



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

SERGIO RAMOS FILHO

**OS EFEITOS DA DECISÃO DE PROCEDÊNCIA DO MANDADO DE
INJUNÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENFOQUES
DOUTRINÁRIOS E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

Florianópolis

2012

SERGIO RAMOS FILHO

**OS EFEITOS DA DECISÃO DE PROCEDÊNCIA DO MANDADO DE
INJUNÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENFOQUES
DOUTRINÁRIOS E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado no Curso de Graduação em
Direito da Universidade do Sul de Santa
Catarina, como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Guilherme de Almeida Bossle, Esp.

Florianópolis

2012

SERGIO RAMOS FILHO

**OS EFEITOS DA DECISÃO DE PROCEDÊNCIA DO MANDADO DE
INJUNÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENFOQUES
DOCTRINÁRIOS E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, 25 de junho de 2012.

Prof. e Orientador Guilherme de Almeida Bossle, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Luiz Gustavo Lovato, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Aldo Nunes Silva Júnior
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

OS EFEITOS DA DECISÃO DE PROCEDÊNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENFOQUES DOUTRINÁRIOS E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, 4 de junho de 2012.

Sérgio Ramos Filho

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma ação constitucional até então inédita no ordenamento jurídico brasileiro: o mandado de injunção. Desde a criação do instituto, surgiu a indagação acerca dos efeitos que a sentença de procedência teria, mormente em sede de jurisdição constitucional. A questão tornou-se problemática com o surgimento de várias propostas diferentes acerca do papel que o Poder Judiciário deveria ter ao conceder a injunção, originadas, principalmente, pela abertura do dispositivo constitucional que disciplinou o novel instituto. O presente trabalho, diante deste contexto, procurará fazer uma breve análise sobre as principais características (conceito, motivação, origem e objeto) do mandado de injunção para, depois, discutir os possíveis efeitos atribuíveis à decisão que concede a injunção. Esta análise será feita com base nas contribuições teóricas de alguns autores que se dedicaram ao tema, bem como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que sofreu importantes reformulações ao longo das duas últimas décadas. Ao final da pesquisa, será demonstrado o possível futuro do mandado de injunção na perspectiva das sentenças aditivas em sede de jurisdição constitucional.

Palavras chave: Direito Constitucional. Mandado de injunção. Norma constitucional não regulamentada. Efeitos da sentença de procedência. Separação dos Poderes. Omissões inconstitucionais.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

art. – artigo

inc. - inciso

Min. - Ministro

AgReg – Agravo Regimental

MI – Mandado de injunção

ADO – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CPC – Código de Processo Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

EC – Emenda constitucional

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O MANDADO DE INJUNÇÃO: ASPECTOS GERAIS	10
2.1 CONCEITO E MOTIVAÇÃO	10
2.2 PRECEDENTES HISTÓRICOS	12
2.2.1 Direito Romano	13
2.2.2 Direito Português e Iugoslavo.....	14
2.2.3 Direito Alemão	15
2.2.4 Direito Francês	16
2.2.5 Direito Inglês.....	17
2.2.6 Direito norte-americano	18
2.2.7 O mandado de injunção como ação inédita.....	20
2.2.8 Considerações históricas finais	21
2.3 OBJETO	21
2.4 TEORIA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL	23
2.5 O MANDADO DE INJUNÇÃO E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS .	26
3 EFEITOS DA DECISÃO DE PROCEDÊNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO ...	33
3.1 PROBLEMÁTICA CENTRAL.....	33
3.2 A DIVISÃO DOS PODERES: OS LIMITES DO MANDADO DE INJUNÇÃO	34
3.2.1 A teoria tripartite dos poderes estatais	34
3.2.2 A divisão dos Poderes na Constituição Federal brasileira	36
3.2.3 A decisão do mandado de injunção e a divisão dos Poderes.....	38
3.3 OS EFEITOS DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA: TEORIAS	40
3.3.1 Tese não concretista	41
3.3.2 Tese concretista geral	45
3.3.3 Tese concretista individual: direta e intermediária.....	48
4. OS EFEITOS DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	52
4.1 A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	52
4.2 O POSICIONAMENTO INICIAL DA CORTE	54
4.3 PRIMEIRAS MUDANÇAS DE ENTENDIMENTO DO STF	58

4.4 A ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF: JULGAMENTO DOS MI'S 712-8/PA, 670/ES E 708/DF	66
4.4.1 Sentenças de perfil aditivo: o futuro do mandado de injunção na perspectiva neoconstitucional	70
5 CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	78

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico insere-se dentro da área do Direito Constitucional e tem como escopo estudar uma das várias ações previstas em nossa Constituição Federal: o mandado de injunção.

O tema central desta obra gira em torno da indagação acerca dos efeitos, em sede de jurisdição constitucional, que a sentença de procedência do mandado de injunção deve gerar. Contudo, antes de se adentrar especificamente neste assunto, serão tecidas algumas considerações sobre as linhas gerais do instituto.

O primeiro capítulo, portanto, procurará estabelecer, através de uma pesquisa doutrinária, o conceito, a motivação, os precedentes históricos e o objeto do mandado de injunção. Da mesma forma, serão destacadas as nuances existentes entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, fazendo-se, também, uma abordagem sobre a teoria da omissão inconstitucional, que dá suporte teórico a ambas.

No segundo capítulo, será feita uma abordagem sobre a teoria da divisão dos poderes estatais, a fim de situar o leitor neste assunto que tanto interfere na discussão sobre o tema principal da obra.

Logo após, entrar-se-á propriamente na discussão acerca dos efeitos que a decisão de procedência deve gerar; ponto este que representa o núcleo polêmico do instituto. Serão analisadas, de acordo com a classificação de Alexandre de Moraes (2009, p. 175), as quatro teses existentes que propõe diferentes soluções para o problema: concretista geral, concretista individual intermediária, concretista individual direta e não concretista.

Para desenvolver a análise das vertentes acima elencadas, far-se-á uma breve exposição sobre a proposta de cada uma delas, passando-se, também, pelos projetos de lei que se encontram no Congresso Nacional disciplinando a matéria. Por fim, serão confrontados os principais argumentos a favor e contra cada vertente, pondo-se em diálogo os autores que debatem o assunto.

No último capítulo, será feita uma abordagem jurisprudencial sobre a problemática do capítulo anterior, com relação às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Antes de se adentrar propriamente na análise dos julgados, far-se-á uma breve introdução sobre a competência do Supremo Tribunal Federal em matéria injuncional, com a análise de suas características e limites.

Após, será iniciado o estudo sobre os principais julgamentos, em sede de mandado de injunção, que marcaram as diferentes posturas assumidas pelo Supremo Tribunal Federal, desde a criação do instituto juntamente com a Constituição Federal de 1988 até os dias atuais.

No último tópico do terceiro capítulo, uma sucinta análise crítica será empreendida à luz da perspectiva neoconstitucional, com vistas a identificar o possível futuro do mandado de injunção dentro do contexto das sentenças aditivas, que vêm fazendo parte da jurisdição constitucional moderna.

Ao final, serão tecidas as principais conclusões extraídas da pesquisa e confecção do presente trabalho.

Em suma, esta obra tem a pretensão de expor, de forma sucinta, os principais contornos do mandado de injunção e a discussão doutrinária e jurisprudencial que vem sendo travada em torno do alcance do instituto.

2 O MANDADO DE INJUNÇÃO: ASPECTOS GERAIS

Neste capítulo inicial serão discutidos os aspectos gerais do mandado de injunção, levando em conta o conceito, a motivação, o objeto e as origens históricas do instituto. Também será feita uma análise da teoria da omissão constitucional e das similaridades entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Para realizar esta tarefa, serão utilizadas como referência as contribuições teóricas de André Ramos Tavares, José Afonso da Silva, Gilmar Mendes, Roberto Pfeiffer e Sérgio Reginaldo Bacha, dentre outros.

2.1 CONCEITO E MOTIVAÇÃO

Dentro da hierarquia legal existente no ordenamento jurídico brasileiro, é cediço que, pela sua própria estrutura ontológica, a norma constitucional ocupa o ápice da pirâmide normativa, já que todas as outras normas jurídicas nela encontram seu fundamento de validade, como bem salientou o Ministro Celso de Mello por ocasião de seu voto no MI 232-1/RJ (BRASIL, 1992a):

A superioridade normativa da Constituição traz, ínsita em sua noção conceitual, a idéia de um estatuto fundamental, cujo incontestável valor jurídico atua como pressuposto de validade de toda a ordem positiva instituída pelo Estado.

Ainda dentro da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), podem ser encontradas normas de maior relevância pelo seu conteúdo. Este é o caso do mandado de injunção, que representa “o instrumento de tutela de direitos e garantias inerentes à cidadania mais importante e potencialmente poderoso que o legislador constitucional inseriu no ordenamento jurídico brasileiro em 1988.” (BRANDÃO, 2001, p. 241).

Basicamente, o mandado de injunção é uma ação constitucional que foi criada no intuito de tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, além das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, sempre que houver falta de norma regulamentadora. Esta é a redação aproximada do inc. LXXI do art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988).

No campo doutrinário, pouca divergência há sobre a conceituação deste instituto. André Ramos Tavares (2010, p. 1007), por exemplo, define o mandado de injunção como sendo:

[...] uma ação judicial, de berço constitucional, com caráter especial, que objetiva combater a morosidade do Poder Público em sua função legislativo-regulamentadora, entendida em sentido amplo, para que se viabilize, assim, o exercício concreto de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionalmente previstos.

O constitucionalista José Afonso da Silva (2009, p. 448) também apresenta definição similar, dizendo ser o mandado de injunção:

[...] um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição.

Do exposto, fica claro que a doutrina não encontra maiores dificuldades para apresentar o novel instituto, até porque suas linhas gerais encontram-se muito bem consubstanciadas no texto constitucional.

Da mesma forma, a simples leitura do inciso LXXI do art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988) é capaz de demonstrar a grande missão que foi atribuída ao instituto. Afinal, garantir a viabilidade de direitos constitucionais sem regulamentação representa, por definição, uma tarefa hercúlea.

A Constituição que positivou o mandado de injunção veio em um período pós-ditatorial conturbado para o Brasil. Assim, quando em 1988 o então presidente da Câmara dos Deputados, Ulysses Guimarães, proferiu seu inflamado discurso anunciando a promulgação da “Carta Cidadã”, um novo sopro de esperança tomou conta da sociedade brasileira. Este otimismo decorria do espírito democrático e garantista que o texto constitucional possuía, principalmente pela criação de novos instrumentos de efetivação, a exemplo do mandado de injunção.

Sobre o avanço que representou a Constituição Federal de 1988, tem-se o ensinamento de José Afonso da Silva (2009, p. 90):

Deve-se, no entanto, reconhecer que a Constituição por ele [Congresso Constituinte] produzida constitui um texto razoavelmente avançado. É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. [...] É a *Constituição Cidadã*, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.

Outro professor que também assinala a importância da Constituição Federal é Othon Sidou (1992 apud BACHA, 1998, p. 29):

[...] o advento da Constituição de outubro marca o limiar do reingresso do Brasil no estado de direito, abre generosa oportunidade à doutrina para a reciclagem de conceitos sobre os velhos institutos jurídicos e a tomada de posição sobre os novos que foram incorporados ao elenco dos direitos fundamentais.

É neste ambiente constitucional propício ao desenvolvimento de mecanismos democráticos que o mandado de injunção surgiu, numa clara tentativa do legislador em agregar novos instrumentos de garantia dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, suprir a histórica mora legislativa em produzir normas pontuais às novas demandas sociais que constantemente surgiam e ainda surgem.

Com relação à lentidão do Poder Legislativo como causa da criação do mandado injunção, tem-se a lição do constituinte originário Michel Temer (2010, p. 217):

As constituições anteriores continham normas que demandavam legislação integrativa e regulamentadora. Inerte o legislador ordinário, tais normas jamais se tornavam operativas. Assim também ocorria com as normas de natureza programática. Ficavam no papel em face da inação do legislador infraconstitucional.

Em razão dessa realidade do passado é que a Constituição de 1988 cria o *mandado de injunção*, ao lado do *controle de inconstitucionalidade por omissão*. (grifo do autor)

Portanto, é lícito dizer que a principal causa para a criação da nova ação foi a busca por maior efetividade dos direitos constitucionais, na tentativa de sanar a recorrente mora legiferante em temas importantes para a sociedade brasileira.

2.2 PRECEDENTES HISTÓRICOS

As origens históricas do mandado de injunção são indeterminadas e geram significativa polêmica na doutrina brasileira (PFEIFFER, 1999, p. 31).

Em primeiro lugar, já o vocábulo “injunção” nasceu eivado de discussões, sendo criticado pelo seu pouco uso na língua corrente nacional. Segundo alguns autores, como Othon Sidou, a falta de contornos exatos do âmbito semântico do termo revelaria uma imprecisão técnica do legislador, inclusive porque o correlato inglês *injunctio* teria significação oposta àquela pretendida pelo nosso mandado.

Com a palavra, o aludido escritor (SIDOU, 2002, p. 268):

Embora o correlativo francês *injonction* denote ordem expressa, e em latim *injunctio* seja imposição, o *writ of injunctio*, de que o nosso é tradução quase servil – ‘injunção’ não é palavra trivial no quotidiano do homem médio brasileiro – significa, nos países de estirpe britânica, em todos os quadrantes do mundo, inclusive na Índia (Constituição de 1949, art. 246), ordem proibitiva, bem ao oposto da destinação dada ao nosso novel instrumento processual constitucional, que não persegue atividade e sim inércia. (grifo do autor)

Independentemente da relação que o mandado de injunção possa ter com o *writ of injunctio*, pode-se dizer que, atualmente, esta discussão terminológica perdeu relevo, tendo em vista que nossa ação constitucional já completou mais de duas décadas de existência, tendo se incorporado no ordenamento jurídico brasileiro pelas suas características próprias.

Mesmo assim, convém traçar uma abordagem histórica sobre o instituto, a fim de lhe conhecer melhor as possíveis origens próximas e remotas.

2.2.1 Direito Romano

Indo mais além na história, Paulo Bonavides e Paes de Andrade (2004, p. 507) fazem interessante análise da possível relação entre os atuais provimentos injuncionais e os interditos decretais do direito romano, ao dizer que:

[...] as mais remotas origens da injunção, nós vamos encontrá-las no direito romano, onde a equidade e o 'judge made law', ou seja, o direito elaborado pelo juiz, tão decisivo nos desdobramentos institucionais do sistema anglo-americano, teve raízes consuetudinárias de antecipação, dignas de registro. [...] o interdito com significado de ordem ou decreto do pretor, que se aplicava por remédio a um determinado caso, tomando a denominação decretal: '*decretale, quo praetor re nata implorantibus decrevit*', sendo este sem dúvida o que mais de perto se assemelhava à injunção de um tribunal de equidade.

Com efeito, a doutrina de José Cretella Júnior (2009. p. 134), em obra específica sobre o direito romano, ensina que o interdito era:

uma ordem do pretor para fazer-se ou não se fazer alguma coisa. Em virtude de seu poder de império (*imperium*), o pretor e o governador de província podiam dar ordens a pessoas que entravam em litígio. Uma das partes litigantes solicita o interdito ao pretor, que o concede ou não.

Como o interdito decretal era concedido mediante equidade¹ do magistrado em casos particulares, fugindo dos princípios do *ordo judiciorum*² e

¹ O conceito atual de equidade não se confunde com aquele que os romanos do período clássico possuíam. Antigamente, a equidade dizia respeito a um valor intrínseco e imanente do próprio

criando precedentes jurisprudenciais, a comparação com as ações injuncionais atuais é, em certa medida, válida, pois ambos os instrumentos partem de provimentos jurisdicionais complementativos da lei.

2.2.2 Direito Português e Iugoslavo

Alguns doutrinadores, a exemplo de Othon Sidou, fazem referência a textos constitucionais europeus, tais como o português e o iugoslavo, para fundamentar possíveis origens próximas da ação injuncional brasileira.

Assim fala o referido autor (SIDOU, 2002, p. 267):

Foi estruturado [o mandado de injunção] no seio da Comissão de Juristas formada pelo Poder Executivo, a qual não teve oficializado seu anteprojeto de Constituição, e inspirou-se indiretamente nas Cartas políticas iugoslava e portuguesa, as quais prevêm o descumprimento constitucional por omissão de norma regulamentadora.

No entanto, os dispositivos constantes das constituições de Portugal e da extinta Iugoslávia³ dizem respeito à hipótese de inconstitucionalidade por omissão, onde o Poder Judiciário constata a mora do legislador de maneira geral, sem ter sido provocado especificamente por alguém que se julgue com o direito violado. O próprio autor, algumas páginas adiante em sua obra (SIDOU, 2002, p. 276),

sistema jurídico, ou seja, buscava-se na interpretação do sistema de normas existentes globalmente consideradas a melhor solução para o caso concreto. Foi somente com a influência cristã sobre o direito romano pós-clássico que a equidade ganhou o valor semântico de humanidade e piedade tal qual o conhecemos hoje. A *aequitas canonica*, que influenciou profundamente nossa cultura, tem o sentido de misericórdia e serve como critério do direito natural na correção do direito positivo. Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3. ED. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 81-83 e também PAULO II, João. *Código de Direito Canônico*. 14. Ed. São Paulo: Loyola, 2001. P. 45. Cânon 19.

² O *ordum judiciorum* era o procedimento processual ordinário utilizado pelos romanos até fins da época clássica em que o magistrado assumia posição extremamente passiva, não podendo proferir nenhum ato de império tendente a modificar a situação fática das partes. Para um melhor entendimento sobre o tema, cf. CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 31. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 43 e 290; e principalmente SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 17-37.

³ *Constituição da Iugoslávia* – Art. 377. Se o Tribunal de Garantias Constitucionais inferir que algum órgão competente deixou de editar a norma regulamentadora a que se obrigou, para a devida aplicação dos preceitos desta Constituição, das leis ou de outras prescrições gerais federais, informará desta omissão a Assembleia da República.

Constituição de Portugal – Art. 283 (Inconstitucionalidade por omissão). 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direito das regiões autônomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. - 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

reconhece que os dispositivos citados não podiam se invocados pelo cidadão para ter aplicação imediata.

Logo, vê-se que os instrumentos possuem maior relação com nossa ação direta de inconstitucionalidade por omissão, onde também analisa-se o direito de forma abstrata, sem nenhum demandante com pretensão específica e restrita (TAVARES, 2010, p. 337).

Também partilha deste entendimento Diomar Ackel Filho (1988, p. 103):

Naquela Carta [Constituição de Portugal] consta norma atinente à inconstitucionalidade por omissão, que foi bem aproveitada pelo constituinte brasileiro ao cuidar da ação direta de inconstitucionalidade. Embora sem se referir expressamente à injunção, pois concerne a outro mecanismo, a norma do art. 283 da Constituição Portuguesa cogita hipótese do não-cumprimento dos direitos fundamentais por omissão das medidas legislativas necessárias à sua exeqüibilidade. (grifo nosso)

Outro autor que segue esta linha é Vicente Greco Filho (1989, p. 180):

Paralelamente à injunção, propriamente dita, em outros países desenvolveu-se o instituto da inconstitucionalidade por omissão, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade por falta de elaboração de norma regulamentadora que possibilite o exercício de direitos constitucionais, como dispõe, por exemplo, a Lei Fundamental portuguesa de 1982, em seu art. 283.

Assim, como já há instituto próprio no ordenamento jurídico brasileiro que se encaixe na hipótese prevista pelas referidas cartas constitucionais, estas referências históricas servem mais para ilustrar a tendência mundial em criar mecanismos contra omissões inconstitucionais do que para assinalar uma origem direta propriamente dita do mandado de injunção.

2.2.3 Direito Alemão

Uma minoria dos doutrinadores atribui a origem do mandado de injunção ao direito alemão. Lênio Luiz Streck (1991, p. 24) cita um destes autores, ao tratar sobre o tema:

Há ainda, uma corrente minoritária, que sustenta ser o mandado de injunção originário do Direito alemão. Esse entendimento é defendido por MACIEL, Ademar Ferreira. In Conjecturas sobre o mandado de injunção. O Estado de Minas. Belo Horizonte, 27.8.88, p. 5. Segundo esse jurista, a fonte de inspiração do constituinte para a feitura do mandado de injunção foi menos a *injunction* anglo-americana e mais o *Verfassungsbeschwerde* do Direito alemão (recurso constitucional).

