



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O MANDADO DE INJUNÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA

Tatiana dos Santos Batista

Rio de Janeiro
2012

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – não aprova nem reprova as opiniões emitidas neste trabalho, que são de responsabilidade exclusiva da autora.

TATIANA DOS SANTOS BATISTA

O MANDADO DE INJUNÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA

Monografia apresentada à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientador: Prof. Marcelo Pereira de Almeida

Coorientadora: Prof^a. Néli Fetzner

Rio de Janeiro

2012

TATIANA DOS SANTOS BATISTA

O Mandado de Injunção na Concretização da Democracia

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientador: Prof. Marcelo Pereira de Almeida.

Coorientadora: Prof. Néli do Cavalieri Fetzner.

Data da aprovação: 06/06/2012

Banca Examinadora:

Des. Cláudio Brandão de Oliveira - Presidente

Prof^a. Dr^a. Maria Célia Ferreira de Rezende – Professor Convidado

Prof. Dr. Marcelo Pereira de Almeida – Orientador

A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós. Konrad Hesse.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não poderia ser concluído sem o apoio e incentivo da minha mãe Ivanilda e meus tios Ivonete e Enéas, que sempre mantiveram a fé nas minhas ideias.

Dedico, também, a todos os funcionários da biblioteca da EMERJ que com a eterna delicadeza e atenção muito me ajudaram a concluir este trabalho.

Não poderia deixar de agradecer à EMERJ que me ensinou o direito, a disciplina do estudo e me acolheu de forma indelével.

Em especial, à Professora Néli Fetzner por ter jogado luzes sobre meus estudos, aos doces e competentes Anna Dina e Alberto, e ao Professor Marcelo Pereira, meu orientador, pelo aperfeiçoamento dos meus conhecimentos.

SÍNTESE

Ao longo de dezoito anos, o Supremo Tribunal Federal conferiu ao Mandado de Injunção a natureza jurídica de mera ação declaratória, afastando-o de sua concepção originária, qual seja, sanar a omissão legislativa que impedisse a concretização das normas constitucionais programáticas. A recente alteração jurisprudencial da Corte reacendeu as luzes do instituto que era considerado ineficaz pela doutrina constitucional e trouxe ao debate a sua finalidade na concretização da democracia plena. A possibilidade de proferir sentenças aditivas regulando a omissão legislativa no caso concreto vem suscitando debate sobre a posição ativa da Suprema Corte. Nesse contexto, pretende-se aferir que é cogente a concretização de direitos fundamentais, bem como discutir quais os direitos podem ser objetos do Mandado de Injunção e de que forma essa ação pode ser um elemento de efetividade do princípio democrático no país.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 – ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	10
2 – PRINCÍPIOS NORTEADORES DO MANDADO INJUNCIONAL.....	21
2.1 Estado Democrático de Direito.....	21
2.2 Separação dos Poderes Estatais.....	24
2.3 Máxima Efetividade da Prestação Jurisdicional	27
3 - TEORIA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.....	30
3.1 Eficácia Limitada das Normas Constitucionais e o Mandado de Injunção.....	30
3.2 Diferenças entre o Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	39
4 - A NOVA DIMENSÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	45
4.1 Teoria Abstrata e Teoria Concretista.....	45
4.2 O Que Esperar do Instituto.....	51
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o objetivo de analisar o Mandado de Injunção como elemento de concretização da democracia no país. Essa ação constitucional, que se consubstancia numa garantia posta à sociedade para viabilizar o exercício de direitos, inclusive os sociais, liberdades e prerrogativas conferidas pela Carta Política, foi inserida no ordenamento jurídico por meio da Constituição da República de 1988 com a finalidade de se criar um mecanismo que ultrapassasse a inércia legislativa a qual afetava diretamente os direitos regulados nas normas constitucionais limitadas programáticas.

Será enfocada a origem do instituto com o intuito de perceber o seu nascimento no direito inglês, mas precisamente do juízo de equidade que permite a justa adequação do caso concreto, e, dessa forma, com possibilidade de extenso desenvolvimento no sistema constitucional composto de regras e princípios.

A escolha do tema justifica-se porque não há nada mais inconstitucional que a omissão legislativa, na medida em que ela subordina a concretização de um direito constitucionalmente garantido ao arbítrio do legislador ordinário, sendo inadmissível que a efetividade do texto de maior importância jurídica seja refém da vontade legislativa.

Desde a sua criação até meados de 2007, o Mandado de Injunção era considerado inócuo pela doutrina e tratado como ação declaratória pela jurisprudência. Contudo, após a alteração de entendimento do Supremo Tribunal Federal ao julgar o *mandamus* que cuidava do direito de greve, concretizando o exercício desse direito social ainda não regulado por lei infraconstitucional e seguido por diversas decisões revestidas de eficácia concreta no caso em exame, tornou-se necessária a discussão sobre os limites desse tipo de decisão.

Ao longo do trabalho as seguintes questões serão analisadas de forma sistemática, como viabilizar o exercício de direito fundamental, qual a natureza jurídica do mandado de injunção, apresentar a teoria da omissão inconstitucional e quais os efeitos desse instituto à luz da nova posição jurisprudencial adotada pelo STF.

Pretende-se, por conseguinte, no primeiro capítulo apresentar o surgimento do neoconstitucionalismo e o apogeu das constituições voltadas para o Estado social, base que propiciaram o nascimento e introdução do mandado de injunção no Brasil.

No segundo capítulo dedicou-se a estudar os princípios norteadores principais do instituto, na medida em que esses consagram os valores que fundamentam e justificam a ordem jurídica. O mandado de injunção permeia o Estado Democrático de Direito e reafirma a necessidade de conferir a máxima efetividade às normas constitucionais, mormente as carecedoras de regulamentação para a fruição de direitos sociais e prerrogativas constitucionais. Será também abordada a tênue limitação das sentenças aditivas com o princípio da separação dos poderes.

O capítulo seguinte tem o objetivo de se debruçar sobre a teoria da omissão inconstitucional, nascida na Alemanha, e tema de debate porque é imperiosa a concretização de direitos conciliada com a possibilidade de gastos econômicos para a realização desses. Além disso, o Mandado de Injunção não é o único instrumento apto a sanar as omissões inconstitucionais, sendo necessário abordar os contornos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O capítulo quatro debate as teorias diametralmente opostas que tutelam os efeitos do Mandado Injuncional, quais sejam, a teoria abstrata e a concretista e a sistematização com a aplicação do mandado no controle difuso de constitucionalidade e apresenta eventuais caminhos que se espera do instituto.

Ao final, percebe-se que a Suprema Corte manterá o avanço em relação a decisões anteriores proferidas nos Mandados de Injunção, adotando uma regra para o caso concreto por meio de sentenças aditivas, propondo-se que as questões levantadas neste estudo sirvam para futuros aprimoramentos e discussões porque a concretização do Mandado de Injunção ainda é recente e, por conseguinte, a efetivação da plena democracia no país depende de titularidade e exercício de direito, sobretudo os de natureza social.

A metodologia adotada é pautada pelo método qualitativo, bibliográfico e em pesquisas de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal após a Constituição de 1988.

1- ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Para a inteira compreensão do instituto do mandado de injunção, deve ser investigada a origem dessa garantia constitucional. Necessário investigar qual o significado pretendido pelo legislador ao instituto jurídico e quais os efeitos que o Judiciário deve impingir-lo é como se deu a sua criação e qual contexto histórico dessa época. Para tanto, cabe traçar uma pequena evolução do constitucionalismo.

Em linhas gerais, enquanto se afirma que toda organização social possuiu sua constituição, ainda que com um conceito diverso do hoje compreendido¹, o movimento constitucionalista moderno surgiu com o fim do absolutismo, ou antigo regime, e a ascensão burguesa ao poder, utilizando as ideias iluministas. Nas palavras de Canotilho², essa evolução constitucional se caracterizou por ter sido um movimento político, social e cultural que, desde os fins da Idade Média até meados do século XVIII, questionou nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio público, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder público, o constitucionalismo pretendeu se opor ao antigo sistema de direitos estamentais do monarca absoluto e limitar o seu poder.

Não se nega a existência de constitucionalismo em períodos históricos anteriores, mas é importante partir da ideia construída na segunda metade do século XVIII porque as Revoluções Francesas e Americanas trouxeram um cenário em que o povo seria o titular legítimo do poder, e não mais o monarca absoluto, ainda que esse grupo social fosse representado nos parlamentos.

¹ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 24.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 52.

Ou seja, após alguns séculos de concentração de poderes nas mãos de um só indivíduo com base na origem divina, a filosofia do Humanismo desenvolvida na renascença trouxe o homem para o centro de todas as coisas, onde a vontade humana deveria prevalecer sobre qualquer outro dogma, constituindo seres livres para estabelecerem uma nova ordem econômica e social^{3 4}, ciclicamente semelhante à atual renovação do direito constitucional que dirige o seu olhar para o indivíduo e não para o Estado.

Dessa forma, o constitucionalismo moderno passou a conviver com o liberalismo econômico e com a maximização da liberdade individual mediante o exercício dos direitos privados, todos sempre com a menor intervenção estatal.

Esse cenário constitucional em que as cartas políticas apenas delineavam contornos estatais, conferindo ampla liberdade econômica aos indivíduos e visão essencialmente patrimonialista, causou um desequilíbrio social que culminou no declínio do Estado Liberal.

Surgiram, assim, as primeiras linhas do Estado Intervencionista, isso é, movimento no qual se conjugaria a intervenção estatal com a liberdade econômica, todos ancorados nos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

O constitucionalismo passa a ser denominado de contemporâneo, no qual o Estado utiliza o mesmo texto constitucional para dizer que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e para traçar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, além de prever regras para cultura, educação, meio-ambiente e sistema tributário, por exemplo. Nesse momento, os direitos sociais tidos como de segunda geração ganham contornos substanciais, ficando seus destinatários ávidos pela necessidade de efetivá-los para sua plena fruição.

³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 16.

⁴ Com o Estado absolutista vivia-se sob o julgo do soberano sem a liberdade para estabelecer os rumos daquela sociedade e mais, com total intervenção do monarca nos ideais econômicos. Tal situação não era favorável a alguns grupos, como a rica burguesia, que utilizou e financiou a filosofia Iluminista para construir uma nova realidade política, econômica e social. Esclareça-se que o Constitucionalismo do século XVIII tem o propósito de limitar o poder do rei absoluto, estabelecendo quais tarefas cabiam aos Poderes numa tentativa de separação das funções estatais e regimentos de direitos fundamentais.

No Brasil, o modelo constitucional inaugurado em 1824 foi influenciado pelo sistema kelsiano-europeu e na filosofia de Benjamin Constant com a inclusão do Poder Moderador, exercido pelo Monarca, ao passo que a primeira Constituição Republicana de 1891 foi inspirada no sistema norte-americano por influência direta de Rui Barbosa⁵.

