



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
MARIANA CARDOSO MAGALHÃES

**A NOVA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DOS
EFEITOS DA DECISÃO EM SEDE DE MANDADO DE INJUNÇÃO**

Tubarão
2011

MARIANA CARDOSO MAGALHÃES

**A NOVA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DOS
EFEITOS DA DECISÃO EM SEDE DE MANDADO DE INJUNÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito
da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel.

Linha de Pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientadora: Prof^ª. Greyce Ghisi Luciano Cabreira, Esp.

Tubarão

2011

MARIANA CARDOSO MAGALHÃES

**A NOVA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DOS
EFEITOS DA DECISÃO EM SEDE DE MANDADO DE INJUNÇÃO**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 21 de novembro de 2011.

Professora e orientadora Greyce Ghisi Luciano Cabreira, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Michel Medeiros Nunes
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Narbal Antônio de Mendonça Fileti, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho à minha mãe, o maior exemplo de força e amor que tenho, pois sem ela não seria quem sou.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pela vida que me abençoou e por iluminar meus passos nesta caminhada;

À minha mãe, pelo exemplo, pela força, pela infindável compreensão, pelo imenso carinho, amor, parceria e apoio fornecidos e, sobretudo, por acreditar em mim quando eu não mais acreditei;

Ao meu namorado, Artur Refatti Perfeito, pelo amor, paciência, compreensão, companheirismo, e, sobretudo por me fazer ainda mais apaixonada por essa ciência o Direito, provavelmente onde repousa a origem desta pesquisa e o interesse pelo Direito Constitucional;

Aos demais familiares, os quais acreditam, incentivam e contribuem significativamente para a realização de todos os meus objetivos.

Às minhas amigas de curso, Blandina Elis e Luciana Rigo, pelo apoio e companheirismo.

Em especial, minhas grandes amigas que conquistei durante o curso Elaine Melo Mariano, Joyce Caetano e Natiele Theorodo, que mesmo tendo pouco tempo para si, estiveram presentes em todos os momentos que precisei, dividindo experiências, conhecimentos, dores, mas sempre boas risadas e palavras de incentivo.

Agradeço também a todos os demais amigos, de forma especial à minha irmã de coração, Cristiane Micheline da Costa, que mesmo distante se fez sempre presente e à minha eterna amiga e conselheira, Débora Neves;

Agradeço ao Dr. Kadyr Sebolt Cargnin, pela compreensão nos momentos em que precisei.

Como não poderia deixar de ser, agradeço pela construção, deste trabalho, à minha estimada orientadora, Greyce Ghisi Luciano Cabreira, pelo apoio, incentivo e dedicação no desenvolvimento deste trabalho monográfico, que em todos os momentos não negou esforços para me auxiliar na construção deste, que mesmo nos corredores da universidade estava sempre pronta para dividir seus conhecimentos, e assim tendo papel fundamental nesta minha conquista.

Aos Professores Narbal Antônio de Mendonça Fileti e Michel Medeiros Nunes, pelo empenho e participação na banca examinadora.

Aos Professores do Curso de Direito da UNISUL, pelos conhecimentos compartilhados e pelo amor em mim incutidos pelo estudo do Direito.

Enfim, a todas as pessoas que, de alguma forma, fazem parte da minha vida e que estão sempre me apoiando e incentivando na conquista dos meus sonhos.

Muito obrigada!

O Direito é criação do homem em estado de civilização. Fruto da convivência social, e a um tempo o instrumento que a possibilitou, a história do Direito é a história da sociedade. Sem a compreensão do social, e do meio onde tem raízes, faz-se de todo ininteligível o papel do indivíduo e, por consequência, o conteúdo das normas e regras assecuratórias da sobrevivência humana. (Roberto Átila Amaral Vieira).

RESUMO

O presente estudo examinou o tema “A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal acerca dos efeitos da decisão em sede de mandado de injunção”, cujo objetivo foi analisar o porque da mudança de entendimento do Pretório Excelso e quais as teorias que culminaram na mudança de entendimento. Para tanto, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, tendo como ponto inicial a análise do controle de constitucionalidade, após o estudo do que vem a ser o mandado de injunção e posteriormente a análise das teorias que permeiam os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal e por último a nova perspectiva dos julgados acerca dos efeitos das decisões do mandado de injunção. A técnica de pesquisa utilizada foi o fichamento e, como procedimento de pesquisa, adotou-se, de forma preponderante, o método bibliográfico, utilizando-se ainda a pesquisa documental. Diante da pesquisa realizada, restou evidenciado que nos primeiros anos posteriores a promulgação da Constituição Federal de 1988 o Supremo Tribunal Federal, no que tange aos efeitos da decisão em mandado de injunção, adotou a teoria não concretista, posteriormente, rompendo-se com essa, o mesmo adotou a teoria concretista, em suas diversas faces, individual e geral, a fim de que fosse alcançada a máxima efetividade das normas constitucionais. Desse modo, conclui-se que é possível a atribuição de efeito *erga omnes* para decisões em sede de mandado de injunção, uma vez que o princípio da Supremacia da Constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais devem prevalecer. Portanto, assim agindo, a Poder Judiciário estará respeitando os princípios mencionados e não comungando da omissão do Poder legislativo.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Controle de Constitucionalidade. Inconstitucionalidade. Mandado de injunção. Omissão legislativa.

ABSTRACT

The present study examined the theme "A new perspective of the Supreme Court about the effects of the decision based on the writ of injunction," which objective was to analyze why the change of understanding of the Praetorium and lofty theories which culminated in the change of understanding. For this purpose, the method of deductive approach was used, taking as starting point the analysis of judicial review, after the study of what comes to be the injunction and later analysis of the theories that underlie the effects of decisions of the Supreme Court and finally a new perspective of the judged concerning the decisions about the effects of the writ of injunction. The technique used was the BOOK REPORT, and as a research procedure, the literature method was preponderantly adopted, using, yet, the documentary research. Before the survey, it remained evident that in the early years after the enactment of the 1988 Federal Constitution of the Supreme Court, regarding the effects of the writ of injunction decision, it adopted the non concretist theory, then breaking with the latter, it adopted the concretist theory to practice, in their various aspects, individual and general, so that the maximum effectiveness of constitutional norms were achieved. Thus, we conclude that it is possible to assign *erga omnes* effect to decisions based on the writ of injunction, since the principle of Supremacy of the Constitution and the maximum effectiveness of constitutional norms should prevail. Therefore, in so doing, the Judiciary Power will respect the principles mentioned and not partaking of the omission of the Legislature.

Keywords: Constitutional Law. Fundamental Rights. Judicial Review. Unconstitutionality. Writ of Injunction. Legislative Omission.

LISTA DE SIGLAS

Art. – Artigo

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Min. – Ministro

N^o – Número

Rel. – Relator

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA.....	12
1.2 OBJETIVO GERAL.....	12
1.3 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	12
1.4 JUSTIFICATIVA	13
1.5 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	14
1.6 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO.....	14
2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	16
2.1 BREVE HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES NO BRASIL	19
2.2 FORMAS DE CONTROLE	22
2.1.1 Controle Difuso	22
2.1.2 Controle Concentrado	24
2.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.....	25
2.4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	26
2.4.1 Objeto	28
2.4.2 Legitimidade	29
2.4.3 Competência.....	29
2.4.4 Procedimento	30
2.4.5 Efeitos da Decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	31
3 MANDADO DE INJUNÇÃO	33
3.1 CONCEITO	33
3.2 OBJETO	34
3.3 CABIMENTO	35
3.4 COMPETÊNCIA.....	38
3.5 LEGITIMIDADE	41
3.6 PROCEDIMENTO	42
3.7 DIFERENÇAS ENTRE O MANDADO DE INJUNÇÃO E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	44
3.8 A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS APLICADAS AO MANDADO DE INJUNÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	45
4 NOVA PERSPECTIVA SOBRE OS EFEITOS DA DECISÃO ACERCA DO MANDADO DE INJUNÇÃO	57
4.1 DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	67

4.2 DOS PRINCÍPIOS QUE EMBASAM A AMPLITUDE DOS EFEITOS DA DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	68
4.2.1 Princípio da Modulação Temporal dos Efeitos do Controle Concentrado de Normas	70
4.2.2 Princípio do Apelo ao Legislador	71
4.2.3 Princípio da Máxima Efetividade da Constituição	71
5 CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	75
ANEXOS	81
ANEXO A	82
ANEXO B	100
ANEXO C	152

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção, tendo em vista as diversas teorias que permeiam determinado assunto, e apresentando soluções diferentes para a atribuição de efeitos da decisão do mandado de injunção.

Nesse sentido, tem-se duas grandes correntes: a teoria não concretista e a teoria concretista, a primeira defendendo que seja cientificado o órgão legislativo omissor, e a segunda que seja sanada a omissão pelo Poder Judiciário, com base no princípio da Supremacia da Constituição e da máxima efetividade da Constituição.

Dessa forma, este trabalho tem como objeto analisar a possibilidade de aplicação dessas teorias e seus fundamentos, à luz da Constituição Federal de 1988.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA

A atribuição de efeito *erga omnes* em sede de mandado de injunção.

1.2 OBJETIVO GERAL

Analisar a atribuição de efeito *erga omnes* ao mandado de injunção.

1.3 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Analisar questões relevantes para o tema, acerca do controle difuso e o controle concentrado no Brasil.

Analisar o instituto do mandado de injunção, bem como seus efeitos.

Identificar os efeitos característicos do mandado de injunção e da ADIN por

omissão.

Explicar a possibilidade de atribuição de efeito *erga omnes* ao mandado de injunção.

1.4 JUSTIFICATIVA

A escolha do tema partiu do interesse pelo Direito Constitucional, mais especificadamente na seara do processo constitucional.

Dessa forma, a instigação pelo tema eleito partiu da observação jurisprudencial, especialmente do Pretório Excelso, o qual tem admitido a aplicação de efeito *erga omnes* em sede de mandado de injunção.

Tem-se como intenção deste trabalho aprofundar-se no estudo do controle de constitucionalidade e assim a atribuição de efeito *erga omnes* ao mandado de injunção, já que assim o Supremo tem o feito.

A razão de ser do interesse parte da análise da Constituição Federal de 1988, uma vez que está consagrado na Carta Magna que o mandado de injunção é para gerar efeito entre as partes, e não para a coletividade, como vem sendo feito em alguns casos.

É de suma importância social a presente pesquisa, visto que se tornando rotineiro a aplicação de efeito *erga omnes* ao mandado de injunção, poderia acarretar uma deturpação do instituto modificando sua natureza, sem modificação do texto escrito, inclusive de forma a gerar insegurança jurídica na seara constitucional. Tendo em vista que centenas de casos seriam afetados dependendo da abrangência dos efeitos atribuídos.

Para demonstrar transcendência do tema acerca dos efeitos na seara do processo constitucional, transcreve-se a seguinte citação:

É, todavia, salutar o esforço que se vem desenvolvendo no Brasil para descobrir o significado, o conteúdo, a natureza desses institutos. Todos os que, tópica ou sistematicamente, já se depararam com uma ou outra questão atinente à omissão inconstitucional hão de ter percebido que a problemática é de transcendental importância não apenas para realização de diferenciadas e legítimas pretensões individuais. Ela é fundamental, sobretudo, para concretização da constituição como um todo, isto é, para realização do próprio estado de direito democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e de iniciativa privada e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 430).

Portanto, justifica-se por apreciar a possibilidade de atribuir efeito *erga omnes* na estreita via do mandado de injunção, ante a transcendência constitucional e social do tema eleito.

1.5 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Para a elaboração deste trabalho monográfico foi utilizado o método de abordagem dedutivo, ou seja, buscou-se como ponto de partida o estudo do controle de constitucionalidade, após estudando o mandado de injunção, chegando-se, por fim, à possibilidade de aplicação das teorias trazidas pela doutrina e até mesmo pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Já a técnica que diferentemente do método, tem uma preocupação instrumental, pois está diretamente relacionada à fase da recolha de dados e informações no processo de pesquisa, foi utilizado o fichamento consistindo na tomada de apontamentos.

Quanto ao procedimento para coleta de dados, foi utilizada, de maneira preponderante, a pesquisa bibliográfica, tendo como foco as doutrinas referentes ao tema proposto, bem como artigos científicos, periódicos, trabalhos monográficos, entre outros, e, ainda, as jurisprudências relacionadas ao tema, como forma de pesquisa documental para corroborar a ideia do presente trabalho.

1.6 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO

Como forma de compreensão do tema, o estudo desenvolveu-se em quatro capítulos.

O primeiro capítulo traz a introdução e procedimentos do trabalho.

O segundo capítulo aborda o controle de constitucionalidade, histórico e princípios, para que possa ser possível chegar até o mandado de injunção.

O terceiro capítulo, por sua vez, trata sobre o mandado de injunção, seu conceito, objeto, procedimentos, competência, legitimidade, para, após, passar-se à análise das teorias que permeiam os efeitos da decisão.

