aula de Direito**: Especialista traça histórico do Direito Constitucional. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 13 out. 2012, p. 8.

De acordo com os ensinamentos de Luís Roberto Barroso⁵¹⁸, a legitimidade democrática do Poder Judiciário para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular e foram eleitos pelo povo, encontra embasamento teórico em duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica.

A base normativa decorre do fato da Constituição Federal Brasileira, no artigo 102, atribuir ao Judiciário, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal, expressamente, no bojo do seu texto legal, o poder de guardião da Magna Carta. Tendo em vista que os magistrados são dotados de imparcialidade nos julgamentos e que suas decisões devem ser motivadas e ao aplicar a Constituição e as leis, o Poder Judiciário, está concretizando decisões que foram tomadas pelo legislador ou constituinte, ou seja, pelos representantes eleitos pelo povo.

Mas isso não implica em dizer que os juízes e tribunais desempenham uma atividade simplesmente técnica e mecânica. O juiz não se encontra na posição de declarar o direito de maneira não criativa, ao revés, é inerente a interpretação judiciária certo grau de discricionariedade e criatividade do direito⁵¹⁹.

Como o sistema de ingresso para a carreira de magistratura e recrutamento dos ministros da Corte Constitucional ocorre através de provas e títulos ou por nomeação do chefe do Executivo com participação do Poder Legislativo, surge a alegação que os juízes não possuem legitimidade democrática para o exercício da jurisdição constitucional, pois os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo sufrágio universal. Esse argumento pode ser refutado, na medida em que, o Estado Democrático de Direito não se limita e não se confunde apenas com a democracia representativa e com a soberania do voto popular.

Mauro Cappelletti⁵²⁰ salienta que, embora, se refira a Corte Suprema dos Estados Unidos e ao regime próprio do *Common Law*, este argumento também pode ser utilizado nos países que adotam o regime do *Civil Law*, na medida em que os juízes que integram as Cortes Constitucionais também são indicados politicamente. No Brasil, o Órgão de Cúpula é representado pelo Supremo Tribunal Federal, os seus membros são indicados pelo Presidente da República, sendo assim, possui a característica de um órgão político e tem uma importante contribuição à

⁵¹⁸ *Idem*. Disponível em: <<http://www.plataformademocratica.org>>. Acesso em: 13 out. 2012, p. 10-12.

⁵¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 31-33.

⁵²⁰ *Ibidem*, p.96- 97.

representatividade geral do sistema. Isto é, a possibilidade de que grupos marginais, que acham difícil ou impossível ter acesso ao processo político típico do Legislativo, tenham facilidade de acesso ao processo judicial. Desse modo, esse argumento proporciona uma maior participação das pessoas no processo democrático.

O fundamento filosófico para justificar a legitimidade democrática para a jurisdição constitucional está relacionado aos ideais de Constitucionalismo e democracia e, também, aos papéis que a Constituição deve desempenhar no atual Estado Democrático de Direito. Em uma definição aligeirada, Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos e garantias fundamentais, já democracia, significa governo do povo e soberania popular⁵²¹.

Para se resguardar o equilíbrio e a harmonização dos ideais do Estado de direito é necessário que a Constituição estabeleça as regras do jogo democrático, garanta participação política ampla e o governo da maioria. Porém, como visto alhures, democracia não se resume ao princípio majoritário, tendo em vista que a Constituição também possui como importante papel a proteção de valores e direitos fundamentais, mesmo contra a vontade momentânea e circunstancial de quem tem mais votos⁵²².

Neste sentido, Gustavo Binenbojm⁵²³ ressalta que “assumindo a democracia como um jogo, a Constituição seria o manual de regras e, os jogadores, os agentes políticos representantes do povo. À jurisdição constitucional, nesse contexto, cumpre o papel de ser o árbitro do jogo democrático”.

O exercício da atividade jurisdicional constitucional, com vistas a dar concretização e efetividade às normas constitucionais, representa, antes de tudo, uma garantia para a democracia do que fragilidade ou um risco democrático. O papel constitucional do Supremo Tribunal Federal está bem delineado nos artigos 101 e 102 da Constituição Federal e a sua função de intérprete final, exarando a última palavra institucional no âmbito do Estado democrático de direito, não pode suprimir a prática dos atos do

⁵²¹ BARROSO, Luís Roberto. Aula de Direito: Especialista traça histórico do Direito Constitucional. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 13 out. 2012, p. 11. Vale a pena destacar que não foram apresentadas maiores indagações sobre o fundamento filosófico para justificar a legitimidade democrática, por este não se apresentar como objeto nevrálgico do presente trabalho.