A importância desta alteração sistêmica é o início da positivação do conceito de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, ponto fundamental para o futuro desenvolvimento do mandado de injunção pátrio porque esse *writ* é uma das formas de controle difuso da inconstitucionalidade por omissão.

Na visão de Dirley da Cunha Júnior⁶, a partir de meados do século XX surgiu na Europa o neoconstitucionalismo, que alterou o paradigma estatal para o Estado Democrático de Direito alavancando a Constituição como a maior norma jurídica com força vinculante e obrigatória, enriquecida com princípios de justiça e dignidade social.

Ana Paula de Barcellos⁷ explica que no constitucionalismo contemporâneo é possível ordenar suas características em dois grandes grupos, isso é, pela forma o neoconstitucionalismo possui normas judiciais imperativas e superiores no ordenamento jurídico e os demais ramos do direito devem ser lidos à luz da ordem constitucional, e pela matéria, com a inclusão de valores como os direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana e conflitos específicos entre comandos constitucionais de mesma hierarquia, e conflito geral quanto ao papel da Constituição.

O melhor exemplo desse constitucionalismo atual é a Constituição da República Federativa de 1988, uma Carta Política que não trata apenas da separação de poderes, ou

⁵ BITERCOURT NETO, Eurico. *Mandado de injunção da tutela de direitos sociais*. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 24-25.

⁶ 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*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 9-10.

⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p.44.

funções estatais e, sim, intervém diretamente na sociedade, na medida em que não há ramo do direito pátrio que deve ser lido sem a sua interpretação constitucional.

O rol do artigo 5º, da CRFB, não exaustivo, traz em seu bojo setenta e oito incisos e quatro parágrafos para disciplinar as cláusulas pétreas consubstanciadas nos direitos e deveres individuais e coletivos fundamentais, o que por si só, já traduz para a sociedade a necessidade da proteção do manto constitucional.

É importante dizer que a visão romanceada do constitucionalismo e, posteriormente, do mandado de injunção, deve servir para que se mantenham as esperanças numa sociedade mais equânime, na qual a maioria dos indivíduos possa ostentar a qualidade substancial de cidadãos com pensamento crítico sobre os direitos que lhes são assegurados na Constituição e pleitear a efetivação dessas normas, ao passo que o Poder Judiciário também deve se adaptar a sociedade moderna e complexa entregando-a um *mandamus injuntivo* eficaz e condizente com seus anseios.

A complexidade das relações humanas que, cada vez mais impunha situações fáticas ao direito que não possuía respostas legisladas, aliada à promulgação de uma Constituição dirigente e de caráter social, contribuiu para que surgisse, pela primeira vez, positivado no ordenamento jurídico brasileiro o mandado de injunção, pelo que cabe a reflexão se tal instituto é criação brasileira ou fruto de importação do direito alienígena.

Não há nada mais inconstitucional que a omissão legislativa, na medida em que ela subordina a concretização de um direito constitucionalmente garantido ao arbítrio do legislador ordinário, sendo inadmissível que a efetividade do texto de maior importância jurídica seja refém da vontade legislativa.

Neste sentido, em 1988 insere-se no ordenamento jurídico pátrio o mandado injuncional que, na doutrina defendida por Regina Quaresma, “é uma novidade constitucional

de origem estrangeira incorporada ao direito brasileiro”⁸, oriunda do direito anglo-americano. Isso porque, no *Common Law* quando há falta de regulamentação ou quando o sistema não protege a pessoa de forma plena, o juiz pode utilizar a *Equity* aplicando os princípios gerais de direitos fundados nos valores jurídicos⁹. A referida professora explica com mais profundidade a origem do instituto da seguinte forma:

Assim, para nós é no direito anglo-americano que repousam as origens remotas do nosso mandado de injunção, pois tudo indica que o Constituinte originário brasileiro transplantou para o direito interno um instituto baseado na equidade do direito. Uma análise da nova dicção constitucional comprova a tendência do constituinte de 1988 em conferir maiores poderes ao Poder Judiciário, como ocorre no direito anglo-americano. Parece-nos equívoco aceitar a tese de alguns doutrinadores que pontificam ser o mandado de injunção instituto original (de criação brasileira), ou, ainda, um derivado da ação de inconstitucionalidade por omissão portuguesa, variante da ação de inconstitucionalidade por omissão germânica, como pretende o STF.¹⁰

Na mesma visão doutrinária, encontra-se José Afonso da Silva¹¹ que, enquanto assessor da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, já defendia em artigo jornalístico publicado em 26 de setembro de 1988 que a origem do mandado de injunção está no direito anglo-americano, precisamente na Inglaterra do século XIV, fundada no juízo de equidade. José Afonso¹² chama o instituto de remédio constitucional e delinea que a principal diferença entre a figura originária e a brasileira é o mandado de injunção da *Common Law* ser classificado como mandatório e proibitório, com conteúdo de fazer ou não fazer alguma coisa.

Em posição diametralmente oposta encontra-se Hely Lopes Meirelles¹³, Celso Ribeiro Bastos¹⁴, Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁵, Luís Roberto Barroso¹⁶, entre outros,

⁸ QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 31.

⁹ *Ibid.*, p. 34.

¹⁰ *Ibid.*, p.32.

¹¹ SILVA, José Afonso da. Mandado de injunção, direito do cidadão. *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro. 26 set. 1988. p. 9. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/iten/id/104154>. Acessado em 14 set. 2008.

¹² *Idem*. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 100.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 29. ed. atual. e complem. de acordo com as Emendas Constitucionais, a legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e do STJ. São Paulo: Malheiros, 2006, p.210,

afirmando que o mandado de injunção previsto no art. 5º, LXXI, da CRFB, não é aquele instrumento utilizado pelos ingleses e americanos, sendo similar apenas no nome, visto que o *writ of injunction* teria objetivo mais amplo no direito da *Common Law*, sendo o instituto uma criação genuinamente brasileira, conforme prega Lucio Machado Campinho¹⁷, que refuta até uma inspiração do direito italiano.

A doutrina também encontra a origem do instituto no direito português, mas precisamente na inconstitucionalidade por omissão esculpida no artigo 283º/2 da Constituição da República Portuguesa de 1976, uma vez que tal artigo prevê que “quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente”¹⁸.

Ou seja, seria possível vislumbrar o nascimento do mandado de injunção no direito alemão, francês, até mesmo iugoslavo, e, com efeito, é possível inferir que a importação do instituto ocasionou significativas transformações a esse para que se pudesse amoldar ao sistema constitucional brasileiro, pelo que se compactua do entendimento de que é na Inglaterra onde reside o nascedouro mais próximo do mandado de injunção brasileiro, até mesmo porque é autorizado ao Judiciário superar a ausência de regulamentação do direito

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 222.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 276.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 253.

¹⁷ CAMPINHO, Lúcio Machado. Efetividade constitucional via mandado de injunção. *Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v.7, n.8, p. 171-190, jan./jun. 2006*. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24478>. Acesso em: 21 set. 2009. Nas palavras de Lúcio M. Campinho “A origem do mandado de injunção, apesar de alguns autores atribuírem sua inspiração no writ of injunction do direito inglês, que foi posteriormente incorporado ao direito norte-americano, é, na verdade, uma criação nacional, que merece uma maior atenção por parte dos estudiosos do tema e aplicadores do direito. A injunction inglesa não tem a finalidade de suprir omissões inconstitucionais, haja vista que seu sistema normativo não permite, pois não há supremacia formal constitucional. A mesma expressão utilizada no direito constitucional norte-americano visa obstar a interferência do poder público na ordem privada, ou seja, é uma ordem judicial dirigida à abstenção de fazer ou de continuar a fazer algo causador de dano irreparável. Manifesta, assim, a distinção de objetivos do injunction e do mandado de injunção, uma vez que este propicia o exercício de direitos constitucionais inviabilizados por falta de regulamentação. Situação semelhante é a do injuncione do direito italiano, que está inserido no regime processual como instituto voltado à decisão condenatória mais célere do que o estabelecido para o procedimento ordinário”.

¹⁸ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. Disponível em: http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/06Revisao/. Acesso em: 27 dez. 2009.

com a utilização da equidade¹⁹, utilizando o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

De toda forma, é inegável que o instituto possui delineio que só o direito brasileiro o conferiu, e se não é uma originalidade pátria, forçoso reconhecer que o sistema jurídico inovou na previsão do mandado injuncional porque objetiva atingir a omissão específica de direitos, ponto necessário para que se propague no Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana, e para esse ser alcançado é necessário que o indivíduo possa exercer seus direitos plenamente, inclusive os sociais, e o instituto em estudo é meio concretizador deste círculo jurídico e social. Registra-se que hoje o centro e destino do direito constitucional e administrativo são as pessoas, figura do direito público interno e internacional integrante da sociedade democrática e carente de efetivação de normas constitucionais. O mandado de injunção ressurgiu como instrumento concretizador de direitos para a pessoa.

A despeito de se considerar a natureza jurídica do mandado de injunção como uma garantia fundamental, uma vez que o instituto está localizado na CRFB, Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, pode-se dizer que a conclusão não é tão simplista.

Convencionava-se dar a natureza de ação constitucional consubstanciada em garantia instrumental de direitos que não podem ser exercidos por falta de norma regulamentadora por inércia legislativa.

Na verdade, a classificação moderna afirma que se trata de direito fundamental de natureza processual que visa a concretizar o exercício de direitos sociais e também das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania²⁰.

¹⁹ Neste sentido, vale dizer que a Constituição de 1988 é a pedra de fundamento da nova visão do Judiciário com juízes mais atuantes, não justiceiros, e sim indivíduos que buscam a efetividade utilizando institutos como a equidade, que ajuda a preencher requisitos na construção da democracia. Não custa lembrar que a sociedade brasileira enfrentou anos de império, início de uma república que não refletia os anseios do povo, ditadura da Era Vargas, vinte e um anos de ditadura militar. Isso só reflete a imaturidade da sociedade em encontrar a sua face democrática. São vários os fatores que culminam na omissão de normas regulamentadoras que impedem a plena fruição de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Isso é, a sua natureza processual faz com que ele se torne um meio de controle difuso da omissão legislativa inconstitucional, na medida em que seus efeitos são produzidos *inter partes*. Ao lado processual, encontra-se também a natureza de direito fundamental que objetiva extinguir a ausência de lei que torne inviável a fruição de uma posição jusfundamental ativa²¹.

O artigo 5º, inciso LXXI, da CRFB, dispõe que se concederá 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. Em melhor análise, ouse-se dizer que a Carta não tratou de conceituar o instituto e sim delineou em que ele poderia ser empregado, ou seja, em caso de omissões específicas.

Numa posição mais clássica, o mandado de injunção é o meio constitucional posto à disposição de quem considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania, CF, art. 5º, LXXI²².

Alexandre de Moraes explica que o mandado de injunção é uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, com o fito de suprir a omissão do Poder Público, para viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou prerrogativa prevista na Constituição, e visa, em seu aspecto maior, combater a síndrome de inefetividade das normas constitucionais²³.

