



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Mandado de Injunção como Instrumento de Efetivação dos Direitos Sociais

Juliana Menescal da Silva Ziehe

Rio de Janeiro
2015

JULIANA MENESCAL DA SILVA ZIEHE

O Mandado de Injunção como Instrumento de Efetivação dos Direitos Sociais

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior
Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2015

O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Juliana Menescal da Silva Ziehe

Graduada em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Delegada de Polícia do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduanda *Lato Sensu* pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Os direitos sociais são tradicionalmente classificados como normas de eficácia limitada, sendo certo que diante da omissão legislativa inconstitucional, o poder judiciário vem sendo provocado através de mandado de injunção para garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais e a imediata fruição desses direitos pelos seus titulares. Entretanto, com o passar do tempo, o legislativo vem suprindo sua omissão, de modo que a sociedade se depara com um novo obstáculo, qual seja, se o mandado de injunção seria o remédio hábil para sanar um direito regulamentado de forma insuficiente. Para tanto, o presente trabalho irá abordar uma nova classificação dos direitos sociais em direitos de defesa e prestacionais, analisando-se a possibilidade de utilização do mandado de injunção nessa nova perspectiva e como os Tribunais Superiores vêm enfrentando esse tema.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Sociais. Direito de Defesa e Prestacionais. Mandado de Injunção. Omissão Legislativa Inconstitucional. Jurisprudência do STF.

Sumário: Introdução. 1. Classificação dos Direitos Sociais: direitos de defesa e direitos de prestação. 2. Tratamento jurídico do mandado de injunção e a omissão legislativa inconstitucional. 3. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de utilização do mandado de injunção como meio de efetivação dos direitos sociais. É evidente que diante da ausência de uma norma regulamentadora que confira efetividade a um direito fundamental o Poder Judiciário pode ser provocado pelos seus titulares através do Mandado de Injunção. Entretanto, é necessário apreciar se esse remédio constitucional é o instrumento hábil para conferir efetividade a um direito social que já foi regulamentado pelo legislador infraconstitucional, entretanto, de forma insuficiente.

Para tanto, serão abordadas as pesquisas teóricas na doutrina pátria, posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, expondo uma diferente classificação dos direitos sociais em direitos de defesa e de prestação, discutindo-se a possibilidade de utilização do Mandado de Injunção além dos casos de omissão legislativa, mas também para as hipóteses de regulamentação insuficiente, sob a perspectiva do mínimo existencial e o princípio da dignidade da pessoa humana.

O tema é de grande relevância, pois trata da máxima eficácia dos direitos fundamentais tão pleiteados pela sociedade como saúde, educação, previdência social, dentre outros, da omissão legislativa inconstitucional e da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, que não pode extrapolar sua competência face ao pluralismo político, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Para melhor compreensão do tema, a presente pesquisa foi estruturada em 3 capítulos. O primeiro capítulo expõe a classificação dos direitos sociais sob uma nova ótica dos direitos de defesa e direitos de prestação, bem como os direitos sociais na qualidade de direito subjetivo a prestações.

Segue-se no segundo capítulo abordando o tratamento jurídico do mandado de injunção, sua possibilidade de aplicação aos direitos sociais e a omissão legislativa inconstitucional.

O terceiro capítulo aborda o posicionamento dos Tribunais Superiores frente ao tema discutido, o desenvolvimento do tratamento da matéria desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e aplicabilidade do Mandado de Injunção na tutela dos Direitos Sociais.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva- qualitativa e parcialmente exploratória.

1.CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: DIREITOS DE DEFESA E DIREITOS DE PRESTAÇÃO

Inicialmente, cumpre destacar, que toda norma constitucional apresenta eficácia jurídica, isto é, um mínimo de aptidão para produzir efeitos no caso concreto. Isso significa dizer que todas as normas definidoras de direitos e garantias constitucionais possuem, em especial, eficácia jurídica e aplicabilidade imediata, justamente em função de seu caráter fundamental. É justamente nesse sentido que se interpreta o art. 5º, § 1º, CRFB/1988. Entretanto, o *quantum* de eficácia que cada direito fundamental irá produzir depende da forma com que foi positivado na Constituição Federal.