⁵²² BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2013, p. 11-12.

⁵²³ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 48.

chefe do Estado e nem o papel do Legislativo, representados como o governo da maioria.

Desse modo, tendo em vista que a sociedade é composta por diversos grupos sociais, étnicos, raciais, isto é, uma sociedade pluralista, e que defende valores distintos, presume-se que os governos do executivo e legislativo, eleitos pela soberania popular, refletem essa sociedade diversificada e as leis que vierem a aprovar refletirão a vontade do povo. Porém, o Poder Legislativo, exercendo sua função típica normativa, não consegue prevê todos os possíveis conflitos fáticos que podem surgir (ocasionando lacunas legislativas) e o Poder Executivo, em algumas situações, se torna omissivo neste cenário, inviabilizando a efetivação da Constituição⁵²⁴.

O artigo 101 do Texto Magno⁵²⁵ retrata a composição do Supremo Tribunal Federal e o modo de escolha dos seus integrantes. A Lei Maior atribui ao chefe do Poder Executivo a prerrogativa de escolher os ministros do Tribunal, além de ser imprescindível também a aprovação pelo Senado Federal, possibilitando que Poder Legislativo participe da escolha dos integrantes da Corte⁵²⁶.

O autor Rogério Gesta Leal⁵²⁷ retrata a definição de um equilíbrio entre o exercício jurisdicional proativo e a democracia procedimental⁵²⁸:

Insisto, é somente quando a soberania popular encontra-se ameaçada em sua autodeterminação pela ausência das condições subjetivas e objetivas mínimas de exercitar sua condição política e social de co-gestora e co-legislativa dos seus próprios interesses enquanto comunidade que se pode admitir a interferência do Poder Judiciário, no sentido de assegurar aquelas condições de possibilidade, devendo exercitar, para tanto, juízos adequados de valoração sobre a incisividade e extensão da intervenção a ponto de restaurar o mínimo social (que é sempre contingencial – temporal e espacialmente), não deixando de levar em conta, com a mesma prioridade,

⁵²⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 373.

⁵²⁵ Segundo a redação do artigo 101 da Constituição Federal: "O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal".

⁵²⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. Salvador: Podivm, 2004, p. 1064.

⁵²⁷ GESTA LEAL, Rogério. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**: Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.36.

⁵²⁸ Segundo Eduardo Appio, uma democracia procedimental seria aquela em que "se baseia na ampliação dos espaços acerca das decisões políticas, transcendendo os limites da tradicional representação popular". APPIO, Eduardo. **O Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 39.

o cuidado para provocar as menores lesões possíveis às instituições democráticas e seus procedimentos legitimadores – o que implica, por vezes, procurar formas de intervenções alternativas à preservação deste equilíbrio (sempre tenso em tais cenários).

Nesse sentido, tratando-se da questão da legitimidade do controle judicial da constitucionalidade, o autor John Hart Ely⁵²⁹ salienta que a função própria da jurisdição constitucional seria proporcionar o funcionamento adequado da democracia, garantindo a abertura dos canais de participação e de mudanças políticas, bem como facilitar a representação das minorias que sofreram preconceito por parte da maioria política e não obtiveram uma adequada participação no processo político-democrático⁵³⁰.

O juiz constitucional tem a função, outorgada pela Constituição, de guarda da democracia e dos direitos fundamentais, de modo que, a atuação judicial com o objetivo de concretizar os ideais constitucionais estará contribuindo para o aprofundamento da democracia, de modo que não há como acusar a atividade jurisdicional de antidemocrática⁵³¹.

Nesse mesmo sentido, André Ramos Tavares argumenta que nem sempre vai ser mais conveniente que a democracia seja exercitada de modo direto ou que seja guiada segundo o princípio da maioria, já que o princípio democrático “não se restringe ao princípio majoritário, mas é mais exigente que este”⁵³².

Desse modo, a tensão existente entre ativismo judicial e a legitimidade democrática da atuação jurisdicional constitucional, quando esta interfere nas esferas dos dois outros poderes (Legislativo e Executivo), é um assunto ainda muito debatido pela doutrina que detém linha de pensamentos diferentes sobre o assunto.

Nesse sentido, o presente trabalho defende a ideia de que, em se tratando de mandado de injunção e caracterizada a inércia do Poder Legislativo para editar a norma regulamentadora omissa, as decisões pró-ativas ou ativistas proferidas pelo

⁵²⁹ ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 134-138.