Vale abrir um espaço para se dizer que a não efetividade de normas constitucionais é um caso histórico no Brasil. Pode-se tomar como exemplo que o controle de constitucionalidade foi positivado no artigo 59 da Constituição de 1891, sob a competência do

²⁰ BITERCOURT NETO, *op. cit.*, p.137.

²¹ *Ibid.*, p. 139.

²² MEIRELLES, *op. cit.*, p.259.

²³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.158.

STF, contudo houve a abstenção de criar mecanismos jurídicos infraconstitucionais para efetivar o exercício do controle de constitucionalidade.

Hodiernamente, as palavras que definem o instituto não se transmudaram, mas essas podem ser lidas como um direito fundamental do indivíduo de natureza processual, sendo uma ação constitucional, criada para sanar as omissões legislativas inconstitucionais que impedem ou dificultem o exercício de direitos constitucionais, sejam individuais, coletivos, difusos, políticos ou sociais²⁴, além daqueles inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Importante ressaltar que a omissão abrange a forma absoluta com a total ausência de normas, o que se torna cada vez mais difícil ante a produção legislativa brasileira, a parcial e o cumprimento imperfeito do dever de legislar²⁵.

Antes que se pudesse enraizar doutrina afirmando que o mandado de injunção não seria auto-aplicável por falta de lei regendo seu rito e por ironia dogmática, o STF no julgamento do MI nº 107 decidiu, de forma unânime, pela sua aplicabilidade imediata fundada no artigo 5º, 1º da CRFB, uma vez que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, regendo-se também pela lei 12.016/2009 do mandado de segurança e pelo Código de Processo Civil, o que se verá em momento oportuno do estudo.

Para que haja o cabimento do mandado de injunção é imprescindível que haja um direito previsto constitucionalmente e que não esteja sendo exercido pela ausência de norma regulamentadora, ou seja, o *writ* não se destina a suprir lacuna legislativa infraconstitucional, bem como quaisquer prerrogativas de caráter discricionário dos entes federativos^{26 27}.

²⁴ BARROSO, *op. cit.*, p. 253.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 107. Relator: Min. Moreira Alves. Publicado do DOU de 21 set. 1990.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 758. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. Publicado no DOU de 1 jul. 2008 - Na linha da nova orientação jurisprudencial fixada no julgamento do MI 721/DF (DJU de 30 nov. 2007), o Tribunal julgou procedente pedido formulado em mandado de injunção para, de forma mandamental, assentar o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre, após a égide do regime estatutário, para fins de aposentadoria especial de que cogita o § 4º do art. 40 da CF. Tratava-se, na espécie, de writ impetrado por servidor público federal, lotado, na função de

Na hipótese de o Poder Legislativo não cumprir sua função primordial, transformando sua omissão em afronta à CRFB, para manter o Estado Democrático de Direito deve o Judiciário por meio da doutrina e jurisprudência implementar direitos constitucionais fundamentais. Ressalta-se que não se prega a utilização de medidas provisórias judiciais ou a inversão do sistema de freios e contrapesos, na medida em que os efeitos atuais do mandado de injunção não podem servir para sobrelevar um dos Poderes, sob pena de se reviver uma ditadura.

O que se pretende é concretizar a democracia por meio da efetivação de direitos sociais, uma vez que o acesso a esses direitos é uma das formas de se criar cidadãos, elementos essenciais para o desenvolvimento do país. Nas palavras de Eurico Bitencourt:

O mandado de injunção serve à busca do necessário e possível equilíbrio entre, de um lado a) a dignidade da pessoa humana, que se concretiza por meio da titularidade e do exercício de direitos fundamentais, para o que se impõe um dever de assegurar sua máxima eficácia e, de outro lado, b) o pluralismo político, vertente do princípio democrático que impõe a primazia do legislador democraticamente legitimado na definição das escolhas primárias a partir da Constituição.²⁸

É por meio da recente jurisprudência do STF que o mandado de injunção renasceu e teve decisões definitivas quanto a sua finalidade, pois se no MI n.20 Ministro Celso de Mello

tecnologista, na Fundação Oswaldo Cruz, que pleiteava fosse suprida a lacuna normativa constante do aludido § 4º do art. 40, assentando-se o seu direito à aposentadoria especial, em razão do trabalho, por 25 anos, em atividade considerada insalubre, ante o contato com agentes nocivos, portadores de moléstias humanas e com materiais e objetos contaminados. Determinou-se, por fim, a comunicação ao Congresso Nacional para que supra a omissão legislativa.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 725. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 10 maio 2007 - O Tribunal, por maioria, não conheceu de mandado de injunção impetrado pelo Município de Nova Brasilândia do Oeste/RO, em que se alegava omissão legislativa referente à lei complementar federal prevista no § 4º do art. 18 da CF. Entendeu-se não haver direito ou prerrogativa constitucional do Município impetrante cujo exercício estivesse sendo obstaculizado pela ausência da referida lei complementar federal. Asseverou-se que o mandado de injunção há de ter por objeto o não-cumprimento de dever constitucional de legislar que, de alguma forma, afete direitos constitucionalmente assegurados. Portanto, possuem legitimação ativa para a impetração do writ os titulares de direitos subjetivos constitucionais relacionados às liberdades fundamentais, à nacionalidade, à soberania ou à cidadania. Ressaltou-se, ademais, que o § 4º do art. 18 da CF é norma de eficácia limitada que fixa reservas de lei e estabelece os requisitos mínimos para criação, fusão, desmembramento e incorporação de Município, mas não confere nenhum direito ou prerrogativa aos Municípios da Federação, e que esses requisitos perfazem um complexo procedimento que depende da intervenção direta de todos os entes da Federação e, assim, não se submete à autonomia municipal. Vencido o Min. Carlos Britto que conhecia do mandado de injunção para indeferi-lo.

²⁸ BITERCOURT NETO, *op. cit.*, p. 142 e 143.

apenas reconheceu o estado de mora (inconstitucional) do Poder Legislativo porque ainda não havia editado a lei disciplinadora do exercício do direito de greve no serviço público, no MI n. 712 o mesmo ministro decidiu que deveria se viabilizar o direito constitucionalmente previsto e entendeu pela aplicabilidade da lei de greve dos trabalhadores em geral, alterando substancialmente os efeitos do instituto.

2- PRINCÍPIOS NORTEADORES DO MANDADO DE INJUNÇÃO

É fundamental para a melhor compreensão de o instituto analisar quais são os princípios que o inspiram e conferem contornos a sua interpretação e objetivo do legislador ao inseri-lo no ordenamento jurídico pátrio. Segundo Canotilho²⁹, os princípios consagram os valores que fundamentam e justificam a ordem jurídica e o mandado de injunção permeia o Estado Democrático de Direito e reafirma a necessidade de conferir a máxima efetividade às normas constitucionais, mormente as carecedoras de regulamentação para a fruição de direitos sociais e prerrogativas constitucionais. Além disso, necessário discutir se o dogma do princípio da separação de poderes ainda resiste como fora criado ou se impõe uma releitura no seu conceito diante das omissões inconstitucionais.

2.1 Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito deve ser visto como o primeiro princípio norteador da forma de governo republicana adotada no Brasil, consagrado já no preâmbulo da Constituição Brasileira e no seu art. 1º³⁰, constituindo um manto que acoberta todos os direitos e deveres da sociedade. A localização topográfica do instituto na CRFB já demonstra se tratar de um princípio e fundamento na constituição de um país democrático, ou seja, é considerada a grama sobre a qual está a sociedade brasileira, mas não no sentido de ser

²⁹ CANOTILHO, *op. cit.*, p.1127 e 1128.

³⁰ Art. 1º - 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.

esquecida por uma construção futura, mas sim como a base estrutural de uma consciência política e filosófica que deveria guiar os rumos das funções dos Poderes.

Neste sentido, na lição de Luis Roberto Barroso³¹ tem-se que o Estado Democrático de Direito significa a conjugação de dois conceitos complementares e que não se confundem, quais sejam, o constitucionalismo e a democracia. Esta, em última análise, é definida classicamente como o governo do povo, sempre associada à forma de representação popular e ao voto nas eleições³², sendo certo que o Estado Democrático carrega consigo a noção de governo do povo³³. Contudo, é importante destacar que a democracia não pode se consubstanciar na ditadura da maioria e, aliada ao constitucionalismo, traduz, hodiernamente, a visão de acesso e concretização das normas constitucionais, sobretudo dos direitos fundamentais de segunda dimensão, os chamados direitos sociais, sendo indissociável o conceito de princípio democrático da Constituição³⁴.

Na verdade, na origem do Estado de Direito³⁵ o objetivo era a proteção do próprio Estado, sendo certo que as searas do direito constitucional e administrativo criavam institutos que sempre colocavam os interesses da coletividade acima de qualquer indivíduo. Tome-se como exemplo a possibilidade da Administração Pública rever seus atos a qualquer tempo e o antigo embate do poder discricionário e a efetivação de direitos fundamentais.

Diante do novo modelo constitucional de efetividade das normas, o chamado direito público passou a colocar o indivíduo como o centro e o destinatário dos seus serviços. Hoje, é

³¹ BARROSO. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87 e 88.

³² CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 103. “Sendo mais amplo, o princípio democrático pode ser assim enunciado: legitimadas para tomar as decisões fundamentais são as pessoas a quem elas afetam – *quo omnes tangit, ab omnibus approbetur*.”

³³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva: 1998, p.54.

³⁴ *Ibid.*, p.103.

³⁵ BARCHET, Gustavo. MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. *Curso de direito constitucional*. ed. atual. até a EC nº 53/2006. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 135. Na verdade, é importante dizer que o Estado Democrático de Direito é uma evolução do Estado de Direito, que colocava a lei como única fonte e instrumento apto a criar direitos, impor restrições e obrigações, o que se torna perigoso num país comandado por ditadores. O Estado Democrático de Direito a legitimidade da lei não se funda unicamente pelo seu processo legislativo, mas pelo seu conteúdo democrático de consonância aos anseios populares.

a pessoa o elemento principal do direito público interno e internacional, e, neste sentido, surgem instrumentos concretizadores de direitos para o indivíduo no qual o mandado de injunção é uma das figuras principais, pois a sociedade com a garantia de direitos sociais cumpre parte do requisito da democracia plena, indo além da escolha de representantes e solidificando o princípio da dignidade da pessoa humana para esses indivíduos.

Por consequência, fundar uma nação sob o princípio do Estado Democrático de Direito é mais que impor limite de poderes e garantir o voto popular é sim, difundir os valores de justiça, segurança jurídica e concretização de direitos constitucionais. De nada serve uma norma na Carta Política, ainda que considerada programática, se tal regra é distante da realidade social do país, pois se isto for ou a norma já nasceu defasada ou o legislador pode incorrer na omissão inconstitucional.