Também de acordo com Roberto Pfeiffer (1999, p. 35), citando o posicionamento de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, haveria grande semelhança entre nosso remédio constitucional e a ação alemã denominada *Verfassungsbeschwerde*.

Como o próprio nome denuncia, a ação alemã citada também se reveste de cunho constitucional (*Verfassung* significa constituição, em alemão). Sua utilização se dá para que uma ação ou omissão de autoridade ofensora cesse sua afronta ao texto constitucional. Assim, os tribunais germânicos estariam habilitados a conferir eficácia a preceito constitucional que reclamasse regulamentação, pois a suposta omissão do legislador seria inconstitucional.

Interessante ponderação faz Gilmar Mendes (1990, p. 151-152), ao dizer que haveria restrições ao uso desta ação. Assim, algumas normas constitucionais possuiriam implicitamente o dever constitucional de legislar, tornando-as suscetíveis, pois, de complementação. Outras normas, no entanto, apresentariam barreiras intransponíveis que caracterizariam uma exigência constitucional insuprível. O primeiro caso se daria quando pela redação do dispositivo fossem fornecidos elementos suficientemente claros para sua complementação.

A crítica que se faz no sentido de não se reconhecer uma verdadeira identificação entre os institutos leva em conta três pontos (PFEIFFER, 1999, p. 36). O primeiro, é que o conteúdo da *Verfassungsbeschwerde* é mais amplo que o do mandado de injunção, incluindo tanto hipóteses de violações constitucionais omissivas quanto comissivas (edição de dispositivos inconstitucionais).

Em segundo lugar, no direito tedesco é necessário que se esgotem todas as vias ordinárias para poder ingressar com o recurso constitucional, enquanto o *writ* brasileiro não faz tal exigência. E, por último, a utilização da ação alemã só se dá na ocorrência de omissão parcial do legislador, ao contrário do caso brasileiro, em que se utiliza o remédio constitucional principalmente contra omissão total de regulamentação.

2.2.4 Direito Francês

Vale a pena registrar que o direito francês também possui em seu sistema legal uma ordem de injunção (*injonction*). Todavia, ela não passa de um falso cognato, pois as similaridades com a injunção brasileira só ficam no nome.

Enquanto nossa ação visa dar efetividade a direitos constitucionais, a medida de *injonction* francesa serve para os juízes proferirem prescrições de organização processual dirigidas às partes e aos auxiliares da justiça, sob pena de sanções que a lei determina (STRECK, 1991, p. 23).

Esta função caracteriza mera manifestação administrativa do poder de polícia conferida ao juiz, como bem acentua Ulderico Pires dos Santos (1988, p. 31):

Constitui [a *injonction*], assim, manifesto poder de polícia. Tanto isto é certo que o magistrado pode expedi-la até mesmo para que as pessoas que estiverem transtornando os trabalhos judiciários com algazarra, conversa muito alta, ou outro procedimento qualquer que atrapalhe os trabalhos da corte ponham fim ao tumulto.

Assim, muito embora haja uma “injunção” no direito francês, esta é bem diferente de suas homônimas inglesa e brasileira, que possuem conteúdo mais amplo e relevante.

2.2.5 Direito Inglês

A mais consistente referência à origem primordial do mandado de injunção é tida como sendo as ações próprias do direito inglês, mais especificadamente o *writ of injunction* da corrente jurídica *Equity law*. É nesta linha que vai o ensinamento de José Afonso da Silva (2010, p. 167):

E foi exatamente assim, como essencial remédio da *equity*, que o instituto [injunção] se originou na Inglaterra, no longínquo século XIV. Nasceu, pois, do juízo de equidade – ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (*statutes*) regulando a espécie e quando a *common law* não oferece proteção suficiente.

Na corrente da *equity* havia uma grande preocupação com as peculiaridades do caso concreto. Assim, o juiz da causa tinha amplo poder para decidir a lide, não podendo, no entanto, se afastar dos valores jurídicos que permeavam a sociedade de sua época.

Importante salientar que a escola da *Equity Law* fazia contraposição na Inglaterra à *Common Law*. As diferenças estruturais de ambas as correntes são bem explicitadas por Guido Soares (2000, p. 32):

A primeira acepção de Common Law, é de 'direito comum', ou seja, aquele nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, cortes essas constituídas pelo Rei e a ele subordinadas diretamente, [...], enquanto oposta a Equity, direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler, originado de uma necessidade de temperar o rigor daquele sistema e de atender as questões da equidade.

Como atesta Renè David (1997, p. 7-11), em obra específica sobre o tema, o surgimento da *Equity Law* se deu basicamente pela ausência de eficiência do antigo sistema real da *Common Law*, que se baseava em maiores formalismos, impedindo a solução de muitos casos concretos de maneira apropriada. Assim, aos poucos o tribunal do Rei em Westminster foi perdendo espaço para a Corte da Chancelaria, que emitia julgamentos baseados preponderantemente em juízos de equidade arrimados nos valores da sociedade inglesa.

Da mesma forma que o juiz inglês da *equity*, também o magistrado brasileiro não pode decidir a demanda *ex nihil* (literalmente, do nada), pois está adstrito ao conteúdo razoável que emana da norma constitucional não-regulamentada (SILVA, 2010, p. 166). Daí a semelhança atribuída entre o mandado de injunção brasileiro e o *writ of injunction* inglês.

Todavia, importante ressaltar que a *injunction* inglesa possui contornos mais amplos que nosso mandado, pois aquela pode conter tanto uma ordem para fazer (*mandatory*) como para deixar de fazer (*prohibitory*), e pode ser dirigida contra o Poder Público como também em face de particulares (MEIRELLES, 2001, p. 172).

2.2.6 Direito norte-americano

Outra ação que guarda semelhanças com o mandado de injunção brasileiro, e que comumente se considera como a fonte mais próxima de nossa ação constitucional, é o *writ of injunction* norte-americano.

É sabido que os Estados Unidos da América, no início de seus tempos, foram ocupados preponderantemente por emigrantes ingleses, e, naturalmente, aqueles adotaram a maioria dos costumes de seus colonizadores. Com o Direito não foi diferente, pois, a exemplo do que ocorria na Inglaterra, o sistema normativo norte-

americano baseava-se em poucas leis de direito material escritas (DAVID, 1976, p. 444).⁴

Assim, dentro de todo esse arcabouço jurídico transportado dos ingleses, o *writ of injunction* também foi trazido, basicamente com o mesmo delineamento de sua matriz europeia, que visava coibir abusos contra direitos fundamentais reconhecidos pela Corte.

José Afonso da Silva (2010, p. 168) assim trata o assunto:

[...] a fonte mais próxima deste [o mandado de injunção] é o writ of injunction do Direito norte-americano, onde cada vez mais tem aplicação na proteção dos direitos da pessoa humana, para impedir, por exemplo, violações da liberdade de associação e de palavra, da liberdade religiosa e contra denegação de igual oportunidade de educação por razões puramente raciais, tendo-se estabelecido mediante julgamento favorável de uma injunction (caso Brown vs. Board of Education of Topeka, 1954) o direito de estudantes negros à educação em escolas não-segregadas. A XIV Emenda da Constituição Norte-Americana confere várias franquias inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, pois a proteção desses direitos e franquias tem sido crescentemente objeto de injunction, tal como agora se reconhece no direito constitucional pátrio.

Argumenta-se que os sistemas anglo-saxônicos sempre mantiveram como característica principal a ausência de rigidez nas normas de direito material, e, desta maneira, sempre houve a necessidade de uma maior atuação judicial no sentido de aplicar as normas genéricas aos casos concretos, pois não havia quantidade suficiente de normas específicas regendo as relações jurídicas, ao contrário do que ocorria na tradição jurídica romano-continenta da *Civil Law*.

Contudo, com a crescente aproximação das grandes escolas jurídicas ocidentais, a essência dos provimentos injuncionais teria transbordado as fronteiras dos países de língua inglesa, ganhando novas adaptações em outras escolas jurídicas, a exemplo do Brasil.

Essa constatação é referida por Paulo Bonavides e Paes de Andrade (2004, p. 508):

A injunção tem tido larga aplicação tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos, sendo um instituto ou garantia peculiar ao direito desses países, com vários séculos de tradição, mas que já se estendeu depois a outros sistemas jurídicos, revelando sempre um elevado grau de adaptação e flexibilidade, de acordo obviamente com as exigências e os fins para que tem sido utilizado em cada época ou ordenamento. Tem sido justamente essa flexibilidade que fez da injunção, segundo ponderou determinado

⁴ Sobre a influência inglesa nos Estados Unidos, conferir também TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 39-54.

jurista norte-americano, um admirável instrumento com que enfrentar, no trato judicial, as complexidades da vida moderna.

De fato, justamente por causa da cambiante forma da sociedade, que nos últimos séculos imprimiu ritmo cada vez mais acelerado em suas mudanças, é que os provimentos de natureza injuncional ganharam espaço, na tentativa de suprir a natural defasagem que o direito apresenta face à realidade.

É com vistas a essa característica essencial do provimento injuncional - de ser importante instrumento de colmatação das lacunas legais - que parte da doutrina afigura lícito estabelecer, ainda que remotamente, uma conexão entre a injunção anglo-americana e nossa ação constitucional.

2.2.7 O mandado de injunção como ação inédita

Por fim, cabe salientar que alguns doutrinadores advogam a tese de que o mandado de injunção não possui paralelos com nenhum outro instituto de direito alienígena, sendo uma autêntica inovação do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta direção leciona André Ramos Tavares (2010, p. 1006):

Razão assiste a Roberto Pfeiffer ao assinalar que o mandado de injunção da Constituição de 1988 é instituto tipicamente nacional, sendo as semelhanças com outros institutos de Direito estrangeiro insuficientes para destes decorrer o *writ* brasileiro em sua específica formação.

Também Calmon de Passos (1990 apud BACHA, 1998, p. 39) pensa neste sentido:

[...] o mandado de injunção, do sistema da *Common Law*, jamais teve o objetivo que definimos para a nossa injunção, nem desempenha, na nação norte-americana, o papel que pretendemos dar ao nosso remédio constitucional, nem foi pensado com o objetivo a que nos propomos com a nossa injunção, nem tem história vinculada a este instituto.

E por fim, colaciona-se a posição de Celso Bastos e Ives Gandra Martins (1988, p. 357) seguindo a mesma linha:

O mandado de injunção insere-se neste contexto. Medida sem precedente, quer no direito nacional quer no alienígena. A confrontação que se possa fazer com a *injunctio* no direito americano só leva à conclusão da absoluta singularidade do instituto pátrio.

Segundo este entendimento, não há no constitucionalismo mundial nada que realmente se assemelhe à nossa ação, pois sempre que comparações são feitas, diferenças substanciais emergem invariavelmente.

2.2.8 Considerações históricas finais

Do exposto nos tópicos precedentes, vê-se que a doutrina diverge consideravelmente sobre a origem do instituto, apontando diversas fontes heterogêneas (inglesa, romana, norte-americana, alemã, portuguesa etc.) e até mesmo negando qualquer relação com institutos estrangeiros.

Dentro deste universo de referências, Sérgio Reginaldo Bacha (1998, p. 40) faz interessante ponderação. Segundo o referido autor, é de se admitir certa inspiração do legislador em instrumentos estrangeiros; porém, o mandado de injunção guarda especificidades tais que a relação com estes instrumentos não passa de inspiração.

De acordo com esta orientação doutrinária, no estudo sobre o mandado de injunção é preciso ter em mente suas peculiaridades que o tornam único no cenário constitucional moderno, sob pena de serem feitas comparações errôneas e incapazes de alcançar a grande missão do instituto.

2.3 OBJETO

O objeto do mandado de injunção encontra-se fixado na própria redação do inc. LXXI do art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988). Pela leitura do referido inciso, a primeira coisa que fica clara é que nem todas as normas constitucionais autorizam o ajuizamento do mandado de injunção (TAVARES, 2010, p. 1007).

Desta feita, a norma constitucional, para ser amparável por injunção, deve possuir “eficácia limitada” que demande regulamentação, de modo que as normas auto-aplicáveis ficam automaticamente excluídas do âmbito protetivo injuncional, já que dispensam mecanismos ulteriores para ter eficácia.

O inciso LXXI utiliza a expressão “norma regulamentadora” para indicar a falta de eficácia plena das normas constitucionais tuteláveis via mandado de injunção. Esta expressão, conforme o ensinamento de Manoel Jorge e Silva Neto (2008, p. 104), deve ser entendida em sua acepção material:

O regulamento a que atine a injunção é aquele em sua acepção material, ampla e compreensiva de todas as modalidades de normas necessárias para operar a exequibilidade de um dispositivo constitucional ou legal (leis complementares, leis ordinárias, decretos, resoluções etc.

Por isso, a expressão regulamento não deve ser tomada em seu sentido literal. Formalmente, o regulamento é um ato legislativo ou administrativo que traduz norma primária em seus aspectos menores, aclarando-a e disciplinando a sua exequibilidade. Mas, sob o aspecto material, regulamento é o ato legal necessário para a exequibilidade de outra norma superior.

Assim, a norma regulamentadora faltante não deve ser entendida de maneira estrita e formal, mas sim como todo e qualquer ato do poder público que importe na regulamentação de uma norma constitucional, a fim de conferir eficácia a ela.

A outra parte do dispositivo disciplinador do mandado de injunção cita as normas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania. Para alguns autores, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 325), esta expressão final do inc. LXXI do art. 5º (BRASIL, 1988) seria razão suficiente para reduzir sobremaneira o âmbito de proteção do mandado.

Segundo o referido autor (FERREIRA, 2008, p. 325), apenas seriam objeto de proteção pelo mandado de injunção as normas constitucionais ligados ao *status* de nacional (contidas no art. 5º e no Capítulo III do Título II da Constituição), ao *status* de cidadão e à soberania do povo na participação do governo (normas do Capítulo IV do Título II da Constituição, onde estão localizados os direitos políticos).

Advogando tese semelhantemente restrita, o jurista Moacir Amaral dos Santos (1989, p. 24) salienta:

Compete, pois, ao intérprete, com base na norma contida no inciso LXXI do art. 5º da CRFB, e com lentes fixadas no Título II – ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais’ – ao qual se agregam os capítulos I a V, verificar que os direitos fundamentais tutelados pela norma de injunção se cifram aos seguintes: direitos individuais, direitos sociais, direitos políticos e direitos pertencentes à soberania popular.

De outro norte, alguns doutrinadores procuram dar maior abrangência ao mandado de injunção, pontificando que a limitação de sua utilização a alguns poucos artigos da Constituição Federal seria o mesmo que inutilizar a nova ação constitucional.

Por esta via de argumentação, diz-se que praticamente todas as normas ligadas à nacionalidade, cidadania e soberania já são auto-aplicáveis ou estão com

a devida regulamentação, sendo inclusive raras aquelas que apresentam características de eficácia limitada.

Nesta linha de pensamento encontra-se Roberto Pfeiffer (1999, p. 58), ao salientar que a expressão “direitos e liberdades constitucionais” contém sentido amplo, tanto que a conjunção “e” que a liga ao final do inciso seria ampliativa, o que, segundo ele, caracterizaria a intenção do legislador em não restringir o âmbito da ação somente às questões ligadas à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Também José dos Santos Carvalho Filho, ao criticar os termos utilizados pelo legislador (*direitos, liberdades e prerrogativas*) por terem sentido idêntico ou aproximado, ressalta que a conclusão mais plausível que se pode extrair do texto constitucional é no sentido de que “os bens sob tutela no mandado de injunção são os direitos de embasamento constitucional, inclusive os inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.” (CARVALHO FILHO, 2010. p. 1151).

Contudo, em que pese a pertinência do alargamento protetivo do mandado de injunção que vem sendo sustentado pela maioria dos autores, vale invocar a lúcida advertência de Michel Temer (2010, p. 219), para o qual não se deve confundir a omissão legislativa com omissão administrativa. Ou seja, as normas de cunho programático, que servem muito mais para orientar o Estado em sua atuação executiva do que legislativa, não se prestariam a ser invocados em sede de mandado de injunção. Vale dizer, o que se demandaria seria a construção de hospitais, quadras de esporte etc., o que claramente foge da alçada do *writ* em sua forma específica.

Assim, a possibilidade de se exigir ação dos órgãos administrativos só caberia quando estes tivessem, por atribuição, regulamentar determinado direito, hipótese em que exerceriam função “análoga” àquela normativa do legislador.

Por fim, cumpre ressaltar que não cabe mandado de injunção quando se pretende modificar uma legislação já existente acerca de determinado direito ou, ainda, quando a demanda fundar-se em nova interpretação a ser dada para um dispositivo constitucional. (TAVARES, 2010, p. 1007).

2.4 TEORIA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

O tema envolvendo a omissão inconstitucional do legislador é, sem sombra de dúvidas, um dos mais interessantes que se suscitaram na história

contemporânea do constitucionalismo mundial. E, além de interessante, é também um dos mais complicados, como bem salienta Gilmar Mendes (2010, p. 1185-1186):

É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno, envolvendo não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais, mas também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional.

Uma explicação sobre em que consiste a inconstitucionalidade por omissão pode ser encontrada no didático voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, durante o julgamento do MI 712/PA (BRASIL, 2007a):

Vê-se, pois, que, na tipologia das situações inconstitucionais, inclui-se, também, aquela que deriva do descumprimento, por inércia estatal, de norma impositiva de determinado comportamento atribuído ao Poder Público pela própria Constituição.

Cumprir ter presente, bem por isso, a advertência de Jorge Miranda (Manual de direito constitucional, t. II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Ed.), que, ao versar o tema, observa: 'Por omissão entende-se a falta de medidas legislativas necessárias, falta esta que pode ser total ou parcial. A violação da Constituição, na verdade, provém umas vezes da completa inércia do legislador e outras vezes da sua deficiente atividade, competindo ao órgão de fiscalização pronunciar-se sobre a adequação da norma legal à norma constitucional... A inconstitucionalidade por omissão não surge apenas por carência de medidas legislativas, surge também por deficiência delas'.

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direito que nela se fundam e também impede, por ausência (insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

A dificuldade que acomete a dogmática jurídica surge quando se indaga o momento em que determinada inércia legislativa passa a ser inconstitucional e quais as consequências jurídicas das sentenças que afirmam referida omissão (MENDES et al., 2010, p. 1345).

Contudo, nem sempre esta questão foi levada a sério, pois, há um século, ainda acreditava-se ser inadmissível submeter a inércia legislativa a julgamento. Com efeito, o legislador era tido como o representante do povo e, como tal, teoricamente sabia a hora de atuar na produção de normas exigidas pela sociedade que o elegeu. Se não a fizesse, era porque ainda não era realmente necessária e desejada pelo povo (MENDES et al., 2010, p. 1186).

Hans Kelsen (1911 apud MENDES et al., 2010, p. 1186) ressaltava não subsistir qualquer dever do Estado em editar determinada lei, sendo apenas uma questão de conveniência e oportunidade do legislador, e, portanto, não passível de análise jurisdicional. Georg Jellinek (1905 apud MENDES et al., 2010, p. 1186) afirmava, inclusive, que a impossibilidade de formular pretensões desta natureza constituía *communis opinio*.

Uma teoria da omissão inconstitucional somente começou a ganhar forma com o advento da Lei Fundamental de Bonn (1949), na Alemanha. A experiência da ascensão nazista em 1933 representou um completo menoscabo dos mais básicos direitos fundamentais do indivíduo e a nova lei tentou vincular o legislador aos direitos fundamentais (art. 1º, par. 3º) e à Constituição como um todo (art. 20, III), impossibilitando, assim, a usurpação do poder estatal (MENDES et al., 2010, p. 1346).

Vale ressaltar que a regra, ainda hoje, é a de que legislar é uma faculdade discricionária do legislador inserida no âmbito de seu poder. Só que, como bem resalta Luís Roberto Barroso (2010, p. 224), quando a Constituição impõe a legislação, o legislador não apenas pode como deve agir:

Como regra, legislar é uma faculdade do legislador. A decisão de criar ou não lei acerca de determinada matéria insere-se no âmbito de sua discricionariedade ou, mais propriamente, de sua liberdade de conformação. De ordinário, sua inércia ou sua decisão política de não agir não caracterizarão comportamento inconstitucional. Todavia, nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão.