Tradicionalmente, de acordo com José Afonso da Silva¹ as normas constitucionais, quanto a sua eficácia, devem ser classificadas em três categorias, quais sejam, normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. Tal classificação é recorrente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, motivo pelo qual não se pode ingressar em uma nova classificação sem mencionar a tradicionalmente usada no âmbito jurídico.

Numa breve análise, as normas de eficácia plena são aquelas que, desde a sua entrada em vigor na Constituição Federal, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte quis regular, independentemente de uma norma integrativa infraconstitucional. Logo, não necessitam de providências normativas posteriores para a sua aplicação, possuindo aplicação imediata, como é o caso dos direitos individuais.

Já as normas de eficácia contida são aquelas que teriam eficácia plena, mas podem ser objeto de restrições por parte do legislador infraconstitucional, tendo sua eficácia restringida. A referência à lei nos dispositivos constitucionais que veiculam as

¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 98.

normas de eficácia contida não significa, portanto, que sua eficácia dependa da atividade do legislador. A eficácia é plena desde a promulgação da Constituição, podendo apenas o legislador restringir essa eficácia em alguns casos.

As normas de eficácia limitada são aquelas cuja produção plena de efeitos depende de ação do legislador ou de outros órgãos estatais, cujo exercício do direito pelo seu titular depende de uma lei integrativa, sendo, portanto, de aplicabilidade mediata, diferida ou reduzida. Isso não significa que essas normas não tenham nenhuma eficácia, pois um mínimo de eficácia, sobretudo em face dos poderes públicos, toda norma constitucional tem, servindo como verdadeiros vetores à atividade legislativa, condicionando-o na elaboração da lei, sob pena de inconstitucionalidade.

Isso posto, de acordo com a classificação suzo mencionada, os direitos sociais consagrados na Constituição Federal de 1988 são normas de eficácia limitada, sendo necessária a elaboração de uma norma infraconstitucional para a sua aplicabilidade. A limitação dessa eficácia fica ainda mais clara em face dos custos que esses direitos implicam ao Estado, que dependem de uma ação estatal sem a qual a eficácia da norma não se produz por completo.

Entretanto, modernamente, percebe-se que o problema da efetividade é algo comum a todos os direitos de todas as gerações, pois os todos os direitos dependem, o mínimo que seja, de ações estatais para produzir efeitos. Isso porque não existe norma bastante em si mesma, no sentido de que a atuação estatal é sempre necessária e imprescindível. O que permitirá diferenciar tais normas é o *quantum* dessa atuação estatal será necessário para torná-las mais eficazes.

Por esse motivo, a classificação de José Afonso da Silva² que distingue as normas quanto à necessidade de regulamentação e intervenção do Estado perderia seu sentido, uma

² Ibid, p. 98.

vez que de acordo com essa nova perspectiva todas as normas sofrem limitação em sua eficácia.

Nesse aspecto, propõe Ingo Sarlet ³ que mais adequado seria dividir os direitos fundamentais em dois grupos: os direitos de defesa e os direitos de prestações.

Os direitos de defesa, como regra geral, são aqueles que possuem alto grau de densidade normativa, ou seja, receberam do Constituinte a suficiente normatividade e independem de concretização legislativa, tornando-se, pois, auto executáveis. São direitos com conteúdo líquido e certo, que garantem sua auto suficiência e eficácia imediata. Reclamam, portanto, uma atitude negativa do Estado, isto é, de abstenção dos entes estatais, na medida em que independem de prestações positivas para sua efetivação. Estão integrados, principalmente, pelos direitos de liberdade, de igualdade, direitos políticos, garantias institucionais e posições jurídicas fundamentais em geral.

A princípio, as normas que preveem tais direitos se aproximam do conceito das normas de eficácia plena, segundo classificação proposta por José Afonso da Silva. No entanto, com elas não se confundem. De fato, a maioria dos direitos de defesa possui eficácia imediata desde sua entrada em vigor, independente de norma integrativa, mas essa nova classificação engloba inclusive as normas de eficácia limitada, pois as expressões vagas e abertas que dão espaço à hermenêutica, não constituem obstáculo à sua aplicabilidade imediata, tendo em vista que seu conteúdo poderá ser objeto de determinação judicial, não havendo necessidade de remetê-los ao legislador.