O que se pretende é ter o Estado Democrático de Direito que garanta ao cidadão não só o efetivo exercício dos direitos políticos, mas principalmente, social, cultural e econômico³⁶, ainda que para alcançar tal objetivo se utilize a ação injuncional para sanar qualquer omissão legislativa. Ou seja, intimamente ligado ao princípio da igualdade, já que é essencial na democracia que se visa construir a oportunidade de todos participarem e de terem acesso a direitos fundamentais, mormente os de segunda dimensão³⁷.

Nas ideias de Sérgio Sérulo³⁸, é necessário que se conjugue a legitimidade de origem com a legitimidade de exercício, isso é, funções do Estado voltadas para o povo com respeito às normas constitucionais, minorias e direitos fundamentais, formando o Estado Democrático de Direito, não a ditadura da maioria, mas um governo a favor de todos.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.213.

³⁷ CUNHA, *op. cit.*, p.104.

³⁸ *Ibid.*, p.109.

2.2 Separação dos Poderes Estatais

O princípio da separação dos poderes possui origens tão antigas que a forma mais ideal para expressá-lo é utilizar as palavras de Montesquieu, filósofo iluminista formulador da concepção a quem foi atribuída a ideia dessa divisão, “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”³⁹

A separação dos poderes, ou de suas funções, entre o Legislativo, Executivo e Judiciário legitima o próprio Estado Democrático de Direito, localizando-se no art.2º⁴⁰ da Constituição e se definindo como cláusula pétrea diante da sua combinação com o art. 60, §4º, III. Assim, diante de sentença ou acórdão de mandado de injunção que concretiza um direito social até então omitido pelo Legislador, questiona-se até que ponto foi ferido mencionado princípio. Há de ser ver que na divisão de funções estatais o ponto nodal é o controle recíproco no sistema de freios e contrapesos, sem que haja poder sem controle.⁴¹

Para Motta Filho⁴², o poder é uno e o povo é seu único titular, sendo certo que a Constituição estabelece a divisão do exercício das funções estatais, ou seja, legislativa, jurisdicional e administrativa, nas quais são exercidas com precipuidade, mas nunca com exclusividade.

É justamente na típica função legislativa que reside o conflito entre a omissão legislativa inconstitucional e a função do juiz de dar cor ao texto constitucional, mormente aos direitos fundamentais de segunda dimensão, prestacionais, ávido para serem concretizados. A

³⁹ MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 181.

⁴⁰ Art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁴¹ CUNHA, *op. cit.*, p.113.

⁴² BARCHET, *op. cit.*, p. 139.

chamada igualdade material entre os indivíduos para deixar de ser uma utopia necessita, obrigatoriamente, que alguém que exerça uma das funções atue de forma positiva para coibir a natureza natimorta de alguns direitos. Caso esta missão seja incumbida ao judiciário através de julgamentos de mandados de injunção, nada mais compatível com o espírito da Constituição de 1988 que a decisão de aplicar determinada lei ao caso concreto pendente de regulamentação legal. Tal fato não fere o princípio da separação de poderes, que deve ser flexibilizado como ocorre nas edições de medidas provisórias, bem como preserva a própria segurança jurídica, outro instituto que deve ser revisto à luz da atual ordem constitucional.

Diante da relação umbilical entre direito e sociedade, é certo que todo e qualquer instituto deve ser relido a cada tempo e lugar e o princípio da separação dos poderes não foge a esta regra, pois as diferentes realidades constitucionais exigem interpretações no sentido de efetivar os direitos previstos na Carta Política, “num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam”⁴³.

Confira-se um trecho do voto proferido pelo Min. Celso de Mello no mandando de injunção n. 284⁴⁴, que corrobora com a ideia da plena coexistência entre o *writ* injuncional e o princípio da separação de poderes:

⁴³ MENDES, *op. cit.*, p.220.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 284. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 26 jun. 1992. Segue a emenda. MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA JURÍDICA - FUNÇÃO PROCESSUAL - ADCT, ART. 8., PARAGRAFO 3. (PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA) - A QUESTÃO DO SIGILO - MORA INCONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO - EXCLUSAO DA UNIÃO FEDERAL DA RELAÇÃO PROCESSUAL- ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM" - "WRIT" DEFERIDO. - O caráter essencialmente mandamental da ação injuncional - consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - impõe que se defina, como passivamente legitimado "ad causam", na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia inconstitucional, ao qual e imputável a omissão causalmente inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional. No caso, "ex vi" do parágrafo 3. do art. 8. do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a inatividade inconstitucional e somente atribuível ao Congresso Nacional, a cuja iniciativa se reservou, com exclusividade, o poder de instaurar o processo legislativo reclamado pela norma constitucional transitória. - Alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconvivente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo "perigoso fascínio do absoluto" (Pe. JOSEPH COMBLIN, "A Ideologia da Segurança Nacional - o Poder Militar da America Latina", p. 225, 3. ed., 1980, trad. de A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), ao

O novo "writ" não se destina, pois, a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder.

Qual a intenção do constituinte originário ao inserir o mandado de injunção do art. 5º senão a ideia de concretizar direitos? Para que o instituto criasse independência não haveria outra saída sem a interferência, ainda que mínima, na função legislativa. Com efeito, não seria crível criar uma garantia constitucional para extirpar a omissão que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania para que o Judiciário atestasse tão somente a omissão e se mantivesse inerte, frustrando ainda mais o destinatário do direito.

Imperioso destacar a utilização das sentenças aditivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que reforçam a criatividade jurídica, que não suprimem partes do texto constitucional, mas adicionam nova interpretação mais consonante com o modelo constitucional atual na sociedade.

privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em "praxis" governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema ("O Futuro da Democracia", 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério. O novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta - consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais. A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5.), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão e essencial a caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de BOBBIO, como "um modelo ideal do governo público em público". - O novo "writ" constitucional, consagrado pelo art. 5., LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico "impõe" ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder. - Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se "prescindível nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, "desde logo", a possibilidade de ajuizarem, "imediatamente", nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.

Importante ressaltar que o estudo não visa defender o Estado babá⁴⁵, que trata seus cidadãos como seres incapazes e exigindo a necessidade desse legislador contumaz sobre a vida em sociedade. A reflexão ora proposta pretende demonstrar que os direitos sociais fundamentais, expressos na Constituição Federal, precisam ser concretos, ainda que se utilizem do Mandado de Injunção para tal, pois o que deve haver é a atuação legislativa no sentido de extirpar as omissões inconstitucionais, essa sempre acompanhada da responsabilidade fiscal, não dando azo a normas oníricas que prejudicam seus indivíduos e fundamentam a razão de ser das omissões na questão financeira da reserva do possível. O que se pleiteia é o mínimo necessário para efetivar a dignidade da pessoa humana e a atuação normativa voltada para cumprir a vontade do Poder Constituinte Originário. Porque quando uma das funções do Poder se omite, total ou parcialmente, surge para a outra seu dever suplementá-la, sob pena de legitimar a ausência anterior. Com efeito, não se defende a sobreposição de funções, algo que vai de encontro a essência democrática ora defendida, e, nesse mister, as ideias difundidas encontram apoio na utilização das sentenças aditivas.

2.3 Máxima Efetividade da Prestação Jurisdicional

Também conhecido como princípio da força normativa da constituição ou da efetividade da constituição, possui ideia essencial que a constituição é norma e dela se deve extrair o máximo de efeitos possíveis, sem que tudo fique ao sabor das regulamentações futuras do legislador. O princípio exige do intérprete constitucional maior força jurídica de suas normas, no sentido de reconhecer a eficácia de todos os elementos constitutivos.

⁴⁵ HARSANYI, David. *O Estado Babá* - como radicais, bons samaritanos, moralistas e outros burocratas tentam infantilizar a sociedade. Rio de Janeiro: Litteris, 2010, p. 10.

Com efeito, o princípio da máxima efetividade também pode ser relacionada a mudança jurisprudencial imposta pelo STF sobre a efetivação dos direitos sociais prestacionais, como saúde, moradia, que de normas simplesmente programáticas e sempre dependentes da boa vontade executiva para serem incluídas no orçamento, passaram a ser concretizadas através de decisões judiciais, rompendo-se o dogma da não intervenção judicial na discricionariedade administrativa, sob pena de violação da separação dos poderes.

O novo entendimento do STF sobre o próprio mandado de injunção é fundamentado, entre outros, pelo princípio da máxima efetividade, que deixou de existir apenas para orientar a hermenêutica constitucional dos pensadores do direito na interpretação da Constituição.

Sendo assim, é possível verificar essa posição concretista, que faz uso do conceito do princípio da máxima efetividade, na decisão monocrática do Min. Celso de Mello⁴⁶, com parte abaixo transcrita:

(...)

Impende enfatizar, neste ponto, que as omissões inconstitucionais do Poder Legislativo não podem ser toleradas, eis que o desprestígio da Constituição - resultante da inércia de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, ao mesmo tempo em que estimula, gravemente, a erosão da consciência constitucional, evidenciando, desse modo, o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelos Poderes do Estado.

(...)

busca neutralizar as conseqüências lesivas decorrentes da ausência de regulamentação normativa de preceitos inscritos na Carta Política e que, revestidos de eficácia limitada, dependem da intervenção concretizadora do legislador, para permitir o exercício efetivo de determinados direitos diretamente fundados no próprio texto constitucional.

Hoje, o princípio é a expressão do dever ser normativo e o ser da realidade social⁴⁷, ou seja, nas palavras de Luís Roberto Barroso é um mecanismo para enfrentar a insinceridade normativa e a violação negativa do texto constitucional⁴⁸.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 715. Decisão monocrática do Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 04 mar. 2005. Importante também destacar nesta decisão: isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público.

José Afonso da Silva⁴⁹também assinala que "ter uma Constituição promulgada e formalmente vigente; impende atuá-la, completando-lhe a eficácia para que seja totalmente cumprida".

É certo que o legislador tem o poder de criar ou não determinada lei, contudo quando a sua inércia fere a realização de comandos constitucionais estar-se-ia diante da omissão inconstitucional, o ponto nodal que o princípio da máxima efetivação pretende extirpar. Para tanto, utiliza o mandado de injunção, garantia que também estava sem utilidade prática, como um dos elementos para concretizar seus objetivos.

⁴⁷ BARROSO, *op. cit.*, p. 305.

⁴⁸ *Ibid.*, p.221 e 223.

⁴⁹ SILVA. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.226.

3-TEORIA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Para se definir a aplicação do mandado de injunção é fundamental a análise das normas constitucionais e a produção dos seus efeitos, uma vez que o *writ* injuncional tem como objeto sanar as omissões das normas programáticas com eficácia limitada que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. É certo que o instituto não é o único capaz de sanar as omissões inconstitucionais, pelo que é apresentada neste capítulo a teoria da omissão inconstitucional, originada na Alemanha, e que se consubstancia no Brasil através da utilização da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental e o próprio mandado de injunção.