Todavia, conquanto já se tenham passado mais de 60 anos desde esta nova compreensão do dever estatal, a teoria da omissão inconstitucional ainda é uma construção em aberto com uma série de questões a serem analisadas, como bem assinala Gilmar Mendes (2010, p. 1345-1346):

Não obstante o hercúleo esforço da doutrina e da jurisprudência, muitas questões sobre a omissão inconstitucional continuam em aberto, ou parecem não ter encontrado, ainda, uma resposta adequada. Sem querer arriscar uma profecia, pode-se afirmar, com certa margem de segurança, que elas hão de continuar sem uma resposta satisfatória ainda por algum tempo!

Dentro do ordenamento jurídico pátrio, há duas ações portadoras da difícil missão de encarar a omissão inconstitucional: o mandado de injunção, acima já

delineado, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), prevista no § 2º do art. 103 da CRFB (BARROSO, 2010, p. 224).

2.5 O MANDADO DE INJUNÇÃO E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

Sempre que se trata sobre o mandado de injunção, convém estabelecer um paralelo com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (MAZZEI, 2006, p. 168), haja vista que ambas tem o mesmo fundamento temático: a omissão inconstitucional. Para tanto, é preciso ressaltar as principais semelhanças e diferenças entre os dois instrumentos.

Em primeiro lugar, cabe assinalar que ambas as ações se prestam a enfrentar tanto omissões totais, absolutas, quanto omissões parciais, caracterizadas estas como “o cumprimento incompleto ou defeituoso de um dever constitucional de legislar.” (MENDES et al., 2010, p. 1368).

Contudo, ao contrário do mandado de injunção, que serve para o controle concreto de omissões inconstitucionais, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui a função de submeter a inércia legislativa para julgamento através do controle abstrato. Ou seja, enquanto aquele representa mais uma ação individual à disposição de qualquer cidadão que se julga lesado em seus direitos, esta só pode ser intentada pelas pessoas expressamente autorizadas no artigo 103 da CRFB (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 197).

Outra diferença marcante entre os dois institutos diz respeito ao objeto imediato. Como referido acima, ambos tem como fim último (mediato) o trato das omissões inconstitucionais; mas, enquanto o mandado de injunção cuida da ausência de normas regulamentadoras que tornem inviáveis direitos constitucionais, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão se presta a sanar “omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional” (*vide* § 2º do art. 103 da CRFB).

A princípio, poder-se-ia confundir ambos os objetos, pois as expressões “norma regulamentadora” e “medida efetivadora” possuem significações parecidas. Porém, através de uma análise mais acurada das expressões utilizadas, percebe-se que o papel de sanar a falta de medidas efetivadoras de norma constitucional é mais amplo e engloba o poder regulamentar, pois visa a permitir de maneira objetiva que

toda norma constitucional alcance plena eficácia, independentemente de seu conteúdo e de se tratar ou não de um direito subjetivo (PIOVESAN, 2003, p. 113).

Assim, enquanto o mandado de injunção visa a tutelar direito ainda não regulamentado, seja por lei propriamente dita ou por algum decreto regulamentar de índole administrativa, a ADO, além destes objetos, também serve para suprir omissões de medidas administrativas de caráter não normativo, mas que podem de igual maneira inviabilizar a concretização da vontade constitucional.

Exemplos desta natureza são: a) a organização do Poder Judiciário, a fim de garantir o livre acesso à Justiça (inc. XXXV do art. 5º da CRFB); b) a organização da Defensoria Pública para garantir o direito de assistência judiciária a quem precise (inc. LXXIV do art. 5º e art. 134, ambos da CRFB); c) a organização e aparelhamento dos serviços de assistência social e de ensino (arts. 203 e 205 da CRFB, respectivamente) (MENDES et al., 2010, p. 1361).

Nestes casos citados acima, não há que se falar em ausência de norma regulamentadora específica, mas na total falta de estrutura administrativa concernente a instituições e programas constitucionalmente previstos. Daí nota-se a maior amplitude do objeto tutelado pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão (PIOVESAN, 2003, p. 182).

De outra ponta, vale ressaltar que a ADO busca a efetividade de qualquer norma constitucional, independentemente da matéria e sem qualquer restrição. Ao reverso, o mandado de injunção visa à tutela somente dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas referentes à nacionalidade, cidadania e soberania, o que representa um alcance mais reduzido em comparação com o objeto da ADO. (PIOVESAN, 2003, p. 182).

Por fim, impõe-se-nos analisar, em conjunto, os efeitos da decisão de procedência de ambas as ações. Seria precipitado nomear este ponto como uma diferença, visto a divergência que existe na doutrina sobre o assunto.

No que toca à ADO, muito se discutiu na Assembleia Nacional Constituinte, reunida no biênio 1987-1988, acerca dos efeitos que a decisão de procedência teria. Nos projetos iniciais encaminhados para discussão, era autorizado ao STF expedir regulamentos provisórios em face da inércia legislativa, o que conferia um grande poder à nossa Corte Suprema (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 159).

Contudo, de maneira surpreendente, a redação final da Constituição Federal de 1988 houve por bem em retirar esta atribuição do Judiciário, muito provavelmente pelo temor de conferir poder em demasia à somente um órgão e, conseqüentemente, correr o risco de ferir o equilíbrio entre os Poderes. O § 2º do art. 103 da CRFB (BRASIL, 1988) foi de um silêncio eloquente que deixou claro o firme propósito do constituinte em não permitir uma atuação suplementar do Judiciário (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 161).

Para alguns doutrinadores, a exemplo de André Puccinelli Júnior (2007, p. 162), o legislador andou mal ao seguir esta orientação, pois tornou ineficaz o novel instituto:

A ingênua confiança depositada na boa vontade do legislador gerou uma ineficácia incrédula. Isto porque a declaração da inconstitucionalidade negativa, seguida de ciência ao órgão remisso para a adoção das providências necessárias, não assegura o efetivo cumprimento do preceito constitucional.

Também a professora Flávia Piovesan (2003, p. 184) compartilha a mesma visão acima exposta, afirmando, *de lege ferenda*, que deveria ser dado ao Judiciário o papel de efetivo concretizador da Constituição:

A título de proposição, sustenta-se que mais conveniente e eficaz seria se o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional a omissão e fixasse prazo para que o legislador omissor suprisse a omissão inconstitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. [...]. Pois bem, finalizado o prazo, sem qualquer providência adotada, poderia o próprio Supremo, a depender do caso, dispor normativamente da matéria [...]. Estariam então conciliados o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.

Conquanto tenha sido justificado ou não o temor da usurpação dos Poderes, o fato é que atualmente cabe ao Judiciário, em sede de ADO, o simples papel de declarar a mora legislativa, não havendo possibilidade de suprir a medida faltante. No máximo, pode o STF fixar um prazo de 30 dias para que os órgãos administrativos atuem, quando for o caso. Na hipótese de omissão do Legislativo, a Constituição Federal nem mesmo autorizou o STF a fixar um prazo (PIOVESAN, 2003, p. 121).

A única consequência efetiva da declaração de inconstitucionalidade por omissão nestes casos é a possibilidade de responsabilização civil da administração pública por danos advindos da lacuna normativa, como bem pondera Flávia Piovesan (2003, p. 123):

Reitere-se, as inconstitucionalidades, incluídas as omissões legislativas, podem ser pressupostos de responsabilização civil do Estado. [...]. Nesta visão, configurada a omissão, cabível o ajuizamento de ação de perdas e danos contra a pessoa jurídica de direito público, responsável pela omissão.

Muito embora haja esta possibilidade prática de buscar uma tutela pelo equivalente nos casos em que o cidadão sofre um dano pela omissão inconstitucional, “fácil é concluir que este instrumento [ADO]”, nos moldes em que está posto hoje, “se torna insuficiente e insatisfatório para a efetivação das normas constitucionais.” (PIOVESAN, 2003, p. 126).

De outro norte, o dispositivo constitucional que regrou o mandado de injunção não estabeleceu, nem expressamente e nem intuitivamente, nenhuma diretriz a ser seguida sobre os efeitos da decisão de procedência (GRECO FILHO, 1989, p. 180). E, como ainda nenhuma lei foi criada disciplinando o mandado, naturalmente coube à doutrina e à jurisprudência tentar moldar o instituto.

O estudo sobre os efeitos da decisão de procedência em sede de mandado de injunção constitui o núcleo da presente obra e será analisado pormenorizadamente nos tópicos seguintes. Mas, a título de comparação com a ADO, pode-se adiantar que a orientação reinante nos últimos tempos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência do STF, vai no sentido de autorizar o Judiciário a suprir a regulamentação faltante, como bem explica Gilmar Mendes (2010, p. 1394):

Assim, o Tribunal [STF], afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. O Tribunal adotou, portanto, uma moderada sentença de perfil aditivo, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão do mandado de injunção.

Esta tomada de posição é reflexo do mesmo anseio de efetivação das normas constitucionais citado acima com relação à ADO; só que, ao contrário desta última, a redação disciplinadora do mandado de injunção autorizou uma atuação interpretativa mais elástica e criativa, fazendo com que houvesse maior liberdade do aplicador do direito na efetivação constitucional (PIOVESAN, 2003, p. 161).

Por fim, cabe ressaltar uma importante diferença que vem se apresentando na construção jurisprudencial das duas ações, referente aos provimentos de caráter liminar.

Na esteira do que foi dito acima, não soaria lógico permitir ao magistrado conceder liminarmente a supressão da omissão inconstitucional se nem no provimento final da ADO tal postura é autorizada. Disto defluiu o total descabimento de haver concessões de liminar em sede de ADO, já que se a função do juiz é de mero cientificador da mora, pouco sentido faria conceder uma liminar com apenas esta carga de eficácia (BARROSO, 2006, p. 672).

É neste sentido que vai o escólio de Flávia Piovesan (2003, p. 122), citando inclusive a orientação do Supremo Tribunal Federal:

Note-se que a não previsão de prazo para que o legislador supra a omissão fomenta a discricionariedade do Poder Legislativo. Nesta ótica, descabido, inclusive, cogitar-se em concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos termos em que foi instituída. Em conformidade com o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 361-5: 'É incompatível com o objeto mediato da referida demanda a concessão de liminar. Se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão, o que se dirá quanto ao exame preliminar'.

Também é esta a opinião de Alexandre de Moraes (2009, p. 772):

É incompatível com o objeto da referida demanda [ADO] a concessão de liminar. Se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão, como salientou o próprio Supremo Tribunal Federal, o que se dirá quanto ao exame preliminar?

Ressalte-se, todavia, que a lei 12.063 (BRASIL, 2009), em seu art. 12-F, previu expressamente a possibilidade de haver medidas cautelares em sede de ADO, nos casos de urgência da matéria. Só que este provimento cautelar a ser concedido pelo juiz limita-se às seguintes possibilidades: a) suspensão da aplicação da norma questionada, na hipótese de omissão parcial; b) suspensão dos processos judiciais ou dos procedimentos administrativos; c) ou qualquer outra providência de natureza cautelar a ser tomada pelo Tribunal.

Mesmo assim, quando se diz que não há possibilidade de liminares na ADO, a referência que se faz é quanto a medidas de antecipação de tutela, que conferem os efeitos do direito pleiteado imediatamente, e que não simplesmente acautelam-no.

Logo, em que pese a possibilidade de provimentos cautelares, pois estes não se chocam com a eficácia meramente declaratória da decisão, não há como se conceder liminares de antecipação de tutela.

No que tange ao mandado de injunção, a situação ainda é controversa. Alguns doutrinadores, por acolher a possibilidade de se conferir aplicabilidade à norma constitucional em sede de mandado de injunção, admitem a possibilidade de se conferirem liminares. No dizer de Paulo Napoleão Nogueira da Silva (1996, p. 279), “tal como ocorre no ‘habeas corpus’ e no mandado de segurança’, o mandado de injunção permite a expedição de ordem liminar.”.

Ulderico Pires dos Santos (1988, p. 66) também segue esta linha:

Evidentemente, se o ato arguido de ilegal e contrário ao princípio constitucional puder, por si só, produzir efeito lesivo imediato a direito individual ou coletivo, cabe a concessão de liminar para afastar a ilegalidade iminente. Basta resultar evidenciado o *fumus boni juris* e a possibilidade de o dano vir a ser de difícil e incerta reparação.

No entanto, a jurisprudência do STF, em que pese o maior alargamento que vem dando à sentença no mandado de injunção, ainda é reticente em deferir liminares, como bem se vê pelo recente julgado da relatoria do Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2012a):

DECISÃO. MANDADO DE INJUNÇÃO – LIMINAR – PRECEDENTES – INVIABILIDADE.
MANDADO DE INJUNÇÃO – FIXAÇÃO DE CONDIÇÕES NECESSÁRIAS AO EXERCÍCIO DE DIREITO – TOMADOR DE SERVIÇOS – LEGITIMAÇÃO PASSIVA.

Reiterados são os pronunciamentos sobre a inviabilidade de antecipar-se, em mandado de injunção, a tutela, ainda que provisória e precária. Confirmam com os precedentes do Supremo: Mandados de Injunção nsº 283, 542, 631, 636, 652 e 692, relatados, respectivamente, pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Ellen Gracie e Carlos Ayres Britto.
2. Indefiro a liminar.

Todavia, este posicionamento do Supremo Tribunal Federal é criticado por André Puccinelli Júnior (2007, p. 183):

É de se observar, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que não é cabível a concessão liminar da injunção pleiteada. Todavia, discordamos da referida orientação por considerarmos que a tutela de urgência constitui uma das facetas do direito constitucional de ação, além de figurar como pressuposto inafastável do princípio do amplo processo ao Poder Judiciário, previsto no inciso XXXV do art. 5º do texto magno.

Com efeito, é de se estranhar que o STF não conceda liminares quando houver urgência, pois, como visto acima pelas palavras do Ministro Gilmar Mendes, o Tribunal vem mudando seu posicionamento quanto ao provimento final em sede de injunção.

Além do mais, vale ressaltar que o mandado de injunção, por não possuir regulamentação própria, segue atualmente o procedimento do mandado de segurança, que prevê a concessão de liminar na hipótese de relevantes fundamentos jurídicos e urgência no provimento. (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 184).

Tomando por base esta constatação, Francisco Antônio de Oliveira (2004, p. 179) também resalta a viabilidade de liminares em sede de injunção:

Lembra Wander Paulo Marotta Moreira que todas as redações sugeridas na Assembléia Nacional Constituinte mandavam observar, no mandado de injunção, 'o rito processual estabelecido para o mandado de segurança', inclusive, é claro, com a possibilidade de liminar. Embora a redação final tenha omitido essa orientação, deixando o legislador com maior liberdade para estabelecer e criar o rito adequado, nada impede, consideradas as evidentes semelhanças entre os dois institutos, que a medida seja liminarmente deferida, desde que provados os requisitos essenciais à sua concessão.

Ademais, o Projeto de Lei nº 998/88, elaborado pelo Deputado Federal Maurílio Ferreira Lima, que ainda tramita no Congresso Nacional, prevê em seu art. 15 a possibilidade de o mandado de injunção ser concedido tanto na sentença final quanto liminarmente (PFEIFFER, 1999, p. 95).

Apesar das críticas tecidas, o fato é que o STF ainda mantém-se firme em seu posicionamento contra a concessão de liminares nos processos de mandado de injunção.

Com base nas considerações tecidas acima, pode-se ver que ambas as ações estão trilhando caminhos diferentes. Enquanto a ADO ainda reveste-se de um caráter conservador, o mandado de injunção vem ganhando cada vez mais contornos arrojados que expressam maior potencialidade de eficácia (PIOVESAN, 2003, p. 182).

No entanto, muito embora haja referidas diferenças entre as duas ações, é importante ressaltar que ambas cumprem papel extremamente importante no constitucionalismo brasileiro atual. O sucesso da efetivação dos postulados democráticos passa pelo amadurecimento da questão referente à inconstitucionalidade por omissão estatal, que encontra nestas duas ações seus principais veículos.

Nesta quadra, ainda há muito que se discutir sobre os possíveis desdobramentos e alcance destes institutos, no intuito de contribuir para a consolidação de um constitucionalismo afirmativo.

3 EFEITOS DA DECISÃO DE PROCEDÊNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Neste segundo capítulo serão discutidas as teorias que procuram explicar os efeitos da decisão de procedência no mandado de injunção. Além disto, também será realizada uma breve abordagem sobre a teoria da divisão tripartite dos poderes e sua situação dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Para realizar esta análise, serão utilizadas como referência as contribuições teóricas de Alexandre de Moraes, André Ramos Tavares, Gilmar Mendes, Flávia Piovesan, Roberto Pfeiffer, Elpídio Donizetti, além de outros.

3.1 PROBLEMÁTICA CENTRAL

A discussão acerca do conteúdo que deve revestir a decisão de provimento do mandado de injunção constitui problema intrincado e o núcleo polêmico da ação constitucional (DONIZETTI, 2010, p. 122).

Em termos práticos, a dúvida existente é a seguinte: quando o magistrado precisa proferir sua decisão, reconhecendo em sede de mandado de injunção que realmente houve omissão do legislador quanto à regulamentação de determinado direito constitucional, deve ele limitar-se a declarar a mora legislativa, ou deve ir além e garantir o direito concretamente pleiteado? E neste caso, qual o limite de atuação do juiz, a fim de que não se sub-rogue na figura do legislador, usurpando a divisão constitucional dos Poderes?

Estas e outras questões bem mostram a complexidade do assunto em foco, pois envolve pontos centrais do constitucionalismo brasileiro quanto ao respeito de seus postulados básicos, ao mesmo tempo em que se procura dar a máxima efetividade para um texto com vocação democrática.

Portanto, perquirir o conteúdo da decisão de procedência do mandado de injunção impõe, invariavelmente, uma discussão de uma série de pontos circundantes, que auxiliarão no entendimento e na análise das possíveis saídas que se oferecem para buscar uma solução consoante com o sistema constitucional brasileiro.

Primeiramente, convém abordar a questão da divisão dos Poderes e dos limites da atuação judicial, até porque este ponto representou, desde o nascimento da nova ação, uma aguda preocupação da doutrina (BACHA, 1998, p. 82).

3.2 A DIVISÃO DOS PODERES: OS LIMITES DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Com o advento do mandado de injunção, surgiu certo temor quanto ao papel do juiz na decisão que acolhesse o pedido injuncional. A preocupação baseava-se no possível desvirtuamento que a decisão de procedência representaria em face da divisão dos Poderes, com uma atuação supostamente legislativa do Judiciário.

Bem por isto, faz-se necessário adentrar no princípio da separação dos Poderes, a fim de perquirir sobre sua pertinência e aplicabilidade no atual modelo constitucional brasileiro.

3.2.1 A teoria tripartite dos poderes estatais

A divisão dos poderes estatais, tal qual a conhecemos hodiernamente (Executivo, Legislativo e Judiciário), representa uma autêntica conquista do mundo moderno, advinda das concepções iluministas que ocuparam importante espaço ideológico no pensamento ocidental dos séculos XVII e XVIII.

A ideia de se dividir o poder estatal em várias mãos, cuja construção teórica é classicamente atribuída ao Barão de Montesquieu, teve e ainda tem como objetivo principal evitar que haja usurpação das funções estatais através de poucos indivíduos em conluio. Vale a regra básica de que quanto mais disseminado e fragmentado o poder, menor a chance de que seus detentores utilizem-no organizadamente para fins que vão de encontro aos interesses sociais.

O próprio Montesquieu (2004, p. 166) chega a dizer que “tudo então estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo [...], exercesse esses três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.”.

Esta teoria surgiu como resposta ao período histórico anterior ao século XVIII vivido pela Europa. Até então, o poder de fato girava nas mãos de poucos senhores que detinham o domínio absoluto em seus feudos. A concentração chegou a seu ponto máximo com o absolutismo real europeu dos séculos XVI e XVII,

caracterizado pela famosa e emblemática sentença de Luis XIV, rei da França: “L’État c’est moi.”⁵

A independência dos Estados Unidos da América (1787) e a Revolução Francesa (1789) deram espaço para o florescimento da nova concepção democrática de Estado, baseada na divisão das funções entre poderes legalmente constituídos que se vigiassem mutuamente. A nova ideologia encontrou sua base no art. XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), onde ficou estabelecido que não há constituição na sociedade em que não estejam garantidos os direitos dos indivíduos e a separação dos poderes estatais (MENDES et al., 2010, p. 219).