Com efeito, os direitos de defesa não se restringem aos direitos individuais ou de primeira geração, uma vez que o processo de concretização dos direitos fundamentais não é estático, alcançando, inclusive, boa parte dos direitos de outras dimensões, como é o caso dos direitos sociais consagrados na Constituição Federal Brasileira.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 52.

Nesse sentido, é o entendimento do autor Ingo Sartet⁴, que ao longo de sua obra destaca que:

[...] já se constatou que as assim denominadas liberdades sociais equivalem, em virtude de sua função essencialmente defensiva e por sua estrutura normativa, aos clássicos direitos de liberdade e igualdade, reclamando uma abstenção por parte do destinatário e não dependendo da alocação de recursos e de concretização legislativa. Estes direitos sociais, que desencadeiam sua plena eficácia, geram para seu titular um direito subjetivo.

Assim, já que o art. 5º, §1º CRFB/88 se aplica a todos os direitos fundamentais, o fato é que também se aplica aos direitos sociais de defesa, ou seja, às chamadas liberdades sociais, gerando aplicabilidade imediata dos mesmos.

Um exemplo de direito social de defesa é o direito de greve, eminentemente negativo, em se considerando sua condição de direito subjetivo do trabalhador. Nesse aspecto, deve ser aplicado sem embaraços no caso concreto, pois dotado de plena eficácia em face de sua densidade normativa.

Entretanto, quanto ao direito de greve do servidor público, a Constituição remeteu a concretização do direito ao legislador. A princípio seria uma norma de eficácia limitada, que ensejaria apenas a declaração de inconstitucionalidade por omissão do legislativo. Contudo, hodiernamente, os tribunais vêm entendendo que essas normas, embora dependam de complementação para gerarem eficácia plena, são verdadeiros direitos de defesa, com preceito diretamente aplicável e plenamente eficaz.

É mais adequado considerar que a Constituição remeteu a concretização do direito ao legislador, reconhecendo que em face da desnecessidade de qualquer outra providência, a não ser a edição da norma legal reclamada pelo constituinte, haveria de prevalecer a presunção da aplicabilidade imediata e a plena eficácia dos direitos fundamentais, que atuando como mandados de otimização, autorizariam atuação do Poder Judiciário através de mandado de injunção, aplicando-se analogia ou qualquer solução que reputar mais conveniente para a efetiva fruição da liberdade fundamental.

⁴ SARLET, op. cit., p. 275.

Já os direitos fundamentais a prestação tem por objeto uma conduta positiva do Estado, reclamando uma maior atuação do ente público para implementação e efetivação desses direitos, de modo a garantir o bem estar de todos os cidadãos. Resumem-se em sua maioria nos direitos sociais, econômicos e culturais.

Há de se observar que todos os direitos fundamentais são, de certo modo, positivos pois até os direitos de defesa exigem um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação de recursos materiais e humanos para sua proteção. Entretanto, os direitos de defesa, exigem um custo mínimo do Estado, não constituindo elemento impeditivo para sua efetivação via jurisdicional, o que não acontece com os direitos prestacionais que possuem dimensões econômicas relevantes, exigindo grande aporte do Estado como no caso do direito à saúde, com construções de hospitais, contratações de médicos e compra de ambulâncias.

Note-se, portanto, que os direitos sociais prestacionais são aqueles que além da atividade do legislador infraconstitucional, densidade normativa, depende de uma atividade positiva do Estado para viabilizar o benefício consagrado na norma e aporte econômico, o que vem resultando na tendência de positivar os direitos sociais de forma vaga e aberta.

Ultrapassada essa questão, resta verificar se assim como os direitos de defesa, os direitos sociais prestacionais geram direito subjetivo individual, e via de consequência, aplicabilidade imediata assegurada aos demais direitos fundamentais.

Os direitos sociais prestacionais, por dependerem de atuação positiva do Estado para sua implementação, são limitados pela chamada reserva do possível, uma vez que, nem sempre, há disponibilidade fática e jurídica de recursos para sua efetivação. Assim, quando limitados pela reserva do possível, lembrando-se que cabe ao poder público o ônus dessa comprovação, os direitos sociais não são tidos como direitos subjetivos à prestação,

impossibilitando a provocação judicial dos órgãos estatais à prestação que constitui seu objeto.