3.1 Eficácia Limitada das Normas Constitucionais e o Mandado de Injunção

Após análise embrionária do mandado de injunção e seus princípios correlatos, é oportuno que se esclareça a partir de qual momento a omissão estatal de legislar passa a ferir os preceitos constitucionais e, recolhidos os requisitos para configurar essa inércia, atentar-se para a natureza da norma jurídica constitucional que almeja uma regulamentação infraconstitucional, analisando se ainda é cabível que faça diferenciações entre as normas da Carta Política para as suas concretizações.

É certo que para a propositura do mandado de injunção é necessária a caracterização da omissão legislativa que regulamente o exercício de direitos e liberdades constitucionais,

com amplitude de interpretação destes direitos para incluir os de origem social, ou para conferir concretude a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Diante disso, há um dever de ação legislativa do poder público, imposto pela própria Constituição, que não é cumprido, ou seja, “só há que se falar em omissão inconstitucional quando há o dever constitucional de ação”⁴⁷

Não é qualquer omissão legislativa que encerra a inconstitucionalidade passível de ser corrigida pelo Judiciário, mas sim àquela que afeta diretamente a eficácia de direitos fundamentais individuais e coletivos, ainda que fundados em normas de conteúdo programático⁴⁸. A teoria da omissão inconstitucional é um tema sobre o qual a atual doutrina constitucional debruça-se porque a supressão legislativa atinge direitos sociais, de segunda dimensão, e por consequência, a cidadania formal e material, que representa um dos elementos de formação do Estado Democrático de Direito. Não cabe mais o discurso que a sociedade brasileira vive no país do futuro, mas sim que essa escolheu seus representantes legislativos para concretizar a vontade do constituinte originário de forma a permitir a plena fruição de direitos, suprimindo omissões totais ou parciais.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já firmou posição no sentido de não tolerar as omissões inconstitucionais do Poder Legislativo porque o desprestígio e desvalorização da Constituição contribuem para a formação de um país sem identidade e carecedor de democracia, devendo haver séria repulsa à inércia governamental^{49 50}.

Configuram-se mais um ponto a favor da importância do Mandado de Injunção porque como se não bastasse ser de sua natureza extinguir as omissões inconstitucionais, visa, de forma precípua a concretizar o princípio democrático no Brasil, já que aquele indivíduo

⁴⁷ CUNHA JÚNIOR., *op.cit.* p. 124.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 29 abr. 2004

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 715. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 29 abr. 2004.

⁵⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p.217 e 218.

que tem um direito, cujo exercício é inviável por falta de norma regulamentadora, poderá ter a efetivação desse através do writ injuncional e tornar-se um cidadão pleno, completo em sua ordem subjetiva de direito, sem que ele tenha que aguardar a vontade legislativa por um tempo indefinido.

Assim, a omissão inconstitucional é quando há a ausência do dever constitucional de legislar. O Poder Constituinte Originário, em alguns casos, determinou que a eficácia daquela norma constitucional devesse ser regulada por uma lei infraconstitucional e isso não ocorre porque o legislador se omite no seu dever imposto pela Constituição Federal. Não é qualquer omissão, é deixar de fazer o que a Constituição Federal expressamente determinou que o legislador fizesse.

Lenio Luiz Streck⁵¹ sustenta que no Estado Democrático de Direito ocorre um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da Justiça Constitucional, ou seja, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Por sua vez, o Judiciário não pode ser a solução mágica para os problemas dos fracassos e insuficiência de políticas do bem estar social e igualmente não se pode sustentar a república dos juízes. Como o Estado fez a opção de uma atuação intervencionista, visando uma sociedade mais justa com a erradicação da pobreza, por exemplo, esperava-se que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem os programas especificados na Constituição Federal. Contudo, a Constituição não está sendo cumprida, e, nessa ausência do cumprimento do Estado Democrático de Direito, surge para o Poder Judiciário o dever de instrumentalizar o resgate dos direitos não realizados, com todos os cuidados que isso implica como a atual discussão sobre a violação direta ao princípio da separação de poderes.

Surge para o direito constitucional a questão se, desta forma, o Poder Judiciário não violaria frontalmente o princípio da separação dos poderes, porque, em princípio, o Judiciário

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica constitucional e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 52.

não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária pelo legislador da incumbência constitucional.

No entanto, doutrinadores como Andreas Joachim Krell⁵², pregam que cada vez mais necessário rever o dogma da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, uma vez que o Poder Legislativo e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional aos preceitos constitucionais.

Não é demais ressaltar que o Estado Democrático de Direito tem como subprincípio a segurança jurídica que clama por estabilizar as situações sociais, envolve a tutela de valores como a previsibilidade de condutas e a proteção da confiança no ordenamento. A omissão, como antagonista à segurança jurídica, reflete a intranquilidade quanto ao exercício do direito ou regulamentação da norma, distanciando o indivíduo da primazia da Constituição.

Como requisitos da configuração da omissão inconstitucional, tem-se a necessidade de mora legislativa injustificada no decurso do tempo, aliada a uma violação direta e certa à preceito constitucional, devendo essa norma ser de eficácia limitada⁵³. Conta-se com mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal o que justificaria tempo suficiente para a elaboração de leis necessárias a efetivar a norma de eficácia limitada, transparecendo que, hoje, falta vontade legislativa e não ocasião a justificar a demora na edição da lei supridora da omissão inconstitucional.

⁵² KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 22 e 23.

⁵³ *Ibid.*, p. 126.

No que tange a mora, confira-se parte da decisão monocrática no Mandado de Injunção n. 715⁵⁴, que esclarece a caracterização da inércia:

É por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MI 361/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE (RTJ 158/375), enfatizou esse específico aspecto da questão, em decisão que restou consubstanciada, no ponto, em acórdão assim ementado: "Mora legislativa: exigência e caracterização: critério de razoabilidade. A mora - que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa -, é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da Lei Fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar."

Cabe a reflexão da permanente necessidade de estudo da natureza jurídica das normas constitucionais quanto a sua eficácia em todos os trabalhos monográficos sobre o controle das omissões inconstitucionais. Já não seria claro o suficiente que os mecanismos para a supressão da omissão somente poderia agir sobre normas que clamam por uma regulamentação? E porque uma Constituição com claro intuito dirigente e rígido como a brasileira aceita que suas diretrizes sejam concretizadas de acordo com a vontade legislativa? Ao investigar tais questionamentos, chega-se a vertente que, muito embora a Carta Política tenha características de rigidez, tal fato se liga a forma de sua alteração norma principal que irradia por todo o ordenamento jurídico, que pelos acompanhamentos de emendas editadas já se demonstrou claro não ser esse fator tão austero. E não há que se falar em submissão da concretização do desejo do Poder Constituinte Originário ao legislador infraconstitucional, uma vez que se todas as normas fossem plenamente aplicáveis não haveria porque ter a criação dos controles de omissão inconstitucional.

Ressalta-se que José Afonso da Silva já vislumbrava que todas as normas constitucionais possuem eficácia, ainda que nem todas sejam aptas, por si só, de produzirem

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 715. Decisão monocrática do Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 04 mar. 2005.

efeitos sem uma normatividade infraconstitucional ordinária ou complementar⁵⁵. Com efeito, não pode se aventar a possibilidade de criação de uma norma constitucional sem que essa seja um mero aconselhamento ou letra vazia no texto, aceitando que a diferença entre elas ocorra quanto ao grau de aplicabilidade total, parcial ou pendente de providências além do texto constitucional.

Nesse ponto, cabe abrir uma discussão sobre a classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia, tema debatido entre alguns doutrinadores como Vezio Crisafulli⁵⁶, José Afonso da Silva⁵⁷, J. H. Meirelles Teixeira⁵⁸, Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito e Maria Helena Diniz⁵⁹. No Brasil, a doutrina de José Afonso foi a mais difundida e aceita entre os constitucionalistas, sendo certo que o autor defende a classificação das normas constitucionais quanto ao grau de eficácia e aplicabilidade da seguinte forma: plena, contida, limitada ou reduzida, devendo essa última ser subdividida em normas de princípios institutivos ou organizativo e normas de princípios programáticos⁶⁰.

A norma constitucional de eficácia plena, como a própria denominação já indica, é aquela que não depende de qualquer regulamentação para a completa fruição do direito e todos os seus efeitos já se dão com a vigência da Constituição Federal, ao passo que a norma de eficácia contida possui eficácia plena até que haja uma lei infraconstitucional ou até mesmo Emenda Constitucional que a regule e restrinja o direito nela descrito⁶¹.

Foi da vontade do legislador constituinte originário que o texto da Carta Política contivesse normas que dependeriam de legislação infraconstitucional para adquirirem eficácia imediata, por isso a instituição de normas limitadas. Repita-se que as normas limitadas

⁵⁵ SILVA, *op. cit.*, p.82.

⁵⁶ CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio* Milano:Giuffrè, 1952, *apud* José Afonso da Silva, *op. cit.*, p.82.

⁵⁷ SILVA, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁸ TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991, p.315-316.

⁵⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p.35-39.

⁶⁰ SILVA, *op. cit.*, p. 81

⁶¹ *Ibid, op. cit.*, p. 82

subdividem-se⁶² em definidoras de princípio institutivo ou organizativo, sendo aquelas que dispõem quanto a organização e estrutura dos poderes estatais⁶³, e de princípios programáticos, geralmente destinadas a atender interesses econômicos e sociais e seus objetivos serão complementados com lei infraconstitucional⁶⁴.

As normas de eficácia limitada programáticas são alvos dos mandados de injunção porque estão insculpidas na Constituição Federal no sentido de regularem direitos sociais, cidadania, tomando-se como exemplo dessas os artigos 7º, incisos XX e XXVII; 37, inciso VII; 40 e parágrafo 4º, 173 e parágrafo 4º; 216 e parágrafo 3º⁶⁵.

Por outro lado, as normas programáticas não podem se converter em promessas constitucionais inconstitucionais, senão o Poder Público fraudaria a expectativa nele depositada. Hodiernamente, não se cogita mais a hipótese que as normas de eficácia limitada de conteúdo

⁶² SILVA, *op. cit.*, p.82

⁶³ MENDES, *op. cit.*, p.96

⁶⁴ *Ibid.*, p.93

⁶⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (...)

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...)

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Art. 216 Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

§ 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

programático são apenas inspirações para o legislador infraconstitucional, de forma que não seria possível a sua aplicação concreta⁶⁶.

O Poder Judiciário mantém-se num impasse porque de um lado existe a sociedade carente de realização de direitos e, de outro, a Constituição Federal que garante esses direitos. E, geralmente, as normas constitucionais limitadas traduzem direitos sociais, questionados principalmente através de Mandado de Injunção.

O fenômeno da inconstitucionalidade por omissão traduz a inversão do raciocínio jurídico tradicional. A imperfeição, o vício e a deformidade não estão mais na Constituição, muito menos nas normas constitucionais de eficácia limitada dependentes de legislação, mas se encontram fora dela, ou seja, na falta de ação do Poder Legislativo ao negar cumprimento à ordem constitucional⁶⁷.