No entanto, muito embora a ideia central preconizada por Montesquieu ainda se mantenha intacta dentro da maioria dos sistemas constitucionais contemporâneos do ocidente, a doutrina e a jurisprudência paulatinamente agregaram novas formas de lidar com a questão da divisão dos Poderes, atribuindo-lhes tanto funções típicas quanto atípicas.

O distanciamento da época opressora fez com que se amainasse a necessidade de estrita separação das funções de legislar, julgar e administrar. A gradual flexibilização teve lugar inicialmente nos países de língua inglesa, com o mecanismo dos *checks and controls*, que corresponde justamente à relativização desta rígida separação dos Poderes (BASTOS, 2004, p. 184).

À medida que o Estado Liberal burguês do século XVIII, que pregava o abstencionismo estatal, foi cedendo lugar ao Estado Social, houve a necessidade de uma atuação positiva dos poderes em conjunto, verificando-se desta maneira uma crescente interpenetração e delegação de funções, além da transferência constitucional de competências (PFEIFFER, 1999, p. 110).

Com este amadurecimento da teoria política, que posteriormente espalhou-se na maioria dos sistemas jurídicos ocidentais, inclusive no Brasil (MORAES, 2009, p. 411), o que se vê atualmente é a permanência de Poderes relativamente autônomos entre si que desempenham a função estatal, sem, no entanto, haver uma rígida divisão entre eles, tanto que várias funções administrativas são desempenhadas pelo Legislativo e Judiciário, além de funções de natureza legislativa que são realizadas pelo Executivo e pelo Judiciário, bem

⁵ Tradução livre: “O Estado sou eu.”

como funções jurisdicionais acometidas ao Legislativo e Executivo (CARVALHO FILHO, 2010, p. 3).

Vale ressaltar que, ultimamente, a doutrina da tripartição dos poderes vem sofrendo algumas reformulações teóricas, tanto que muitos pensadores procuram estabelecer novas divisões dos poderes estatais, seja pela insuficiência do modelo clássico, seja pela constatação de novas funções acometidas ao Estado (TAVARES, 2010, p. 1188).

A despeito destas especulações, o fato é que a concepção tripartite do poder, muito embora tenha passado por uma série de reformulações teóricas, notadamente na relação entre os três poderes, ainda persiste na maioria das constituições dos países ocidentais, representando sólida fonte de segurança das instituições democráticas atuais e ponto de partida para qualquer desenvolvimento teórico que se pretenda defensor dos direitos básicos do indivíduo e da sociedade.

3.2.2 A divisão dos Poderes na Constituição Federal brasileira

A Constituição Federal recepcionou a teoria tripartite iluminista e fixou, em seu art. 2º (BRASIL, 1988), a divisão dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário.⁶ As denominações já são intuitivas no sentido de perquirir a função que compete a cada poder. Ao Executivo cabe essencialmente administrar os recursos públicos executando as políticas de interesse social; ao Legislativo compete criar as leis que irão garantir a organização social e, por fim, ao Judiciário cabe garantir a aplicação destas mesmas leis.

Tirante o referido artigo, não há capítulo específico no texto constitucional dedicado à articulação das funções estatais como um todo, mas apenas dispositivos esparsos que devem ser analisados sistematicamente (TAVARES, 2010, p. 1189).

Não obstante, o legislador brasileiro, como não poderia deixar de ser, procurou o maior equilíbrio possíveis entre as competências atribuídas a cada órgão, de maneira que nenhum se sobrepusesse sobre os outros de forma abusiva. Inclusive, determinadas instituições repontam como precursoras de novas e

⁶ Na história constitucional brasileira, o único texto que não previu somente os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, foi a Constituição Imperial de 1824, outorgada pelo imperador D. Pedro I. Além dos três poderes, naquela Constituição havia um quarto intitulado Moderador, que representava uma verdadeira anomalia em face da clássica teoria de Montesquieu e servia para “preservar” a harmonia entre os Poderes Políticos (MENDES, 2010, p. 227).

estimulantes missões constitucionais, como é o exemplo do Ministério Público (art. 127 da CRFB), que atualmente é considerado pela maioria da doutrina como não vinculado formalmente a nenhum poder em especial, atuando como verdadeiro defensor autônomo dos interesses sociais (TAVARES, 2010, p. 1352).

Apesar da teórica harmonia que deve pautar a relação entre os poderes constitucionalmente instituídos, é instintivo acreditar que, na prática, uns se sobressaiam sobre os outros. Esta preponderância, no caso particular do Brasil, pode ser atribuída ultimamente ao Judiciário, que vem desempenhando proeminente papel de atuação estatal. Inclusive, esta proeminência pode ser sentida de maneira bastante intensa (TAVARES, 2010, p. 1188).

De fato, as mudanças no sistema normativo do Brasil vêm conferindo aos magistrados um poder considerável e que antes era inconcebível, pois o juiz era visto como figura passiva e mera boca da lei (MONTESQUIEU, 2004, p. 167). Com a edição da Lei 8.952/94 (BRASIL, 1994), por exemplo, a antecipação de tutela passou a ser a regra nos processos judiciais, fazendo com que o magistrado pudesse proferir decisões com eficácia mandamental e executiva antes de instruir a causa ou mesmo sem ouvir a parte contrária (decisões *in limine*).

Para fora do processo judicial estrito também se faz sentir a crescente influência do Judiciário, representada, principalmente, pela nossa Corte constitucional, o Supremo Tribunal Federal. Esta constatação parte da moderna sistemática de controle de constitucionalidade que foi inserida na Constituição de 1988 e vem sendo desenvolvida qualitativamente nas últimas décadas.

Através dos mais variados casos que são levados a julgamento no STF, seja pela via incidental, seja pela via abstrata, o Tribunal é levado a assumir e estabelecer posicionamentos que transbordam os limites subjetivos da demanda em questão e dizem respeito a toda a sociedade. Não é exagero dizer que muitos dos julgamentos em sede de controle de constitucionalidade revestem-se de caráter político, e que as questões decididas têm o condão de mudar rumos da sociedade.

Exemplos práticos da incontestável influência do STF nos mais variados setores da sociedade podem ser citados: a) a decisão da ADI 4277 (BRASIL, 2011a) que resolveu a questão da união estável entre pessoas do mesmo sexo (repercussão social) b) a decisão da ADPF 101/DF (BRASIL, 2006) sobre a importação de pneus recicláveis (repercussão econômica) c) a decisão da ADI 4578

(BRASIL, 2011b) sobre a constitucionalidade e aplicabilidade da lei da ficha limpa (repercussão política).

Outro exemplo que pode ser levantado para demonstrar o destaque do STF é o instituto da súmula vinculante, prevista no art. 103-A da CRFB (BRASIL, 1988). Com referido instrumento, os ministros podem editar, mediante aprovação de dois terços de seus membros, súmulas de caráter vinculante a toda a administração pública, sobre casos que causem grave insegurança jurídica e multiplicidade de julgamentos acerca de questões idênticas.

Esta ascensão do Judiciário, não só no Brasil, mas, via de regra, nos sistemas jurídicos ocidentais, explica-se pela particular ineficiência do Legislativo e do Executivo para atender as novas demandas sociais surgidas após a 2ª Guerra Mundial (CAPPELLETTI, p. 46-47).

Nesta perspectiva, o STF surge atualmente no cenário nacional com particular importância, na tentativa de conferir força normativa à Constituição mediante uma atuação positiva que transborda as funções clássicas atribuídas ao Judiciário.

O que se quer evidenciar com isso é o fato de que, sem prejuízo dos importantes papéis desempenhados pelo Legislativo e pelo Executivo, atualmente o Judiciário, na figura principal do STF, angariou bastante prestígio no sentido de uma atuação político-jurídica, fazendo com que houvesse uma remodelagem da clássica teoria da separação dos poderes, principalmente na relação entre estes (TAVARES, 2010, p. 1188).

3.2.3 A decisão do mandado de injunção e a divisão dos Poderes

Desde a criação do mandado, a doutrina demonstrou preocupação com o papel do juiz na decisão que acolhesse o pedido de injunção, indagando se não haveria desvirtuamento de suas incumbências dentro da divisão constitucional dos Poderes.

Como se verá mais adiante, no terceiro capítulo, este temor foi o que justificou o posicionamento inicial da quase unanimidade dos ministros do STF na década de 90, no sentido de que não cabia à Corte editar a norma faltante sob pena de atuação legislativa indevida.

Mesmo sem recorrer à constatação da proeminência recente do Judiciário, Sergio Reginaldo Bacha (1998, p. 82) desenvolve sua doutrina salientando que, por natureza, todos os Poderes estão habilitados a exercer funções atípicas. Tanto é assim, que há casos em que “o Legislativo julga e executa (art. 49, IX e XIII); o Executivo legisla e julga (art. 84, IV e XXVI) e o Judiciário legisla e executa (art. 93, *caput*, e art. 96, I, b).”.

Com base nesta constatação, aliada ao fato de que, em última instância, o poder estatal é uno e indivisível e seus titulares não o exercem por título próprio, o aludido autor pontifica que, conferindo poder ao juiz para disciplinar o caso concreto em sede de mandado de injunção, não se estaria infringindo de modo algum o princípio da divisão tripartite dos Poderes (BACHA, 1998, p. 83).

Roberto Pfeiffer (1999, p. 112) acompanha esta orientação, salientando a existência de funções atípicas em todos os poderes:

Mesmo que se entendesse ocorrer no mandado de injunção exercício anômalo de função legislativa por parte do Poder Judiciário, inegável que há autorização constitucional para tanto: o próprio art. 5º, LXXI, da CF. Assim, a possibilidade de formular um preceito para viabilizar o exercício do direito constitucional obstado não deveria causar tanta estranheza e celeuma, quando se nota que a Constituição autoriza diversas outras hipóteses de exercício atípico de funções por um dos poderes do Estado.

Nesta linha de argumentação também anda Paulo de Tarso Brandão (2001, p. 247), ao tratar sobre a possibilidade de o Judiciário exercer funções excepcionalmente legislativas:

O Mandado de Injunção se insere entre essas situações excepcionais: na falta do exercício do poder-dever que, obedecendo à regra geral, é atribuído ao Poder Legislativo, a ordem constitucional transfere o mesmo poder-dever ao Poder Judiciário, para que ele, guardião máximo da Constituição, garanta a efetividade das normas garantidoras de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Já para Maria Helena Diniz (2006, p. 45), a atividade jurisdicional de garantir o direito em sede de injunção nem representaria função legislativa atípica do Judiciário:

Entendemos que a integração da lacuna não se situa no plano legislativo nem é uma delegação legislativa ao juiz; ela não cria novas normas jurídicas gerais, mas individuais, que só poderão ascender à categoria de normas jurídicas tão-somente em virtude de um subsequente processo de recepção e absorção dessas normas por lei [...].

Como se vê, a análise depende diretamente da visão que se tenha do mandado de injunção e de seu papel no constitucionalismo brasileiro.

A discussão, neste ponto, chega ao seu cerne, onde se deve indagar quais os efeitos que a sentença de procedência deve ter em sede de mandado de injunção. Algumas teorias foram levantadas para tentar responder esta questão e serão a seguir expostas.

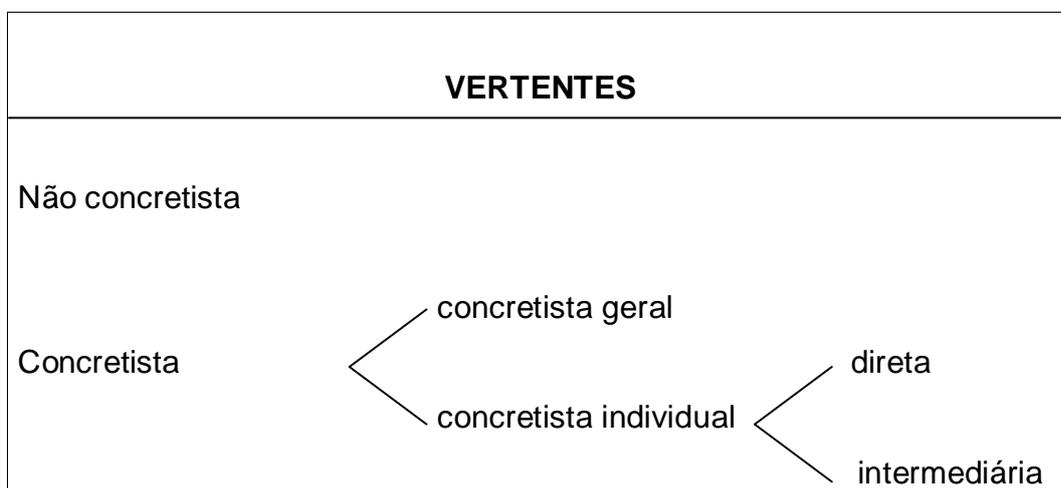
3.3 OS EFEITOS DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA: TEORIAS

Como já dito alhures, determinar quais os efeitos da sentença de procedência no mandado de injunção representa o núcleo polêmico e o ponto mais delicado sobre esta ação constitucional. Muitos autores, no entanto, ou não respondem, ou não enfrentam de maneira adequada o problema (STRECK, 1991, p. 55).

Várias divisões foram desenvolvidas por doutrinadores, a fim de classificar as possíveis saídas que se apresentam sobre a questão, sendo a mais abrangente para efeitos didáticos, ao nosso ver, aquela desenvolvida na obra de Alexandre de Moraes (2009, p. 175-181).

De acordo com o referido autor, duas vertentes básicas podem ser delineadas: **a vertente não concretista** e **a vertente concretista**. Esta última, por seu turno, é dividida em **concretista individual** e **concretista geral**. A concretista individual ainda é subdividida em **concretista individual direta** e **concretista individual intermediária**.

Para uma melhor visualização, as teses podem ser desenhadas desta maneira:



Antes de entrar propriamente em cada tese, cabe apenas deixar claro um efeito da decisão do mandado de injunção que, aos olhos de um leigo, pode parecer em certa medida viável, mas que não é aceito por ninguém, tanto pelos tribunais quanto pela doutrina brasileira. Trata-se da possibilidade de o Judiciário, reconhecendo a mora na atividade legislativa, obrigar o Legislativo a legislar através de meios sancionatórios.

Esta possibilidade não é sequer aventada nas discussões sobre o tema, e, quando muito, é utilizada como premissa básica e auto evidente na construção de outro raciocínio teórico, como bem se vê neste trecho do voto do Ministro Nelson Jobim, durante o julgamento do MI 586-5/RJ (BRASIL, 2003):

O Supremo Tribunal Federal não pode obrigar o legislativo a legislar, mas apontar a mora e recomendar que a supra. Também não pode assegurar ao impetrante o exercício do direito de greve, porquanto esse exercício está a depender de lei complementar que lhe estabeleça os termos e limites.

O descabimento de o Judiciário compelir o Legislativo a legislar decorre da manifesta afronta que representaria ao princípio da divisão dos Poderes, estabelecido no art. 2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Se fosse dado a um Poder a possibilidade de obrigar outro a exercer sua função típica, no caso o Legislativo ser obrigado a legislar, estaria quebrada a independência e harmonia que necessariamente deve pautar a relação entre os vários órgãos estatais.

Do exposto, fica claro que a hipótese de o Judiciário obrigar o Legislativo a confeccionar leis nem é posta em debate, constituindo verdadeira *communis opinio*, dentre os aplicadores do direito brasileiro, a impropriedade desta solução.

Feita esta breve observação, passa-se às teses existentes.

3.3.1 Tese não concretista

Basicamente, por esta tese propõe-se que seja atribuído ao Poder Judiciário o papel de mero cientificador da mora legislativa. Ou seja, caso fosse acolhida a pretensão do impetrante em sede de mandado de injunção, o juiz apenas daria ciência ao órgão competente para que este tomasse as medidas cabíveis. Caso as ditas medidas não fossem tomadas, a princípio nenhuma consequência maior sofreria o órgão relapso (MORAES, 2009, p. 181).

Esta tese foi a prevalecente durante muito tempo na jurisprudência do STF, tendo sido adotada pela maioria dos tribunais nos primeiros anos da Constituição de 1988. A orientação não concretista é claramente a mais conservadora de todas, pois esvazia de qualquer conteúdo prático o mandado de injunção, na medida em que o direito reconhecido pelo juízo não lograria obter a devida regulamentação prática. Aliás, por esta tese há grande semelhança entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, já que nesta também cumpre ao Poder Judiciário apenas cientificar a mora ao órgão omissor. (TAVARES, 2010, p. 1010).

Através do dispositivo do voto do eminente Ministro Celso de Mello, ao julgar, como relator, o MI n.º 20-4/DF (BRASIL, 1994a), pode-se ter a perfeita noção desta orientação. Na ocasião julgava-se a ausência de norma regulamentadora do exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tendo sido reconhecida a mora legislativa. Vejamos o que foi decidido:

[...] defiro o presente mandado de injunção, para, reconhecendo a mora do Congresso Nacional no adimplemento da prestação legislativa que lhe foi imposta pelo art. 37, VII, da Constituição, ordenar formal comunicação desse estado de inércia legiferante ao Poder Legislativo da União, com o objetivo de que faça editar a lei complementar necessária à viabilização do exercício, pelos servidores públicos civis, do direito de greve que lhes foi assegurado pelo ordenamento constitucional. (grifo nosso)

Pela leitura do julgado, fica nítida a postura passiva representada por esta corrente, já que, de um lado, o Tribunal nada fixou para tornar eficaz o direito constitucional de greve e, por outro lado, a ordem direcionada ao Congresso Nacional revestiu-se, como o próprio voto reconheceu, de caráter meramente formal, sem maiores consequências de ordem prática.

O principal fundamento desta corrente é a questão da separação dos Poderes, insculpida no art. 2º da CRFB (BRASIL, 1988). Argumenta-se que, caso fosse dado ao magistrado o poder de dizer o direito de maneira ampla, sem mesmo ter havido prévia regulamentação do órgão competente, haveria uma usurpação das funções estatais. Ou seja, o juiz estaria se sub-rogando na figura do legislador (DONIZETTI, 2010, p. 124).

Advogando a tese não concretista, tem-se o ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 325):

O alcance do mandado de injunção é análogo ao da inconstitucionalidade por omissão. Sua concessão leva o Judiciário a dar ciência ao Poder

competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental. Não importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito. Aliás, tal alcance está fora da sistemática constitucional brasileira, que consagra a “separação dos poderes”, não apenas pela referência contida no art. 2º, incluída entre os princípios fundamentais da República, mas também por ter sido ela incluída no cerne imutável da Constituição.

Outro argumento levantado pelo referido autor para referendar seu posicionamento é com relação à impossibilidade de se dar um alcance maior ao mandado de injunção do que à própria ADO (FERREIRA FILHO, 2008, p. 326):

Concluimos, pois, que não se pode dar ao mandado de injunção um alcance que não tem a inconstitucionalidade por omissão. Esta, que é reservada a autoridades e a entes de alta representatividade, que apenas corre perante o mais alto Tribunal do País, tem, repita-se, como consequência levar uma comunicação ao Poder competente para legislar, ou à fixação de prazo para órgão administrativo, se for o caso. O mesmo, no máximo, será o alcance do mandado de injunção.

Indo ainda mais além nesta linha de pensamento, Volney Zamenhof (1993, p. 95) chega a afirmar que o mandado de injunção é tecnicamente inviável dentro do modelo jurídico-sistemático brasileiro, justamente por distorcer a concepção da tripartição dos Poderes:

Concluindo, tem-se como certa a ineficácia social do mandado de injunção, posto que trata-se de um instituto que exorbitou o lineamento das limitações dos Poderes, razão pela qual o Judiciário não tem a obrigação de interferir em atos de exclusiva competência do Legislativo e, além disso, o legislador constituinte originário – na tentativa de construir um instrumento que viesse a coibir a inércia de determinadas normas constitucionais, carentes de regulamentação – provocou a distorção da concepção da tripartição dos Poderes. (...)

Logo, diante destes argumentos e levando-se em consideração análises de decisões já proferidas pelo Judiciário, entende-se que o mandado de injunção é um instituto carente de eficácia social.

[...]