Entretanto, a reserva do possível é um limite imanente dos direitos sociais, mas pode ser também uma garantia. E é justamente nesse aspecto, quando para assegurar o mínimo existencial, é que os direitos sociais prestacionais constituem direitos subjetivos individuais à prestação.

Nesse sentido, existem alguns direitos subjetivos a prestações que constituem verdadeiros direitos independente de concretização legislativa, que se baseiam no direito à vida e no princípio da dignidade da pessoa humana. São eles: direito ao salário mínimo, assistência e previdência social, direito à saúde, muito embora esses direitos não esgotem o assim chamado mínimo existencial. O mínimo existencial, por constituir uma obrigação do Estado, que tem o dever de proteger a vida humana, é claro limite à liberdade de conformação do legislador.

É importante destacar que além do mínimo existencial, encontra-se o princípio da dignidade humana, que pressupõe certo grau de autonomia do ser humano, no sentido de ser capaz de conduzir a sua existência. Importante ressaltar ponderação de Ingo Sarlet⁵ no sentido que, “onde faltam as condições materiais mínimas, o próprio exercício da liberdade fica comprometido, e mesmo os direitos de defesa não passam de fórmulas vazias de sentido”.

Portando, em todas as situações em que o direito social esbarrar no valor mínimo da vida e da dignidade da pessoa humana, poder-se-á sustentar, na esfera de um padrão mínimo existencial, um direito subjetivo definitivo a prestações, exigível via judicial, ainda que concebido de forma vaga e aberta pelo legislador.

⁵ SARLET, op. cit., p. 349.

2. TRATAMENTO JURÍDICO DO MANDADO DE INJUNÇÃO E A OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

O mandado de injunção está disciplinado no art. 5º, LXXI, CRFB/88, devendo ser concedido sempre que a falta de uma norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. É, portanto, o remédio constitucional que tem por objetivo a viabilização de direitos fundamentais materiais, isto é, direitos fundamentais que têm por escopo a defesa e a proteção de bens e valores considerados essenciais para a dignidade da pessoa humana, que não tem capacidade de produzir efeitos imediatos em função de uma omissão legislativa inconstitucional.

Observa-se que o mandado de injunção vai muito além da modulação de efetividade, servindo para suprimir, concretamente, a omissão legislativa, viabilizando a máxima eficácia dos direitos constitucionais e a fruição pelos seus titulares.

É justamente buscando o objeto do mandado de injunção, que os cidadãos buscam o Poder Judiciário, que deve equilibrar dois direitos que lhe apresentam no caso concreto: dignidade da pessoa humana e pluralismo político. Ambos os direitos devem ser conciliados, possibilitando a superação da inércia do legislador democrático para que o exercício dos direitos fundamentais possam se dar mediante atividade jurisdicional.

Nesse sentido, importa que se tenha sempre em mente, que quem governa um Estado é a Constituição Federal, daí o poder atribuído ao Poder Judiciário no caso específico do mandado de injunção, não se podendo alegar a ofensa à tripartição dos poderes ou ativismo judicial inconstitucional. Trata-se de um exercício excepcional, previsto pela própria Constituição, que garante ao Poder Judiciário uma função que caberia ao legislador, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana e da máxima eficácia.

Acrescenta Eurico Bitencourt⁶ que:

[...] a primeira conclusão quanto aos efeitos do mandado de injunção é a de que, como direito fundamental processual, é instrumento apto a superar a falta de lei que inviabilize o exercício de uma posição ativa jusfundamental. Em outras palavras, o mandado de injunção é meio de excepcional atuação judicial na definição de escolhas primárias, diretamente a partir da Constituição, para permitir o exercício de um direito fundamental. No caso em exame o mandado de injunção é meio de exercício extraordinário, pelo juiz, de uma competência que cabe, regra geral, ao legislador: a definição de escolhas de natureza política que permite, por exemplo, a fruição de prestações materiais decorrentes de direitos sociais.

Contudo, resta saber se o mandado de injunção é meio de efetivação dos direitos sociais, tanto no caso dos direitos sociais de defesa quanto no caso dos direitos sociais prestacionais.

Nesse aspecto, os direitos de defesa, por possuírem alta densidade normativa e pouco investimento do Estado, mesmo que regulamentados de forma vaga e aberta pelo legislador infraconstitucional, sempre geram para seu titular direito subjetivo, podendo seu conteúdo ser objeto de determinação judicial para conferir-lhe efetividade.