Aliado a isso, tem-se a alegação por esse Poder Público da reserva do possível, principalmente em sede de efetivação e implementação sempre onerosas dos direitos de segunda geração, cujo adimplemento pelo Poder Público impõe e exige prestações estatais positivas concretizadoras dessas prerrogativas individuais e coletivas⁶⁸.

A utilização do princípio da reserva do possível para se escusar de cumprimentos de direitos sociais encontra lugar na alegação que não é a função principal do Poder Judiciário a atribuição de formular e programar políticas públicas que despendam gastos. Indevidamente,

⁶⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4. ed. t.1. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p.218. Nas palavras do doutrinador, percebe-se a visão mais antiga das normas de eficácia limitada programáticas, o que não mais se justifica na atual sociedade brasileira. Confirma-se: “São de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comando –regras, explicitam comando-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestida de plena eficácia(e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou qualquer cidadãos a invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados”

⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev.. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 179.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 29 abr. 2004

não pode o Estado manipular a sua atividade financeira para criar obstáculos para manter a sua omissão legislativa de concretização dos direitos prestacionais.

Por conseguinte, resolver a omissão inconstitucional é efetivar o princípio do mínimo existencial que reza a dignidade da pessoa humana.

O Supremo Tribunal Federal tem rebatido em sua jurisprudência que a reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, expressão aberta e sem demais palatividade, não poderia ser invocada pelo Estado para legitimar o seu descumprimento constitucional.

Com efeito, a limitação dos recursos estatais é um fato e o Poder Judiciário não pode ignorá-la, contudo, deve sempre ressaltar que a finalidade do Estado ao obter os recursos é utilizá-los na forma de prestação de serviços para realizar o preceito constitucional.

Consequentemente, o mandado de injunção visa neutralizar as consequências nefastas da ausência legislativa que deveria regulamentar os preceitos constitucionais revestidos de eficácia limitada que inviabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais nos termos do artigo 5º da CF, uma vez que para a efetivação de direitos nelas insculpidos há uma dependência necessária da vontade legislativa. Ou seja, não se presta o *writ* injuncional a sanar qualquer omissão e sim nos termos delimitados acima.

É certo que o próprio Mandado de Injunção foi alvo de questionamento quanto a sua aplicabilidade no julgamento do MI nº 107, uma vez que o Ministério Público Federal alegou que o instituto possui natureza de norma constitucional com eficácia limitada e não poderia ser utilizado por falta de lei regulamentadora, sendo certo que o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de sê-lo auto-executável com a utilização analógica da lei do mandado de segurança.

3.2 Diferenças entre o Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Como já destacado, a omissão legislativa gera a insegurança jurídica, minando a realização do Estado Democrático de Direito e processo de concretização da Constituição. Essa inação trouxe para o processo constitucional um desconforto, fazendo com que os juristas alemães desenvolvessem a Teoria da Omissão Inconstitucional⁶⁹.

Gilmar Ferreira Mendes explica o nascimento germânico dessa teoria, e nas suas palavras, o tema recebeu contornos iniciais de “quase uma excentricidade do modelo constitucional desenvolvido a partir da promulgação da lei Fundamental de Bonn”.⁷⁰ A teoria era considerada um delírio jurídico porque não se podia conceber ao Estado a imposição e dever de editar uma norma⁷¹, uma vez que esse possuía uma existência superior a qualquer de seus cidadãos.

Com a Lei Fundamental alemã de 1949 foi introduzida a vinculação do legislador ao sistema constitucional, mormente aos direitos fundamentais, germinado o dever de concretização desses direitos, sendo certo que o ordenamento jurídico alemão não possuía ações específicas para o controle judicial da omissão⁷². Gilmar Mendes ressalta, contudo, que Otto Bachof sustentasse responsabilização do Estado, esse rejeitava o pleito de edição de lei por considerá-lo “incompatível com o princípio da separação dos poderes”⁷³.

O doutrinador continua elucidando que a Corte Constitucional Alemã procurou encontrar uma solução que não aviltasse o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático, de forma que foi desenvolvida por essa Corte a técnica de declaração de

⁶⁹ MENDES, *op. cit.*, p.1346.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*, p.1346 e 1347.

⁷³ *Ibid.*

inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade nos casos de omissão inconstitucional, uma decisão de caráter mandamental que tem força em face do legislador para sanar a omissão inconstitucional com a possível presteza⁷⁴.

A Teoria da Omissão Inconstitucional é tema de discussão recente no Brasil, ainda que as ações para a sua correção já tenham ingressado no ordenamento jurídico pátrio desde 1988. O fato é que a omissão inconstitucional se revela de formas diversas pelo Texto Magno Federal necessitando que haja institutos no seu combate, sendo necessário distingui-los ainda que o tema principal do estudo seja a visão do Mandado de Injunção como elemento de concretização democrática. Ao lado dessa ação constitucional podem-se identificar outras duas fundamentais para sanar a ausência do dever constitucional de legislar, mas que com ela não se confunde, destacando assim, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Em comum, todas essas ações surgiram no Brasil com o texto constitucional de 1988 e possuem a mesma discussão sobre a sua origem, se genuinamente brasileira ou importação do direito alienígena. Ocorre que todas têm como característica carregar a chamada justiça da equidade, o que remonta ao art. 4º⁷⁵ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. E o direito tem a pretensão de regular todas as situações relevantes para o convívio social, ainda quando não haja norma específica. Por isso, há previsão dos métodos de integração da ordem jurídica e as ações contra a omissão inconstitucional.

Pode-se definir o Mandado de Injunção como ação constitucional, prevista no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, que objetiva sanar omissões legislativas sempre que houver falta de norma reguladora de uma previsão constitucional, que inviabilize o exercício

⁷⁴ *Ibid.*, p.1348. O nome conferido a técnica de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade é *Unvereinbarerklärung*, de acordo com a referência citada.

⁷⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, D.O de 09 set.1942. Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Por seu turno, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental possui como fundamento filosófico o reconhecimento que o papel do Estado e do Direito numa sociedade democrática é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo para que esse realize os seus projetos pessoais lícitos⁷⁶.

Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão objetiva concretizar a norma constitucional de eficácia limitada, já se diferenciando do mandado injuntivo que pretende a viabilidade de direitos e não da norma em si.

Tal propósito é facilmente percebido quando se coloca que o mandado de injunção busca tutelar um direito subjetivo, ligando ao exercício desses, ao passo que a ação de omissão de refere ao direito objetivo da efetividade normativa e abstrata.

Importante ressaltar que as ações constitucionais de combate a omissão legislativa proporcionam que todos os indivíduos tenham acesso a seus direitos, e, em alguns casos, sanar discriminações odiosas conferidas a outros cidadãos⁷⁷, viabilizando, assim, o princípio da liberdade e impedindo a ditadura da maioria, tão combatida na democracia atual. A hodierna sociedade complexa exige medidas específicas e fundadas em ações imbuídas de justiça de equidade para concretizar os direitos plurais e, por consequência, a democracia brasileira.

Conferindo um olhar mais próximo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, vê-se que o instituto é de competência exclusiva do Supremo Tribunal federal e está regulado na Constituição Federal no artigo 103, *caput* e seu parágrafo segundo, percebendo-se

⁷⁶ BARROSO. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf. Acessado em 29 abr. 2011.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132. Relator: Min. Ayres Britto. Publicado no DOU de 13 maio 2011. A citada ADPF 132, instrumento de combate a omissão inconstitucional, visava a interpretação conforme à Constituição Federal de artigos do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro para conferir o mesmo tratamento à união estável de servidores homoafetivos em comparação com a tutela juridicamente conferida à união estável dos servidores heterossexuais.

que os legitimados ativos para a sua propositura são os mesmos destinados a propor a ação direta de inconstitucionalidade genérica, visto que ambas são partes do sistema de controle de constitucionalidade abstrato, bem como a finalidade da ação é dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, sendo a omissão sanável por órgão administrativo, um prazo de 30 dias.

O objetivo do controle abstrato da omissão é dar plenitude a norma constitucional⁷⁸, realizando o desejo do Poder Constituinte Originário, defendendo a norma fundamental da omissão⁷⁹, sem que haja um interesse específico e individual, mas concretizando as normas constitucionais de eficácia limitadas programáticas. É possível que também que seja sanada a omissão administrativa que afete a efetividade constitucional.

Com o advento da Lei 12.063/2009⁸⁰, que alterou a Lei 9.868/1999⁸¹, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ganhou regulamentação e delineios mais claros na questão processual, tais como a legitimidade para a sua propositura, a possibilidade de decretação de medida liminar em seu bojo e a não admissibilidade de desistência da sua propositura. Percebe-se que somente após 21 anos da promulgação da Constituição Federal é que foi sanada a omissão na regulamentação da ação que visa justamente esse combate.

No tocante a arguição de descumprimento de preceito fundamental, essa é análoga às ações diretas, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. É o instituto que visa corrigir a ação ou omissão do Poder Estatal e possui o controle restrito às normas constitucionais de preceito fundamental, cabendo quando há ameaça ou violação a tais preceitos, ato do Poder Público capaz de lesionar os direitos

⁷⁸ PIOVESAN. *op cit.* p.112.

⁷⁹ MENDES, *op. cit.*, p.1349.

⁸⁰ BRASIL. Lei 12.063 de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de novembro de 1990.

⁸¹ *Idem.* Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 de outubro de 2009.

fundamentais e inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, possuindo, assim, um caráter subsidiário às outras ações do controle de constitucionalidade.

Através da arguição é possível cuidar do controle abstrato da omissão inconstitucional e da inconstitucionalidade, por ação ou omissão, das leis municipais.

Ainda se questiona qual o alcance da expressão preceitos fundamentais⁸², pelo que a doutrina⁸³ resolveu delimitar nos fundamentos e objetivos da República, consubstanciada nos artigos 1º ao 4º da Constituição Federal, as cláusulas pétreas dispersas pelo texto constitucional e os princípios constitucionais sensíveis localizados no artigo 34, inciso VII, e suas alíneas, do Texto Magno Federal, porque a violação destes pode encerrar a intervenção no Estado.

Determina o artigo 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.882/1999, que regula a arguição, a garantia da supremacia dos preceitos constitucionais fundamentais e mecanismos de controle de qualquer omissão ou ação do Poder Público, seja através de ato normativo, não normativo, abstrato, concreto, anterior ou posterior a Constituição Federal de 1988, de natureza federal, estadual, municipal, advindo do Legislativo, Executivo ou Judiciário.

Isso é, a arguição de descumprimento de preceito fundamental também se destina a extinguir a omissão inconstitucional na medida em que é possível que direitos fundamentais não estejam sendo interpretados ou aplicados conforme o texto constitucional prevê, podendo gerar um desequilíbrio entre a sociedade e o Estado⁸⁴.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 33. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 16 dez. 2005. Transcreve-se parte do voto do Ministro relator que destaca a questão do alcance da expressão “preceitos fundamentais”: É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, §4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros 9art. 34, VII).