Por fim, realizado o estudo introdutório para melhor compreensão do tema em comento, no último capítulo serão demonstrados os fundamentos e argumentos que possibilitam a aplicação da teoria concretista geral, baseando-se nos princípios da supremacia da constituição, da máxima efetividade da constituição e demais princípios que norteiam os efeitos dessa decisão.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O sistema jurídico consiste em um conjunto de normas que devem estar em total adequação com a Constituição Federal.

Nos primórdios da civilização não existia um Estado forte e consolidado que regulasse as vontades dos particulares e também não existiam leis e normas, os conflitos eram resolvidos com a autotutela¹ ou a autocomposição². (GRINOVER, 2008).

Aos poucos as pessoas foram percebendo que era preferível que um árbitro decidisse os conflitos, assim denota-se que os juízes surgiram antes das leis. (GRINOVER, 2008).

Passado o tempo, o Estado foi tomando força e conseguiu não só impor-se aos indivíduos como também foi trazendo para si a responsabilidade pela solução dos conflitos. (GRINOVER, 2008).

Com o intuito de tornar mais fácil o cumprimento, pelas partes, do que fosse dito pelo “Estado”, este começa a estabelecer regras, surgindo a figura do legislador, cuja lei das XII tábuas é havida como marco histórico da legislação. (GRINOVER, 2008).

Assim, nota-se que desde o início da história das civilizações fez-se necessário o uso de regras, cujo conjunto ordenado das diversas espécies de normas denomina-se ordenamento jurídico.

O Direito é uma ordem da conduta humana. Uma “ordem” é um sistema de regras. O Direito não é, como às vezes se diz, uma regra. É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema. É impossível conhecermos a natureza do Direito se restringirmos nossa atenção a uma regra isolada. As relações que concatenam as regras específicas de uma ordem jurídica também são essenciais à natureza do Direito. Apenas com base numa compreensão clara das relações que constituem a ordem jurídica é que a natureza do Direito pode ser plenamente entendida. (KELSEN, 1998, p. 5).

Conforme Barroso, ordenamento jurídico é um sistema, e deve haver ordem, para que suas partes convivam harmonicamente. (BARROSO, 2009).

Para Coelho, a ideia de ordenamento jurídico está intimamente ligada à Constituição e às normas fundamentais. (2009).

¹ Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. (GRINOVER, 2008, p. 27).

² Uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou de parte dele. (GRINOVER, 2008, p. 27).

A Constituição é a lei maior de um Estado, é onde se encontram a organização dos elementos essenciais, são normas jurídicas na forma escrita ou costumeira, que regulamentam a forma do estado, a forma do governo, enfim como irá se dar toda a organização e governo do estado e mais ainda onde estará definido os direitos fundamentais³ do homem e suas garantias. (SILVA, 2007).

Dessa forma, conforme afirma Silva (2007), as normas integrantes do ordenamento jurídico somente serão válidas se em conformidade com a Constituição Federal.

No Brasil tem-se como lei maior, a qual as demais leis devem submeter-se, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, a qual é suprema sobre todas as leis, acerca da supremacia da constituição, Luís Roberto Barroso leciona:

A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo – na verdade nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição. (BARROSO, 2009, p. 1, grifo do autor).

Assim, o princípio da supremacia da Constituição define-a como a lei suprema do Brasil, e que todos os atos devem estar em consonância com a mesma.

O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade guarde, necessariamente, relação com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. (BRASÍLIA/DF, 1992a).

Mas para que a Constituição permaneça acima das demais leis, são necessários mecanismos de controle, emerge indispensável à figura do controle de constitucionalidade.

³ [...] São o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social.

Tal noção é de caráter substancial, porque somente podemos captar a ideia exata do conceito de direitos fundamentais, auscultando a sua *fundamentalidade material*, que se traduz por meio do *princípio da dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º, III).

Significa dizer que, sem dignidade, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, nem sobrevive.

Ou seja, sem dignidade não existem direitos fundamentais, ainda quando no extenso rol de liberdades públicas das constituições contemporâneas existam **exceções** a essa regra geral. (BULOS, 2011, p. 317, grifo do autor).

Lembrando-se que dentro do direito fundamental há três dimensões, e alguns autores cogitam uma quarta dimensão. (LENZA, 2011).

Fileti, abre espaço ainda para uma quinta e sexta dimensões dos direitos fundamentais. (FILETI, 2009).

A verificação da compatibilidade vertical das normas, o controle da constitucionalidade, é um expediente indispensável e vital para a ordem e segurança jurídicas. Partindo da existência e validade, garante a eficácia, a eficiência e efetividade das normas constitucionais. (VELOSO, 2003, p. 18).

O constituinte, na tentativa de controlar os atos normativos, criou meios de exercer esse controle através de preceitos inseridos na Carta Magna. (LENZA, 2011).

“A idéia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais” (MORAES, 2007, p. 689).

Para ser possível a existência desse controle, é indispensável uma constituição rígida⁴ e a atribuição de competência a um órgão específico para sanar os problemas decorrentes de ações constitucionais. (LENZA, 2011).

A rigidez constitucional é igualmente pressuposto do controle. Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. (BARROSO, 2009, p. 2, grifo do autor).

O fato de a Constituição ser rígida é que traduz seu principal pressuposto de validade das normas, fazendo com que as demais se adéquem a ela. Esse é o primado da supremacia da constituição, significa que essa está no mais alto dos patamares, “[...] e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”. (LENZA, 2011, p. 219).

[...] A Constituição possui força jurídica superior àquela das demais normas do ordenamento jurídico. Isso significa que sua reforma não pode ser feita com base no processo legislativo normal. Deve satisfazer exigências especiais, tais como uma maioria mais elevada de votos do Poder Legislativo, a concordância de várias autoridades estatais ou do povo mediante plebiscito. Isso cria a característica da *rigidez constitucional*. (DIMOULIS; LUNARDI 2011, p. 18, grifo do autor).

Nesse sentido, todas as normas têm que estar em consonância com a Constituição, pois é norma maior, e as que estiverem contrárias a ela, serão consideradas inválidas. (LENZA, 2011). Daí decorre a noção de controle de constitucionalidade dos atos normativos.

⁴ Segundo Lenza, constituição rígida é aquela que possui um processo de alteração mais dificultoso, mais árduo, mais solene do que o processo legislativo de alteração das normas não constitucionais. A CF brasileira é rígida, diante das regras procedimento solenes de alteração previstas em seu art. 60. (2011, p. 219).

2.1 BREVE HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL

A seguir, com o breve histórico das Constituições do Brasil, infere-se que o controle de constitucionalidade já se fazia necessário, para organização do ordenamento jurídico brasileiro.

Constituição de 1824: Não havia previsão de controle de constitucionalidade, apenas foi outorgada ao Poder Legislativo a possibilidade de fazer, interpretar, suspender e revogar as leis. (TAVARES, 2009).

Constituição de 1891: Foi a primeira Constituição a prever o modelo de controle difuso no Brasil, foi reconhecido o Supremo Tribunal Federal como competente para reforma das sentenças dos juízes estaduais, como última instância, quando fosse levantada a validade ou aplicação de tratados e leis federais. (BULOS, 2011).

Com a reforma constitucional de 1926 se deram algumas modificações da Constituição de 1891, todavia não houve alterações na essência da mesma, foi ampliada a competência do Pretório Excelso no sentido de que foi-lhe delegado o dever de uniformizar a jurisprudência dos outros tribunais brasileiros. Desta forma, estava caracterizada a influência do Controle de Constitucionalidade norte-americano. (PAULO; ALEXANDRINO, 2009).

Constituição de 1934: Essa Carta determinou a competência do Senado Federal para suspensão e execução de leis, decretos, regulamentos ou deliberações que fossem declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. (BULOS, 2011).

Nesta Constituição foi determinado *quorum* especial para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos pelos tribunais. (TAVARES, 2009).

Foi introduzida também no ordenamento jurídico brasileiro a forma de representação interventiva e ainda foi proibido ao judiciário de conhecer questões políticas. (BULOS, 2011).

Constituição de 1937: Nesta Constituição onde o Poder Executivo estava fortalecido devido ao golpe de 1937, foi permitido ao “Presidente da República submeter ao Parlamento a lei declarada inconstitucional”. (BULOS, 2011).

Constituição de 1946: Foi conferido ao Pretório Excelso o processamento e julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal e estadual. (BULOS, 2011).

Constituição de 1967 (EC 1/69): Não houve grandes inovações no tocante ao controle de constitucionalidade, foi alargada a representação interventiva pelo Procurador

Geral da República, também foi transferida ao Presidente da República a competência de suspensão de ato estadual. (BULOS, 2011).

O controle de constitucionalidade de lei municipal foi novamente possível em face da Constituição Estadual. (BULOS, 2011).

Constituição de 1988: A Constituição vigente trouxe grandes inovações em matéria de controle de constitucionalidade, cita-se exemplificativamente a ampliação do rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008).

Trouxe também a forma de inconstitucionalidade por omissão, que tem como mecanismos a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Introduziu novamente a ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual. (BARROSO, 2009).

Veja-se que a inconstitucionalidade pode advir de ato comissivo ou omissivo do Poder Público. Assim, pode-se ter a inconstitucionalidade por ação, que enseja a incompatibilidade vertical do que for inferior a Constituição e, de outra banda, tem-se a inconstitucionalidade pela falta de norma regulamentadora, em casos de normas de eficácia limitada. (LENZA, 2011).

A inconstitucionalidade por ação pode dar-se de modo formal (nomodinâmica), no sentido de ter afrontado o devido processo legislativo de constituição do ato normativo, e é chamada de nomodinâmica pela ideia de dinamismo do processo legislativo, ou pode ser material (nomoestática), é quando o conteúdo da norma é viciado, desta forma passa uma idéia de algo estático. (LENZA, 2011).

Como já mencionada acima à inconstitucionalidade formal, ocorre quando a lei ou ato normativo infraconstitucional está com algum vício na forma de sua constituição, ou seja, no processo de elaboração da lei ou da incompetência da autoridade que legislou. (LENZA, 2011).

Tem-se, ainda, a inconstitucionalidade formal orgânica, propriamente dita, ou por violação a pressupostos objetivos, passa-se a explicação.

A inconstitucionalidade formal orgânica é decorrente da incompetência da autoridade que legislou já a inconstitucionalidade formal propriamente dita ocorre quando não observado o processo legislativo, na elaboração da norma. Têm-se dois momentos em que pode ocorrer a inconstitucionalidade, são eles a fase de iniciativa ou nas fases posteriores. (LENZA, 2011).

Outra inovação trazida na Carta de 1988 foi a figura do Advogado-Geral da União⁵, o qual tem como função defender a constitucionalidade da lei quando esta for atacada por Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Ademais, com a nova Constituição foram introduzidas ações⁶ constitucionais na seara do controle de constitucionalidade concentrado, são elas: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁷, Ação Declaratória de Constitucionalidade⁸, Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica⁹, Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva¹⁰ e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, esta última será tratada posteriormente.

Apesar das mudanças do controle de constitucionalidade na história, este nunca deixou de ser uma forma de execrar do ordenamento jurídico o que fosse incompatível com a Carta Magna. (MOTTA FILHO; DOUGLAS, 2004).

Há de ser ressaltado que o controle de constitucionalidade não será exercido somente pelo Poder Judiciário, tendo os outros Poderes (Legislativo e Executivo), como exercê-lo também, na forma do controle político¹¹ ou também na forma de controle híbrido¹².

Apenas o controle repressivo interessa ao estudo, é fundamental que a seguir sejam traçadas as principais características da forma desse controle adotada pelo sistema jurídico brasileiro, qual seja, o difuso e o controle concentrado de constitucionalidade.

2.2 FORMAS DE CONTROLE

⁵ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:[...] § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

⁶ Das ações constitucionais do controle concentrado, ao presente estudo interessa analisar apenas a Adin por Omissão em decorrência, de algumas semelhanças que possui com o Mandado Injuncional.

⁷ Essa ação constitucional é regulamentada pela lei 9.882/99. Tem como objeto evitar ou reparar lesão sofrida por descumprimento de preceito fundamental ou quando houver controvérsia constitucional entre lei ou ato normativo federal, estadual, municipal. (LENZA, 2011).

⁸ Essa ação visa buscar a constitucionalidade da lei, apesar essas presumirem-se constitucionais, mas trata-se de uma presunção relativa, desta forma admite-se prova em contrário, e após declarada a constitucionalidade da lei, através deste meio, a presunção se torna absoluta. (LENZA, 2011).

⁹ Essa ação visa a declarar a inconstitucionalidade do ato normativo em abstrato, desta forma o Judiciário deverá se manifestar sobre determinada lei se é ou não inconstitucional. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008).

¹⁰ Em que pese a redação do artigo 18 da Constituição Federal, é quando há possibilidade de intervenção federal ou estadual, pelos chefes do executivo, em situações de anormalidade, e a tarefa do judiciário nesse caso, é analisar se presentes os pressupostos necessários para intervenção pelo Chefe do executivo. (LENZA, 2011).

¹¹ “Ocorre em Estados onde o órgão que garante a supremacia da constituição sobre o ordenamento jurídico é distinto dos demais Poderes do Estado.” (MORAES, 2007, p. 693).