⁵³⁰ Desse modo, Ely argumenta que a jurisdição constitucional somente deve acontecer nas hipóteses de mau funcionamento da democracia, isto é, em situações em que não demonstrem confiança no processo democrático. Assim, pode-se inferir que quando o Poder Legislativo não está exercendo suas atribuições constitucionais de modo satisfatório a efetivar direitos e garantias constitucionais, a autoridade judicial estaria qualificada a interpretar a Constituição com a finalidade de realizar os comandos constitucionais.

⁵³¹ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.314-315.

⁵³² TAVARES, André Ramos. Tribunal e jurisdição constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 81.

Supremo Tribunal Federal revelam uma forma temporária de alteração de sujeitos constitucionalmente legitimados⁵³³.

Nessa linha de raciocínio, como o Poder Legislativo, órgão legitimado pela Constituição para cumprir o dever de elaborar a lei que conferirá eficácia plena à norma constitucional de eficácia limitada, quedou-se inerte no seu dever constitucional, o Poder Judiciário não pode se eximir de sentenciar alegando omissão da lei⁵³⁴, assim deve suprimir a lacuna sistêmica apresentada⁵³⁵.

Assim, Walter Claudius Rothenburg explica a legitimidade que a Constituição Federal conferiu ao Poder Judiciário, em sede de injunção, para atuar nos casos de omissão do órgão competente, e concretizar o dispositivo constitucional a fim de justificar uma alteração temporária de competência, *in verbis*:

O mandado de injunção deferiria competência ao Judiciário para disciplinar uma questão em concreto, diante da ausência de regulamentação geral pelo legislador ou administrador. Esse seria um câmbio de legitimidade constitucionalmente consagrado, revelando às escâncaras a superação de uma concepção rígida da “separação de Poderes” e evidenciando a inafastável participação criativa do órgão judicial na aplicação do Direito.

Conforme o entendimento do jurista Walter Rothenburg, o artigo 5º, §1º, previsto na Constituição Federal de 1988, consagra a força autônoma dos preceitos que regulam direitos fundamentais, de modo que estes deixam de estar à disposição do legislador e dependentes de sua intervenção, conferindo-os aplicabilidade imediata. Assim, resta autorizada o deslocamento de competência, com alteração dos titulares, visando uma maior efetivação dos ditos direitos⁵³⁶.

Deste modo, a troca de sujeitos constitucionais reflete uma sanção pela inconstitucionalidade omissiva dos órgãos originariamente competentes em editar a norma regulamentadora faltante. Isto é, quando a omissão inconstitucional provocar

⁵³³ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 64.

⁵³⁴ A redação do artigo 126 do CPC estabelece que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”, já que “no julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais” e, “não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

⁵³⁵ RAMOS, Elival da Silva. Mandado de injunção e separação dos poderes. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 248.

⁵³⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 72-73.

prejuízos aos direitos e garantias constitucionais ao indivíduo, deve ser corrigida a referida omissão e imputada uma sanção ao órgão inerte⁵³⁷.

Nessa linha de raciocínio, do mesmo modo que o Poder Constituinte atribuiu ao Poder Judiciário a competência para realizar o controle de constitucionalidade, retirando do ordenamento jurídico uma norma inconstitucional, pode-se entender que o Supremo Tribunal Federal também teria, por analogia, a competência de suprimir a norma regulamentadora faltante, nas hipóteses de controle de omissões inconstitucionais⁵³⁸.

Defende-se que na hipótese de omissão de norma regulamentadora, o Poder Judiciário está realizando sua função jurisdicional ao suprimir a lacuna existente, tendo em vista que a Constituição já instituiu o direito, mas este carece de regulamentação. Desta maneira, diante da omissão legislativa e em sede de mandado de injunção, o Tribunal não estaria criando um direito, mas está regulando temporariamente o referido direito já instituído pela Lei Maior, garantindo efetivação dos preceitos constitucionais e cumprindo a sua função constitucional de guardião da Constituição⁵³⁹.

Assim, acredita-se que a postura concretista desempenha pelo Tribunal, em especial nos julgados sobre a greve dos servidores públicos, aposentadoria especial e aviso prévio proporcional, apresentam ativismos diversos. O primeiro ativismo seria aquele que resgata o sentido deontológico dos direitos fundamentais, já que são interpretados como de aplicação imediata, conforme as particularidades do caso concreto, com fulcro no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, não estando condicionados a sopesamentos políticos diversos. Já o segundo ativismo conforma

⁵³⁷ Essa modificação de atribuição constitucional original de competência (“quem”) pode ser justificada através de uma interpretação sistemática e teleológica no intuito de resguardar a exigência constitucional original de realização e efetivação (“o que”). ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 116-117.