Excepcionalmente, pode acontecer que alguns direitos, embora de defesa, sejam dependentes de concretização legislativa. Nesse caso, o STF vem demonstrando um novo entendimento, opinando pelo provimento do mandado de injunção, ante a contumaz omissão legislativa, no sentido de assegurar o direito subjetivo, aplicando, na falta de regulamentação específica, analogia a um direito de defesa semelhante. Isso porque a omissão legislativa inconstitucional não pode resultar em suspensão do exercício do direito fundamental pelo seu titular, garantindo a intervenção do Poder Judiciário no caso concreto, nos termos do art. 5º, §1º, CRFB/88.

O direito de greve, típico direito social de defesa, é assegurado pela Constituição brasileira, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele proteger, nos termos do art. 9º, CRFB/88. É um

⁶ BITENCOURT Neto, Eurico. *Mandado de Injunção na tutela de direitos sociais*. Salvador: Juspodvm, 2009, p. 143.

direito plenamente eficaz e que gera aplicabilidade imediata aos seus titulares, impondo uma postura negativa ao Ente Estatal. Entretanto, a própria Constituição no seu art. 9º, §1º, impõe ao legislador o dever de regulamentar tal direito para definir os serviços e atividades essenciais da iniciativa privada, dispondo sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Trata-se, aqui, de uma de uma restrição ao direito de greve a ser elaborada pelo legislativo e não uma condição para o seu exercício.

Todavia, o direito de greve do funcionário público, será exercido nos termos e limites definidos em lei específica, conforme determinação do art. 37, VII, CRFB/88. Nesse caso, diferentemente do que acontece no direito de greve na esfera privada, o constituinte impôs uma condição ao seu exercício, qual seja, a edição de uma norma infraconstitucional que defina parâmetros para o exercício de uma liberdade, mesmo constituindo um direito eminentemente negativo, com estrutura de direito de liberdade.

É justamente por constituir um direito de defesa, mesmo que dependente de uma norma infraconstitucional, que constatando uma omissão do Poder Legislativo, os servidores públicos, titulares desse direito, devem fazer uso do mandado de injunção para que o Poder Judiciário estabeleça os parâmetros para o exercício do direito de greve, com efeitos vinculantes e limitados ao caso concreto.

No tocante aos direitos sociais prestacionais, embora se prefiram as ações coletivas, poder-se-ia vislumbrar a utilização do mandado de injunção sempre que a omissão legislativa esbarre no mínimo existencial e no princípio da dignidade humana.

Nesse caso, há de se ter em conta três hipóteses, elencadas pelo autor Eurico Bittencourt⁷. A primeira, quando já houver condições jurídicas para a fruição das prestações materiais, isto é, quando o legislador infraconstitucional já regulou os direitos sociais prestacionais ou a própria Constituição já estabeleceu as condições necessárias à

⁷BITENCOURT, op. cit., p. 143.

fruição dos direitos sociais, não caberá mandado de injunção, uma vez não há interesse jurídico para a sua propositura. Assim, a eventual exclusão explícita de um indivíduo de determinado direito prestacional, deverá ser resolvida através dos meios processuais comuns, por mandado de segurança, ou ação direta de inconstitucionalidade.

A segunda hipótese se dá quando o legislador houver regulamentado de forma insuficiente o direito social prestacional, excluindo de forma implícita e indevida, parcela de seus destinatários. Nessa hipótese já existe a possibilidade de se ingressar com o mandado de injunção, uma vez que essa omissão legislativa causa prejuízos à parcela da população que deveria estar amparada pelos mesmos direitos, devendo o remédio constitucional estender seus efeitos aos beneficiários da norma. A decisão judicial será no sentido de reconhecer que determinado grupo de indivíduos tem o direito constitucionalmente assegurado de fruir determinadas prestações oferecidas segundo os parâmetros já estabelecidos pelo legislador democrático.