Enfim, o mandado de injunção é um instituto que não logrou êxito no ordenamento jurídico-pátrio, pois suas características teleológicas fogem ao modelo jurídico-sistemático ao qual foi inserido.

Segundo Elpídio Donizetti (2010, p. 124), são duas as principais razões levantadas contra esta tese. A primeira, de ordem prática, é com relação à falta de sentido que representaria a existência do mandado de injunção se não fosse dado ao juiz o poder de suprir a falta de regulamentação, pois, desta maneira, se igualaria à ação direta de inconstitucionalidade por omissão nos efeitos.

Neste sentido também aduz Flávia Piovesan (2003, p. 151), ao destacar a falta de razoabilidade na criação de dois institutos para o mesmo fim:

Ora, faltaria qualquer razoabilidade ao constituinte se criasse dois instrumentos jurídicos com idêntica finalidade. A duplicidade de instrumentos jurídicos afastaria a logicidade e coerência do sistema constitucional, mesmo porque não haveria sentido em centrar a legitimidade ativa no caso de ação direta de inconstitucionalidade por omissão nos entes elencados pelos incs. I a IX do art. 103, e, ao mesmo tempo, admitir a ampla legitimidade do mandado de injunção, que pode ser impetrado por qualquer pessoa, se ambos instrumentos apresentassem idênticos efeitos.

A segunda razão empregada por Elpídio Donizetti (2010, p. 124) refere-se ao fato de que uma sentença de procedência com o efeito meramente declaratório da omissão não satisfaria inteiramente a pretensão veiculada em sede de mandado de injunção. O autor ficaria, assim, na mesma situação concreta que anteriormente, com a diferença de uma “simples” declaração de omissão pesando sobre o órgão omissor.

Além destas razões, também pode ser aduzida uma terceira plausível contra a tese não concretista. Com efeito, existe certo brocardo latino que reza sobre o direito aos meios quando se tem direito ao fim. Paula Baptista (1984, p. 40), um dos precursores do estudo da hermenêutica jurídica no Brasil, já alertava para esta regra, ao salientar que “quem tem um direito a exercer, tem direito aos meios sem os quais o direito principal seria ilusório.”⁷

Estendendo-se este ensinamento ao caso em apreço, afigura-se lícito dizer que a existência de um direito constitucional certo habilita o magistrado a provê-lo de todos os meios necessários a sua efetivação, sob pena de fulminar o direito principal por inacessibilidade.

Por fim, cabe assinalar que alguns defensores da tese não concretista admitem que, além da cientificação formal da mora, haveria a possibilidade de o Estado - estando em mora oficial a partir da cientificação do tribunal competente - ser responsabilizado civilmente por eventuais danos advindos ao impetrante pela inviabilidade do exercício do direito constitucional, inclusive no que tange às omissões legislativas (PIOVESAN, 2003, p. 123).

Embora não seja unânime a aceitação desta possibilidade (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 224), a responsabilidade civil do Estado por omissão do legislador, nestes casos, seria consequência natural da decisão que declarasse a mora, pois o Estado estaria assumindo o risco pelos danos oriundos de sua omissão em legislar

⁷ O brocardo latino possui o seguinte texto original (BAPTISTA, 1984, p. 40): *Qui vult consequens vult etiam et disponit omne antecedens necessarium ad illud.*

sobre direitos previstos constitucionalmente, como salienta André Puccinelli Júnior (2007, p. 239):

Remarque-se, por fim, que a omissão de medidas legislativas reclamadas para tornar exequíveis as normas constitucionais de eficácia limitada, configurando o descumprimento de um dever constitucional de ação, subsume-se sempre no conceito de ilicitude presumida.

Nos últimos anos, a tese não concretista vem perdendo gradativamente espaço no meio doutrinário e jurisprudencial brasileiro, seja pelo esvaziamento prático que causa na ação constitucional, seja pelo fato de que seu principal argumento, o da usurpação dos Poderes, não tenha se desenvolvido suficientemente para angariar novos adeptos.

3.3.2 Tese concretista geral

Basicamente, as teses concretistas procuram conferir ao Judiciário um papel mais ativo no julgamento de procedência do mandado de injunção, autorizando-o a adotar medidas que satisfaçam a pretensão autoral, indo além da mera declaração de omissão inconstitucional.

Dentro desta concepção ativista, a linha de pensamento denominada concretista geral é a que se localiza no extremo oposto com relação à tese não concretista. É dizer, enquanto esta procura esvaziar a atuação judicial limitando-a à constatação da omissão inconstitucional, a tese concretista geral admite ser viável o juiz suprir a norma regulamentadora faltante. E mais, a colmatação feita pelo Judiciário teria valor de norma abstrata, ou seja, valeria para todos indistintamente, ultrapassando as partes do processo e, conseqüentemente, tendo efeito *erga omnes* (MORAES, 2009, p. 177).

A proposta para se adotar esta tese já encontra respaldo no Legislativo através do Projeto de Lei nº 4.679/90, de autoria do deputado federal Cunha Bueno. De acordo com o *caput* do art. 10 do aludido projeto, o Tribunal, ao dar procedência ao pedido de injunção, estaria habilitado a suprir a falta de norma regulamentadora elaborando de forma suplementar as regras a serem observadas, podendo inclusive estabelecer o prazo em que suas disposições entrariam em vigor (PFEIFFER, 1999, p. 101).

É interessante notar que o argumento da usurpação dos Poderes, levantado pelos filiados à tese não concretista, é ainda mais patente quando posto em face da tese concretista geral (PFEIFFER, 1999, p. 82). Isso se dá porque, conferindo poderes ao Judiciário para editar normas gerais com base em casos incidentais, necessariamente estas normas teriam caráter de lei, senão em sentido formal, pelo menos em sentido material.

Neste sentido vai o escólio de André Puccinelli Júnior (2007, p. 187), para o qual o julgamento com efeitos *erga omnes* seria evidentemente incompatível com o sistema constitucional brasileiro:

A primeira delas [corrente] atribui ao Poder Judiciário competência legislativa para elaborar norma geral e abstrata. É dizer, ao conceder a injunção, o juiz usurpava a função legislativa a pretexto de colmatar uma lacuna jurídica. Como se nota, a solução proposta converte o mandado de injunção, voltado à satisfação de um direito subjetivo, num instrumento de tutela de direito objetivo, em nítida violação ao princípio da separação dos poderes, razão por que não aderimos a tal corrente.

Todavia, em que pese a maior pertinência do argumento da usurpação dos poderes com relação à tese concretista geral, outros exemplos do constitucionalismo pátrio podem ser citados para explicitar a recente tendência do legislador brasileiro em mitigar esta estrita divisão dos Poderes estatais. Este é o caso da súmula vinculante já citada alhures, que pode ser editada de ofício pelo STF e tem o condão normativo de obrigar toda a administração pública.

Ademais, decisões com efeitos *erga omnes* já são uma realidade dentro do constitucionalismo brasileiro, o que pode ser ilustrado pela existência das ações coletivas (que tutelam direitos coletivos *strictu sensu*, difusos e individuais homogêneos), além das ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade de leis ou atos normativos (PFEIFFER, 1999, p. 106).

Inclusive, o próprio Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido durante o julgamento do MI n.º 708 (BRASIL, 2007b), ressaltou a tendência hodierna de fomentar o ativismo judicial face às omissões inconstitucionais:

[...] na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes.

Outrossim, o ministro deixou consignado em sua doutrina a propensão de garantir efeitos *erga omnes* às decisões injuncionais (MENDES et al., 2010, p. 1394):

Interessante ressaltar, ainda, a extensão possível dos efeitos advindos de decisão em mandado de injunção. O que se evidencia é a possibilidade de as decisões nos mandados de injunção surtirem efeitos não somente em razão do interesse jurídico de seus impetrantes, estendendo também seus normativos para os demais casos que guardem similitude. Assim, em regra, a decisão em mandado de injunção, ainda que dotada de caráter subjetivo, comporta uma dimensão objetiva, com eficácia *erga omnes*, que serve para tantos quantos forem os casos que demandem a concretização de uma omissão geral do Poder Público, seja em relação a uma determinada conduta, seja em relação a uma determinada lei.

Roberto Pfeiffer também leciona defendendo a possibilidade de decisões com efeitos *erga omnes* em sede de mandado de injunção, por não haver usurpação dos Poderes (1999, p. 107):

[...] o princípio da harmonia dos três poderes está intimamente relacionado com o sistema de 'freios e contrapesos' (*checks and balances*), no qual, embora a cada poder seja destinada uma função precípua e própria, cada um deles exerce controle sobre o outro, sem sobrepor-se.

[...]

Portanto, entendemos que se está conferindo ao Poder Judiciário uma atribuição perfeitamente suscetível de controle pelos demais poderes. Caso o órgão competente para a regulamentação sinta-se indevidamente usurpado de uma função a ele atribuída, para vê-la resguardada bastará cumprir seu dever de regulamentar o direito constitucional cuja inefetividade motivou a impetração de mandado de injunção.

Por fim, cabe destacar a singular posição de Paulo de Tarso Brandão (2001, p. 247-248), para o qual, via de regra, a decisão deveria cingir-se às partes do processo, mas, dependendo do caso, nada impediria que decisões abrangentes com efeitos *erga omnes* fossem tomadas:

O que é importante ficar fixado neste momento é a possibilidade de expedição de norma ao caso concreto. Nem sempre será esse o conteúdo da decisão, mas em alguns casos, e não serão poucos, este deverá ser o provimento adequado. Em parte, é de concordar-se com a opinião de Celso Bastos, quando afirma que ao magistrado cabe escolher o tipo de solução que melhor atenda aos interesses do impetrante, uma vez que é variável a integração pretendida. No entanto, embora o mesmo autor considere absurda a hipótese da expedição de norma, com caráter genérico, como fazem todos os demais autores antes referidos, o melhor entendimento é o de que também essa solução, em determinados casos, pode ser aquela que melhor atenda aos interesses não somente do impetrante, mas da finalidade principal do Mandado de Injunção, que é a de garantir efetividade das normas constitucionais. Aliás, essa a finalidade que interessa à Sociedade Civil e, por óbvio, à cidadania.

Assim, parece lícito dizer que a adoção da tese concretista geral não é de todo impensável, pois as decisões jurisdicionais com abrangência *erga omnes* já são uma realidade dentro do sistema constitucional mundial e brasileiro, não pautado pela estrita divisão das funções entre os Poderes estatais.⁸

3.3.3 Tese concretista individual: direta e intermediária

A tese concretista individual, por ser concretista, ostenta uma posição mais ativa do Judiciário em relação à decisão de procedência no mandado de injunção; só que, ao contrário da tese concretista geral, defende que o âmbito da decisão seja restrito às partes litigantes, aos indivíduos participantes daquele determinado processo (DONIZETTI, 2010, p. 125).

A solução preconizada por esta linha de pensamento encontra respaldo legislativo nos Projetos de Lei nº 76/88 e 998/88, de autoria do Senador Rui Bacelar e do Deputado Federal Maurílio Ferreira Lima, respectivamente. Em referidos projetos concede-se poder ao juiz para regulamentar somente o caso concreto sem ultrapassar as partes do processo (PFEIFFER, 1999, p. 95).

Para Flávia Piovesan (2003, p. 190), esta é a melhor postura a ser tomada, pois alia o respeito à separação dos poderes ao efetivo propósito ativista do mandado de injunção:

No mandado de injunção, cabe ao Poder Judiciário criar normas jurídicas individuais válidas para o caso concreto, efetuando o preenchimento de lacunas. Assim, a decisão judicial preenche, mas não elimina, a lacuna do sistema jurídico. A eliminação da lacuna, via de regra, é tarefa do Poder Legislativo, quando da elaboração da norma jurídica geral e abstrata faltante.

De mais a mais, pode-se dizer que esta concepção é menos sensível ao argumento da usurpação dos Poderes do que a concretista geral, pois o magistrado não estaria transbordando os limites da demanda ao julgar.

Outrossim, ainda que o juiz estivesse julgando para além do texto legal regulamentado-o incidentalmente, nada mais faria senão integrar o direito através de princípios gerais, o que desde a época romana já é autorizado e possui permissivo

⁸ Também partilham da visão concretista geral Vicente Greco Filho (1989, p. 184), Luciane Moessa de Souza (2004, p. 118); OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **A natureza do mandado de injunção**. Revista de Processo. n. 56. São Paulo: RT, 1989, p. 88.

expresso em nosso sistema legal (*vide* art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) (BRASIL, 1942).

Aliás, o dever de colmatar as lacunas da lei decorre naturalmente do princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no inc. XXXV do art. 5º da CRFB (BRASIL, 1988) e no art. 126 do CPC (BRASIL, 1973), não podendo o juiz se eximir de julgar alegando insuficiência da lei.

A linha de pensamento concretista individual ainda subdivide-se, de acordo com a classificação de Alexandre de Moraes (2009, p. 179), em duas subespécies: concretista individual direta e intermediária.

A diferença entre ambas é meramente de grau, e não qualitativa. Enquanto a concretista individual direta prega a possibilidade de o magistrado conferir imediatamente a eficácia da norma constitucional, a intermediária sustenta que seja fixado um prazo razoável ao órgão omissor para que faça a devida regulamentação. Caso ela não seja feita no tempo fixado, aí sim o Judiciário estaria apto a delimitar concretamente o direito invocado.

Exemplo da adoção da tese concretista individual intermediária pode ser encontrado, segundo Alexandre de Moraes (2009, p. 175), na postura assumida pelo Ministro Néri da Silveira, do Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do MI 335-1/DF (BRASIL, 1994i) por exemplo, o referido ministro proferiu decisão conferindo o prazo de 120 dias ao Congresso Nacional para que colmatasse a lacuna legislativa referente ao art. 192, § 3º, da CRFB⁹. Só após referido prazo, segundo o entendimento do Ministro Néri da Silveira, o Supremo Tribunal Federal estaria habilitado a suprir a falta de regulamentação do caso concreto. Sua posição fica bem explicitada através de um pronunciamento feito em sessão plenária, citado por Alexandre de Moraes (SILVEIRA, 1995 apud MORAES, 2009, p. 175):

Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabelecerá na decisão, o Supremo Tribunal

⁹ Art. 192, § 3º (BRASIL, 1988): “As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.” (dispositivo atualmente revogado pela EC n. 40, de 2003).

Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto. É, por isso mesmo, uma posição que me parece conciliar a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. Esse tem sido o sentido de meus votos, em tal matéria.

Usualmente levanta-se um argumento contra a tese concretista individual, de que situações idênticas poderiam ter soluções diametralmente opostas, violando o princípio da isonomia (PFEIFFER, 1999, p. 97). Por exemplo, dois sujeitos “possuidores” do mesmo direito constitucional impetram cada qual um mandado de injunção. Enquanto um juiz julga procedente uma das ações, regulamentando incidentalmente o direito discutido, outro magistrado pode julgar improcedente o mandado de injunção que versa sobre a mesma matéria, causando uma situação de injustiça entre litigantes em igual condição.

No entanto, vale ressaltar que este raciocínio, muito embora demonstre evidentemente uma situação indesejável, não é exclusivo do julgamento de mandados de injunção, como bem salienta Barbosa Moreira (1989, p. 117):

É claro que sempre haverá possibilidade de normas discrepantes, porém cada qual com seu efeito limitado ao caso concreto que foi objeto daquele Mandado de Injunção. Dir-se-á: mas não é bom que se apliquem normas diferentes a casos semelhantes. Realmente, não. Mas é um fenômeno que ocorre a todo o momento. E por isso é que existem mecanismos conhecidíssimos de uniformização de jurisprudência. Mesmo quando não falta a norma, é muito comum que órgãos diferentes interpretem, de modo também diferente, a norma que existe, de sorte que o fenômeno tampouco apresenta qualquer cor de ineditismo ou de novidade. A todo o momento acontece.

Outro argumento empregado pelos críticos da tese concretista individual é com relação à falta de compatibilização que representariam milhares de ações individuais para um mesmo caso dentro dos Tribunais Superiores, gerando excessiva carga de trabalho e desvirtuamento de suas funções precípuas. Neste sentido argumenta Roberto Pfeiffer (1999, p. 98-100):

[...] as regras estabelecidas pela Constituição concentram a competência para a apreciação do mandado de injunção nos tribunais de superposição, sobretudo o Supremo Tribunal Federal. Ora, tendo esse como função primordial a guarda da Constituição, parece-nos difícil compatibilizar este papel com a atribuição de, originariamente, julgar ações nas quais se pleiteia a satisfação de direito individual.

[...] Trata-se, portanto, de perspectiva que não somente contraria a logicidade da Constituição, que reservou ao Supremo a guarda da Constituição [...], como apresenta um efetivo risco de inviabilização das atividades da Suprema Corte.

Por ser a tese concretista individual a que se situa a meio caminho entre a não concretista e a concretista geral, é a que possui a maior aceitação no meio doutrinário, já que estabelece certo equilíbrio entre as aspirações de efetivação das normas constitucionais e o respeito à separação dos Poderes (MOESSA, 2004, p. 107).¹⁰

¹⁰ Segundo Alexandre de Moraes (1998, p. 170), seriam adeptos da tese concretista individual direta: “TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 198-199; CARRAZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 225; SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 394; PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: RT, 2005. p. 138; BERMUDEZ, Sérgio. *RT 642/24*; DANTAS, Ivo. *Mandado de injunção*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 97; SANTOS, Moacyr Amaral. *Mandado de injunção*, p. 29; GOMES, Luiz Flávio. *Anotações sobre o mandado de injunção*. *RT 647/43*; ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 126; FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 1991, p. 58; SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança e ação popular*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 455.”

Segundo Luciane Moessa de Souza (2004, p. 102), além dos autores acima citados por Alexandre de Moraes, também partilham do mesmo entendimento: “BARBI, Celso Agrícola. *Mandado de Injunção*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1989, n. 637. p. 9; TORNAGHI, Hélio. *O mandado de injunção*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 306, 1989. p. 84; GARCIA, José Carlos Cal. *Mandado de Injunção*. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, 1988, n. 88. p. 115; SILVA, Paulo Napoleão da. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: RT, 1992. p. 120; PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 251.”

Outros que também partilham desta tese são Ulderico Pires dos Santos (1988, p. 60) e André Puccinelli Júnior, André (2007. p. 190).

4. OS EFEITOS DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste capítulo final, será feita uma análise crítica sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante aos efeitos atribuídos à sentença de procedência do mandado de injunção. Antes de se adentrar em referida análise propriamente dita, far-se-á, inicialmente, uma breve introdução acerca da competência do Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção.

Para realizar esta tarefa, serão utilizadas como referência a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como as contribuições teóricas de André Ramos Tavares, Gilmar Mendes, Flávia Piovesan e Luiz Lênio Streck, dentre outros.

4.1 A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Consoante o ensinamento clássico da doutrina, a jurisdição é una, mas as regras de competência dividem-na por questão de conveniência, a fim de que a missão de dizer o direito seja satisfatoriamente cumprida pelo Estado (CINTRA et al., 2007, p. 246).

Nesta divisão operada dentro do sistema jurídico brasileiro, coube ao STF, órgão de superposição máximo do Judiciário (CINTRA et al., 2007, p. 195), a nobre missão de ser o guardião da Constituição Federal e o julgador das principais autoridades estatais do país.

De acordo com a alínea 'q' do inciso I do art. 102 da CRFB (BRASIL, 1988), compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, "o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal."

Vale ressaltar que a competência originária do STF, a exemplo da supracitada referente ao mandado de injunção, constitui-se de hipóteses taxativas que não admitem ampliação, conforme já decidiu a própria Corte (BRASIL, 1999):

[Ementa] A competência originária do Supremo Tribunal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração

essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República.

Mais adiante, na alínea ‘a’ do inciso II do mesmo art. 102 (BRASIL, 1988), também ficou estabelecida a competência do STF para julgar, em grau de recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em única instância, se denegatória a decisão.

Pela leitura dos referidos dispositivos constitucionais, vê-se que a competência se orienta pelas pessoas legitimadas a figurar no polo passivo das demandas injuncionais, como o próprio STF já teve oportunidade de salientar, por ocasião do julgamento da questão de ordem do MI 176-6/PE, de relatoria do ministro Célio Borja (BRASIL, 1992b):

COMPETÊNCIA – MANDADO DE INJUNÇÃO – A competência para o julgamento do mandado de injunção é definida pelo órgão ou autoridade a que caiba a edição do diploma legal regulamentador. Impõe-se observar o balizamento subjetivo da própria inicial do mandado de injunção, não cabendo ao Tribunal no qual tenha sido ajuizado emendá-la quanto á autoridade apontada como omissa. [...]