⁵³⁸ PIRES ROSA, André Vicente. Mandado de injunção sob a perspectiva do projeto de lei n. 6.128, de 2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 118.

⁵³⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 672.

os aludidos direitos a um juízo político do juiz que, ao proferir a decisão injuncional, concede eficácia *erga omnes* e ultrapassa o caso concreto⁵⁴⁰.

Por fim, conclui-se que o presente trabalho filia-se a adoção de um ativismo moderado, na medida em que, diante da intencional omissão do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal deve editar a norma regulamentadora omissa, no intuito de efetivar os direitos constitucionalmente garantidos e o próprio instituto em apreço. Mas, concomitante a esse fenômeno, o Tribunal deve, em regra, conservar a natureza subjetiva do *writ*, ou seja, deve conferir-lhe eficácia *inter partes*. Assim, deve ser concedida uma modulação de efeitos, de modo a permitir que a decisão injuncional tenha eficácia *erga omnes* somente em casos excepcionais.

Assim, não se condena o fato da Corte brasileira efetivar direitos constitucionais por intermédio do *writ* injuncional, mesmo que para atingir tal finalidade tenha que regular especificamente a matéria em conformidade com as particularidades do caso concreto. De modo que, diante de todos os argumentos debatidos no presente trabalho, defende-se a implantação de um ativismo moderado, pelo Supremo Tribunal Federal, no qual o Tribunal viabilize o direito constitucional, mas que, ao mesmo tempo, não viole o princípio da separação dos poderes, o princípio democrático e a segurança jurídica, consagrados na Lei Maior.

Para tanto, é preciso haver um diploma legal que regulamente o mandado de injunção, e mais, estabeleça os limites de atuação do órgão jurisdicional na efetivação do direito, caso a norma regulamentadora não seja editada, em tempo hábil, pelo Poder Legislativo, que se encontra omissa de modo intencional.

Assim, se o Projeto de Lei nº 6.128 vier a ser convertido em lei, este irá se transformar no diploma legal, esperado há mais de vinte anos, que irá estabelecer os aludidos limites e regulamentos para o procedimento do mandado de injunção. Contudo, o presente trabalho, como foi dito alhures, realiza uma crítica ao referente Projeto de Lei, na medida em que ele deveria ser mais minucioso quando trata dos efeitos da decisão injuncional, especificando expressamente quais seriam essas situações excepcionais em que poderia ser concedido eficácia *erga omnes* ao

⁵⁴⁰ BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 276.

instituto, sem comprometer, todavia, os parâmetros institucionais traçados pela Constituição.

7 CONCLUSÃO

O mandado de injunção é um remédio constitucional impetrado contra a omissão legislativa inconstitucional que torne inviável o exercício de direito e liberdade constitucional e prerrogativas inerente à cidadania, à soberania ou à nacionalidade. Nesse sentido, consiste em uma inovação da Constituição de 1988 no intuito de resolver o crônico problema da inatividade do órgão legislativo na edição de normas imprescindíveis à sua ampla eficácia.

Ademais, os pressupostos para o cabimento do writ são a existência de uma omissão do Poder Público e de um direito constitucionalmente assegurado que dependa da edição de norma regulamentadora para lhe conferir eficácia integral. Assim, somente as normas constitucionais de eficácia limitada dão ensejo à impetração do mandamus, tendo em vista que são as únicas que demandam providências do Poder Legislativo.

Segundo a previsão da Carta Suprema, o objeto do instrumento injuncional é proteção dos direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à cidadania, à soberania e à nacionalidade, constitucionalmente assegurados e que dependam de regulamentação. A doutrina forense apresenta dificuldade em determinar o conceito e o âmbito de aplicação de tais liberdades, prerrogativas e

direitos, de modo que levou-se a conclusão que o mandado de injunção é cabível para a proteção de quaisquer direitos fundamentais.

No que diz respeito à competência para o julgamento do writ em questão, a regra geral, é que deve ser fixada em função do órgão ou autoridade com atribuição de editar a norma regulamentadora. Os legitimados ativos são aqueles que detêm o direito pendente de regulamentação e a legitimação passiva é composta por aquele que é responsável pela omissão inconstitucional. Como não existia regulamentação do procedimento do mandado de injunção, concebeu a aplicação, no que couber, da lei do mandado de segurança (Lei nº 12.016/09).