A terceira hipótese ocorre no caso de omissão legislativa absoluta, isto é, quando o legislador se omite integralmente quanto ao seu dever de dar eficácia prestacional ao direito social. É justamente nesse caso, que o Poder Judiciário deve atender ao mínimo existencial e ao princípio da dignidade humana, devendo suprir a omissão legislativa e estabelecer os parâmetros necessários à fruição dos direitos, ainda que com isto faça escolhas de natureza política, mas que deve ser ponderada no caso concreto.

Nota-se, portanto, que a utilização do mandado de injunção possui um limite, qual seja, a ausência de uma norma regulamentadora, apontada como uma omissão legislativa inconstitucional, podendo ser utilizado em casos específicos como: nos direitos sociais de defesa que dependam de concretização legislativa, isto é, parâmetros de exercício a serem fixados em lei; nos direitos sociais prestacionais quando se tratar de uma omissão legislativa absoluta, estando em causa o direito ao mínimo existencial e

princípio da dignidade humana; quando se tratar de uma omissão legislativa relativa, pela implícita exclusão de parte dos titulares do direito da possibilidade de fruição.

Assim, se o direito social prestacional já estiver regulamentado, inexistente omissão legislativa que permita a propositura do mandado de injunção, versando o debate sobre a insuficiência de regulamentação para a concretização do direito.

É justamente o que acontece com a maioria dos direitos sociais previstos na Constituição Federal Brasileira, tais como saúde, educação, previdência social, que já são regulamentados, mas estão longe de alcançar a expectativa da sociedade. Ingressar com demanda no poder judiciário para dar efetividade a um direito é sempre legítimo, mas o instrumento cabível nesses casos não será mais o mandado de injunção, por ausência de um dos seus requisitos intrínsecos.

3. POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal veio ao longo dos anos mudando a jurisprudência em relação a aplicabilidade do mandado de injunção e seus efeitos jurídicos. Por essa razão, Alexandre de Moraes⁸ classificou, para fins didáticos, a posição do STF em quatro vertentes: posição não concretista, posição concretista individual intermediária, posição concretista individual direta e posição concretista geral.

Pela posição não concretista, o Tribunal firmou seu entendimento que o mandado de injunção deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas. A decisão do Tribunal apenas decretava a mora do poder omissivo, reconhecendo formalmente a sua inércia. Esse posicionamento foi muito criticado na medida em que confundia a finalidade

⁸ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 171.

do mandado de injunção com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tornando inviável o exercício de direitos fundamentais no caso de omissão legislativa inconstitucional.

Essa posição foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MI n. 107-DF, MI n. 124, MI n. 288-DF, MI n. 321, MI n. 332, MI n. 431e MI n. 362-RJ.

Nesse sentido, merece destaque o julgamento do MI n. 362⁹, de modo a ilustrar o posicionamento da Corte:

[...] por maioria dos votos, deferiu o tribunal, em parte, o pedido de mandado de injunção, para que se comunique ao Congresso Nacional a mora em que se encontra, a fim de que sejam adotadas as providências necessárias ao suprimento da omissão. Vencidos, em parte, os Mins. Relator e Carlos Velloso, que também deferiram o pedido e fixavam as condições necessárias ao exercício do direito. Votou o presidente. Relator para o acórdão o Min. Francisco.

Em contrapartida, a posição concretista, seja ela individual ou geral, parte do pressuposto que, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário, através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão legislativa ou administrativa e implementa o exercício do direito até que sobrevenha regulamentação do poder competente. Essa posição divide-se em duas espécies, quais sejam, a concretista geral e a concretista individual, conforme a abrangência de seus efeitos.

Pela posição concretista geral, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Através da normatividade geral, o Poder Judiciário legisla no caso concreto, produzindo a decisão efeitos *erga omnes* até que sobrevenha norma integrativa elaborada pelo Poder Legislativo. Percebe-se que a aplicação da lei não mais se restringe aos impetrantes, mas a todos os destinatários que se beneficiariam com a norma regulamentadora.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 362. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1523644>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

Essa foi a posição adotada nos MI n. 670, MI n. 708, MI n. 712 e MI n. 758.

Com efeito, assim determinou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do MI n. 670¹⁰, impetrado pelo sindicato dos servidores policiais civis do estado do Espírito Santo, de modo a viabilizar o direito de greve:

[...] O tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da lei n° 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Não votaram os Senhores Ministros Menezes Direito e Eros Grau por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa, que proferiram voto anteriormente. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior.