Em sentido contrário, Roberto Pfeiffer (1999, p. 132) diz que a competência para processar o mandado de injunção é *ratione materiae*, e não *ratione personae*, como à primeira vista poderia parecer¹¹:

Não se nega que a identificação do Poder, órgão ou autoridade que possui a incumbência de regulamentar a norma constitucional é um importante traço norteador da verificação do órgão jurisdicional com competência para processar e julgar o mandado de injunção. Entretanto, para averiguar qual é o ente regulamentador, é necessário, primeiramente, analisar qual é a matéria deduzida. Assim, ao contrário do que à primeira vista parece, não se trata propriamente de competência *ratione personae*, mas de competência em razão da matéria.

Independentemente de qual critério se adote, cabe salientar que a competência do STF para o julgamento das causas, em sede mandado de injunção, possui natureza absoluta, como bem pontua Roberto Pfeiffer (1999, p. 140):

Todas as hipóteses de competências originárias atribuídas a tribunais apresentam natureza absoluta, por serem estabelecidas ora em razão da matéria suscitada, ora em razão da pessoa envolvida. (...) Assim, apresentando natureza absoluta, as regras sobre competência no mandado de injunção são regidas pelo princípio da indisponibilidade. Tanto isso é verdade que o art. 111 do CPC estabelece que a competência em razão da hierarquia e da matéria é inderrogável por convenção das partes.

¹¹ Partilha do mesmo entendimento Luciane Moessa de Souza (2004, p. 142).

Portanto, conclui-se que ao STF cabe julgar, a título inderrogável, todos os mandados de injunção que se encaixem nas hipóteses acima citadas, previstas no art. 102 da CRFB (BRASIL, 1988).

4.2 O POSICIONAMENTO INICIAL DA CORTE

Inicialmente, quando da criação do mandado de injunção, juntamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura acanhada e conservadora, consubstanciada na visão não concretista de que ao Judiciário cabia apenas o papel de mero cientificador da mora legislativa (TAVARES, 2010, p. 1010).

A primeira oportunidade do STF em analisar as questões do controle de constitucionalidade por omissão teve lugar por ocasião do “*leading case*” MI 107-3/DF (BRASIL, 1990a), em que o impetrante buscava suprir a suposta mora do Presidente da República em encaminhar projeto de lei disciplinando a duração dos serviços temporários, nos termos exigidos pelo § 9º do art. 42 da CRFB¹² (MENDES et al., 2010, p. 1380).

Na ocasião, muito embora a ação não tenha sido conhecida por ilegitimidade ativa *ad causam*, o relator, Ministro Moreira Alves, deixou assentado na questão de ordem levantada o papel não concretizador que pretendia dar ao *mandamus* (BRASIL, 1990, p. 5):

[o mandado de injunção] é ação outorgada ao titular do direito, garantia ou prerrogativa dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias.

Mesmo tendo sido seu voto acompanhado pela maioria dos Ministros do Tribunal Pleno, já abria divergência naquela época o Ministro Carlos Velloso, para o qual devia o mandado de injunção se prestar à colmatação da lacuna legal (BRASIL, 1990):

¹² Art. 42, § 9º, da CRFB (atualmente revogado pela EC n. 18/98) (BRASIL, 1988): “A lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade.”

Sustento a tese no sentido do caráter substancial do mandado de injunção, pelo que faz o mesmo as vezes da norma infraconstitucional ausente e integra o direito ineficaz, ineficaz em razão da ausência da norma regulamentadora, à ordem jurídica. Quer dizer, mediante o mandado de injunção, o juiz cria, para o caso concreto, a norma viabilizadora do exercício do direito [...].

Dirirjo, portanto, *data venia*, do entendimento segundo o qual com o mandado de injunção obtém-se o mesmo que se obtém com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (...). Esse entendimento, *data venia*, esvazia a nova garantia constitucional do mandado de injunção, que tem por escopo, segundo está na Constituição, art. 5º, LXXI, viabilizar o exercício de direito e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Na linha dos parâmetros estabelecidos no MI 107-4/DF (BRASIL, 1990a), o STF, então, passou a proferir uma série de julgamentos acolhendo mandados de injunção para o fim de apenas comunicar o órgão relapso.

Como exemplo, tem-se o seguinte trecho da ementa do MI 168-5/RS (BRASIL, 1990b), da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence (SIQUEIRA JÚNIOR, 2006, P. 357):

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 contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra.

Em outra ação, desta vez no MI 20-4/DF (BRASIL, 1994a), da relatoria do Ministro Celso de Mello, também se reconheceu tão somente a necessidade de edição da lei, sem se admitir, no entanto, a efetiva concretização do dispositivo constitucional (MENDES et al., 2010, p. 1385).

Na oportunidade, discutia-se a possibilidade de os servidores públicos civis exercerem seu direito constitucional de greve, previsto no art. 37, inc. VII, da CRFB (BRASIL, 1988), antes mesmo da edição de lei complementar disciplinando o modo pelo qual se daria seu exercício.

O Tribunal, por maioria de votos, deferiu o mandado de injunção, nos termos do voto do relator, para reconhecer a mora do Congresso Nacional e simplesmente comunicar-lhe a decisão.

Segundo o entendimento do Ministro Celso de Mello, não haveria possibilidade de se conferir aos servidores públicos o imediato direito de exercer atos grevistas (BRASIL, 1994a):

É irrecusável, pois, que, sem a edição da lei complementar a que se refere o art. 37, VII, da Carta Política, revela-se de todo inviável, para não dizer ilegítimo, o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis.[...] É por essa razão – salienta Georgenor de Souza Franco Filho – que o direito de greve dos servidores públicos civis, fundado em preceito constitucional dependente de lei complementar, não é passível, enquanto inexistente o ato legislativo em questão, de ser exercido pelos destinatários da norma inscrita no art. 37, VII, da Carta Federal (Greve de Servidores Públicos, in Repertório IOB de Jurisprudência n. 2/93, p. 38, 2ª quinzena de jan/93)

Acompanhando o voto do relator sem restrições, o Ministro Paulo Brossard deixou assentado que qualquer solução diversa da cientificação da mora implicaria em se sub-rogar na figura do legislador (BRASIL, 1994a):

Lamento, apenas, Sr. Presidente, que cinco anos depois de promulgada a Constituição estejamos a dizer que existe mora do legislador, mas ou dizemos isso ou nos colocamos no lugar do Poder Legislativo, o que, parece-me, nada nos autoriza a fazê-lo. Sem restrições, acompanho o voto do eminente Relator.

A divergência no julgamento foi aberta, desta vez, pelo Ministro Marco Aurélio, que, seguindo a linha de pensamento já levantada pelo Ministro Carlos Velloso em outras oportunidades, procurou dar contornos mais arrojados ao mandado de injunção, inclusive ordenando a aplicação analógica da lei 7.783/89, destinada à regulamentar o direito de greve no âmbito privado (BRASIL, 1994a):

Senhor Presidente, em um primeiro passo, tal como o Relator, declaro a omissão [...]. Todavia, não me limito a determinar seja oficiado ao Legislativo comunicando essa mora. Mais do que ninguém, o Legislativo sabe que está em mora. Vou adiante, sentindo-me muito à vontade em fazê-lo [...], para, julgando o mandado de injunção, chegar à fixação das condições indispensáveis ao exercício do direito de greve. Tomo de empréstimo, Senhor Presidente, o teor da lei n. 7.783/89, consideradas as adaptações necessárias.

Imediatamente após o voto do Ministro Marco Aurélio, foi a vez do Ministro Carlos Velloso proferir seu voto, seguindo a mesma orientação externada no julgamento do MI 107-3/DF (BRASIL, 1994a):

A Casa conhece o meu pensamento a respeito do mandado de injunção. [...]. Sustento que devemos emprestar ao mandado de injunção a máxima eficácia. Reporto-me aos votos que tenho proferido nesta Casa, a respeito do tema, em que sustento que, julgada procedente a injunção, deve o Supremo Tribunal Federal elaborar a norma para o caso concreto, vale dizer, a norma que viabilizará o exercício do direito. Reporto-me, por exemplo, aos votos que proferi nos MI's 369-DF, 219-DF, 384-RJ, 429-DJ, 95-RR, 124-SP, 278-MG.

Em que pese a orientação concretista proposta pelos Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso, mais uma vez o Tribunal decidiu, por maioria de votos, apenas cientificar o Poder Legislativo sobre a demora na feitura da legislação pertinente.

O isolamento dos dois Ministros foi, inclusive, salientado pelo próprio Ministro Marco Aurélio em seu voto, a fim de explicar a brevidade de sua exposição (BRASIL, 1994a, p. 39):

Senhor Presidente, sei que nesta visão formo uma corrente minoritária. Creio que hoje somos apenas dois, no Plenário, a sustentar a tese sobre a necessidade de o Tribunal avançar e caminhar no sentido da fixação das condições indispensáveis ao exercício do Direito Constitucional. Por isso, não prossigo na adaptação cabível.

Cabe salientar que o julgamento do MI 20-4/DF ocorreu em 1994, e, no ano de 2002, quando o STF teve a oportunidade de julgar matéria idêntica através do MI 485-4/MT¹³, de relatoria do Min. Maurício Corrêa, novamente foi mantida a postura conservadora fixada naquele julgamento (BRASIL, 2002):

DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO – ART. 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA – OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL.
2. Observância às disposições da Lei 7.783/89, ante a ausência de lei complementar, para regular o exercício do direito de greve dos serviços públicos. Aplicação dos métodos de integração da norma, em face da lacuna legislativa. Impossibilidade. A hipótese não é de existência de lei omissa, mas de ausência de norma reguladora específica. Mandado de Injunção conhecido em parte e, nessa parte, deferido para declarar a omissão legislativa

Em outra decisão, desta vez no MI 586-5/RJ (BRASIL, 2003), proferida pelo Ministro Nelson Jobim, este também deixou explicitado em seu voto a aversão ao papel normativo que se queria dar ao Judiciário, ilustrando bem a posição conservadora que ainda encontrava espaço no Tribunal:

O Supremo Tribunal Federal não pode obrigar o legislativo a legislar, mas apontar a mora e recomendar que a supra. Também não pode assegurar ao impetrante o exercício do direito de greve, porquanto esse exercício está a depender de lei complementar que lhe estabeleça os termos e limites. Há impossibilidade jurídica do pedido. (STF, MI 586-5/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim. j. 24.06.03. DJ 01.07.03.)

A relutância do STF em assumir uma postura mais ativa manteve-se constante nos primeiros anos da nova Constituição Federal, sendo exemplos disto os

¹³ Também no julgamento do MI 585/TO, o STF, ao decidir a mesma matéria, manteve o posicionamento inicial fixado no MI 20 (MENDES, 2010, p. 1385).

julgamentos dos MI's 168-5/RS (BRASIL, 1990b), 330-1/DF (BRASIL, 1994b), 335-1/DF (BRASIL, 1994d), 333-5/DF (BRASIL, 1994c), 376-9/SP (BRASIL, 1994e), 432-3/DF (BRASIL, 1994f), 377-7/SP (BRASIL, 1994g) e 586-5/RJ (BRASIL, 2003).

No entanto, Luiz Lênio Streck (1991, p. 56) manifestou sua indignação sobre a “contramão inicial” seguida pelos Tribunais Superiores brasileiros:

Porém, o que mais chama a atenção nesta problemática, é o fato da doutrina estar fechando os olhos ao que está ocorrendo no plano da realidade jurídica, especialmente a nível do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Destarte, enquanto dezenas de obras estão sendo lançadas, ensinando que, através do mandado de injunção, o Poder Judiciário “deve” suprir a lacuna legislativa, os tribunais superiores firmam, dia a dia, jurisprudência em sentido contrário.

Sergio Fernando Moro (2004, p. 98-100) também fez esta constatação:

Poderia o Supremo, com fundamentação sólida, ter conferido melhor sorte ao mandado de injunção.

Agindo como procedeu, além de esvaziar o instrumento, frustrando os propósitos da Constituição a ele pertinentes e esvaziando a possibilidade de efetivo controle judicial de constitucionalidade sobre parte substancial da Constituição, rompeu com sua própria tradição de extrair das ações constitucionais todo o seu potencial, o que foi ilustrado pela doutrina brasileira do *habeas corpus*. [...]

Com julgados dessa espécie, o Supremo esvaziou a utilidade do mandado de injunção. Assim, não foi por acaso que o número de mandados de injunção impetrados no Supremo, que chegou a 132 em 1989, reduziu-se à média anual de duas dezenas no período de 1996 a 1999.

Insta assinalar que este posicionamento inicial do Supremo Tribunal Federal desagradou a maioria dos doutrinadores pátrios, que viam, na nova ação constitucional, uma grande oportunidade de conferir eficácia aos direitos constitucionais (TEMER, 2010, p. 217).

4.3 PRIMEIRAS MUDANÇAS DE ENTENDIMENTO DO STF

Com o passar do tempo, a Corte começou a adotar diferentes posicionamentos para solucionar os casos que lhe eram apresentados, cada vez mais alargando o papel do mandado de injunção (MENDES et al., 2010, p. 1381).

Exemplo deste início de mudança no entendimento da Corte pode ser vislumbrado no julgamento do MI 283-5/DF (BRASIL, 1991a), da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, onde o impetrante buscava a possibilidade de gozar o direito à

reparação econômica em face da União, por força do que estabelecia o § 3º do art. 8º da ADCT¹⁴.

Neste caso, o STF admitiu que, além da declaração de mora do Congresso Nacional, fosse assinalado o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, acrescido de mais 15 (quinze) para a sanção do Presidente da República, a fim de que o próprio Congresso suprisse a omissão tida por inconstitucional, sob pena de, não o fazendo, ser facultado ao impetrante ingressar com ação indenizatória em face da União (MENDES, et al., p. 1382).

Contudo, vale ressaltar que o relator, Min. Sepúlveda Pertence, deixou assentado em seu voto que não procurava se desvencilhar das balizas fixadas no *leading case* MI 107-3/DF (BRASIL, 1991a, p. 19):

Creio que o caso concreto serve exemplarmente à exploração construtiva das virtualidades deixadas em aberto no MI 107 para a hipótese de recalcitrância do legislador na purgação da mora declarada pelo Tribunal.

[...]

Verificando-se ineludivelmente a superação do prazo constitucional assinado para a edição da lei, concede-se o mandado de injunção com os seus efeitos específicos de declarar a *mora legislatoris* e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que supra a omissão.

Como, entretanto, a persistência da omissão legislativa poderia acarretar frustração irreparável à expectativa de gozo pelo impetrante da prestação reparatória devida pela União, cabe acautelá-lo dos riscos da demora, na medida do possível.

Cumprе salientar que, mais uma vez, o Ministro Marco Aurélio, posteriormente acompanhado pelo Ministro Carlos Velloso, não estava satisfeito com a solução encontrada pela Corte, deixando claro em seu voto que os limites da indenização deveriam ser resolvidos imediatamente, e não serem relegados à verificação no juízo de 1º grau (BRASIL, 1991a, p. 28):

Peço vênia, Senhor Presidente, para dissentir quanto à comunicação ao Congresso Nacional de que ele está omissa – ele o sabe e um Poder não compele o outro a atuar no campo pertinente à atividade precípua, muito menos assinando-lhe prazo para tanto, o que se dirá quando a atuação ocorre sobre o ângulo político – e dissentir também, quanto à sentença ou o acórdão alternativo que se preconiza, contendo abertura da porta pertinente à via ordinária, isto para que o Impetrante logre o que pode lograr no próprio mandado de injunção. Divirjo do nobre relator, pois devemos partir para o lançamento, de imediato, de um provimento judicial que revel os parâmetros da reparação de que cogita o texto constitucional. O texto prevê a

¹⁴ Art. 8º, § 3º, da ADCT (BRASIL, 1988): “Aos cidadãos que forem impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n.S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de 12 meses a contar da promulgação da Constituição.”

reparação, e por isso, como disse no início do meu voto, entendo que ela deva ser a mais satisfatória possível.

Conquanto este julgamento tenha representado um notável avanço, Flávia Piovesan (2003, p. 155-156) adverte que, na ocasião, ainda não tinha sido realizada a concretização do direito pelo STF, pois apenas autorizou-se ao impetrante ingressar com nova ação perante a União para haver as perdas e danos oriundos da omissão do Congresso Nacional:

Percebe-se que, embora esta decisão [no MI 283-5] acene a um avanço se comparada com a orientação anterior do Supremo Tribunal Federal, o impetrante não obteve no âmbito do Supremo a efetiva concretização de seu direito.

Isto é, o Supremo não tornou, de imediato, viável o exercício do direito constitucional, mas, mediante decisão de natureza declaratória, reconheceu ao impetrante a faculdade de obter contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida.

Indo mais além, Roberto Pfeiffer (1999, p. 89) chega a afirmar que o STF incorreu em contradição com essa decisão, pois, ao mesmo tempo em que reconheceu não ser possível ele mesmo fixar os contornos da indenização, deixou-se implícito que o juiz federal de 1º grau poderia fazê-lo na demanda indenizatória ajuizada.

Corroborando com a existência desta contradição, Luciane Moessa (2004, p. 122) assinala que:

É, de fato, impressionante – para dizer o mínimo – o entendimento do Supremo Tribunal Federal [no MI 283-5] de que a fixação dos parâmetros por ele, órgão incumbido constitucionalmente do julgamento do mandado de injunção, fira o princípio da separação dos poderes, ao passo que a fixação pelo juízo comum não o faça. Isso sem falar na gritante violação ao princípio da economia processual.

Curioso notar que o próprio relator da matéria, o Ministro Sepúlveda Pertence, formulou seu voto inicial para novamente apenas cientificar a mora do Congresso Nacional, mas, após a suspensão da sessão plenária por sua iniciativa, resolveu emendar seu voto abrindo a possibilidade de o impetrante ingressar com ação indenizatória em face da União (BRASIL, 1991a):

Na discussão que se seguiu, a partir da intervenção do em. Min. Moreira Alves, surgiu o alvitre de antecipar a decisão à eventualidade de não se ultimar o processo legislativo sobre a matéria, em prazo razoável, de modo a possibilitar ao impetrante obter satisfação provisória do seu direito à reparação dos prejuízos decorrentes das portarias reservadas, que a Constituição já fez certo.

Antecipando que aderia gostosamente à sugestão, indiquei adiamento para complementar a formulação da parte dispositiva de meu voto, submetendo-a ao Plenário.

Logo, vê-se que o avanço na jurisprudência da Corte foi sutil e deveu-se, principalmente, ao fato de que a própria Constituição havia fixado um prazo exato de 12 meses no § 3º do art. 8º da ADCT. Tal situação deixou o STF mais confortável em avançar no provimento a ser dado em sede de injunção, em que pese a contradição acima apontada (MORAES, 2009, p. 178).

Não obstante, ainda havia o temor de o Judiciário estar se imiscuindo nas funções legislativas, tanto que no MI 284-3/DF (BRASIL, 1991b), o Ministro Celso de Mello, ao analisar questão idêntica àquela do MI 283-5/DF (BRASIL, 1991a), deixou explicitado em seu voto que:

O novo 'writ' constitucional, consagrado pelo art. 5º, 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.

Em outra decisão, desta vez no MI 232-1/RJ (BRASIL, 1992a), da relatoria do Ministro Moreira Alves, discutiu-se se a impetrante, na condição de entidade beneficente, tinha direito ou não à isenção do pagamento de contribuição para a seguridade social, prevista no § 7º do art. 195 da CRFB¹⁵.

O Tribunal, por maioria de votos, reconheceu a mora legislativa e assinalou o prazo de 6 meses para que fosse feita a regulamentação do dispositivo, sob pena de, não o fazendo, passasse a impetrante a gozar a imunidade requerida.