Lenza, cita os ensinamentos de Luis Roberto Barroso, afirmando que o veto jurídico do executivo e a rejeição na câmara de comissão e justiça nos projetos de lei, são modelos de controle político exercidos no Brasil. (LENZA, 2011).

¹² Esse controle é um misto do controle político com o controle jurisdicional, sendo assim determinados atos normativos serão analisados em órgão distinto dos três poderes e outros serão apreciados pelo Poder judiciário. (MORAES, 2007).

O controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário pode ser difuso ou concentrado, esses controles são formas de exterminar inconstitucionalidades em momento posterior¹³ a vigência da norma, haja vista que durante o processo legislativo já poderia haver um controle de constitucionalidade preventivo¹⁴.

No Brasil há a adoção dos dois tipos de controle judicial, tanto difuso quanto o concentrado, passa-se a análise.

2.2.1 Controle Difuso

O primeiro precedente histórico em sede de controle de constitucionalidade difuso, foi o caso de Marbury X Madison, veja-se:

John Adams era presidente dos Estados Unidos da América, e foi derrotado por Thomas Jefferson, entretanto antes desse assumir, Adams nomeou diversas pessoas as quais eram ligadas ao seu governo, como juízes federais, e Marbury foi nomeado como juiz de paz, todos esses atos foram assinados por Adams, mas os cargos não foram entregues. (BARROSO, 2009).

Ao assumir a presidência dos EUA, Jefferson nomeou como seu Secretário de Estado James Madison, e determinou que Madison não efetivasse Marbury e os demais nos cargos, por entender que as nomeações eram incompletas por não terem sido efetivados. (BARROSO, 2009).

Assim, após Marbury pedir esclarecimentos para Madison e o mesmo não fornecê-los, Marbury impetrou *writ of mandamus*, visando à sua nomeação; passados dois

¹³ “Ocorre o controle de constitucionalidade repressivo (sucessivo, *a posteriori*) quando a fiscalização da validade incide sobre a norma pronta e acabada, já inserida no ordenamento jurídico”. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 709).

Essa espécie de controle, é realizada já com a lei editada, e não mais do projeto de lei como ocorre no controle preventivo, os órgãos de controle irão verificar se a norma, possui vício em seu surgimento, ou se possui algum vício no que nela esta disciplinado, os órgãos que farão o controle dependerão do sistema adotado por cada Estado, podendo ser político, jurisdicional ou híbrido. (LENZA, 2011).

¹⁴ O controle prévio é aquele realizado na fase de processo legislativo, em tese quando proposto projeto de lei por autoridade competente, já deveria ser analisada se está em consonância com a Constituição Federal. Portanto, esse controle pode ser exercido pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. (LENZA, 2011).

“Dentro deste procedimento, podemos vislumbrar duas hipóteses de controle preventivo de constitucionalidade, que buscam *evitar* o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais: as comissões de constituição e justiça e o veto jurídico.” (MORAES, 2007, p. 696, grifo do autor).

anos, foi analisado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, John Marshall, *Chief Justice*, e dentro de sua análise, foi suscitado se aquela Corte tinha competência para julgar determinado remédio. (LENZA, 2011).

Marshall fez essa análise, pois a Constituição dos Estados Unidos da América, assim prevê: “O Supremo Tribunal terá jurisdição originária em todas as causas concernentes a embaixadores, outros ministros públicos e cônsules, e nos litígios em que for parte um Estado. Em todas as outras causas, o Supremo Tribunal terá jurisdição em grau de recurso”, assim a Corte teria que analisar o que iria prevalecer, se seria a Lei ou a Constituição de 1787, estava-se de frente com conflito de normas. (LENZA, 2011, p. 248).

Dessa forma, após apurada análise Marshall chega à conclusão de que qualquer norma infraconstitucional e incompatível com a Constituição é nula. (LENZA, 2011).

Tem-se, portanto, que a primeira ideia de controle difuso de constitucionalidade foi dada pelo julgado do caso *Marbury versus Madison*, em 1803, onde se deu a noção de que havendo conflito entre lei em caso concreto e a Constituição, deverá prevalecer a Constituição, por ser superior a lei. (LENZA, 2011).

No Brasil, o controle difuso existe desde a Carta Constitucional de 1891, o qual permite a todos os juízes julgar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos. (BULOS, 2011).

O controle difuso, também é chamado de controle aberto, controle via de exceção ou defesa. (LENZA, 2011).

Esse tipo de controle ocorre em um caso concreto, e a forma da declaração de inconstitucionalidade é incidental, qualquer das partes pode arguir a inconstitucionalidade da lei, essa inconstitucionalidade poderá ser analisada por qualquer juiz ou tribunal. (BULOS, 2011).

Via de regra os efeitos de uma sentença valerão para as partes, e no caso do controle difuso realizado incidentalmente, não será diferente, a sentença terá efeito *inter partes* (entre as partes) e *ex tunc*, ou seja, servirá para as partes, produzindo efeitos, e tornando nula a lei desde o momento de sua edição. (LENZA, 2011).

Salienta-se que o Supremo Tribunal Federal já entendeu que mesmo em sede de controle difuso poderá haver efeito *ex nunc*¹⁵.(LENZA, 2011).

¹⁵RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES.

Conforme leciona Lenza: “no controle difuso de inconstitucionalidade se dá de modo **incidental**, constituindo **questão prejudicial**”. (2011, p. 256, grifo do autor).

Apreciado o controle difuso de constitucionalidade, necessário analisar o controle de constitucionalidade na forma concentrada, assim passa-se a ele.

2.2.2 Controle Concentrado

Em 01 de outubro de 1920, na Áustria, foi consagrado o primeiro tribunal constitucional, com escopo de garantir a supremacia da Constituição, e em confronto com o entendimento norte-americano, onde todos os juízes e tribunais poderiam fazer análise constitucional. (MORAES, 2007).

Kelsen, o criador do controle concentrado de constitucionalidade, explica o porquê da opção por único órgão para análise de constitucionalidade:

[...] Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos de Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico. (KELSEN, 1985, p. 288).

A nomenclatura controle concentrado deve-se ao fato de controlar lei ou ato normativo em um único tribunal. (LENZA, 2011).

O controle concentrado teve sua primeira aparição no Brasil com a Emenda Constitucional 16, em 06 de dezembro de 1965, onde foi atribuída competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. (MORAES, 2007).

Através desta forma de controle, busca-se a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, sem estar analisando um caso concreto, buscando a invalidação da lei em tese. (MORAES, 2007).

2.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

A teoria da nulidade parece ser a mais adotada pelos doutrinadores, isso se pode dizer por influência do direito norte-americano; desta teoria concebe-se que há vício desde o momento de nascimento da lei ou ato normativo. (LENZA, 2011).

A ideia de a lei ter “nascido morta”(natimorta), já que existente enquanto ato estatal mas em desconformidade (seja em razão de vício formal ou material) em relação à noção de “bloco de constitucionalidade”¹⁶ (ou paradigma de controle), consagra a **teoria da nulidade**, afastando a incidência da teoria da anulabilidade. (LENZA, 2011, p. 220, grifo do autor).

Em contrapartida, tem-se o entendimento de Kelsen, sobre a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional, a qual segue a Corte Constitucional Austríaca. (LENZA, 2011).

Pelo sistema austríaco, a lei é válida até que declarada inconstitucional pela Corte. (LENZA, 2011).

No Brasil, a teoria com maior número de adeptos é a teoria da nulidade.

A *priori* cabe dizer que a teoria da nulidade absoluta vem sendo repensada pela doutrina e jurisprudência, isso vem acontecendo por estar havendo colisão de princípios sendo de um lado o princípio da nulidade e supremacia da Constituição e por outro o princípio da segurança jurídica e boa-fé. (LENZA, 2011).

Lúcio Bittencourt apud Lenza: “doutrina da *ineficácia ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos *de fato* que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário”. (LENZA, 2011, p. 224, grifo do autor).

A tendência jurisprudencial de flexibilização do princípio da nulidade foi prevista em lei:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999a).

O citado artigo é o que se chama de modulação dos efeitos da decisão, e que tem por objetivo ajustar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, para que possam estar preservados os princípios da segurança jurídica, do interesse social e da boa-fé. (LENZA, 2011).

O disposto no art. 27, também vem sendo aplicado no controle difuso por analogia, pelo Pretório Excelso, segundo Lenza:

¹⁶ *Bloco de constitucionalidade* é o conjunto de normas e princípios, extraídos da constituição, que serve de paradigma para o Poder Judiciário averiguar a constitucionalidade das leis. Também é conhecido como *parâmetro constitucional*, pois, por seu intermédio, as Cortes Supremas, a exemplo do nosso Supremo Tribunal Federal, aferem a parametricidade constitucional das leis e atos normativos perante a Carta Maior, requisito indispensável para o exame da ação direta de inconstitucionalidade. (BULOS, 2011, p. 189).

[...] à luz do **princípio da segurança jurídica**, do **princípio da confiança**, da **ética jurídica**, da boa-fé, todos **constitucionalizados**, em verdadeira **ponderação de valores**, vem, casuisticamente, mitigando os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade das leis também no controle difuso, preservando-se situações pretéritas consolidadas com base na lei objeto do controle. (2011, p. 226, grifo do autor).

Pedro Lenza diz que é fundamental essa mudança de entendimento acerca do princípio da nulidade. (LENZA, 2011).

Traçadas as principais características acerca do controle de constitucionalidade, cabe adiante referir a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, vez que bastante se assemelha à ação injuncional, por terem o escopo de sanar as inconstitucionalidades omissivas.

2.4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o meio que os legitimados do artigo 103 da Constituição Federal tem, para buscar junto ao Supremo Tribunal Federal, que o Poder Público seja compelido a suprir inércia de artigo da Constituição, o qual necessite de lei complementar.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADInPO, novidade introduzida no direito brasileiro pela Constituição de 1988, é modalidade abstrata de controle de omissão por parte de órgão encarregado de elaboração normativa, destinando-se a tornar efetiva disposição constitucional que depende de complementação (norma constitucional não auto-aplicável). (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 809).

Por fazer parte do controle concentrado de constitucionalidade, o escopo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é tornar aplicáveis artigos da Constituição que necessitam de leis e atos normativos para regulamentá-los, para que todos os cidadãos possam ser beneficiados com as previsões constitucionais sem ficar a mercê do poder legislativo e das vontades políticas variantes. (TAVARES, 2009).

“Na ação direta de inconstitucionalidade, os seus efeitos se estendem além das partes em litígio, pois o que se está agora analisando é a lei em si mesma, desvinculada de um caso concreto”. (FERRARI, 2004, p. 261).

Quando da decisão de procedência da ADIN por omissão, será informada a autoridade omissa, para que torne efetiva determinada norma, em sendo órgão administrativo

o mesmo terá 30 dias, ou de acordo com o art. 12-H, §1º, da Lei n. 9.868/99¹⁷ para sanar a omissão, busca-se assim tornar efetiva as normas de eficácia limitada. (LENZA, 2011).

Entretanto, diferentemente da Constituição portuguesa, no Brasil há possibilidade de ingresso de Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, em caso de omissão não normativa¹⁸. A ação visa a tornar efetivos também atos administrativos em geral que sejam necessários para a proteção de direitos constitucionais, os quais órgãos da administração não regulamentaram que consiste em omissões por faltas de normas da administração ou de execução material.

Via de regra, a omissão não-normativa é um problema de ilegalidade, mas quando diretamente requerida pela Constituição, a omissão não-normativa será uma questão de inconstitucionalidade. (TAVARES, 2009, p. 314).

Importante salientar que não só uma ação gera inconstitucionalidade, todavia a omissão também pode ser objeto de inconstitucionalidade.

Dessarte, a inconstitucionalidade por omissão verifica-se naqueles casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos normativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais, já que muitas destas requerem uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática. Nesses hipóteses, se tais direitos não se realizarem, por omissão do legislador ou do administrador em produzir a regulamentação necessária à plena aplicação da norma constitucional, tal omissão poderá caracterizar-se como inconstitucional. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 809).

Conforme colhe-se da doutrina é necessário normas regulamentadoras para que os direitos sejam não só garantidos pela Carta Política, mas também sejam efetivos.

Há mais de um tipo de omissão, ela pode ser total ou parcial, é total quando não há legislação sobre aquele tema, e parcial quando a lei que houver sobre determinado tema for insuficiente. (LENZA, 2011).

Na omissão parcial pode-se deparar, com omissão parcial propriamente dita ou com omissão parcial relativa. A primeira se refere aos casos em que a lei existe, porém regulamenta de forma deficiente o tema, e a segunda se refere quando a lei determina benesses para uma categoria deixando a outra sem o mencionado, como exemplo tem-se a Súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal¹⁹. (LENZA, 2011).

¹⁷ Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

§ 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido. (BRASIL, 1999).

¹⁸ Em relação a omissão normativa e não normativa: A normativa pode ser decorrente da falta de ato do Parlamento (lei) ou de ato do Executivo (decreto). [...] A omissão não-normativa, que pode ser decorrente de falta de ato administrativo ou de execução material. (TAVARES, 2009, p. 314).

¹⁹ Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.