Assim, a Carta Política de 1988 compõe normas de eficácia limitada, que estão à espera da edição de lei, com o objetivo de regular alguns aspectos que são indispensáveis à produção de seus efeitos integrais. Para o legislador constituinte originário restou claro que o conceito de inconstitucionalidade não se define somente pelo agir violando a Lei Maior, mas também o não agir (omissão) pode agredi-la tanto quanto uma ação inconstitucional. Deste modo, a inércia do Poder Legislativo, quando apresenta um dever constitucional de agir, consiste em abuso de poder, caracterizando uma violação a Constituição.

O Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento, quanto à extensão dos efeitos da decisão injuncional, ao longo da sua jurisprudência, no sentido de conceder eficácia constitutiva ao instituto, com regulamentação provisória. Isso ocorreu, no decurso do tempo, por inúmeras razões, tais como o clamor da sociedade em ter seus direitos constitucionais efetivamente assegurados, as inúmeras críticas realizadas pela doutrina designando o mandado de injunção como um instrumento sem efetividade, “o que foi sem nunca ter sido”, além da reforma do judiciário, que ocorreu com a Emenda Constitucional nº 45/2004, fortalecendo instrumentos decisórios da Corte.

Porém essa corrente concretista adotada pela Corte brasileira, principalmente nos mandados de injunção sobre a greve dos servidores públicos, aposentadoria especial e aviso prévio proporcional levaram a discussões doutrinárias sobre os riscos que essa conduta ensejaria, principalmente no intuito de tentar estabelecer limites a essa nova postura adotada, sob pena de configurar em um ativismo violador dos preceitos institucionais da Lei Maior ou em uma supremocracia.

Neste diapasão, as opiniões acerca da extensão dos efeitos mandamentais se dividem na doutrina em concretistas e os não-concretistas. Os adeptos a corrente concretista defendem ser possível o Poder Judiciário regular provisoriamente o direito ou garantia previsto no writ, sob pena de ser ineficaz o provimento jurisdicional. Já os não-concretistas conferem uma eficácia restritiva ao instituto, pois em virtude do princípio da separação dos poderes, não permitem ao órgão judicante preceder à regulamentação, mesmo que temporária, do direito.

A corrente concretista dividi-se em duas espécies: concretista geral e concretista individual, sendo que essa última se subdivide em teoria concretista individual direta e individual intermediária, conforme a abrangência dos seus efeitos. A posição concretista geral é aquela que confere eficácia erga omnes ao writ, de modo a efetivar o exercício da norma constitucional através de uma regra de normatividade geral.

A corrente concretista individual direta defende que o Supremo Tribunal Federal implementa diretamente a eficácia da norma constitucional ao impetrante, de modo que os efeitos da decisão se limitam apenas às partes do processo. Já a corrente concretista individual intermediária defende que o Tribunal deve fixar um prazo determinado para o Poder Legislativo elaborar a norma regulamentadora. Caso o órgão legislativo permanecer inerte, depois de findo o prazo, o impetrante passa a ter assegurado a plenitude do exercício do seu direito.

Deste modo, a priori, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MI nº107-3/DF, restringiu a eficácia do mandamus, no intuito de afastar a possibilidade da Corte expedir a norma geral ou concreta faltante, pois tal prática encontraria alguns obstáculos constitucionais, tais como o princípio da separação dos poderes, segurança jurídica e a ausência da legitimidade da Corte para regulamentar o direito pleiteado.

Porém, nos julgamentos posteriores, ao leading case, os Ministros do Supremo Tribunal Federal começaram a alterar o antigo entendimento não-concretista, firmado principalmente pelo Ministro Moreira Alves, considerado o coveiro do instituto. Assim, o Tribunal promoveu a ressurreição do writ, na medida em que novamente passou-se a acreditar que o instrumento injuncional poderia alcançar a real eficácia almejada pelo legislador constituinte originário, não sendo um instituto criado em vão.

Contudo, ao mesmo tempo em que essa nova postura concretista era merecedora de elogios, por proporcionar utilidade e eficácia ao mandamus, também foi alvo de críticas, pois tal postura foi cunhada de ativista, no sentido pejorativo, por ultrapassar as linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa. Desta forma, os Ministros, nos principais julgamentos acerca da omissão inconstitucional que confeririam efeitos concretistas à injunção, utilizaram-se de argumentos contra as balizas levantadas pelo Ministro Moreira Alves, no julgamento do MI nº 107/QO, quais sejam o princípio da separação dos poderes, a segurança jurídica e a defesa do princípio democrático.