Mais uma vez houve a divergência dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso. Desta vez, o posicionamento de ambos foi seguido pelo Ministro Célio Borja, que também considerou a possibilidade de se aplicar imediatamente, e por analogia, o regramento do art. 14 do CTN ao caso, que trata da imunidade das entidades beneficentes. Assim se manifestou o Ministro Célio Borja na oportunidade (BRASIL, 1992a):

Entendendo, como procurei demonstrar, que a associação civil requerente é titular de direito à imunidade, quase-imunidade, ou isenção constitucional da contribuição previdenciária que, como empregadora, lhe toca, vê-se,

¹⁵ Art. 195, § 7º, da CRFB (BRASIL, 1988): "São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei."

contudo, impossibilitada de fruí-la porque o legislador não dispôs, até aqui, sobre as EXIGÊNCIAS que terá de atender para demonstrar que é entidade BENEFICENTE de assistência social.

A falta de norma regulamentadora está, pois, impedindo que ela, titular de direito já assegurado, frua o que a Constituição lhe concede.

[...]

A solução encontrada, mandando aplicar ao caso dos autos a norma legislada que disciplina o gozo da imunidade tributária constitucional por entidades beneficentes, como a própria requerente, atende ao princípio IBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEX e o correspectivo – ET DE SIMILIBUS IDEM EST JUDICIUM.

Na sua conclusão, o voto do Ministro Marco Aurélio segue tal orientação, razão pela qual o acompanho, com a vênia dos que dissentem. (sic)

Mesmo tendo os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso contado agora com o apoio do Ministro Célio Borja, no sentido de se formular a regra concreta para o caso de maneira imediata e por analogia ao Código Tributário Nacional, o Tribunal, por maioria, acatou a orientação do relator da ação, Ministro Moreira Alves, para declarar a mora legislativa e conceder o prazo de 6 (seis) meses a fim de que o Congresso legislasse, sob pena de o impetrante passar a gozar a imunidade prevista no § 7º do art. 195 da CRFB.

O Min. Moreira Alves, não obstante ter proferido esta decisão de cunho mais concretista, ainda fez questão de salientar que estava arrimado nas balizas do MI 107-3/DF (BRASIL, 1990a), no sentido de expurgar qualquer atuação legislativa do Poder Judiciário (BRASIL, 1992a):

No caso, em face dos votos divergentes, ou se aplica a norma do Código Tributário Nacional por estar ela em vigor, e, conseqüentemente, não há omissão que dá margem ao mandado de injunção, ou se está legislando, sem que a Constituição tenha dado ao Poder Judiciário competência para legislar, competência essa que, no Estado democrático, é dos Poderes Políticos – o Legislativo e o Executivo -, que recebem seus mandatos pelo voto popular. A esse respeito, já me manifestei longamente no voto que proferi em questão de ordem no Mandado de Injunção nº 107, voto esse que foi acompanhado pela unanimidade da Corte, naquela ocasião.

A solução que dou neste caso concreto [...] está dentro da linha de orientação tomada na referida questão de ordem, pois se trata de reconhecimento que não envolve atuação legislativa por parte desta Corte.

Desta vez, ainda que não se tenha conferido eficácia plena e imediata ao direito constitucional invocado, é inegável que houve uma evolução jurisprudencial rumo à tutela eficaz dos direitos constitucionais, como assinala Flávia Piovesan (2003, p. 154):

Com o despertar desta nova orientação jurisprudencial, advinda do julgamento do MI 232-1, assume o Supremo Tribunal Federal um papel mais significativo no processo de efetivação dos direitos constitucionais,

recuperando no mandado de injunção a função de instrumento eficaz na tutela de direitos fundamentais.

De fato, a solução encontrada representou um avanço com relação a provimentos anteriores que simplesmente declaravam a mora do Congresso Nacional, e o STF, sem ter avocado para si uma função legislativa, “não deixou de indicar uma consequência efetiva para a omissão do legislador.” (MENDES, 2004, p. 55).

Em sentido contrário, Volney Zamenhof (1993, p. 103) afirma que a decisão representou perigoso precedente no sentido de possibilitar uma futura ingerência indevida do Judiciário na esfera do Legislativo:

O que ocorreu foi uma decisão inédita e ousada por parte do Judiciário. Inédita porque, desde o surgimento do mandado de injunção havia especulações em torno do modo pelo qual aquele Poder se manifestaria, visto que a Constituição prescreve que os poderes são independentes e harmônicos, e, neste caso, dependendo da decisão do Poder Judiciário poderia haver ingerência sua em atribuições de exclusiva competência de outro Poder. Mesmo assim, pela primeira vez, o Poder Judiciário, impôs, com toda a propriedade, uma decisão que incita o Legislativo a expedir norma regulamentadora num prazo de seis meses sob pena de ser concedida a imunidade da imposição de sua decisão perante o Poder Legislativo.

É de ver que, na realidade, O Poder Legislativo não está obrigado a emanar a norma regulamentadora, no entanto, se não o fizer, abrirá precedente para outras decisões no mesmo sentido, caracterizando assim, uma perfeita desarmonia em relação ao princípio da tripartição dos poderes, tão defendida por Montesquieu.

As duas ações acima ilustradas revelavam a tendência do STF em querer mudar o paradigma fixado pelo julgamento do MI 107-3/DF (BRASIL, 1990a), sinalizando que o STF estava disposto a rever sua posição, como bem salienta Gilmar Mendes (2010, p. 1384):

Percebe-se que, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, no que diz respeito ao mandado de injunção.

As decisões proferidos nos Mandados de Injunção n. 283 (Rel. Sepúlveda Pertence), 232 (Rel. Moreira Alves) e 284 (Rel. Celso de Mello) sinalizam para uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução ‘normativa’ para a decisão judicial.

Mesmo assim, em que pese o avanço das duas decisões aludidas, ainda não tinha sido esgotada a real potencialidade do instituto, como adverte Flávia Piovesan (2003, p. 156):

Repise-se: embora as decisões do MI 232-1 e do MI 283-5 expressem um avanço na orientação jurisprudencial do Supremo, ainda não expressam a

real potencialidade do mandado de injunção, que permite ao próprio Poder Judiciário assegurar ao impetrante o exercício imediato de direito, liberdades e prerrogativas constitucionais, no caso concreto.

Sergio Fernando Moro (2004, p. 98) também mitiga o papel dos julgamentos ocorridos no MI 232-1/RJ e MI 283-5/DF, salientando seu caráter excepcional frente à jurisprudência do STF:

Em que pese a perspectiva inovadora, esses julgados mantêm-se isolados, não abandonando o Supremo, apesar de posições vencidas de ministros como Carlos Velloso e Marco Aurélio, sua posição usualmente restritiva, segundo a qual o mandado de injunção nem autoriza o Tribunal a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, pela edição de ato normativo que lhe faça as vezes, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de execução da norma regulamentadora que acaso editasse.

A mudança efetiva de posicionamento do STF pode ser tomada com o julgamento do MI 721-7/DF (BRASIL, 2007d), da relatoria do Min. Marco Aurélio, onde se atacava a ausência de disciplina específica sobre a aposentadoria especial do servidor público, prevista no art. 40, § 4º, da CRFB.¹⁶

Na oportunidade de seu voto, o Min. Marco Aurélio conclamou o Supremo Tribunal Federal a superar sua antiga visão, a fim de proferir decisão concretista individual para o caso (BRASIL, 2007d, p. 10):

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os poderes. [...] Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão da omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada [...]. (grifo nosso)

O Min. Carlos Ayres Britto, aderindo ao pronunciamento do Min. Marco Aurélio, deixou evidente que o posicionamento inicial do STF não poderia mais ser continuado (BRASIL, 2007d, p. 33):

¹⁶ Art. 40, § 4º, da CRFB (BRASIL, 1988) (redação dada pela EC n. 47/07): “É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I - portadores de deficiência;
 II - que exerçam atividades de risco;
 III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

[...] observei que somente cabe mandado de injunção perante norma uma constitucional de eficácia limitada. Sendo assim, não faz sentido proferir uma decisão judicial também de eficácia limitada. É uma contradição nos termos. A decisão judicial há de ser plenoperante, marcada pela sua carga de concretude, ou seja, tem de ser mandamental, como é da natureza da ação constitucional agora sob julgamento. Acompanho o eminente Relator.

A solução encontrada pelo STF pode ser vislumbrada através da recente decisão monocrática proferida pelo Min. Dias Toffoli, no julgamento do MI 3464/DF (BRASIL, 2012b):

O Plenário desta Corte, em 30/8/2007, no julgamento do MI nº 721/DF, decidindo sobre aposentadoria especial de servidor público, reconheceu a mora legislativa na regulamentação do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal.

Na oportunidade, entendeu-se que a modificação implementada pela Emenda Constitucional nº 20/98 ao dispositivo constitucional e, após, pela Emenda Constitucional nº 47/2005, suplantou a ideia de simples faculdade do legislador (MI nº 484/RJ, 425/DF e 447/MG), revelando-se, então, “a existência do direito constitucional à adoção dos requisitos e critérios diferenciados para alcançar a aposentadoria daqueles que hajam trabalhado sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física” (nos termos do voto do Ministro Relator).

Destarte, prevaleceu o entendimento de que, diante da contumaz omissão do Poder Legislativo, estaria o Poder Judiciário – por força do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição da República – autorizado a “estabelecer para o caso concreto e de forma temporária, até a vinda da lei complementar prevista, as balizas do exercício do direito assegurado constitucionalmente”, sem incorrer em violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88).

Evoluindo, então, no entendimento da Corte acerca da ação injuncional, proferiu-se decisão com conteúdo normativo, possibilitando o exercício efetivo do direito vindicado no caso concreto. Julgou-se parcialmente procedente o pedido para (i) comunicar a mora ao Presidente da República, competente para iniciar o processo de criação da lei complementar regulamentadora do dispositivo constitucional questionado e (ii) autorizar a autoridade administrativa competente a conceder a aposentadoria especial aplicando, no que couber, o artigo 57 da Lei nº 8.213, na análise do pedido do servidor. (grifo nosso)

Como se vê através da síntese acima formulada pelo Ministro Dias Toffoli, a solução recomendada pelo relator do MI 721-7/DF, no sentido de aplicar analogicamente a lei do regime geral de previdência social ao caso concreto, foi acatada pela unanimidade dos ministros à época, marcando definitivamente uma postura concretista do Supremo Tribunal Federal.

Esta orientação, a partir de então, foi seguida em uma série de MI's versando sobre a mesma matéria, como se vê pelo seguinte excerto do voto proferido pelo Min Celso de Mello, ao julgar o AgReg no MI 1603/DF (BRASIL, 2011c):

Registro, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, em sucessivas decisões, vem reafirmando esta orientação (MI 758/DF, Rel. Min. Marco Aurélio – MI 796/DF, Rel. Min. Ayres Britto – MI 809/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia – MI 824/DF, Rel. Min. Eros Grau – MI 834/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski – MI 874/DF, Rel. Min. Celso de Mello – MI 912/DF, Rel. Min. César Peluso – MI 970/DF, Rel. Min. Ellen Gracie – MI 1001/DF, Rel. Min. Celso de Mello – MI 1059/DF, Rel. Min. Celso de Mello), garantindo, em consequência, aos servidores públicos que se enquadrem nas hipóteses previstas no § 4º do art. 40 da Constituição Federal, o direito à aposentadoria especial.

Em suma, com estas decisões, o STF paulatinamente migrou do comportamento não-concretista para o concretista, o que se explica pela própria composição do Tribunal que foi se alterando com a aposentadoria dos antigos ministros e a vinda de outros.¹⁷

4.4 A ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF: JULGAMENTO DOS MI'S 712-8/PA, 670/ES E 708/DF

A grande virada da jurisprudência da Corte ocorreu em 25/10/07, quando do julgamento simultâneo em sessão plenária dos MI's 712-8/PA (BRASIL, 2007a), 670-9/ES (BRASIL, 2007c) e 708/DF (BRASIL, 2007b), de relatoria dos Ministros Eros Grau, Maurício Corrêa e Gilmar Mendes, respectivamente (MENDES et al., 2010, p. 1394).

Nestes processos, novamente discutia-se a falta de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, direito este garantido pelo inc. VII do art. 37 da CRFB. A Corte, ao reconhecer o direito e a ausência de sua devida regulamentação, acabou por decidir, segundo a linha desenvolvida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, no sentido de conferir aos impetrantes a fruição do direito de greve mediante aplicação analógica da lei grevista destinada à iniciativa privada (Lei n. 7.783/89).

O Min. Gilmar Mendes, na oportunidade do julgamento do MI 708/DF, salientou que esta postura fazia-se necessária pela excessiva mora legislativa que

¹⁷ Ao longo das duas últimas décadas saíram os seguintes ministros de orientação não-concretista (MORAES, 2009, p. 175): Sepúlveda Pertence (2007), Moreira Alves (2003), Ilmar Galvão (2003), Octávio Galloti (2000), Sydney Sanches (2003), Maurício Corrêa (2004), Nelson Jobim (2006), Francisco Rezek (1997) e Paulo Brossard (1994).

Em compensação, ingressaram na Corte os Ministros Marco Aurélio (1990), Ellen Gracie (2000), Gilmar Mendes (2002), César Peluso (2003), Carlos Ayres Britto (2003), Joaquim Barbosa (2003), Carmen Lúcia (2006), Ricardo Lewandowski (2006), Luiz Fux (2011), Dias Toffoli (2009) e Rosa Weber (2011), todos com uma tendência mais concretista (datas retiradas do site oficial do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=antiguidade>).

perdurava há 19 anos, não cabendo mais ao Tribunal apenas cientificar o Congresso como constantemente vinha fazendo, sob pena de se ficar caracterizada a “omissão inconstitucional” do próprio Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2007b, p. 234):

A não-regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito. [...] Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia e a inoperância das decisões desta Corte. Comungo das preocupações quanto à não-assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de “omissão judicial”.

Nesta toada, o Min. Eros Grau, em seu voto como relator no MI 712-8/PA (BRASIL, 2007a, p. 406), deixou claro que uma decisão com efeitos *erga omnes* para o caso era necessária e não feria o equilíbrio entre os três Poderes estatais:

O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, atuará como texto normativo a ser interpretado/aplicado.

Ademais, não há que se falar em agressão à “separação dos Poderes”, mesmo porque é Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada “separação dos poderes” provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de “separação dos poderes”, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original.

Também o Ministro Gilmar Mendes, na confecção de seu voto como relator do MI 708/DF (BRASIL, 2007b), conferiu eficácia *erga omnes* à decisão, aderindo, assim, a uma posição concretista geral. Ou seja, a decisão tinha aplicação para todas as classes de servidores públicos que se enquadrassem na norma constitucional, e não apenas aos impetrantes.

É curioso assinalar que o próprio Min. Celso de Mello, por ocasião de seu voto no MI 670-9/ES, também acatou uma solução normativa para o caso, afastando-se do posicionamento por ele adotado quando relator do MI 20-4/DF (BRASIL, 1994a), acima analisado. Nestes termos se manifestou o eminente ministro (BRASIL, 2007c, p. 109):

A jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do MI 107/DF, fixou-se no sentido de proclamar que a finalidade, a ser alcançada via do mandado de injunção, resume-se à mera declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser meramente comunicada ao órgão estatal inadimplente, para que este

promova a integração normativa do dispositivo constitucional invocado como fundamento do direito titularizado pelo impetrante do *writ*.

Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica **para o qual foi concebido**, pelo constituinte, **o mandado de injunção**, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, **pela inaceitável omissão** do Congresso Nacional, **impedindo-se**, desse modo, **que se degrade** a Constituição **à inadmissível** condição subalterna de um estatuto **subordinado** à vontade ordinária do legislador comum. (grifos do autor)

A esta altura, vale notar que o único integrante da Corte que ainda permanecia fiel a uma postura não concretista era o Ministro Maurício Corrêa, ao contrário do que ocorrera no início da década de 90, em que esta era a posição dominante. Nestes termos se manifestou o referido ministro em seu voto no MI 670-9/ES, agora voz isolada e sem eco na Corte (BRASIL, 2007c, p. 12):

[...] não pode o Poder Judiciário, nos limites da especificidade do mandado de injunção, garantir ao impetrante o direito de greve. Caso assim procedesse, substituir-se-ia ao legislador ordinário, o que extrapolaria o âmbito da competência prevista na Constituição.

[...]

Ante tais circunstâncias, conheço, em parte, do mandado de injunção, apenas para declarar a mora do Congresso Nacional quanto á edição da norma regulamentadora do artigo 37, VII, da Carta da República, devendo, quanto a este fato, ser oficiado ao órgão impetrado.

Além do Ministro Celso de Mello, que mudou seu posicionamento inicial sobre o mandado de injunção, a fim de, agora, conferir eficácia plena, via mandado de injunção, ao direito não regulamentado, a decisão encontrada foi seguida pelos Ministros Cézar Peluso, Ellen Gracie, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2007c).

No entanto, a solução alvitrada para os MI's 712-8/PA (BRASIL, 2007a), 708/DF (BRASIL, 2007c) e 670/ES (BRASIL, 2007b), julgados em conjunto, não foi unânime, contando com a divergência parcial dos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, para os quais a decisão deveria cingir-se às partes do processo (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 105). Assim se manifestou o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto no MI 712-8/PA (BRASIL, 2007a, p. 478):

Não vou tão longe, porém, a ponto de ultrapassar a finalidade do mandado de injunção – que é, nas palavras de José Afonso da Silva, a de 'realizar concretamente em favor impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa sempre que a norma regulamentadora torne inviável seu exercício' -, avançando sobre a própria razão de ser do Poder Legislativo, ao qual compete expedir normas de caráter geral e abstrato para regular determinadas situações ocorrentes na realidade fenomênica.

Em outras palavras, não me parece possível, *data vênia*, ao Poder Judiciário, a pretexto de viabilizar o exercício de direito fundamental por

parte de determinada pessoa ou grupo de pessoas, no âmbito do mandado de injunção, expedir regulamentos para disciplinar, em tese, tal ou qual situação, ou adotar diploma normativo vigente aplicável à situação diversa.

Com efeito, o Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto no MI 708/DF, apresentou interessante alternativa para que não se conferisse alcance objetivo ao mandado de injunção, propondo a edição de uma súmula vinculante sobre o tema (BRASIL, 2007b, p. 360):

Nos termos em que se forma a maioria, o resultado prático de negar-se o efeito *erga omnes* é que a Corte repetirá o julgamento, apenas para afirmar em diversas oportunidades o mesmo que afirmou nessas últimas sessões. Mas, por outro lado, essa constatação prática não me parece suficiente para alterar a natureza do mandado de injunção, que é via vinculada ao interesse. Talvez fosse acaso, para resolver uma parte desse problema de repetição de feitos, já que não há dúvidas sobre a omissão legislativa, de editar-se uma súmula vinculante sobre a matéria [...].

Mesmo com a divergência aberta pelos três ministros, em 25 de outubro de 2007, o Tribunal, pela maioria de seus membros, deu provimento aos MI's 670, 708 e 712, para que fosse aplicada a lei grevista da iniciativa privada (lei n. 7.783/89) aos servidores públicos civis em geral, reconhecendo a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional em face da contínua omissão do legislador (MENDES, et al., p. 1394).

Esta postura inovadora do STF mereceu aplausos de vários doutrinadores, tendo André Ramos Tavares (2010, p. 1014) ressaltado que:

De qualquer sorte, a mudança da jurisprudência recalcitrante foi uma grande conquista para a cidadania brasileira, especialmente por se tratar de um país cujo compromisso constitucional é constantemente relegado a segundo plano, e a ideia de 'fraude à Constituição' uma prática rotineira de governos democraticamente eleitos, com o que a Justiça Constitucional estaria a auxiliar decisivamente na operatividade das normas constitucionais. O efeito didático (indireto) dessas decisões, para outras situações semelhantes, também não é desprezível.

De outro norte, vale ressaltar que o Tribunal, com esta decisão, definitivamente avocou uma atividade normativa para sua atuação, o que não deixa de ser corolário lógico da função que exerce, qual seja, a de Tribunal Constitucional (TAVARES, 2005, p. 321).

Contudo, é importante dizer que tais julgamentos não significaram, a partir de então, decisões com eficácia *erga omnes* para todos os mandados de injunção submetidos ao Supremo Tribunal Federal. Pela análise da jurisprudência mais recente do STF, verifica-se que é o caráter do direito não regulamentado que irá

definir as balizas para um pronunciamento com efeitos *inter partes* ou *erga omnes*. Em outras palavras, a decisão conterà efeitos gerais somente quando o direito não regulamentado possuir uma dimensão objetiva extensível a todos os casos análogos. Caso essa extensão não seja viável, a solução com efeitos *inter partes* será a melhor alternativa.¹⁸

Em suma, as decisões acima estudadas representaram uma completa virada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que passou de uma postura não concretista, assentada nas balizas do MI 107-3/DF (BRASIL, 1990a), para uma postura eminentemente concretista, ora individual, proferindo sentenças com eficácia *inter partes*, ora geral, proferindo sentenças de perfil aditivo.