2.4.1 Objeto

Importante salientar que o artigo 103 da Constituição Federal cita omissão de medida, dessa forma não se está falando somente de leis, veja-se os ensinamentos de Barroso:

[...] porque nele se compreendem atos gerais, abstratos e obrigatórios de outros Poderes e não apenas daquele ao qual cabe, precipuamente, criação do direito positivo. (2009, p. 256).

A Lei 12.063/2009, trouxe a possibilidade de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão²⁰. (LENZA, 2011).

Também podem ser objeto de ADIN por omissão²¹ os atos de todos os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário. (LENZA, 2011).

2.4.2 Legitimidade

²⁰ Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

§ 2º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias.

§ 3º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

Art.12-G. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União, a parte dispositiva da decisão no prazo de 10 (dez) dias, devendo solicitar as informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão inconstitucional, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I do Capítulo II desta Lei.

Assim, vê-se que em caso de urgência e relevância será admitida a concessão de medida cautelar. (BRASIL, 2009).

²¹ Em decisões anteriores o Pretório Excelso já decidiu que em caso de revogação de norma pendente de regulamentação a ADIN deve ser extinta por perda do objeto, como na ADI 1836, DJ 04/12/1998).

Também entende-se como perda do objeto se após o ingresso da ação for encaminhado ao Congresso Projeto de Lei. (LENZA, 2011).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC N.º 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998). ESTADO DE SANTA CATARINA. Mora inconstitucional que não se verifica, tendo o Chefe do Executivo estadual, em cumprimento ao dispositivo constitucional sob enfoque, enviado à Assembléia Legislativa projeto de lei sobre a revisão geral anual dos servidores catarinenses. Ação direta prejudicada.(BRASÍLIA, 2002a).

Entretanto, o posicionamento de que haveria perda do objeto se encaminhado projeto de lei sobre a matéria ao Congresso Nacional, foi alterado, pois o Pretório Excelso entendeu que não se justifica tanto tempo para análise de um projeto de lei, e que isso poderia levar a uma conduta que poderia colocar em risco a ordem constitucional (ADI 3.682, Min. Rel. Gilmar Mendes, DJ 06/09/2007).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem legitimados específicos, aqueles previstos no artigo 103 da Constituição, como na Ação direta de inconstitucionalidade genérica. (LENZA, 2011). Veja-se:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
 I - o Presidente da República;
 II - a Mesa do Senado Federal;
 III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
 IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
 V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
 VI - o Procurador-Geral da República;
 VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
 VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
 IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, 1988).

Como sujeito passivo da ADI por omissão, tem-se as autoridades ou órgãos estatais que ficaram inertes frente à norma de eficácia limitada. (MAZZEI in DIDIER JR, 2011).

Ademais, sublinha-se que no polo passivo dessa ação será o órgão identificado constitucionalmente como o competente para adotar as providências cuja falta gerou a inconstitucionalidade por omissão. (TAVARES, 2009).

2.4.3 Competência

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão será processada e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, sempre que a omissão decorrer da Constituição Federal.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
 I - processar e julgar, originariamente:
 a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
 (BRASIL, 1988).

Quando a constituição estadual contiver norma de eficácia limitada, e necessitar de complementação, e a autoridade ou órgão competente permanecer silente, e vir a tornar-se uma inconstitucionalidade por omissão, a qual caberá a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, essa deverá ser julgada pelo Tribunal de Justiça local.

2.4.4 Procedimento

O procedimento é muito semelhante ao da ação direta de inconstitucionalidade genérica, e é disposto na Lei nº 9.868/99, entretanto possui algumas peculiaridades. (LENZA, 2011).

Art. 12-B. A petição indicará:

I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, se for o caso, será apresentada em 2 (duas) vias, devendo conter cópias dos documentos necessários para comprovar a alegação de omissão. (BRASIL, 1999).

Com o artigo supra citado vê-se que há algumas especificidades na peça inicial da ADI por omissão, caso a petição for inepta, sem fundamentação, ou manifestamente improcedente será indeferida pelo relator, podendo a parte autora agravar da decisão.

Após proposta a ação não é admitida a desistência, segundo o artigo 5º da Lei 9.868/99²².

O relator da ADI por omissão poderá solicitar intervenção do Advogado-Geral da União, conforme previsto em lei, relativo ao Procurador Geral da República, esse sempre terá vista do processo, no prazo de 15 dias, após o prazo para informações, mesmo que não seja parte²³.

2.4.5 Efeitos da Decisão em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ao ser julgada procedente o Supremo Tribunal Federal, poderá certificar o poder Legislativo ou o Executivo, dependendo do responsável por editar determinada lei. (BULOS, 2011).

²² Art. 5º Proposta a ação direta, não se admitirá desistência. (BRASIL, 1999).

²³ Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias. (BRASIL, 1999).

Em respeito ao princípio da **tripartição dos Poderes**, previsto no art. 2.º da CF/88, não é permitido ao Judiciário legislar (salvo nas hipóteses constitucionalmente previstas, como a elaboração de seu Regimento Interno). A sentença proferida em sede ADO, contudo, tem **caráter mandamental**, constituindo em **mora** o poder competente que deveria elaborar a lei e não o fez. (LENZA, 2011, p. 341, grifo do autor).

Em contrapartida, quando a omissão decorrer da administração pública, o Supremo Tribunal Federal não somente irá certificar como também fixará prazo máximo de trinta dias para que seja sanada esta omissão.

Em se tratando de inconstitucionalidade do Legislativo, o S.T.F apenas “certificará” a existência da omissão que o autor pretendia combater. ‘e o entendimento do próprio S.T.F...Em se tratando de omissão inconstitucional não do Parlamento, nem de nenhum dos “Poderes”, mas sim da Administração Pública, outra foi a solução adorada pela Constituição. (TAVARES, 2009, p. 317-318)

Na ADin 3.682, foi declarado prazo para que o Congresso Nacional legisle, em função do caráter mandamental da decisão de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e caso não elaborado no período fixado, 18 meses, poderá ter consequências processuais e Lenza ainda defende que talvez possa ser aplicado o art. 64 da Constituição Federal²⁴, no sentido de travamento de pauta, ou até mesmo o controle das omissões poderia ser feito pela jurisprudência do STF. (LENZA, 2011).

Decisão de procedência, declarando realmente aquela omissão como inconstitucional, possui efeito *erga omnes*, ou seja, será dotada de eficácia contra todos que estejam subordinados a essa lei, ou que dela vieram a necessitar. A decisão também tem efeitos retroativos, ou seja, *ex tunc*, já que a decisão será mandamental para que a autoridade competente legisle acerca de determinado tema.

Declarada, porém, a inconstitucionalidade e dada ciência ao Poder Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos *ex tunc* e *erga omnes*, permitindo-se sua responsabilização por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal, se da omissão ocorrer qualquer prejuízo. Dessa forma, a natureza da decisão nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão tem caráter obrigatório ou mandamental, pois o que se pretende constitucionalmente é a obtenção de uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado. (MORAES, 2007, p. 759, grifo do autor).

²⁴ Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

§ 1º - O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

§ 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.

§ 3º - A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior.

§ 4º - Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código. (BRASIL, 1988).

Entretanto há possibilidade de a decisão em sede de ADIN por omissão ter seus efeitos modulados²⁵, todavia denota-se apenas uma possibilidade e não uma regra. (AGRA, 2008).

3 MANDADO DE INJUNÇÃO

²⁵ “Denomina-se de modulação dos efeitos da decisão porque o STF pode determinar, modular, qual o efeito para se adequar às demandas de segurança jurídica do ordenamento jurídico. (AGRA, 2008, p. 149).

Sendo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão a forma de conter as omissões legislativas no controle concentrado de constitucionalidade, cabe a seguir analisar, em sede de controle difuso, o Mandado de Injunção, por se tratar de meio adequado para invocar as omissões e as demais particularidades que o cercam.

3.1 CONCEITO

O mandado de injunção tem sua primeira aparição no Brasil com a Constituição de 1988, com o intuito de viabilizar os direitos e garantias constitucionais dos cidadãos²⁶ as quais não podem ser usufruídos por falta de norma regulamentadora, para que tivessem seus direitos amparados, respeitados e preservados²⁷. (MORAES, 2007).

Na busca do equilíbrio entre o imperativo da efetividade dos comandos constitucionais e o risco de soluções insatisfatórias, o constituinte brasileiro decidiu introduzir um instrumento processual original, o mandado de injunção. (DIMITRI; LUNARDI, 2011, p. 383).

Dessa forma, a Assembléia Nacional Constituinte inseriu no texto constitucional, o que segue:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais

²⁶ Referente a legitimidade ativa do impetrante de mandado de injunção, não se tem ao certo se qualquer pessoa poderia ingressar com determinada ação, ou se somente os brasileiros, veja-se os dizeres de Ferreira Filho: [...] Ele serve para garantir os direitos, liberdades e prerrogativas diretamente vinculados ao *status* de nacional (os do art. 5º, cujo *caput* reconhece aos brasileiros determinados direitos fundamentais, ou que possam ser deduzidos do Cap. III do Tít. II, capítulo relativo à nacionalidade), ao de cidadão, quer dizer, o nacional politicamente ativo que, como integrante do povo, o soberano na democracia, tem a participação no governo, como o direito de voto, e a elegibilidade (são os direitos, liberdades e prerrogativas que podem ser deduzidas do Cap. IV do Tít. II – capítulo sobre os “Direitos políticos”). (2008, p. 325).

De outra banda tem-se autores que falam a expressão qualquer pessoa, não estreitando entendimento que somente os brasileiros poderiam impetrar mandado de injunção, conforme observa-se: “O mandado de injunção poderá ser ajuizado por qualquer pessoa cujo exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja sendo inviabilizado em virtude da falta de norma reguladora da Constituição Federal.” (MORAES, 2007, p. 166). No mesmo sentido Bulos: “qualquer pessoa que estiver impedida de exercer direito, liberdade, ou prerrogativa, devido a falta de regulamentação de preceito da Carta Maior, possui legitimidade ativa para impetrar mandado de injunção, inclusive o Ministério Público”. (2011, p. 405).

²⁷ Os antecedentes remotos do mandado de injunção estão na Inglaterra, quando, em pleno século XIV, constituía um dos mais importantes institutos da *Equity*. Surgiu, pois, com o juízo de equidade, cuja aplicação no sistema *common law* se dava naqueles casos em que inexistia norma legal (*statutes*) para regular o direito, a liberdade ou a prerrogativa pleiteada no caso *sub judice*. (Bulos, 2011, p. 403, grifo do autor).

e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;(BRASIL, 1988).

Assim, com natureza de ação cível, o mandado de injunção visa a acabar com a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, que, segundo Pedro Lenza:

O mandado de injunção surge para “curar” uma “doença” denominada **síndrome da inefetividade das normas constitucionais**, vale dizer, normas constitucionais que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. (2011, p. 950).

Nos dizeres de Paulo e Alexandrino, o mandado de injunção é um:

[...]remédio constitucional colocado à disposição de qualquer pessoa que se sinta prejudicada pela falta de norma regulamentadora, sem a qual resulte inviabilizado o exercício dos direitos, liberdades e garantias constitucionais prescritas no transcrita inciso. A preocupação, portanto, é conferir efetiva aplicabilidade e eficácia ao texto constitucional, para que este não se torne “letra morta”, em razão de omissão do legislador ordinário na sua regulamentação. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 200).

Analisado o dispositivo constitucional, é necessário atentar que o mandado de injunção não é apto a sanar qualquer omissão do poder público (MORAES, 2007), mas tornar os dispositivos constitucionais não autoaplicáveis, em meios hábeis para preservar os direitos: privado, coletivo, difuso, individual homogêneo, político, econômico, social etc. (BULOS, 2011).

3.2 OBJETO

O objeto do mandado de injunção pode ser qualquer direito, independente de seu grau hierárquico, assim desde lei complementar até decisões administrativas podem ser alvo do mandado de injunção, (BULOS, 2011) desde que sejam de eficácia limitada.²⁸ (TAVARES, 2009).

O *objeto*, portanto, desse mandado é a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que torne possível sua fruição por inação do Poder Público em expedir normas regulamentadoras pertinentes. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010, p. 323, grifo do autor).

²⁸ Segundo Moraes leis de eficácia limitada: (2007, p. 7), “São aquelas que apresentam “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes devolva a aplicabilidade”.

Assim, poderá ser utilizado sempre que se tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Pode-se dizer então que o objeto do mandado de injunção é a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011).

Ademais, é preciso estar configurado no caso concreto o nexo de causalidade entre a omissão inconstitucional e a impossibilidade do exercício do direito lesado, conforme Dimoulis e Lunardi:

Há casos nos quais a impossibilidade do exercício do direito é causada por outros fatores, por exemplo, por uma decisão ilegal da Administração Pública ou pela perda de um prazo pelo interessado. Em tais situações, não cabe Mandado de Injunção, alegando falta de regulamentação, pois a impossibilidade de exercer o direito foi causada por outros fatores. (2011, p. 385).