Assim, os Ministros do Supremo Tribunal utilizaram seis principais raciocínios com o intuito de afastar o argumento da separação dos Poderes, quais sejam, função normativa, a Constituição institui mandado de injunção, “solução constitucionalmente obrigatória”, “vontade hipotética do legislador”, disciplina provisória e solução para o caso concreto (efeito inter partes).

O Ministro Carlos Britto, no julgamento do MI nº 712/PA, defendeu que em razão da inércia abusiva do Poder Legislativo, o judiciário deve agir e esse fenômeno não representa uma afronta ao princípio da separação dos poderes, já que o mandado de injunção é uma ação que se inscreve no sistema de freios e contrapesos e tem o objetivo de efetivar direitos constitucionais não regulamentados, em razão da omissão intencional do poder público.

Assim, diante de situações excepcionais, nas quais o Poder Legislativo não desempenha o seu papel imposto pela Constituição, qual seja, o de editar normas regulamentadoras com intuito de efetivar normas de eficácia limitada, deve haver um compartilhamento da função legislativa entre o Poder Legislativo, o seu legítimo detentor, e o Poder Judiciário que seria, a princípio, um órgão encarregado de aplicar a lei.

Porém, a explicação elucidada pelo Ministro Eros Grau é a que parece melhor explicar a controvérsia instaurada. Neste diapasão, o aludido Ministro, no julgamento do MI 721/DF, distinguiu a função normativa da legislativa, asseverando que a primeira diz respeito ao rol de atribuições do Poder Judiciário, já a segunda é típica do Poder Legislativo.

De modo que a formulação supletiva, pelo Poder Judiciário, de norma regulamentadora reclamada não constitui indevida interferência na função legislativa, ao contrário, trata-se de uma atividade normativa estabelecida pela Constituição ao Judiciário. Ademais, o Ministro Eros Grau explica que não haveria afronta ao princípio da separação dos poderes, já que foi a própria Constituição que institui o mandado de injunção.

Já o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do MI nº 712, utilizou o termo “solução constitucionalmente obrigatória” com o intuito de salientar que o Supremo Tribunal Federal não estaria agindo como legislador ao fixar a norma regulamentadora para a greve dos servidores públicos, já que a edição de norma, neste caso, não constitui uma faculdade para o Poder Legislativo, mas sim um dever a ser cumprido por esse Poder. O aludido Ministro ainda justificou o seu voto com base na “vontade hipotética do legislador”, de modo que utilizar a lei que regula a greve no âmbito privado para os servidores públicos é estabelecer como parâmetro um texto editado pelo próprio órgão legislativo, não sendo o caso de usurpação de atividade legislativa.

O Ministro Carlos Britto, no julgamento do MI nº 708, trouxe o argumento da disciplina provisória e defendeu que utilização da Lei que regula a greve no setor privado para os servidores públicos é uma regulamentação provisória por parte do Poder Judiciário, já que teria duração até que o Poder Legislativo editasse a norma regulamentadora faltante. Por fim, o Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do MI nº 712, defendeu que se o Tribunal proferir sentença viabilizando o exercício do direito constitucional pleiteado, com eficácia inter partes, não há que se falar em interferência na esfera de competência do Poder Legislativo. Já se o writ produzir eficácia erga omnes, em caráter abstrato e geral, consistiria em atuar como legislador.

Destarte, a linha defendida no presente trabalho é que o mandado de injunção deve conservar, em regra, sua eficácia inter partes, preservando a sua natureza subjetiva, tendo em vista já existir um instrumento de controle concentrado visando tutelar a ordem jurídica em geral. Assim, o problema não é o Supremo Tribunal Federal efetivar direitos constitucionais por intermédio do writ injuncional, mesmo que para atingir tal finalidade tivesse de regular especificamente a matéria em conformidade com as particularidades do caso.

No que concerne ao argumento da segurança jurídica, esta será atendida na medida em que o artigo 11 do Projeto de Lei nº 6.128/2009 prevê que em já havendo uma decisão em mandado de injunção, com a superveniência da norma regulamentadora omissa, a aludida decisão injuncional deixa de valer, pois daí por diante a lei editada pelo Poder Legislativo que vai operar efeitos.