⁸³ MENDES, *op. cit.*, p.1336.

⁸⁴ CUNHA JÚNIOR, *op cit.*, p.582.

Assim, ainda que o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental façam parte da doutrina brasileira da Teoria da Omissão Inconstitucional, os institutos não se confundem.

Enquanto o mandado injuntivo visa a tutelar direito subjetivo e a inviabilidade do direito, as outras ações estão contempladas no controle abstrato e, portanto, direito objetivo, sendo certo que a arguição tem o chamado controle incidental-concentrado⁸⁵ protegendo, exclusivamente, preceitos fundamentais constitucionais, enquanto que a ação direta visa dar plena eficácia à norma da Carta Magna.

Já no julgamento do primeiro mandado de injunção determinou o Supremo Tribunal Federal a sua auto-aplicabilidade, com a parte processual amparada pela lei do mandado de segurança, enquanto que as demais ações necessitaram de lei específica para sua adequada delimitação processual.

Os efeitos também se distinguem porque pertencendo ao controle abstrato a ação de inconstitucionalidade por omissão e a arguição tem em suas decisões o caráter *erga omnes*, e, como será analisado no capítulo subsequente, devido a teoria adotada pelo Supremo, o mandado de injunção possui efeito *inter partes* em sua nova configuração jurisprudencial

O mandado de injunção objetiva garantir o exercício do direito conforme descrito no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal, enquanto que o fim da ação é provocar o Poder competente ou o órgão administrativo, dando-lhe ciência da omissão para saná-la, tornando efetiva a norma constitucional.

⁸⁵ *Ibid.*, p.579.

4- A NOVA DIMENSÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Com o estudo sobre a ação constitucional do mandado de injunção, faz-se necessário tecer comentários sobre a sua modificação jurisprudencial que conferiu novas tintas ao *mandamus* e alterou, substancialmente, as consequências advindas da sua procedência. Antes, a sentença do instituto possuía natureza declaratória, ao passo que desde outubro de 2007 a decisão transmudou-se para mandamental, o que será abordado nos tópicos a seguir.

4.1 Teoria Abstrata e Teoria Concretista

Desde a entrada em vigor do atual texto constitucional, a doutrina alegava que o mandado de injunção era um instituto natimorto porque não via efeitos na sua aplicabilidade afirmando que o previsto pelo Poder Constituinte Originário não foi compreendido pela classe jurídica. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal se limitou a não deter atenção ao instituto⁸⁶, comparando-o por muitas vezes com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e conferindo efeitos idênticos a institutos de naturezas distintas, conforme estudado no capítulo anterior.

Havia uma esperança na comunidade jurídica com o ingresso do instituto no ordenamento pátrio porque ele seria utilizado para quebrar a contumaz inércia legislativa. Mais que isso, o mandado de injunção seria o veículo pelo qual a democracia embarcaria rumo ao seu efeito concreto no Brasil. O país engatinhava no modelo democrático após anos

⁸⁶ BARCHET, *op cit.*, p.289.

de regime ditatorial e a sociedade urgia por alterações que não fossem meras promessas de direitos e sim, a plena realização desses interesses carecedores de exercícios.

Restou demonstrado com a história jurisprudencial que o instrumento não surtiu o efeito desejado e frustrou a sua verdadeira essência democrática⁸⁷⁸⁸. De outra forma, a mesma jurisprudência consagrou a utilização do mandado de injunção na sua forma coletiva, uma vez que a Constituição Federal não a previu⁸⁹.

Sobre o tema, Lenio Luiz Streck reflete que há uma crise de modelo do Direito, que se preocupa com os conflitos individuais sem perceber a sociedade moderna e repleta de interesses jurídicos transindividuais. Isso leva a dificuldade da comunidade jurídica de enfrentar os direitos coletivos, difusos e institutos introduzidos pela Constituição Federal como o mandado de injunção, ação que por muitos anos foi relegada a mera coadjuvante da ação direta de inconstitucionalidade e, ainda com a virada jurisprudencial, tem-se muito pouco da sua verdadeira essência ao considerar a expectativa que dele se esperava⁹⁰.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 477. Relator: Min. Moreira Alves. Publicado no DOU de 26 out. 1995. Ementa - O limite previsto no art. 192, § 3º, da CF (taxa de juros reais não superiores a 12% a.a.) refere-se a créditos concedidos por instituições financeiras, não a encargos moratórios cobrados pelo atraso no pagamento de contribuições sociais. Mandado de injunção não conhecido, vencidos os Ministros Néri da Silveira, relator, e Marco Aurélio.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 595. Relator: Min. Carlos Velloso. Publicado no DOU de 17 mar. 1999. Ementa - Constitui pressuposto do mandado de injunção a existência de um direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência da norma infraconstitucional reguladora (CF, art. 5º, LXXI). Com esse entendimento, o Tribunal negou provimento a agravo regimental contra decisão que negara seguimento a mandado de injunção que se fundava na omissão do STF na atualização de seu Regimento Interno e na edição de Súmulas em geral. Considerou-se, ainda, que é constitucional a atribuição conferida ao relator para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do colegiado (RISTF, art. 21, § 1º, Lei 8.038/90, art. 38 e CPC, art. 557, na redação da Lei 9.756/98). Precedente citado: MI (AgRg) 375-PR (RTJ 139/53). MI (AgRg) 595-MA, rel. Min. Carlos Velloso, 17.3.99.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 102. Relator para acórdão: Min. Carlos Velloso. Publicado no DOU de 12 fev. 1998. Ementa - Por maioria de votos, o Tribunal reconheceu a legitimidade ativa de entidades sindicais para a propositura de mandado de injunção coletivo, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos constitucionais de seus membros. Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, que não admitia o mandado de injunção coletivo do impetrante, Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Pombos-PE, por entender que a referida ação trata de direitos individuais. Precedentes citados: MI 20-DF (DJU de 22.11.96), MI 73-DF (DJU de 19.12.94); MI 361-RJ (RTJ 158/375). Prosseguindo no julgamento, o Tribunal julgou prejudicado o mandado de injunção pela superveniência de medida provisória disciplinando o art. 7º, XI, da CF, objeto da ação.

⁹⁰ STRECK, *op. cit.*, p. 34 e 35.

Assim sendo, nos julgamentos dos mandados de injunção, o Supremo Tribunal Federal filiou-se a chamada Teoria Abstrata ou Não Concretista para regular os efeitos do instituto, adotando-a de forma majoritária para determinar que o papel destinado ao Poder Judiciário seria o de reconhecer a inércia legislativa, ainda que inconstitucional, e de comunicar a omissão ao órgão competente para a edição da norma que viabilizaria o exercício dos direitos destacados no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal.

Registra-se a emenda do acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal que caracteriza essa posição não concretista no instituto⁹¹:

MANDADO DE INJUNÇÃO. NATUREZA. O MANDADO DE INJUNÇÃO NEM AUTORIZA O 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: MAS, NO PEDIDO, POSTO QUE DE ATENDIMENTO IMPOSSÍVEL, PARA QUE O TRIBUNAL O FAÇA, SE CONTEM O PEDIDO DE ATENDIMENTO POSSÍVEL PARA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO NORMATIVA, COM CIÊNCIA AO ÓRGÃO COMPETENTE PARA QUE A SUPRA. CRÉDITOS JUDICIAIS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: PAGAMENTO PARCELADO (ADCT, ART. 33): FACULDADE DO PODER EXECUTIVO. O ART. 33 DO ADCT DE 1988 NÃO OUTORGOU DIREITO AO CREDOR DA FAZENDA PÚBLICA AO PAGAMENTO PARCELADO NELE PREVISTO, AO CONTRÁRIO, COMO FACULDADE DO PODER EXECUTIVO COMPETENTE, EXTINTA COM O TRANSCURSO DO PRAZO DECADENCIAL DE 180 DIAS SEM DECISÃO A RESPEITO; A OMISSÃO DELA, POR CONSEQUENTE, NÃO DA MARGEM A MANDADO DE INJUNÇÃO.

Ainda que essa posição não seja merecedora de atuais elogios e carregue uma tímida posição da Corte, é preciso analisar que havia um fundado receio de esmagar o princípio da separação de poderes, tão caro na recente democracia brasileira, revelando que o zelo inicial também demonstrava que o Poder Judiciário confiou ao Legislativo a sua expectativa de cumprimento do dever constitucional de não se omitir. Era preciso que o ordenamento jurídico aceitasse que era uma questão de tempo para a elaboração legislativa das normas regulamentadoras e não cabia aos juízes impor, desde logo, a atuação dos outros Poderes.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 168. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DOU de 20 abr. 1990.

Contudo, havia um clamor para a alteração na utilização do mandado de injunção devido à clara ineficácia dessa ação constitucional. Importante relacionar que o direito está umbilicalmente ligado à sociedade e ainda que as relações sociais evoluam de forma mais rápida que as jurídicas, aquelas devem sempre ser objeto de observância do Poder Judiciário.

Após dezenove anos de vigência da Constituição Democrática, foi no julgamento dos mandados de injunção números 670 e 708 ⁹²⁹³em que se discutia a omissão legislativa presente no artigo 37, VII, da Constituição Federal, na fruição do direito de greve pelo servidor público, o Supremo Tribunal Federal reviu seu entendimento quanto a eficácia das decisões no *writ* injuncional, alterando o entendimento da Teoria Não Concretista e filiando-se à denominada Teoria Concretista Geral, segundo a qual o Poder Judiciário, através de uma decisão de natureza mandamental, teria o direito de declarar a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementar o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobreviesse regulamentação do poder competente.

Essa decisão representa um marco na virada jurisprudencial do mandado de injunção que passou de instituto coadjuvante e esquecido pelo direito brasileiro a elemento

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 670. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 25 out. 2007. EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n. 708. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 25 out. 2007. EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

concretizador da democracia no país. Inegável ressaltar o posicionamento liberal da Corte Constitucional porque permitiu que a decisão proferida nos citados *mandamus* fosse carregada de efeitos *erga omnes* até a efetiva cobertura da lacuna inconstitucional pelo Poder competente, não mais declarando a mora, mas exigindo o cumprimento da ordem judicial.

A doutrina divide a Teoria Concretista em dois grandes grupos, quais sejam a Concretista Geral e a Concretista Individual, que por sua vez subdivide-se em Concretista Individual Direta e Concretista Individual Intermediária.

Teoria Concretista Individual intermediária reza que a decisão judicial somente produzirá efeitos *inter parte*, ou seja, beneficiando apenas o autor da ação, que poderá exercer plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional, após a fixação e a observância de um prazo razoável para que o Congresso Nacional elabore a norma regulamentadora. Após o transcurso do tempo dado para suprir a lacuna e a continuidade da inércia, caberá ao Poder Judiciário fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor.