Contudo, ressalta-se que não é cabível mandado de injunção para modificação de legislação já existente, mesmo que essa seja incompatível com a Constituição vigente, bem como não se admite o manejo deste remédio para obtenção de nova interpretação da norma vigente, conforme se verá no item subsequente. (TAVARES, 2009).

3.3 CABIMENTO

Para que seja cabível o ajuizamento do mandado de injunção, é imprescindível a falta de norma regulamentadora, de modo a tornar inviável o exercício de algum direito ou

liberdade constitucional ou ainda das prerrogativas inerentes à nacionalidade²⁹, à soberania³⁰ e à cidadania³¹. (MORAES, 2006).

Conforme assinala Bulos:

Dois são os requisitos, exigidos pelo art. 5º, LXXI, para o cabimento do mandado de injunção:

Falta de norma regulamentadora para efetivar direitos, liberdades ou prerrogativas ligadas à nacionalidade, à soberania e à cidadania; e

Inviabilidade do exercício de direito, liberdade ou prerrogativa em virtude da falta de normatividade. (2011, p. 403).

Outro requisito para o ajuizamento desta ação constitucional é que as normas de eficácia limitada podem ser objeto de mandado de injunção, já que são as únicas possíveis de serem publicadas sem estarem totalmente eficientes. (MORAES, 2006). Importante salientar que não será cabível mandado de injunção para normas de eficácia plena ou contida. (FERNANDES, 2011).

Ressalta-se que também será possível a impetração do *writ* injuncional para normas programáticas³² vinculadas ao princípio da legalidade. (MORAES, 2006).

O constituinte de 1988 optou por deixar algumas lacunas na Constituição, e que essas fossem preenchidas pelas leis complementares, fez isso com o intuito de deixar na Carta

²⁹ Exprime a *qualidade* ou a *condição de nacional*, atribuída a uma pessoa ou coisa, em virtude do que se mostra vinculada à Nação, ou ao Estado, a que pertence ou de onde se originou.

Revelada a *nacionalidade* sabe-se, assim, a que nação pertence a pessoa ou a coisa. E, por essa forma, se estabelece os princípios jurídicos que possam ser aplicados quando venham as pessoas a ser agentes de atos jurídicos e as coisas, objeto destes mesmos atos.

A nacionalidade, em regra, é decorrente do *fato do nascimento*. [...]

É indispensável que a pessoa que não deseja conservar a *nacionalidade de origem*, ou seja, a que decorre do *fato do nascimento*, demonstre por *fato positivo* o desejo de mudá-la, adotando *outra nacionalidade*, ou seja, aquela do país em que reside ou para onde se transplantou. [...]

A questão da nacionalidade é de relevância em Direito, visto que, por ela, é que se determina, em vários casos, a aplicação da regra jurídica que deve ser obedecida em relação às pessoas e aos atos que pretendem praticar, em país estrangeiro, notadamente no que se refere aos Direitos de Família, de Sucessão.

É, também, reguladora da *capacidade política* da pessoa. (PLACIDO E SILVA, 2004, p. 939).

³⁰ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...]

³¹ Segundo a teoria, que se firma entre nós, a *cidadania*, *palavra que se deriva de cidade*, não indica somente a qualidade daquele que habita a cidade, mas, mostrando a efetividade *dessa residência*, o direito político que lhe é conferido, para que possa participar da vida política do país em que reside.

Neste sentido, então, a *cidadania* tanto se diz *natural* como *legal*. [...] (PLACIDO E SILVA, 2004, p. 288, grifo do autor).

³² São de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem *elasticidade* ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem *já* (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo eu pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, *máxime* os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos; aparecem muitas vezes acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados. (MIRANDA apud MORAES, 2007, p. 9).

Política o que de maior relevância, para que essa fosse mais específica, e o que carecesse de complementação se utilizasse de leis complementares.

Houve a opção pelas leis complementares em vez de leis ordinárias, em algumas matérias, pois essas são mais fáceis de sofrerem alterações, enquanto as leis complementares são mais dificultosas haja vista o *quorum* necessário ser de maioria absoluta.

Assim, a razão de existência da lei complementar consubstancia-se no fato de o legislador constituinte ter entendido que determinadas matérias, apesar da evidente importância, não deveriam ser regulamentadas na própria Constituição Federal, sob pena de engessamento de futuras alterações; mas, ao mesmo tempo, não poderiam comportar constantes alterações através de um processo legislativo ordinário. O legislador constituinte pretendeu resguardar determinadas matérias de caráter infraconstitucional contra alterações volúveis e constantes, sem, porém, lhes exigir a rigidez que impedisse a modificação de seu tratamento, assim que necessário. (MORAES, 2007, p. 656).

O mandado de injunção não é utilizável no sentido de modificar legislação já existente, mesmo que está seja contrária à Carta Magna.³³

Tampouco será cabível o mandado de injunção para a discussão de constitucionalidade, ilegalidade ou descumprimento de norma em vigor, pois apenas a falta de norma regulamentadora é que enseja a impetração. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010, p. 325).

Como se visualiza, o mandado de injunção não é instrumento adequado para suprir qualquer omissão legislativa, mas sim àquelas mencionadas no art. 5º, LXXI.

Na sistemática da Constituição de 1988, o mandado de injunção é o meio de que o indivíduo dispõe para exercer direitos e liberdades constitucionais, bem como prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, que estejam impedidos de serem exercidos por falta de norma regulamentadora. Daí o seu objeto fundamental: tornar as normas da Constituição plenamente exequíveis, com aplicação direta e integral, realizando o comando do §1º deste art. 5º, com vistas a garantir o gozo de qualquer direito constitucional, seja ele individual, metaindividual (difuso, coletivo), individual homogêneo, político ou social, de liberdades públicas, das prerrogativas ínsitas à nacionalidade, à soberania e à cidadania. (BULOS, 2009, p. 381-382).

E ainda:

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção assemelham-se às da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, mas tão-só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo de caráter impositivo e das normas programáticas³⁴ vinculadas ao princípio da legalidade, por

³³ Em mandado de injunção não é admissível pedido de suspensão, por inconstitucionalidade de lei, por não ser ele o meio processual idôneo para a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de ato normativo (STF, RDA 200/231). Sendo a ausência de norma pressuposto do MI, não se presta ele ao controle de constitucionalidade de norma em vigor (STF, RDA 181-182/113). Refoge ao âmbito de MI corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato estatal em vigor (STF, RDA 183/143). Não cabe a impetração de mandado de injunção visando à alteração de legislação já existente sob pretexto de inconstitucionalidade. Refoge ao âmbito de sua finalidade corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato estatal em vigor (STF, RT 659/213). Não cabe mandado de injunção para, sob color de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional (art. 39, §1º, da CF), pretender-se a alteração de lei já existente, supostamente incompatível com a Constituição. (BARROSO, 2006, p. 207, grifo do autor).

³⁴ São de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem *elasticidade* ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer

dependerem de atuação normativa ulterior para garantir aplicabilidade. Assim, sempre haverá a necessidade de lacunas na estrutura normativa, que necessitem ser colmatadas por leis ou atos normativos. (MORAES, 2007, p. 164-165).

Assim, da leitura o artigo 5º, LXXI, fica claro que são necessárias duas condicionantes básicas para impetração do mandado de injunção, existir direito lesado do impetrante e a falta de legislação que o regulamente (MORAES, 2006). Contudo, quando se fala em ‘existir direito lesado’ refere-se aqueles elencados na Constituição Federal, relativos à nacionalidade, soberania e cidadania e também as liberdades constitucionais, e para maior esclarecimento quanto a ‘falta de legislação que o regulamente’, significa a falta de norma regulamentadora dos artigos de eficácia limitada da Constituição. (MORAES, 2007).

3.4 COMPETÊNCIA

A competência para o processamento e julgamento do mandado de injunção está definida nos dispositivos a seguir:

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

I - processar e julgar, originariamente:

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 1988).

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal. (BRASIL, 1988).

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

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

V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção. (BRASIL, 1988).

cidadãos as invoquem *já* (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, *máxime* os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente determinados. (Jorge Miranda apud Alexandre de Moraes, 2007, p. 9).

Conforme se percebe a competência é definida em razão da autoridade ou órgão que tenha permanecido omissa diante da necessidade de regulamentação de determinado artigo da Constituição Federal.

É o que diz Ferreira Filho:

Tais referências dizem respeito à determinação de competência para julgamento pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, dependendo da autoridade ou do órgão que se tenha omitido na elaboração da norma regulamentadora do direito ou liberdade. (2008, p. 324)

Quando a omissão legislativa for federal, ou seja, quando compete privativamente a União legislar, nos casos do artigo 22 da Constituição Federal, o mandado de injunção deverá ser impetrado em face do Congresso Nacional. Transcreve-se o dispositivo:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

II - desapropriação;

III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

V - serviço postal;

VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;

VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;

VIII - comércio exterior e interestadual;

IX - diretrizes da política nacional de transportes;

X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

XI - trânsito e transporte;

XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;

XIV - populações indígenas;

XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

XVII - organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes;

XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais;

XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;

XX - sistemas de consórcios e sorteios;

XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;

XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;

XXIII - seguridade social;

XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;

XXV - registros públicos;

XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza;

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;

XXIX - propaganda comercial.

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo. (BRASIL, 1988).

Em se tratando de lei de iniciativa privativa, nas quais somente o Presidente da República pode disciplinar, conforme artigo 61, §1º da Carta Política de 1988³⁵, neste caso o legitimado passivamente será o detentor desta iniciativa.³⁶ (MORAES, 2007).

Cabe referir ainda que o mandado de injunção pode ser processado e julgado por Tribunais de Justiça, quando se tratar de leis estaduais e juízes de primeiro grau em sede de leis municipais, vejamos:

Tribunais de Justiça – todas as Cartas dos Estados-membros de nosso país previram mandado de injunção no plano estadual, cuja competência pertence aos Tribunais de Justiça; e

Juízes de primeiro grau – são competentes para apreciarem *writs* injuncionais quando a omissão reportar-se a normas municipais. Mas, na prática, pouquíssimos serão os casos, porque as lacunas relativas ao âmbito local, e até mesmo estadual, circunscrevem-se à órbita das leis federais, praticamente exaustivas quanto aos direitos tutelados pelo mandado de injunção. (BULOS, 2011, p. 406).

Conforme se percebe o rol de competentes para julgamento do mandado de injunção *numerus clausus*.

3.5 LEGITIMIDADE

O mandado de injunção pode ser impetrado tanto por pessoa física como por pessoa jurídica, basta que esteja inviabilizado o exercício de algum direito por omissão do legislador. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008).

Qualquer pessoa que estiver impedida de exercer direito, liberdade ou prerrogativa, devido a falta de regulamentação de preceito da Carta Maior, possui legitimidade ativa para impetrar mandado de injunção, inclusive o Ministério Público. (BULOS, 2011, p. 405).

³⁵ Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. (BRASIL, 1988).

³⁶ Leis de iniciativa privativa são aquelas que somente determinada pessoa pode dar início. (MORAES, 2007).

Não há previsão de legitimados em específico para propor, basta ter o seu direito referente às liberdades e garantias constitucionais lesados devido à omissão do legislador, o que é algo indesejado pela Constituição, haja vista o risco que se corre de ter a Constituição Federativa vista como “letra morta” ou ineficaz. (MORAES, 2007).

O STF já admitiu a possibilidade de mandado de injunção coletivo³⁷, o qual terá como legitimados os mesmos do mandado de segurança coletivo³⁸, por interpretação analógica, uma vez que não há previsão expressa da possibilidade de legitimados para mandado de injunção coletivo. (BULOS, 2011).

Portanto, é admissível a impetração de mandado de injunção coletivo quando a falta de norma regulamentadora se faça inviável ao exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de determinadas categorias. (BULOS, 2011).

É legitimado ativo a pessoa física ou jurídica que se encontra na impossibilidade de exercer seus direitos pela ausência de norma regulamentar indispensável para tal exercício. Para tutelar direitos coletivos cabe Mandado de Injunção coletivo. O STF admite a impetração de Mandado de Injunção coletivo por organismos sindicais e entidades de classe, tutelando direitos de seus membros. (DIMITRI; LUNARDI, 2011, p. 383).

Relativamente à parte ré do mandado de injunção, quem será sujeito passivo são as autoridades ou órgãos estatais que se permaneceram omissas frente à obrigação de legislares³⁹.

³⁷EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. (BRASÍLIA/DF, 2010)

³⁸ Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. (BRASIL, 2009).

³⁹ MANDADO DE INJUNÇÃO - LIMITE DA TAXA DE JUROS REAIS (CF, ART. 192, PAR. 3.) - CONGRESSO NACIONAL E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PRIVADA - LITISCONSORCIO PASSIVO INCABIVEL - AÇÃO JUDICIAL DE COBRANÇA EXECUTIVA - SUSPENSÃO CAUTELAR INDEFERIDA - DECISÃO INAPRECIÁVEL EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. - A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU-SE NO SENTIDO DO DESCABIMENTO DE AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DESPACHO DO RELATOR QUE APRECIAR MEDIDA LIMINAR EM SEDE DE MANDADO DE INJUNÇÃO. - SOMENTE PESSOAS ESTATAIS

O sujeito passivo será somente a pessoa estatal, uma vez que no pólo passivo da relação processual instaurado com o ajuizamento do mandado de injunção só aqueles podem estar presentes, pois somente aos entes estatais pode ser imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos. (MORAES, 2007, p. 166).