Assim, confere o efeito *ex nunc* a norma editada, pois a sentença constitutiva do Supremo Tribunal Federal apresenta regulamentação provisória. Ademais, o mesmo artigo prevê a condição resolutiva da coisa julgada, na medida em que sobrevindo situação mais vantajosa para o impetrante, deve lhe ser assegurada a vantagem que foi acrescida.

Já no que se refere à defesa do princípio democrático, o Supremo Tribunal Federal encontra fundamento no fato de que, se tratando do atual Estado Democrático de Direito, existe uma nítida tensão entre a atuação do Judiciário e o processo político majoritário que é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. Assim não se pode afirmar que o Poder Judiciário é um agente neutro, apartado da política. Com o fenômeno da constitucionalização dos direitos, cada vez mais vem se trazendo discussões políticas para serem decididas pelo órgão jurisdicional.

Desta forma, embora, os membros do Poder Judiciário não sejam agentes públicos eleitos diretamente, estes desempenham um poder político, podendo, inclusive, sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República ou do Congresso Nacional por via de controle jurisdicional e invalidar atos desses outros dois Poderes com intuito de fazer valer a Constituição.

Por fim, depois de tudo que já foi exposto, conclui-se que o presente trabalho filia-se a adoção de um ativismo moderado, na medida em que, diante da intencional omissão do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal deve editar a norma regulamentadora omissa, no intuito de efetivar os direitos constitucionalmente garantidos e o próprio instituto em apreço.

O aludido ativismo moderado, defendido na pesquisa, é fundamentado no sentido de que o Supremo Tribunal Federal deve implementar o direito constitucional inviabilizado por falta de norma regulamentadora, conferindo, em regra, eficácia *inter partes* ao *mandamus*, no intuito de conserva-lhe a sua natureza subjetiva. Desse

modo, deve ser concedida uma modulação de efeitos ao mandado de injunção com o objetivo de lhe assegurar eficácia erga omnes somente em casos excepcionais.

Conclui-se que o problema não reside no fato de denominar a recente postura concretista do Supremo Tribunal Federal de ativista. Afinal, o próprio conceito de ativismo comporta inúmeros significados a depender da corrente doutrinária adotada. O importante a ser observado é que ao defender um ativismo moderado, do Supremo Tribunal Federal, não está se apoiando uma usurpação de poderes, e nem uma interferência indevida na esfera do Poder Legislativo. O ativismo moderado, por ora defendido, não consiste em um meio ilegítimo, que contraria parâmetros institucionais delineados pela Constituição, com o intuito de efetivar os direitos constitucionais a qualquer custo, pois defender isso consistiria em uma violação a supremacia da própria Lei Maior.

Na verdade, o que se pretende almejar, ao defender um ativismo moderado, é a viabilização dos direitos constitucionalmente assegurados, que não podem ser tolhidos de eficácia integral por uma mera arbitrariedade intencional do Poder Legislativo em não editar a norma regulamentadora faltante.

Para tanto, o ativismo moderado exercido pelo Supremo Tribunal Federal, deve ter suas bases delineadas em um diploma legal, evitando, assim, uma supremocracia do órgão judicante. É consabido que está em trâmite, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 6.128, que regulamenta o mandado de injunção. Como o referido Projeto de Lei, sintetiza as recentes práticas concretistas adotadas pela jurisprudência da Corte brasileira, pode-se inferir que se o Projeto de Lei nº 6.128, vier a se transformar em lei, o Poder Legislativo vai estar “legitimando” o ativismo moderado, ora defendido.

Assevera-se, por último, que o aludido Projeto de Lei deveria sofrer algumas modificações, antes de ser transformado em lei, sobretudo nos dispositivos que tratam da eficácia da decisão injuncional e modulação de efeitos. Sugere-se uma regulamentação mais minuciosa e detalhada, especificando expressamente quais seriam essas situações excepcionais em que poderia ser concedido eficácia erga omnes ao instituto, de modo a evitar, com maior veemência, posturas arbitrárias do Poder Judiciário, que, diante da inércia do Poder Legislativo, deverá viabilizar os direitos e garantias assegurados pela Lei Maior.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Mello do. Regulamentação do mandado de injunção. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

APPIO, Eduardo. O Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BACHA, Sérgio Reginaldo. Mandado de Injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BARBI, Celso Agrícola. Proteção processual dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Aula de Direito**: Especialista traça histórico do Direito Constitucional. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 13 out. 2012.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista>>. Acesso em: 04 jun. 2013.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.plataformademocratica.org>>. Acesso em: 13 out. 2012.