Assim, destaca Gilmar Mendes¹¹ que “as decisões acima referidas indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulamentação provisória pelo Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, na denominação do direito italiano.”

No entanto, embora a Corte tenha demonstrado grande avanço no tratamento do mandado de injunção, a posição concretista geral sofre duras críticas, pois ao proclamar em sede de mandado de injunção uma decisão com efeitos *erga omnes*, estaria o poder judiciário excedendo suas funções, o que seria, a princípio, incompatível com o sistema de separação de poderes.

No que tange a posição concretista individual, a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, que poderá exercitar plenamente o direito previsto na norma constitucional. Essa espécie se subdivide em duas outras: concretista individual direta e concretista individual intermediária.

Pela concretista individual direta, o Poder Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, implementa imediatamente a eficácia da norma constitucional ao

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n° 670. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2018921>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1325.

autor, ou seja, aplica-se diretamente a norma pleiteada em juízo, sem que o Poder Judiciário exerça a sua legitimidade extraordinária, fixando as condições para o exercício do direito. Nesse caso, diante da omissão legislativa, o titular do direito passa a ter a prerrogativa de gozar da norma diretamente. Essa posição foi adotada no MI n. 232¹², nos seguintes termos:

[...] O Tribunal, por maioria de votos rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa da requerente, vencidos os Srs. Ministro Relator, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Aldir Passarinho e Néri da Silveira. No mérito, o Tribunal, por maioria, conheceu em parte do mandado de injunção e nessa parte o deferiu para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar, decorrente do art. 195, § 7º da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo, sem legislar, passe a requerente a gozar da imunidade requerida, vencidos os Srs. Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célso Borja, que o deferiram, em termos diversos.

Pela posição concretista individual intermediária, o Poder Judiciário fixa um prazo ao Poder Legislativo para elaborar a norma regulamentadora. Findo esse prazo e permanecendo a inércia do Legislativo, o Judiciário fixa as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor. Assim, a partir da decisão do Judiciário, o poder competente estaria oficialmente declarado omissivo, devendo a Corte atuar no caso concreto, através da sua legitimidade extraordinária. Essa posição foi adotada no julgamento do MI n. 721.

No entanto, necessário abrir parênteses para efeito de se estabelecer que nem sempre as decisões proferidas em sede de mandado de injunção se enquadrarão perfeitamente às posições identificadas por Alexandre de Moraes.

Existem casos excepcionais, em que o STF não adotou nenhuma das posturas anteriormente descritas. É o caso do MI n. 283, MI n. 439, MI n. 543. Nesses julgados, o Tribunal, reconhecendo a omissão do Poder Legislativo, assegurou ao titular do direito a

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1495785>>. Acesso em: 14 de abr. 2015.

faculdade de se obter a reparação dos danos decorrentes da impossibilidade de fruir o direito.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal adotou, em parte, a posição não concretista, se restringindo a declarar a omissão do Poder Legislativo, mas inovou ao autorizar, desde logo, a possibilidade de se ajuizarem, os beneficiários da norma, com fundamento no direito comum, a pertinente ação de reparação econômica do prejuízo, caso tenham sofrido.

Todavia, independente da posição adotada pelo Tribunal, o importante é traçar a mudança do seu posicionamento ao longo dos anos, de modo a verificar a trajetória do Supremo Tribunal Federal na efetivação dos direitos sociais através do mandado de injunção.

É justamente através da análise dos mandados de injunção até hoje impetrados, que se verifica a mudança no posicionamento da Corte, que, inicialmente, atribuía ao mandado de injunção a mesma função da ADIn por omissão, até a sua atuação mais ativa, exercendo a sua legitimidade extraordinária ao suprir a omissão legislativa no caso em concreto, no sentido de efetivar o princípio da aplicabilidade imediata e máxima eficácia das normas constitucionais, estampado no art. 5º, § 1º da CRFB/88.

Portanto, o mandado de injunção tem se demonstrado como remédio eficaz para garantir a eficácia dos direitos sociais no caso de omissão legislativa inconstitucional. Esse posicionamento é corroborado cada vez mais pelas decisões do Supremo Tribunal Federal nos últimos julgamentos de mandados de injunção, asseverando sempre o papel do Poder Judiciário como guardião da Constituição, garantindo a máxima eficácia aos direitos fundamentais que lhe são próprios.