Não há possibilidade, segundo o STF, de que particulares figurem no pólo passivo no mandado de injunção, posto que somente o poder público tem legitimidade para elaboração de leis. (TAVARES, 2009).

3.6 PROCEDIMENTO

O mandado de injunção até hoje não possui legislação que o regulamente, mas o Supremo Tribunal Federal entendeu pela sua autoaplicabilidade⁴⁰, e no que for cabível, o procedimento deverá seguir as regras do mandado de segurança, (BULOS, 2011) assim conforme a Lei nº 8.038/90 em seu art. 24, parágrafo único:

Art. 24 - Na ação rescisória, nos conflitos de competência, de jurisdição e de atribuições, na revisão criminal e no mandado de segurança, será aplicada a legislação processual em vigor.

PODEM FIGURAR NO POLO PASSIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL INSTAURADA COM A IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO, EIS QUE APENAS A ELAS E IMPUTAVEL O DEVER JURÍDICO DE EMANAÇÃO DE PROVIMENTOS NORMATIVOS. - A NATUREZA JURÍDICO-PROCESSUAL DO INSTITUTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO - AÇÃO JUDICIAL DE INDOLE MANDAMENTAL - INVIABILIZA, EM FUNÇÃO DE SEU PRÓPRIO OBJETO, A FORMAÇÃO DE LITISCONSORCIO PASSIVO, NECESSARIO OU FACULTATIVO, ENTRE PARTICULARES E ENTES ESTATAIS. (BRASÍLIA/DF, 1991a).

⁴⁰ MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO. - EM FACE DOS TEXTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RELATIVOS AO MANDADO DE INJUNÇÃO, E ELE AÇÃO OUTORGADA AO TITULAR DE DIREITO, GARANTIA OU PRERROGATIVA A QUE ALUDE O ARTIGO 5., LXXI, DOS QUAIS O EXERCÍCIO ESTA INVIABILIZADO PELA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA, E AÇÃO QUE VISA A OBTER DO PODER JUDICIARIO A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DESSA OMISSAO 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 DE CIENCIA DESSA DECLARAÇÃO, PARA QUE ADOTE AS PROVIDENCIAS NECESSARIAS, A SEMELHANCA DO QUE OCORRE COM A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSAO (ARTIGO 103, PAR-2., DA CARTA MAGNA), E DE QUE SE DETERMINE, SE SE TRATAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL Oponível CONTRA O ESTADO, A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS OU ADMINISTRATIVOS DE QUE POSSA ADVIR PARA O IMPETRANTE DANO QUE NÃO OCORRERIA SE NÃO HOUVESSE A OMISSAO INCONSTITUCIONAL. - ASSIM FIXADA A NATUREZA DESSE MANDADO, E ELE, NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE - QUE ESTA DEVIDAMENTE DEFINIDA PELO ARTIGO 102, I, 'Q' -, AUTO-EXECUTAVEL, UMA VEZ QUE, PARA SER UTILIZADO, NÃO DEPENDE DE NORMA JURÍDICA QUE O REGULAMENTE, INCLUSIVE QUANTO AO PROCEDIMENTO, APLICAVEL QUE LHE E ANALOGICAMENTE O PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, NO QUE COUBER. QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DA AUTO-APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. (BRASÍLIA/DF, 1990).

Parágrafo único - No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica. (BRASIL, 1990).

Vejam-se os ensinamentos:

Não existe, presentemente, legislação específica para reger o trâmite processual do mandado de injunção, o que nos leva a entender possível a aplicação analógica das normas pertinentes ao mandado de segurança, visto este instituto guardar estrita semelhança com aquele outro. A jurisprudência tem adotado o rito do mandado de segurança para o mandado de injunção, sem discrepância. (MEIRELLES, LOPES, WALD, 2010, p. 328).

Não há previsão de prescrição ou decadência para o ingresso do mandado de injunção, embora sobrevindo lei que o regulamento esta poderá estabelecer prazo prescricional e decadencial. (MEIRELLES; LOPES; WALD, 2010).

Em que pese utilizar-se analogamente do rito do mandado de segurança, o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, já decidiu que não caberá medida liminar para a ação injuncional. (FERNANDES, 2011).

MANDADO DE INJUNÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO CONTRA DESPACHO QUE INDEFERIU PEDIDO DE LIMINAR. - JA SE FIRMOU A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE NO SENTIDO DE QUE NÃO E CABIVEL AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DESPACHO QUE INDEFERE LIMINAR REQUERIDA EM MANDADO DE INJUNÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. (BRASÍLIA/DF, 1991b).

Percebe-se, pois, que apesar da utilização procedimental do mandado de segurança no caso de mandado de injunção, os dois remédios guardam suas distinções e particularidades, conforme se percebe por meio da não aceitação da medida liminar no último caso.

Cabe ainda salientar que o mandado de injunção não pode ser utilizado como sucedâneo do mandado de segurança.⁴¹ (MAZZEI in DIDIER, 2011).

3.7 DIFERENÇAS ENTRE O MANDADO DE INJUNÇÃO E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A Constituição de 1988 trouxe a preocupação com as inconstitucionalidades por omissão, assim, vieram à tona os institutos do mandado de injunção e da ação direta de

⁴¹ O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. Este Tribunal entende que a utilização do mandado de injunção como sucedâneo do mandado de segurança é inviável. Precedentes. 3. O mandado de injunção é ação constitutiva; não é ação condenatória, não se presta a condenar o Congresso ao cumprimento de obrigação de fazer. Não cabe a cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa. 4. Mandado de injunção não conhecido. (BRASÍLIA/DF, 2007).

inconstitucionalidade por omissão, que apesar de ambos encerrarem como regra a mesma pretensão, suprir uma omissão inconstitucional, reservam entre si grandes diferenças.

Esses dois institutos constitucionais servem para preencher lacunas legislativas.

A primeira grande distinção que deve ser feita entre as duas ações constitucionais, são os legitimados para propô-la. No mandado de injunção qualquer cidadão que tenha seu direito ferido tem legitimidade para impetrar *writ* injuncional, por outro lado, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, somente pode ser proposta pelos legitimados do artigo 103 da Constituição Federal. (MAZZEI in DIDIER, 2011, p. 245).

Ainda, o mandado de injunção é instituto previsto somente para determinados casos, ou seja, este só pode ser impetrado nos casos em que forem feridos os direitos e liberdades constitucionais, bem como ferimento as prerrogativas referentes à nacionalidade, soberania e cidadania, enquanto a ADI por omissão não tem vínculo com nenhum direito subjetivo.

O mandado de injunção destina-se à proteção de direito subjetivo do autor, cujo exercício está obstado em razão da falta de norma regulamentadora, havendo, portanto, um interesse jurídico específico manifestado diante de um caso concreto (em que o indivíduo busca exercer esse interesse). Ao contrário, a ADInPO configura controle abstrato de constitucionalidade e, sendo processo objetivo, é instaurada sem relação a um caso concreto de interesse do autor da ação. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 814).

Ressalta-se que a ADI por omissão faz parte do controle concentrado de constitucionalidade podendo ser julgada e processada somente pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto o mandado de injunção faz parte do controle difuso de constitucionalidade, ou seja, é julgado por qualquer juiz ou tribunal.

No mandado de injunção, busca-se solução para um caso concreto, individualmente considerado, diante de um direito subjetivo obstado pela inércia do legislador; a ação pressupõe a existência de um direito cujo exercício esteja sendo efetivamente impedido pela falta da norma regulamentadora.

Na ADInPO, o controle da omissão é realizado *em tese*, sem a necessidade de estar configurada uma violação concreta a um direito individual; sua propositura não se refere a um caso concreto. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 201).

Destarte, é necessária a análise dessa situação, uma vez que o constituinte preocupou-se com as questões as quais não foram ainda legisladas, e apresentou como solução as duas modalidades citadas acima, embora possuam natureza e efeitos diversos.

Assim vislumbra-se que os mencionados institutos guardam grandes diferenças entre eles, apesar de ambos possuírem como objetivo central a composição de omissões legislativas inconstitucionais.

3.8 A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS APLICADAS AO MANDADO DE INJUNÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Sendo o mandado de injunção instrumento novo, sem precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, e também sem encontrar grandes similitudes no direito estrangeiro, houve grande demanda desse tipo de ação com o advento da Constituição de 1988, devido expectativa para que realmente serviria determinado instituto, além das dúvidas acerca do seu alcance e eficácia, o Supremo viu-se obrigado a julgar não somente a questão posta de determinado mandado de injunção mas também definir do que se trata e a natureza desse remédio dentro do sistema brasileiro constitucional. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Todavia, segundo Lacerda (2008), o mandado de injunção, apesar de sua grande relevância dentro do cenário jurídico constitucional, tem sido caracterizado por ser instrumento ineficaz, tornou-se assim por força da tese não concretista firmada no STF sobre os efeitos da decisão, visto isso foram surgindo várias teorias acerca dos efeitos concedidos as decisões do presente remédio, as quais serão logo analisadas. (LACERDA, 2008).

A primeira que o Pretório Excelso teve a oportunidade de analisar via controle de constitucionalidade difuso por omissão foi o Mandado de Injunção de nº 107 de relatoria do Ministro Moreira Alves, onde foi julgada a seguinte questão de ordem. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO. - EM FACE DOS TEXTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RELATIVOS AO MANDADO DE INJUNÇÃO, E ELE AÇÃO OUTORGADA AO TITULAR DE DIREITO, GARANTIA OU PRERROGATIVA A QUE ALUDE O ARTIGO 5., LXXI, DOS QUAIS O EXERCÍCIO ESTA INVIABILIZADO PELA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA, E AÇÃO QUE VISA A OBTER DO PODER JUDICIARIO A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DESSA OMISSAO 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 DE CIENCIA DESSA DECLARAÇÃO, PARA QUE ADOTE AS PROVIDENCIAS NECESSARIAS, A SEMELHANCA DO QUE OCORRE COM A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSAO (ARTIGO 103, PAR-2., DA CARTA MAGNA), E DE QUE SE DETERMINE, SE SE TRATAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL Oponível CONTRA O ESTADO, A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS OU ADMINISTRATIVOS DE QUE POSSA ADVIR PARA O IMPETRANTE DANO QUE NÃO OCORRERIA SE NÃO HOUVESSE A OMISSAO INCONSTITUCIONAL. - ASSIM FIXADA A NATUREZA DESSE MANDADO, E ELE, NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE - QUE ESTA DEVIDAMENTE DEFINIDA PELO ARTIGO 102, I, 'Q' -, AUTO-EXECUTAVEL, UMA VEZ QUE, PARA SER UTILIZADO, NÃO DEPENDE DE

NORMA JURÍDICA QUE O REGULAMENTE, INCLUSIVE QUANTO AO PROCEDIMENTO, APLICAVEL QUE LHE E ANALOGICAMENTE O PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, NO QUE COUBER. QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DA AUTO-APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. (BRASÍLIA/DF, 1990).

Neste caso o Supremo Tribunal Federal analisou, dentre outras matérias, a extensão e os efeitos que teriam o julgamento de procedência do mandado de injunção, decidindo, na ocasião, que deveria ser declarada a mora legislativa e oficiado a autoridade omissa, para que suprisse essa omissão.

Nesse mesmo sentido foi julgado o MI 20:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto- aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina. (BRASÍLIA/DF, 1996).

Também, nessa mesma linha de pensamento foram julgados outros mandados de injunção, como o MI 485 e o MI 585, os quais declaravam a mora legislativa a respeito de determinado tema, mas sem permitir que se concretize o que já disciplina na Carta constitucional. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. 1. Servidor público. Exercício do direito público subjetivo de greve. Necessidade de

integralização da norma prevista no artigo 37, VII, da Constituição Federal, mediante edição de lei complementar, para definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público. Precedentes. 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. (BRASÍLIA/DF, 2002b).

E ainda:

MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS. ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Configurada a mora do Congresso Nacional na regulamentação do direito sob enfoque, impõe-se o parcial deferimento do writ para que tal situação seja comunicada ao referido órgão. (BRASÍLIA/DF, 2002c).

Com essa posição jurisprudencial, o mandado de injunção nos primeiros vinte anos da Constituição não conseguiu se valer do motivo para que veio (BULOS, 2011), ou seja, garantir aos cidadãos os direitos constitucionais que necessitam de norma regulamentadora. (LACERDA, 2008).

Consolidou-se no STF, em relação aos efeitos da sentença de procedência do mandado de injunção, a teoria não concretista, conforme visto os julgados acima, cuja base principal é o princípio da separação dos poderes⁴², previsto no art. 2º da Constituição Federal, porquanto o Supremo não poderia criar originariamente, sem legitimidade democrática para tanto, a norma que regulamentaria o caso concreto.