_____. Mandado de injunção. Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v.191, jan./mar.1993.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2012.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Celso bastos Editora, 2002.

BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. **Revista dos Tribunais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vl. 642, abr.1989.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BISCAIA, Antonio Carlos. Substitutivo ao Projeto de Lei n. 6002, de 1990 (Apenso PLs ns. 998/88, 1.662/89, 4.679/90, 3.153/2000, 6.839/2006 e 6.128/2009). *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Publicada no DOU de 05.10.1988.

_____, Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 107/DF. Relator Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça da União, 21 nov.1990

_____. Supremo Tribunal Federal. MI nº 708/DF. Voto do Rel. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 30/04/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/PA. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29/04/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI nº 721/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 30.08.2007. Publicação DJ 30.11.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI nº 943/DF. Relator Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 06.02.2013. Publicação DJ 02.05.2013.

BRUSCO, Ana Beatriz. **Mandado de injunção e separação de poderes**: um cotejo entre o MI 721/DF e a visão do Min. Moreira Alves no MI 107 QO/DF. 2011. Monografia (Curso de pós-graduação *lato sensu* em processo civil)- Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP, Brasília.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

_____. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas. *In*: **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

Clève, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, ano 5, nºs 19 e 20, jul./dez.2010.

_____. Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008.

_____. Uma reflexão histórica sobre o mandado de injunção e a eficácia subjetiva das decisões. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais. **Revista Baiana de Direito**. Salvador: Juspodivm, v.5, Jan./Jun.2011.

_____. **Controle de constitucionalidade**: Teoria e Prática. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2008.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESTEVES, Bruna de Bem. **O que mudou no entendimento do STF a respeito dos efeitos do mandado de injunção?** Uma análise dos casos de aposentadoria especial e greve dos servidores públicos frente ao estabelecido no MI 107 QO. 2009. Monografia. Escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Eduardo Oliveira. **Retrospecto do ativismo judicial**: aspectos históricos da nova tendência do Poder Judiciário. *Revista Visão Jurídica*. Editora Escala, nº 54, 2010, p. 96-97.

GESTA LEAL, Rogério. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**: Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Anotações sobre o mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vl.647, set.1989.

MARÇAL, Taísa Passoni. O mandado de injunção, suas características, a necessidade de regulamentação e o projeto de lei 6.128/2009. Instituto Brasiliense de Direito Público. Vol. 1, No 1 (1): XII Curso de formação em Teoria Geral do Direito Público Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view>> Acesso em: 06/6/2013.

MAZZEI, Rodrigo. **Mandado de injunção**. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

HAGE, Jorge. O PL que regulamenta o mandado de injunção: uma iniciativa mais que oportuna. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

Kelsen, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LACERDA, Felipe Moraes Forjaz de. A nova perspectiva sobre o mandado de injunção. **Revista Prática Jurídica**. Brasília: Consulex, ano VII, nº77, agost.2008.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 1999.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v.304, out./nov./dez.1988.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição descumprimento de preceito fundamental. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Constitucional**. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 529-530.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1996, t.2.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de Injunção. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, nº 56, Out./ Dez. 1989.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NAVARRO PEREZ, Carlos Alberto. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo a desserviço da democracia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.20, jan./mar.2012.

OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. **O mandado de injunção**. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181881>>. Acesso em: 22 mar.2013.

Oliveira, Régis Fernandes de. **Instrumentos brasileiros de defesa e participação dos administrados**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.677.

PACHECO, José da Silva. **O Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PASSOS, J.J Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data**: constituição e processo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

PIOSEVAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIOVESAN, Flávia. CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da decisão em mandado de injunção. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIRES ROSA, André Vicente. Mandado de injunção sob a perspectiva do projeto de lei n. 6.128, de 2009. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 118.

QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão**: teoria e prática. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de Queiroz. **Mandado de injunção**: aspectos polêmicos, doutrina e jurisprudência. Revista da Faculdade de Direito. Rio de Janeiro: UERJ, v.1, n.2, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. Destinação e utilidade do mandado de injunção. **Justitia**. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, v.53, out./dez. 1991.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**, 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Lineamentos do mandado de injunção**. 1.ed. São Paulo: RT, 1993.

SOUZA, Luciana Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Mandado de injunção e direitos sociais**. Revista LTR, ano 53 n.3, mar./89.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

VALE, André Rufino do. **Mandado de injunção: comentários ao projeto de regulamentação**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. **Revista Direito GV**, vol. 4, n. 2, 2008.