4.4.1 Sentenças de perfil aditivo: o futuro do mandado de injunção na perspectiva neoconstitucional

A constitucionalização do direito, entendida como o “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”, somente ganhou consistência histórica com a Lei Fundamental de Bonn (1949), na Alemanha do pós-guerra (BARROSO, 2010, p. 352–355).¹⁹

Desta forma, a nova dogmática constitucional passou a entender que a Constituição, conquanto fosse o produto da realidade que a subjaz, ganharia

¹⁸ Além do caso acima tratado com relação ao direito de greve dos servidores públicos civis, outro bom exemplo de decisão em mandado de injunção que comportaria efeitos *erga omnes* seria com relação ao direito de aviso prévio proporcional, previsto no inc. XXI do art. 6º da CRFB (BRASIL, 1988). Com efeito, uma série de mandados de injunção foram impetrados alegando-se ausência de lei regrado a proporcionalidade do aviso prévio (MI’s 1010/DF, 943/DF, 695/MA). Com o advento da lei 12.506/11, todavia, todos perderam seu objeto, mas o Min. Gilmar Mendes deixou assentado em seu voto a pretensão de conferir efeitos *erga omnes* à decisão final da Corte sobre como se daria a proporcionalidade do aviso prévio para os trabalhadores em geral (vide informativos n. 457 e 632 do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+injun%E7%E3o+aviso+pr%E9vio%29&base=baseInformativo>).

Sobre as recentes decisões com efeitos *inter partes* no mandado de injunção, conferir os julgamentos dos MI’s 758/DF (2008), 795/DF (2009), 812/DF (2009) e 809/SP (2009).

¹⁹ Ao comentar o papel que as Constituições exerciam antes da segunda metade do século XX, Luís Roberto Barroso (2010, p. 198) assevera que “uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo adotado na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. Vigoravam a centralidade da lei e a supremacia do Parlamento, cujos atos eram insuscetíveis de controle judicial. Somente após a Segunda Guerra Mundial é que veio a se difundir – e, eventualmente, a prevalecer – o modelo americano de constitucionalismo, fundado na força normativa da Constituição, documento dotado de supremacia e protegido por mecanismos de controle de constitucionalidade.”

prontamente uma força ativa própria, na medida em que imporia, ela mesma, tarefas e programas. Se a disposição de cumprir estas tarefas pudesse transformar, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, a vontade de poder (*Wille zur Macht*) em vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), estaria aberto, então, o caminho para o incremento de sua força normativa (HESSE, 1991, p. 19).

Assim, dentro desta perspectiva normativa, o constitucionalismo contemporâneo, também chamado por alguns autores de neoconstitucionalismo, representa um novo modo de abordagem do direito constitucional, designando “o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica.” (BARROSO, 2010, p. 266).

Com efeito, é justamente dentro desta expansão da jurisdição constitucional, noticiada por Luís Roberto Barroso, que as sentenças de perfil aditivo entram, entendidas estas como provimentos jurisdicionais que integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, que incorporem solução constitucionalmente obrigatória (MENDES et al., 2010, p. 1394).

André Ramos Tavares (2005, p. 335) vai ainda mais longe ao dizer que, na produção de decisões aditivas, a “atuação do Tribunal Constitucional, a par de exigir o desempenho da interpretação, caracteriza-se, sobretudo, por ser tipicamente legislativa, de cunho normativo.”

A aceitação de um provimento jurisdicional desta natureza, ou seja, que admite soluções materialmente legislativas, só pode ser compreendida dentro da nova concepção de Constituição acima destacada, como bem demonstra Susana Sbrogio’Galia (2007, p. 119):

A Constituição, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, impõe ser compreendida como plexo de valores a serem realizados, promovendo, pela sua força normativa, a (re)construção do Estado. [...]
Por isso, não se pode compreender a jurisdição constitucional somente sob seu aspecto procedimental. Amparados na doutrina de Streck, podemos dizer que a jurisdição constitucional deve ser entendida “como processo de vivificação da Constituição na sua materialidade”, contestando-se a liberdade de conformação do legislador de dois modos: de um lado, os textos constitucionais dirigentes, apontando para um dever de legislar em prol dos direitos fundamentais e sociais; de outro, o controle por parte dos tribunais, que passaram não somente a decidir acerca da forma procedimental da feitura das leis, mas acerca de seu conteúdo material, incorporando os valores previstos na Constituição.

As soluções aditivas têm sua origem mais recente no direito italiano e francês que, através da Corte Constitucional e do Conselho Constitucional, respectivamente, vêm admitindo a existência de normas negativas implícitas controláveis nas hipóteses de omissão inconstitucional, como bem acentua Thierry Di Manno (1997 apud MORO, 2004, p. 250):

Com efeito, mesmo que o controle de constitucionalidade das omissões do legislador não esteja previsto expressamente pela Constituição, o juiz constitucional que é provocado a conhecer normas legislativas não pode deixar de confrontar-se com esta problemática, uma vez que é possível, como vimos, tratar uma omissão legislativa como uma norma legislativa negativa. E, de fato, confrontados com esta questão, a Corte Constitucional italiana e o Conselho Constitucional francês têm recorrido à técnica da interpretação aditiva que permite adotar formas de decisões adaptadas ao controle e à reparação de omissões legislativas contrárias à Constituição. (grifo nosso)

Além desta fonte europeia, também podem ser tomadas como exemplo de sentenças aditivas as chamadas “diretivas” que a Suprema Corte da Índia é autorizada a proferir, de acordo com o art. 32 da Constituição daquele país²⁰, e que servem justamente para preencher lacunas legislativas (MORO, 2004, p. 252).

Por oportuno, veja-se a parte dispositiva de uma sentença proferida pela Corte Suprema indiana, que ilustra bem o uso do instituto das diretivas naquele ordenamento (MORO, 2004, p. 252):

Em vista do acima exposto e da ausência de lei promulgada para garantir a igualdade sexual e a proteção contra o assédio e o abuso sexual, mais particularmente contra o assédio sexual em ambiente de trabalho, nós baixamos as linhas e normas especificadas a seguir para serem devidamente observadas em todos os locais de trabalho ou em outras instituições, até que seja promulgada legislação com esse propósito. Isto é feito no exercício do poder disponibilizado pelo artigo 32 da Constituição para efetivação de direitos fundamentais e enfatizamos que isto deve ser tratado como lei declarada por esta Corte sobre o artigo 141 da Constituição.

No Brasil, como o movimento pós-positivista da Constituição somente ganhou corpo com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BARROSO, 2010, p. 245), as sentenças de perfil aditivo apenas tardiamente entraram em debate no meio jurídico brasileiro, contando ainda com escassas obras jurídicas dissecando o tema.

²⁰ De acordo com Sérgio Fernando Moro (2004, p. 251), eis a redação do art. 32 da Constituição indiana: “A Suprema Corte deve ter o poder de emitir diretivas, ordens ou *writs*, incluindo *writs* da natureza de *habeas corpus* (*mandamus*, *prohibition*, *quo warranto* e *certiorari*), sempre que for apropriado à efetivação de quaisquer dos direitos conferidos nesta parte da Constituição.”

Bem por isso, as decisões proferidas nos MI's 670/ES (BRASIL, 2007c), 712-8/PA (BRASIL, 2007a) e 708/DF (BRASIL, 2007b), independentemente de seu acerto ou não na decisão de mérito, já merecem aplausos pelo simples fato de representarem uma tentativa corajosa de se conferir força normativa à Constituição, mediante sentenças, como bem assinalou Gilmar Mendes (2010, p. 1394), de moderado perfil aditivo.

De outra ponta, vislumbra-se que as sentenças de perfil aditivo, na medida em que sejam cada vez mais incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, representam solo fértil para o mandato de injunção desenvolver suas potencialidades nos próximos anos.

Desta maneira, se, como disse Konrad Hesse (1991, p. 32), o fortalecimento da força normativa da Constituição (*normative Kraft der Verfassung*) depende diretamente da vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), o mandato de injunção, dentro do contexto das sentenças aditivas, ainda pode representar importante instrumento para o fortalecimento desta vontade, na medida em que tenciona dar voz às normas caladas arbitrariamente pelo legislador, o que, em última instância, significa dar voz à própria Constituição.

5 CONCLUSÃO

A realização do presente trabalho, feita com apoio na doutrina jurídica e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, possibilitou a extração de algumas conclusões, não só acerca do problema central desta obra, mas também do mandado de injunção considerado como um todo.

Pela análise conceitual feita no primeiro capítulo, por exemplo, pode-se dizer que o mandado de injunção goza de uma definição homogênea dentro da doutrina brasileira, até porque o texto constitucional é claro neste sentido.

Contudo, sob o prisma histórico, vê-se que as raízes desta ação constitucional são incertas e causam funda divergência entre os doutrinadores que procuram estudar o instituto. Inclusive, alguns rechaçam a possível semelhança anterior com qualquer instrumento jurídico mundial.

De qualquer forma, parece-nos razoável concluir que, na esteira do que afirma José Afonso da Silva, o mandado de injunção possui semelhanças estruturais relevantes com o *writ of injunction* inglês e norte-americano, podendo-se admitir uma provável inspiração nestes instrumentos por parte do legislador brasileiro.

Contudo, é forçoso concluir que, independentemente de ter servido de inspiração, a *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão também apresenta certa semelhança, mormente pelo aspecto constitucional das omissões tuteláveis.

Não só no tocante ao aspecto histórico, como também com relação ao objeto, o mandado de injunção oferece problemas. Há grande divergência sobre quais as normas constitucionais tuteláveis via mandado de injunção. De um lado, alguns doutrinadores, a exemplo de Manoel Gonçalves Filho, procuram restringi-las a títulos específicos da Constituição Federal, enquanto outros, como José Carvalho dos Santos Filho, sustentam uma maior gama de normas tuteláveis, que estariam espalhadas por todo o texto constitucional.

Aparentemente, melhor seria admitir, na esteira do que José Carvalho dos Santos Filho sustenta, uma maior amplitude do mandado de injunção sobre o texto constitucional, pois, de um lado, o dispositivo que institui o *writ* não é expresso na restrição que alguns pretendem dar e, de outro, há indubitavelmente normas espalhadas por toda a Constituição Federal que conferem direitos subjetivos invocáveis por qualquer cidadão.

Por outro lado, uma discussão sobre o mandado de injunção redonda necessariamente na teoria da omissão inconstitucional, motivo pelo qual foi empreendida detida análise sobre o referido assunto.

Diante do que foi exposto sobre tal ponto, a conclusão a que se chega é no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro, através dos criadores e aplicadores do direito, ainda precisa amadurecer a ideia de omissão inconstitucional. O clima inicial de insegurança e perplexidade que a nova matéria ensejou (MENDES et al., 2010, p. 1186) necessita ser superado, a fim de que o instituto possa desenvolver adequadamente suas potencialidades.

Contudo, soa acertada a ponderação feita por Gilmar Mendes (2010, p. 1346), ao dizer que, provavelmente, uma resposta adequada à questão da inconstitucionalidade por omissão ainda levará algum tempo.

Bem por isso, também se constatou, em uma análise comparativa entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que esta possui contornos menos arrojados que aquele no que tange ao provimento judicial. E muito provavelmente isso se deva, como bem assinalou André Puccinelli Júnior (2007, p. 161), ao fato de que o silêncio do art. 103 da CRFB foi eloqüente no sentido de não permitir qualquer colmatação legal pelo Judiciário em sede de controle concentrado. Ao contrário, o dispositivo disciplinador da injunção deixou em aberto uma série de possibilidades para o aplicador do direito.

Contudo, muito embora se admita uma maior elasticidade interpretativa com relação ao mandado de injunção em detrimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sempre se questionou acerca da separação dos Poderes como empecilho a uma atuação criativa do Judiciário.

Neste ponto, com a discussão desenvolvida no presente trabalho, vislumbrou-se a ocorrência de uma reformulação teórica deste princípio consolidado no início da Idade Moderna, no sentido de que houve uma mitigação da estrita divisão das funções desempenhadas por cada Poder, mormente após o advento dos Tribunais Constitucionais teorizados por Hans Kelsen, no início do século XX.

A análise empreendida demonstrou, então, que todos os Poderes desempenham funções não só típicas, como atípicas. Diante disto, afigura-se insuficiente o mero argumento de infringência à separação dos Poderes que alguns utilizam para reduzir o alcance do mandado de injunção, porquanto a harmonia entre

eles não fica necessariamente quebrada quando um Poder exerce supletivamente as funções de outro, por exemplo.

Adentrando especificadamente no tema central desta obra, a análise das teorias desenvolvidas mostrou que a discussão ainda é intensa e parece que não terá uma solução dogmática ou legislativa a curto prazo. Mesmo assim, ficou claro que, atualmente, a tese não concretista tornou-se a menos defensável de todas, ainda mais se se levar em conta a mitigação da divisão estrita dos Poderes acima apontada.

Da mesma forma que no campo doutrinário, a solução ainda é controversa dentro do Supremo Tribunal Federal. A análise jurisprudencial levada a cabo neste trabalho demonstrou que várias mudanças de posicionamento ocorreram, tendo havido pelo menos um ministro que adotou uma das quatro vertentes sistematizadas por Alexandre de Moraes.

Não obstante, as últimas decisões que vem sendo proferidas pelo Supremo Tribunal Federal apontam para uma atitude revolucionária em termos de jurisdição constitucional, ocasionadas, principalmente, pela nova visão do constitucionalismo pós-positivista e dirigente.

Ao que tudo indica, portanto, o Supremo Tribunal Federal não retrocederá ao posicionamento “não concretista” inicial e, muito pelo contrário, tende a tomar, de maneira acertada, posturas cada vez mais atuantes na concessão de injunções.

Por todo o exposto, a conclusão a que se chega, na esteira do ensinamento de Paulo de Tarso Brandão (2001, p. 247-248) e da própria jurisprudência atual do STF, é a de que, via de regra, deve a decisão do mandado de injunção cingir-se às partes do processo (tese concretista individual), até porque o foco da demanda é um direito constitucional *subjetivo* não regulamentado.

Contudo, em determinados casos que comportem uma solução necessariamente objetiva e uniforme, nada impede o desempenho de uma função normativa por parte do Supremo Tribunal Federal, sem que isso importe em violação do equilíbrio entre os Poderes. Outrossim, esta atuação deverá acontecer mediante sentenças aditivas com efeitos *erga omnes* que servirão, vicariamente, como forma de fazer cumprir o texto constitucional de maneira uniforme em todo o território nacional.

No entanto, é coerente assinalar, na esteira do ensinamento de Gilmar Mendes (1990, p. 151-152), que a função normativa desenvolvida pelo Supremo

Tribunal Federal deve ser exercida com cautela e em caráter excepcional, somente quando, na redação do dispositivo constitucional invocado ou em matéria análoga já disciplinada pelo legislador, houver elementos suficientemente claros para uma razoável complementação.

Por fim, cabe salientar que esta discussão, a par do que foi estudado na presente obra, evidentemente comporta outros desdobramentos que não caberiam ser analisados no formato deste trabalho de conclusão de curso, mas que, eventualmente, poderão vir a ser discutidos em uma futura pesquisa de pós-graduação.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais: habeas corpus**, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BACHA, Sergio Reginaldo. **Mandado de injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentário à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 232-1/RJ**, Centro de Cultura Professor Luiz Freire. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 27 de março de 1992a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 176-6/PE**, Ana Maria Cavalcanti Furtado. Relator: Min. Célio Borja. Brasília, DF, 9 de abril de 1992b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81912>>. Acesso em: 14 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Petição nº 1.738-2/MG**, Sindicato dos Fiscais e Agentes Fiscais de Tributos do Estado de Minas Gerais - SINDIFISCO/MG. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 01 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325829>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 107-3/DF**, José Emídio Teixeira Lima. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 21 de novembro de 1990a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81912>>. Acesso em: 24 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 168-5/RS**, Humaitá S/A Comércio e Indústria. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 21 de março de 1990b. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81753>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 20-4/DF**, Confederação dos Servidores Públicos do Brasil. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 19 de maio de 1994a. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 330-1/DF**, Luis Antônio Cartolano. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 8 de abril de 1994b. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81780>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 335-1/DF**, Carvalho Café e Alimentos Ltda.. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 7 de outubro de 1994c. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81784>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 333-5/DF**, Irconso Materiais para Construção Ltda.. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 8 de abril de 1994d. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81783>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 376-9/SP**, Frutícola Kanekadan Ltda.. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 8 de abril de 1994e. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81800>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 432-3/DF**, Italmagnesio Nordeste S/A. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 8 de abril de 1994f. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81816>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 377-7/SP**, Pereira Lopes Indústria e Comércio Ltda.. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 8 de abril de 1994g. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81801>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 335-1/DF**, Carvalho Café e Alimentos Ltda. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 7 de outubro de 1994i. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81784>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 283-5/DF**, Alfredo Ribeiro Daudt. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 14 de novembro de 1991a. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>>. Acesso em: 17 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 284-3/DF**, Sérgio Cavallari. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 22 de novembro de 1991b. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81767>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 485-4/MT**, Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de Mato Grosso – SINDEPO/MT. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 25 de abril de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81835>>. Acesso em: 14 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 712-8/PA, Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP**. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007a. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 708/DF**, Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007b. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670-9/ES**, Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo - SINDPOL. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007c. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 721-7/DF**, Maria Aparecida Moreira. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 30 de agosto de 2007d. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em: 14 mai. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 586-5/RJ, Sindicato dos Funcionários Públicos do Município de Volta Redonda**. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, DF, 24 de junho 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+586%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4722/DF**, Valdir Filgueiras Pessoa. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 4 de maio de 2012a. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28mandado+injun%E7%E3o+liminar%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 8 mai. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 3463/DF**, Antônio Carlos Jorge. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 9 de maio de 2012b. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28>

%28injun%E7%E3o%29%28%28DIAS+TOFFOLI%29%2ENORL%2E+OU+%28DIAS+TOFFOLI%29%2ENPRO%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocricas >. Acesso em: 12 mai. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**, Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 5 de maio de 2011a. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> >. Acesso em: 8 mai. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4578/DF**, Confederação Nacional das Profissões Liberais. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 31 de março de 2011b. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4578&processo=4578>>. Acesso em: 8 mai. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgReg no MI nº 1603/DF**, União. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 23 de novembro de 2011c. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1607047>>. Acesso em: 8 mai. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 101/DF**, Presidente da República. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 25 de setembro de 2006. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=101&processo=101> >. Acesso em: 8 mai. 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.952, 13 de dezembro de 1994**. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm >. Acesso em: 18 mai. 2012.

BRASIL. **Lei nº 12.063, 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm. Acesso em: 22 mai. 2012.

BRASIL. **Lei nº 4.657, 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 22 mai. 2012.

BRASIL. **Lei nº 5.869, 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 22 mai. 2012.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB Editora, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CINTRA, Antônio Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 31. ed. Rio e Janeiro: Forense, 2010.

DAVID, Renè. **Os grandes sistemas do direito comparado**. Tradução de Hermínio Carvalho. Lisboa: Meridiano, 1976.

_____. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DONIZETTI, Elpídio. **Ações constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de injunção. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. Salvador: JusPodium, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

MONTESQUIEU, Charles de. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 14, nº 56, p. 110-121, dez. 1989.

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

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Mandado de Injunção**: da inconstitucionalidade por omissão. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

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

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do estado legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Moacir Amaral dos. **O mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 24.

SANTOS, Ulderico Pires dos. **Mandado de injunção**: estudos e considerações. São Paulo: Paumape, 1988.

SBROGIO'GALIA, Susana. **Mutações constitucionais e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIDOU, José Maria Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Lineamentos do mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

STRECK, Lênio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA. Pró-Reitoria Acadêmica. Programa de Bibliotecas. **Trabalhos acadêmicos na Unisul**: apresentação gráfica para tcc, monografia, dissertação e tese. 3. ed. rev. e ampl. Palhoça: Ed. Unisul, 2010.