É o conceito da teoria não concretista:

A mesma reconhece a mora, mas não implementa (não viabiliza) o exercício do direito para o autor da ação, apenas recomendando ao legislador que supra a mora. Portanto, para essa corrente concede-se a injunção ao autor afirmando-se que, realmente, existe um direito sem regulamentação (complementação) e que os Poderes Públicos encontram-se em mora, mas, após esse reconhecimento da mora do legislador, há somente a recomendação para que o mesmo a supra. (FERNANDES, 2011, p. 99).

Também conhecida teoria da subsidiariedade⁴³, o órgão julgador somente deve informar a autoridade competente da inexistência e necessidade de legislação sobre determinado tema (BULOS, 2011), ou seja, somente determinar a mora legislativa, conforme

⁴² Para que isso ocorra, não há dúvida, é preciso superar uma visão estática, tradicional, do princípio da separação dos poderes, reconhecendo-se que as funções que a Constituição atribui a cada um deles, na complexa dinâmica governamental do Estado contemporâneo, podem ser desempenhadas de forma compartilhada, sem que isso implique a superação da tese original de Motesquieu. (BRASÍLIA/DF, 2007a).

O artigo 2º da Constituição Federal, dispõe:

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

O citado artigo consagra o princípio da separação dos poderes, assim os Poderes devem atuar cada um dentro de sua esfera de competência, conforme disposto na Constituição. (LENZA, 2011, p. 1152).

⁴³ O nome *teoria da subsidiariedade* vem do entendimento de que o mandado de injunção equivale a uma via subsidiária, com características bem semelhantes à ação de inconstitucionalidade por omissão, diferindo especificamente no que se refere à legitimidade. (MAZZEI in DIDIER, 2011, p. 227).

adotado no julgado supra mencionado de relatoria do Ministro Moreira Alves e também no MI 20 de relatoria do Ministro Celso de Mello. (LACERDA, 2008).

Pela posição **não concretista**, deverá o Poder Judiciário, apenas, reconhecer formalmente a inércia do Poder Público e dar ciência da sua decisão ao órgão competente, para que este edite a norma faltante. Estribada no princípio da separação dos Poderes, essa corrente entende que não deverá o Poder Judiciário suprir a lacuna, nem assegurar ao impetrante o exercício do direito carente de norma regulamentadora, tampouco obrigar o Poder Legislativo a legislar. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 206, grifo do autor).

Corroborar com a mesma ideia:

O Judiciário decidirá o mandado de injunção, ordenando à autoridade impetrada que tome as providências cabíveis, fixando-lhe um prazo, se necessário. Essa decisão não fará coisa julgada *erga omnes*, mas apenas *inter partes*. Somente a norma regulamentadora, expedida pela autoridade impetrada, terá aquele efeito, cessando, com isso, a competência do Judiciário. (MEIRELLES; LOPES; WALD, 2010, p. 330, grifo do autor).

Nesse sentir, a decisão tem efeito somente declaratório, posto que apenas declarar a inércia da autoridade legislativa e informar este silêncio à própria autoridade. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011).

Decidiu-se dessa forma, com o objetivo de manter os poderes em harmonia, já que a Constituição adotou o sistema do *check and balances*⁴⁴, e é clara em seu artigo 2º⁴⁵ que os três poderes são independentes e harmônicos entre si. (MORAES, 2007).

Porém, em razão da ineficácia da ação, críticas surgiram na doutrina acerca dessa tese, com o argumento de que dessa forma não estaria efetivo o objeto do mandado de injunção, pois somente se informaria o Poder Público de seu estado de inércia. (MAZZEI in DIDIER, 2011).

Após a expedição de informação da mora ao Congresso Nacional ou outra autoridade competente para edição de lei, nada se modificava, pois não havia consequências práticas para a não formulação de lei dentro do prazo fixado pelo Supremo Tribunal Federal. (MEIRELLES; LOPES; WALD, 2010).

Em função dessa realidade originou-se, por seu turno, a teoria concretista, que pode ser assim definida:

Pela posição **concretista**, sempre que presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário deveria reconhecer a existência da omissão legislativa ou administrativa e possibilitar efetivamente a concretização do exercício do direito, até que fosse editada a regulamentação pelo órgão competente. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 205, grifo do autor).

⁴⁴ A constituição, ao determinar que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes da República, independentes e harmônicos, adotou a doutrina constitucional norte-americana do *check and balances*, pois ao mesmo tempo que previu diversas e diferentes funções estatais para cada um dos Poderes, garantindo-lhes prerrogativas para o bom exercício delas, estabeleceu um sistema complexo de freios e contrapesos para harmonizá-los em prol da sociedade. (MORAES, 2007, p. 172).

⁴⁵ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 1988).

Contudo o Supremo não rompeu imediatamente com a tese não concretista, cuja jurisprudência estava a muito consolidada, mas passou a tomar medidas em vistas a proporcionar maior concretude às decisões de procedência dos mandados de injunção.

Em contrapartida tem-se a teoria concretista individual, a qual também propugna pelo implemento do direito, entretanto com efeito somente *inter partes* (entre as partes), essa corrente possui duas subdivisões a concretista individual direta e a concretista individual intermediária. (FERNANDES, 2011).

“Pela *concretista individual*, a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção, que poderá exercer plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional.” (MORAES, 2007, p. 171, grifo do autor).

Pela teoria concretista direta entende-se que logo que julgado o mandado de injunção já deveria a parte ter seu direito implementado. (FERNANDES, 2011).

Logo que o Supremo julga procedente o mandado de injunção, ele implementa a eficácia da norma constitucional. E, após o preenchimento do vazio normativo, não há solução de continuidade, porque a decisão da Corte apenas produz efeitos entre as partes. (BULOS, 2011, p. 407).

Também, foi decidido pelo STF dar seis meses para que fosse suprida a omissão legislativa em não sendo, o impetrante nesse caso passaria a ter imunidade, já que tratava-se de isenção de contribuição para a seguridade social para as entidades de assistência social. (FERNANDES, 2011).

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. (BRASÍLIA/DF, 1991c).

No caso acima, foi adotada a teoria concretista individual intermediária, a qual aduz que o Poder Judiciário deve fixar prazo para que o legislativo supra tal omissão, ao fim desse prazo caso não haja norma preenchendo referida lacuna, o autor passaria a ter seu direito assegurado. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008).

Bulos confirma o acima referido:

Julgado procedente o mandado de injunção, o Poder Judiciário estabelece prazo para o Congresso Nacional elaborar a norma regulamentadora. Se, após o término desse prazo, o Legislativo não tomar nenhuma providência, permanecendo a *inércia inconstitucional*, o impetrante do *writ* passa a ter assegurado o seu direito. (2011, p. 407, Grifo do autor).

No dizer de Bulos (2011), a melhor solução seria a da adoção da teoria concretista individual intermediária, por permitir aos cidadãos o exercício de seus direitos e manter resguardado o princípio da separação de poderes.

Essa teoria tenta possibilitar à autoridade que legisle, mas caso não o faça não deixa ao revés as partes do mandado de injunção. (FERNANDES, 2011).

Veja-se que a teoria concretista individual direta possibilita logo que julgado a ação injuncional o Supremo dará eficácia à norma constitucional, todavia preenchida essa lacuna, não haverá continuidade, pois a decisão terá efeito *inter partes*. (BULOS, 2011).

Conforme Paulo e Alexandrino:

“Pela **concretista individual direta**, o Poder Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, concretiza direta e imediatamente a eficácia da norma constitucional para o autor da ação.” (2008, p. 205, grifo do autor).

De outra banda, a teoria concretista individual intermediária entende que deveria ser implementado o direito, mas primeiro ser dado ciência a autoridade omissa para que possa regulamentá-lo e caso não o faça, dessa forma sim teria seu direito concedido da forma que o Poder Judiciário julgasse adequada. (FERNANDES, 2011).

Julgado procedente o mandado de injunção, o Poder Judiciário estabelece o prazo para o Congresso Nacional elaborar a norma regulamentadora. Se, após o término desse prazo, o Legislativo não tomar nenhuma providência, permanecendo a *inércia constitucional*, o impetrante do *writ* passa a ter assegurado o seu direito. (BULOS, 2011, p. 407).

Observa-se, portanto, que desde o advento da Constituição o STF já decidiu de diferentes formas, adotando posicionamentos diversos, flutuando entre uma teoria e outra, devido, essencialmente, a mudança de sua composição e a natural necessidade de evolução.

Desse modo, no mandado de injunção número 283/DF o Supremo decidiu que caso não sanada a omissão declarada, a parte ativa poderia ingressar com ação de perdas e danos em face do Congresso Nacional. (FERNANDES, 2011).

Vê-se que o Supremo Tribunal Federal passou a admitir uma posição mista, ou seja, agrupou a teoria não concretista com a teoria concretista individual, dessa forma fixou o prazo para que o Congresso Nacional legisle, mas ao final desse prazo não tendo sido sanada a omissão estaria autorizada a parte a pleitear indenização correspondente a inércia do órgão legislativo, com a liquidação por meio de ação ordinária, conforme observa-se da decisão: (MAZZEI in DIDIER, 2011).

Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença liquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não

obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadãos que foram 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 econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legítima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável. (BRASÍLIA/DF, 1991d).

Do voto do Ministro Sepúlveda Pertence nota-se que declara a mora legislativa, mas nada mais faz, salientando ainda que o Congresso Nacional deveria se utilizar dos mecanismos disponíveis para legislar quando for urgente.

De qualquer sorte, confio em que, atento ao seu dever constitucional, o Congresso Nacional, declarada a omissão, certamente se utilizará dos mecanismos de urgência, que o processo legislativo lhe propicia, para cumpri-lo no menor tempo adequado. Desse modo, concedo o mandado de injunção, para declarar a mora legislativa e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que ultime o processo legislativo em curso sobre a matéria, de modo a purgá-la: é o meu voto. (BRASÍLIA/DF, 1991d).

Ressalvadas algumas ponderações dos demais ministros, somente os Ministros Marco Aurélio e o Carlos Velloso divergiram do relator.

Assim, os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio entendem que a constituição criou mecanismos distintos voltados a controlar as omissões inconstitucionais, que são a inconstitucionalidade por omissão, inscrita no art. 103 da CF, e o mandado de injunção, estabelecido pelo inc. LXXI, art. 5º, da mesma Carta. (MORAES, 2007, p. 171).

O Ministro Marco Aurélio com a intenção de dar procedência total ao pleito, fixando indenização em termos de fixação de aposentadoria e também por danos morais, enquanto o Ministro Carlos Velloso posicionou-se pela procedência parcial, pois acreditava que deveria seguir o que continha no Projeto de Lei acerca do tema, e dessa forma não haveria que ser dado danos morais.

Nesse julgado, verifica-se que não foi adotada a teoria concretista geral, tão pouco rechaçada a teoria não concretista, mas a mesma foi relativizada, e utilizada a teoria concretista individual intermediária. (LACERDA, 2008).

A contumaz omissão do Legislativo em várias áreas, no entanto, acabou revelando a insuficiência da solução. O descumprimento do prazo não trazia consequências práticas. Embora encarar o julgamento do mandado de injunção apenas como uma comunicação ao Poder Legislativo fosse postura teoricamente perfeita do ponto de vista estritamente jurídico, a prática passou a revelar sua ineficácia no mundo real. Os julgados em mandados de injunção foram sistematicamente ignorados pelo Congresso Nacional, que persistia na omissão ao longo de anos, não obstante repetidos pronunciamentos da Suprema Corte. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010, p. 334).

O STF, então, começou a permitir que a parte ativa do mandado de injunção ingressasse com perdas e danos em face da autoridade que permaneceu silente após a declaração da mora legiferante. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010).

Após o Mandado de Injunção n. 107, "*leading case*" na matéria relativa à omissão, a Corte passou a promover alterações significativas no instituto do mandado de injunção, conferindo-lhe, por conseguinte, conformação mais ampla do que a até então admitida. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1261).

No Mandado de Injunção 284 já foi dado o direito de ingressar com ação de indenização pleiteada, sem aguardar prazo, já que se tratava do mesmo caso do MI 283, o qual havia fixado prazo para o Congresso Nacional, na ocasião de julgamento, mas que o mesmo nada havia feito, adotando assim a teoria concretista individual direta.

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA JURÍDICA - FUNÇÃO PROCESSUAL - ADCT, ART. 8., PARAGRAFO 3. (PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA) - A QUESTÃO DO SIGILO - MORA INCONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO - EXCLUSÃO DA UNIÃO FEDERAL DA RELAÇÃO PROCESSUAL- ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM" - "WRIT" DEFERIDO. - O caráter essencialmente mandamental da ação injuncional - consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - impõe que se defina, como passivamente legitimado "ad causam", na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia inconstitucional, ao qual é imputável a omissão causalmente inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de indole constitucional. No caso, "ex vi" do paragrafo 3. do art. 8. do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a inatividade inconstitucional e somente atribuível ao Congresso Nacional, a cuja iniciativa se reservou, com exclusividade, o poder de instaurar o processo legislativo reclamado pela norma constitucional transitoria. - Alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconvivente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo "perigoso fascínio do absoluto" (Pe. JOSEPH COMBLIN, "A Ideologia da Segurança Nacional - o Poder Militar da América Latina", p. 225, 3. ed., 1980, trad. de A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em "praxis" governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema ("O Futuro da Democracia", 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao misterio. O novo estatuto político

brasileiro - que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta - consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais. A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5.), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de BOBBIO, como "um modelo ideal do governo público em público". - O novo "writ" constitucional, consagrado pelo art. 5., LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensinar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico "impõe" ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder. - Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se "prescindível nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, "desde logo", a possibilidade de ajuizarem, "imediatamente", nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório. (BRASÍLIA/DF, 1992b).