Hoje encampada pelo Supremo Tribunal Federal, a teoria concretista individual direta, permite ao judiciário a implementação da eficácia da norma constitucional limitada ao impetrante, o qual terá seu pleito satisfeito imediatamente, sem necessidade da observância de qualquer prazo pelo Poder Legislativo competente, sempre com efeitos *inter partes*, sem a possibilidade de extensão destes efeitos a outros indivíduos ou grupos de indivíduos, ainda que se encontre em situações semelhantes ou idênticas, casos em que se fará necessária a propositura de novo mandado de injunção.

De acordo com posicionamento destacado no primeiro capítulo, o mandado de injunção pode ser considerado um direito fundamental de natureza processual e instrumento de controle de constitucionalidade na via difusa, ou seja, aquele conferido a uma pluralidade

de órgãos e pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, inclusive o Supremo Tribunal Federal, observando as regras de competência.

No constitucionalismo brasileiro, é comum verificar a cumulação numa única ação do controle difuso e concreto, onde seus efeitos apenas atingirão os sujeitos daquela relação jurídica e a consequência advinda da decretação de inconstitucionalidade é a não aplicação da norma impugnada no processo em questão, incidência afastada casuisticamente, semelhante a teoria concretista individual direta aplicada no Mandado de Injunção.

Ocorre que há uma tendência jurisprudencial com a chamada abstrativização do controle difuso, quando o próprio Supremo ao julgar o processo, ou no caso estudado o *writ* injuncional, decreta em caráter incidental a inconstitucionalidade do ato normativo ou a omissão inconstitucional e, independente de comunicação ao Poder Legislativo, concretiza o direito ao cidadão, podendo até aplicar a modulação dos efeitos nas decisões, conforme o artigo 27 da Lei n. 9868/1999⁹⁴.

Neste sentido, o controle difuso deixa de ter o caráter marcadamente subjetivo para assumir a função de defesa da ordem constitucional objetiva, levando consigo as decisões proferidas em sede de mandado de injunção.

Com isso, fica a questão de qual será a teoria adotada pelo Supremo nos julgados futuros de Mandados de Injunção, isso é, conferir-se-á o efeito *inter partes* ou será adotada a objetivação do controle difuso e a corte constitucional regressará em o efeito *era omnes*.

⁹⁴ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

4.2 O Que Esperar do Instituto

A despeito da evolução jurisprudencial do mandado de injunção, ainda existem temas que carecem de regulamentação legislativa, tais como a aposentadoria especial do funcionário público em virtude de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, o direito a greve do funcionário público e a lei do aviso prévio.

O não exercício do direito míngua o caminho da consolidação da cidadania e, por consequência, torna rarefeito o princípio democrático, pois esse norteador não se atém somente a possibilidade de voto e escolha dos representantes populares, mas também a possibilidade de todo e qualquer cidadão poder fazer as suas escolhas e ter a possibilidade de exercer seus direitos. Quando o representante escolhido através do voto popular universal deixa de cumprir o seu dever constitucional de legislar, ele não está somente ferindo a Constituição Federal, está em primeiro lugar inibindo a existência democrática do cidadão e impedindo que ele exerça ou não o seu direito.

Diante da obrigatoriedade de se interpretar a constituição de forma sistemática, busca-se correlacionar o elo existente entre os fundamentos do Estado e o Mandado de Injunção, e, percebe-se que a relação entre democracia e efetividade do Estado social perpassa pelo equilíbrio dos fundamentos, sob pena de se construir uma tirania de Poder.

Neste sentido, Eurico Bitencourt Neto⁹⁵ destaca que é função do Mandado de Injunção equilibrar os fundamentos da dignidade da pessoa humana e o pluralismo político. Explicar o autor que a dignidade se personifica com a capacidade de exercer os direitos fundamentais⁹⁶ e o pluralismo político é a materialização do princípio democrático de eleição

⁹⁵ BITERCOURT NETO, *op. cit.*, p.142 e 143.

⁹⁶ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 129.

do legislador que tem a função de efetivar a Constituição. Assim, esse equilíbrio entre os fundamentos seria possível com a aplicação do Mandado de Injunção que superaria a omissão impeditiva da plena fruição democrática dos direitos fundamentais.

Imperioso se faz a convivência interdependente da dignidade da pessoa humana e o pluralismo político através do *mandamus*. Esse é um dos prováveis caminhos do instituto, sanando as omissões inconstitucionais de direitos sociais ainda existentes, sem que sua missão se confunda com a ação direta por omissão.

Contudo, deve restar claro não é o Mandado de Injunção o meio direto para a concretização dos direitos, já que a sua utilização deveria ter caráter excepcional. O que se percebe na jurisprudência atual é uma posição ativa do Supremo Tribunal Federal, sendo confortável para o Poder Legislativo delegar a sua função primária a outro poder.

Com efeito, efetivação dos direitos sociais traduz despesas orçamentárias que sempre devem ser tratadas com a responsabilidade imposta pela lei competente. Todavia, conforme exposto no capítulo 3 supra, não podem servir de escusas para a omissão tardia da implementação desses direitos.

Afirmar que o Poder Judiciário ultrapassa a sua missão judicante ao conceder sentenças aditivas que suprem a omissão legislativa durante o período de inércia do Poder competente é concordar com a manutenção da situação de insegurança jurídica e de inanição dos direitos constitucionais, sobretudo os sociais.

Ao final, percebe-se que a Suprema Corte manterá o avanço em relação a decisões anteriores proferidas nos Mandados de Injunção, adotando uma regra para o caso concreto através de sentenças aditivas.

CONCLUSÃO

Ao final do presente trabalho, é possível concluir que o Mandado de Injunção demorou quase vinte anos após a sua introdução no direito constitucional brasileiro para transmutar-se de um instituto sem importância para um dos elementos necessários a definitiva e substancial concretização do Estado Democrático de Direito.

Como resgatado, a democracia é o regime de governo no qual o poder é exercido pelo povo e, no caso brasileiro, ela se materializa por meio dos representantes eleitos para solidificar a vontade dos indivíduos destinatários, ou porque não dizer, consolidar o desejo da Constituição.

E, ato contínuo, o que se defende é a concretização da democracia através da efetivação de direitos sociais, na medida em que o acesso e possibilidade de exercício desses direitos é a forma de se construir cidadãos, elementos essenciais para o desenvolvimento sustentável do país. Para que isso fosse possível, o Poder Constituinte inseriu no ordenamento o mandado de injunção, uma vez que este ligado ao direito subjetivo impediria que o indivíduo tivesse a sua dignidade humana aviltada pela falta de pretensão política na execução das normas programáticas. Ainda que a norma possua natureza de eficácia limitada, impõe-se a sua aplicação pelo Judiciário diante do caso concreto e o Mandado de Injunção é a garantia constitucional que permite a plena fruição desse tipo de regra.

É certo que a missão de realizar a prestação dos direitos sociais é do Poder Legislativo, sendo esse seu dever primário. Todavia, diante da inércia absoluta e injustificável de legislador, é possível afirmar que cabe ao Judiciário se adaptar a sociedade complexa e entregar a ela um *mandamus* injuntivo eficaz e condizente com seus anseios, eliminando a ideia de um futuro melhor e construindo um presente concreto de direitos.

Quando o Mandado de Injunção ganha efeitos mandamentais, e não meramente declaratórios como concebia a pretérita teoria abstrata, não há ruptura do princípio da separação dos poderes porque o dogma jurídico deve ser relido na atual conjuntura e, em momento algum, o mandado de injunção se destina a ter uma atividade anômala para conceder ao Judiciário poder que não lhe cabe constitucionalmente.

Nesse sentido, demonstrou-se que não se exige uma postura inerte do Judiciário quando o Legislativo, poder competente, queda-se omissos com o seu cumprimento de sanar as omissões inconstitucionais, sem que tal postura jusativa sirva como escudo para sentenças arbitrárias.

Como o Mandado de Injunção é a reação jurisdicional autorizada pela própria Constituição para sanar o desprestígio às suas normas, não poderia o instituto manter a sua natureza jurídica de mero aconselhamento ao legislador.

A atual posição do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a teoria concretista individual direta, compatibiliza a efetividade do *mandamus* com a garantia do mínimo existencial e o princípio da reserva do possível porque é certo que os recursos financeiros do Estado são limitados e caso esse tivesse que cumprir uma decisão judicial coletiva para concretizar um direito social que gerasse ônus para os cofres públicos além daqueles previstos no orçamento definido poderia haver a escassez de verbas para outras importantes funções estatais. Todavia, deve sempre ressaltar que a finalidade do Estado ao obter os recursos é utilizá-los na forma de prestação de serviços para realizar o preceito constitucional.

O trabalho não tem a pretensão de esgotar as questões sobre a omissão inconstitucional, uma vez que o mandado de injunção se corporifica a cada julgamento e depende, substancialmente, da jurisdição constitucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal. O que se pode afirmar hoje é que o mandado de injunção reconhece a mora legislativa, garante ao impetrante individual o direito social pleiteado caso haja a omissão

inconstitucional legislativa e concretiza a norma constitucional, concretizando a democracia brasileira.

REFERÊNCIAS

- ANASTÁCIO, Rachel Bruno. *Mandado de injunção: em busca da efetividade da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.
- BARCHET, Gustavo. MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. *Curso de direito constitucional*. ed. atual. até a EC nº 53/2006. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: http://lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf. Acessado em 29.04.2011.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- _____. *Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido- uma proposta de reformulação*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 17, 1997.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BINENBOJM, Gustavo. *Nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITERCOURT NETO, Eurico. *Mandado de injunção da tutela de direitos sociais*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

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

_____. Lei 12.063 de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de novembro de 1990.

_____. Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 de outubro de 2009.

_____. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos específica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 de maio de 1990.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, D.O de 09 de setembro 1942.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI n. 107. Relator: Min. Moreira Alves. Publicado do DOU de 21.09.1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI n. 715. Decisão monocrática do Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 04.03.2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI n. 758. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. Publicado no DOU de 1. 07. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI n. 725. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 10.5.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI n. 284. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 26.06.1992.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 29.04.2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI n. 715. Decisão monocrática do Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 04.03.2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132. Relator: Min. Ayres Britto. Publicado no DOU de 13.05.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 33. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 16.12.2005

CAMPINHO, Lúcio Machado. Efetividade constitucional via mandado de injunção. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v.7, n.8, p. 171-190, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24478>. Acesso em: 21 set. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio* Milano:Giuffrè, 1952.

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*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 103.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva: 1998.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

HARSANYI, David. *O Estado Babá - como radicais, bons samaritanos, moralistas e outros burocratas tentam infantilizar a sociedade*. Rio de Janeiro: Litteris, 2010.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional: textos selecionados e traduzidos* Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 22-23.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 29. ed. atual. e compl. de acordo com as Emendas Constitucionais, a legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e do STJ. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Martires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. t.1. Coimbra: Coimbra Editora, 1990

MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. Disponível em: http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/06Revisao/. Acesso em: 27 dez. 2009.

QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, José Afonso da. Mandado de injunção, direito do cidadão. *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro. 26 set. 1988. p. 9. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/iten/id/104154>. Acessado em 14 set. 2008.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica constitucional e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.