CONCLUSÃO

Em confluência ao exposto, verifica-se que os direitos sociais podem ser classificados sob uma nova perspectiva em direitos sociais de defesa e direitos sociais a prestação. Os primeiros, por serem eminentemente negativos, requerem uma abstenção por parte do ente estatal, pois representam as liberdades individuais, constituindo verdadeiros direitos subjetivos, plenamente eficazes e de aplicabilidade imediata.

Nesse sentido, os direitos sociais integram os direitos de defesa quando resguardam um direito à liberdade, como é o caso do direito de greve, constituindo também um direito subjetivo de seu titular. Por isso, quando consagrada pela Constituição de forma vaga e aberta, ou dependente de uma norma infraconstitucional, requerem atuação do Poder Judiciário, de modo a viabilizar a fruição imediata aos seus titulares.

Já os direitos prestacionais são aqueles eminentemente positivos, dependentes de uma prestação do ente estatal, principalmente diante da sua relevância econômica. A maior parte dos direitos sociais enquadra-se neste grupo de direitos. É importante destacar que devido à sua natureza, nem sempre esses direitos podem ser demandados em juízo, de modo a compelir o Estado a fornecê-los a seus titulares.

No entanto, quando o direito social prestacional versar sobre o princípio da dignidade humana e o mínimo existencial, esse direito é elevado à qualidade de direito subjetivo, são os chamados direitos subjetivos a prestações. Apenas os direitos subjetivos a prestações podem ser demandados pelos seus titulares em juízo, de modo a garantir sua eficácia constitucional quanto ao mínimo existencial. É o caso do direito ao salário mínimo, assistência, previdência social e saúde.

Entretanto, ainda que os direitos sociais de defesa e direitos sociais prestacionais constituam direitos subjetivos, podendo ser demandados via judicial, quando estão

regulamentados, ainda que de forma vaga e aberta, não podem ser objeto de mandado de injunção, por ausência de elemento intrínseco desse remédio constitucional.

Isso porque, o mandado de injunção é um remédio constitucional de natureza processual, que tem por finalidade precípua dar efetividade aos direitos fundamentais que dependam de norma regulamentadora, no caso de omissão legislativa inconstitucional.

Assim, o mandado de injunção pode ser utilizado apenas para dar eficácia aos direitos sociais de defesa que careçam de regulamentação e aos direitos sociais prestacionais, não regulamentados, desde que, para assegurar o mínimo existencial decorrente do princípio da dignidade humana.

Ocorre que a maioria dos direitos sociais prestacionais já estão regulamentados, como é o caso da saúde, educação, seguridade social e salário mínimo. Nesse momento, o mandado de injunção perde a sua finalidade, não podendo ser utilizado para dar efetividade a tais direitos, pois esbarra no seu limite constitucional, qual seja, a falta de uma norma regulamentadora. Nesse momento, a discussão versa mais sobre a suficiência de regulamentação dos direitos sociais, pelo legislador infraconstitucional do que pela aplicabilidade do remédio.

Isso posto, na prática, o mandado de injunção é plenamente eficaz para garantir a eficácia dos direitos sociais de defesa, que, no entanto, constituem a minoria dos direitos sociais, conforme se verifica das decisões do Supremo Tribunal Federal. Contudo, a maior parte dos direitos sociais são prestacionais, mas devido à regulamentação já efetuada pelo Poder Legislativo, mesmo que insuficiente, torna o mandado de injunção ineficaz para efetivação desses direitos.

Por derradeiro, ainda que não seja o caso de aplicação do mandado de injunção, torna-se indispensável uma análise adequada da atuação dos entes estatais na efetivação dos direitos sociais prestacionais, posto que não atendem a demanda e expectativa social,

isso porque, ainda que regulamentados, não atendem sequer ao mínimo existencial, sendo os serviços públicos prestados de forma precária e insuficiente à população.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BITENCOURT Neto, Eurico. *Mandado de Injunção na tutela de direitos sociais*. Salvador: Juspodivm, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 362. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1523644>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2018921>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1495785>>. Acesso em: 14 de abr. 2015.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; QUINTAS, Fabio Lima; VALE André Rufino. *Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTA, Maurício Jorge. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009.