Essas decisões, acima transcritas, demonstram que o Pretório Excelso permitiu que provisoriamente fosse regulamentado pelo Judiciário, como uma sentença aditiva⁴⁶. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal, adotando parcialmente a posição concretista, em face da manutenção da inércia do Poder Legislativo, decidiu em sede de mandado de injunção em relação à norma prevista no art. 8º, §3º do ADCT de 1988, autorizar, desde logo, a possibilidade de ajuizarem os beneficiários dessa norma transitória, com fundamento no direito comum, a pertinente ação de reparação econômica do prejuízo, caso o tenham sofrido. (MORAES, 2007, p. 173, grifo do autor).

Veja-se o informativo a respeito das teorias (MAZZEI in DIDIER, 2011, p. 232):

Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do Mandado de Injunção nº 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e prove sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. 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. Compreendendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a

⁴⁶ Denominam-se sentenças *aditivas* aquelas em que a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma disposição, *na parte em que não expressa determinada norma*, que deveria conter para ser compatível com a Constituição. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 147).

seguir, dispor a respeito do direito *in concreto*. É, por isso mesmo, uma posição que me parece concilia 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. De qualquer maneira, porque voto isolado e vencido, não poderia representar uma ordem ao Congresso Nacional, eis que ineficaz. De outra parte, em se cuidando de voto, no julgamento de processo judicial, é o exercício, precisamente, da competência e independência que cada membro do Supremo Tribunal Federal tem, e necessariamente há de ter, decorrente da Constituição, de interpretar o sistema da Lei Maior e decidir os pleitos que lhe sejam submetidos, nos limites da autoridade conferida à Corte Suprema pela Constituição. (Pronunciamento Ministro Néri da Silveira. Ata da 7ª sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de março de 1995).

Em outros caso, o Supremo não somente declarou a mora legislativa como imputou a obrigação de indenizar⁴⁷, possibilitando às partes o ajuizamento de ação de liquidação de sentença para a fixação de valores, mais uma vez o Judiciário valendo-se da teoria concretista individual direta. (FERNANDES, 2011)

MANDADO DE INJUNÇÃO. ARTIGO 8º, § 3º DO ADCT. DIREITO À REPARAÇÃO ECONÔMICA AOS CIDADÃOS ALCANÇADOS PELAS PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. MORA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL. 1 - Na marcha do delineamento pretoriano do instituto do Mandado de Injunção, assentou este Supremo Tribunal que "a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, "hic et nunc", de uma situação de inatividade inconstitucional." (MI 543, voto do Ministro Celso de Mello, in DJ 24.05.2002). Logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão do dever de legislar, passados quase quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção. 2 - Neste mesmo precedente, acolheu esta Corte proposição do eminente Ministro Nelson Jobim, e assegurou "aos impetrantes o imediato exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo § 3º do art. 8º do ADCT, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização. 3 - Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão judicial. O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do "quantum" devido. 4 - Mandado de injunção deferido em parte. (BRASÍLIA/DF, 2003).

Foi em tentativa de não ultrapassar os limites determinados pelo princípio da separação dos poderes, mas em dar alguma segurança ao cidadão, permitiu-se o pleito de perdas e danos, conforme o requerido.

Com *postura intermediária* (ou *mista*), em casos específicos, o Supremo Tribunal Federal – ao julgar procedente o pedido no mandado de injunção – conferia prazo

⁴⁷ Assim, reconhece-se, diante da ciência do Congresso Nacional de que está em mora e de sua recalcitrância, o direito de o interessado pleitear indenização pelos danos decorrentes da impossibilidade de exercitar seu direito constitucional tendo em vista inércia legislativa abusiva. (TAVARES, 2009, p. 977).

razoável para o responsável pela iniciativa legislativa sanar a omissão que obsta a efetivação do direito previsto e, ao final desse prazo, sem que a mora legislativa tivesse sido afastada, ficava autorizado ao prejudicado o exercício do direito invocado, com a *liquidação* por meio da via jurisdicional ordinária, nos casos de pretensão condenatória. (MAZZEI in DIDIER, 2011, p. 231, grifo do autor).

Até o ano de 2007, portanto, o mandado de injunção era visto como instituto cujas decisões possuíam efeitos *inter partes*, ou seja, somente a parte impetrante da ação de injunção é que iria beneficiar-se caso esta fosse julgada procedente. (LACERDA, 2008).

Entretanto, com as discussões acerca dos efeitos atribuídos ao mandado de injunção, foram surgindo novas teorias em antítese à teoria não concretista firmada na jurisprudência, quais sejam, a teoria concretista, a qual se subdivide-se em concretista geral, concretista individual direta e individual intermediária. (BULOS, 2011).

Após o estudo teórico das teorias que vigoraram por longo tempo na Corte Suprema, passa-se a análise da nova posição do Supremo Tribunal Federal, acerca dos efeitos da decisão no Mandado de Injunção.

4 NOVA PERSPECTIVA SOBRE OS EFEITOS DA DECISÃO ACERCA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

A Constituição de 1988 conferiu ao Supremo Tribunal Federal a sua guarda “[...]e atuação como última instância do Poder Judiciário no controle difuso da constitucionalidade e como órgão encarregado do controle concentrado de constitucionalidade” (ESTEVES, 2007, p. 92). Dessa forma, sendo esse um dos encarregados de julgar o mandado de injunção e o que confere novas linhas e entendimentos acerca de seus efeitos e também o alcance das decisões. (ESTEVES, 2007).

Conforme já apontado, o Pretório Excelso vem adotando nova posição acerca dos efeitos da decisão em sede de mandado de injunção, mas há explicações para a ruptura com o antigo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Primeiramente havia uma crítica doutrinária⁴⁸ em face da posição não concretista⁴⁹ adotada pela Corte, pois afirmava que isso desmerecia o mandado de injunção e também se encontra em colapso com a máxima efetivação da Constituição. (FERNANDES, 2011).

Também houve críticas no que concerne a igualar ou equiparar o mandado de injunção com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. (FERNANDES, 2011).

Outro motivo relevante para adoção de novel interpretação, é que passados mais de vinte anos de promulgação da Constituição, há o entendimento de que não é viável ter leis que necessitem de complementação e que as mesmas não foram feitas, por pura inércia legislativa.

E, ainda, não se pode deixar de levar em conta a modificação da composição do Supremo Tribunal Federal, que faz com que as evoluções e modificações aconteçam. Salienta-se nesse viés que a interpretação da Constituição, assim como o direito como um

⁴⁸ Como exemplo cita-se Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (2007)

⁴⁹ A sentença do Supremo apenas reconhece, formalmente, a existência da mora legislativa. E a única coisa que a Corte pode fazer é exortar o Congresso Nacional para legislar. (BULOS, 2011, p. 407).

todo estão em constantes modificações, para que se possa buscar a máxima efetividade da constituição. (FERNANDES, 2011).

Outrossim, cabe aduzir, que o mandado de injunção foi concebido para ser instrumento com caráter transitório, haja vista que supridas todas as lacunas deixadas na Constituição não mais se teria espaço para o ingresso desse tipo de ação. O remédio ainda existiria, porém, ficaria ligado somente a questão referente à nacionalidade, soberania e cidadania em questões infraconstitucionais.

Contudo, mesmo se superadas todas as omissões legislativas nas Constituições, e isso se esperava (e ainda se espera) que ocorresse em um tempo curto, pois as normas constitucionais devem ser, antes de tudo, usufruídas pelos seus beneficiários, o âmbito do mandado de injunção ficará atrelado às omissões legislativas vinculadas à efetividade de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, pois o remédio abrange, no pormenor, a legislação infraconstitucional. (MAZZEI in DIDIER, 2011, p. 221).

Atualmente, com a atual composição do Supremo Tribunal Federal, adotou-se em recentes decisões a teoria concretista geral, (BULOS, 2011, p. 408). No dizer de alguns autores, as decisões dos mandados de injunção de outubro de 2007 podem significar uma ruptura com a tese não concretista. Isso ocorre essencialmente devido à mudança na composição do Supremo Tribunal Federal e também por não mais ser plausível a fixação de prazo ou a simples informação da inércia, após 23 anos de Constituição Federal, como salientado anteriormente. (LACERDA, 2008).

Em 2007 reuniram-se as condições para a modificação da jurisprudência. A composição do Plenário do STF pouco lembrava aquela dos primeiros julgamentos sobre o tema, e depois de quase duas décadas de edição da Constituição Federal o Congresso Nacional continuava em mora em diversas matérias, prejudicando o exercício efetivo de direitos legítimos reconhecidos na própria Carta Política. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010, p. 334-335).

Tomando-se por base a teoria concretista geral⁵⁰ percebe-se o entendimento de que ao proferir decisão em sede de mandado de injunção, o órgão julgador deveria proferir norma não somente para as partes do caso em comento, mas para todos os lesados pela falta daquele direito.

Pela *teoria da independência jurisdicional*, a natureza da sentença proferida em mandado de injunção deve possuir caráter *constitutivo erga omnes*, pelo qual caberia ao órgão judiciário editar uma norma *geral*, escapando à regulamentação do caso concreto. (MAZZEI in DIDIER, 2011, p. 228, grifo do autor).

A teoria concretista geral disciplina, portanto, que através de decisão constitutiva o STF, regulamenta o tema, até que a autoridade competente legisle acerca do aludido, assim possibilitando que todos os titulares daquele direito se beneficiem até a expedição de norma

⁵⁰ A sentença, proferida na injunção, é *erga omnes*, tem eficácia ampla, abrangendo a todos, pois o Judiciário implementa o exercício do direito, mediante uma deliberação irrestrita, que vigorará até o dia em que o Poder Legislativo sanar o estado de *inércia inconstitucional*. Aqui o Supremo Tribunal pode legislar no caso concreto, ou seja, pode proferir sentença substituindo aquilo que deveria constar na lei. (BULOS, 2011, p. 407, grifo do autor).

pela autoridade competente, desta forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal possuirá efeito *erga omnes*. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008).

Relativo aos efeitos veja-se os dizeres de Bulos:

A sentença, proferida na injunção, é *erga omnes*, tem eficácia ampla, abrangendo a todos, pois o Judiciário implementa o exercício do direito, mediante uma deliberação irrestrita, que vigorará até o dia em que o Poder Legislativo sanar o estado de *inércia inconstitucional*. Aqui o Supremo Tribunal pode legislar no caso concreto, ou seja, pode proferir sentença substituindo aquilo que deveria constar na lei. (BULOS, 2011, p. 407, grifo do autor).

Em consonância com a forma de regulamentar, tem-se os ensinamentos abaixo:

Elaboração da norma regulamentadora para suprir integralmente a omissão legislativa. O julgador viabiliza o exercício do direito por todos os titulares. Isso pode ocorrer com a aplicação analógica de normas que regulamentam casos parecidos ou com a criação judicial de novas normas. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 387).

Os efeitos dessa decisão, em sede de mandado de injunção, atingiria não somente as partes da ação, mas todos os seus titulares. *A priori* o STF não aderiu essa teoria sob o argumento de que estaria ferindo o sistema de separação dos poderes, pois agiria como legislador. (FERNANDES, 2011).

Todavia, a aplicação da teoria concretista geral, segundo parte da doutrina, não representa um desrespeito ao princípio da separação dos poderes, por se tratar de regulamentação provisória, sem caráter definitivo, dessa forma sem tornar o judiciário poder legiferante. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010).

Ademais, cabe salientar que se esta diante de um duelo de forças onde o poder judiciário tem que buscar o equilíbrio sem desrespeitar o princípio da separação dos poderes, mas tampouco deixar os cidadãos, com seus direitos violados pela inércia do poder legiferante. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010).

A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de ‘poderes implícitos’, de ‘poderes resultantes’ ou de ‘poderes inerentes’ como formas autônomas de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competência complementares implícitas: (1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão); (2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através de leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais. (CANOTILHO, 2003, p. 543).

Diante do ensinamento acima transcrito, vê-se que a Constituição de 1988 permite que se faça uma compreensão do texto constitucional, pois não rechaça a idéia de

competências implícitas, como o caso de o judiciário suprir omissões, mas considera que essas devem ser feitas quando realmente necessárias. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Há que se frisar a quebra de paradigmas com a utilização da teoria concretista geral pelo Supremo Tribunal Federal. E, por mais que esse não seja o entendimento de todos os ministros que compõem a Corte Constitucional Brasileira, mesmo assim está sendo o entendimento majoritário. (MAZZEI in DIDIER, 2011).

Foi possível adotar essa teoria com o argumento de que a contínua omissão das autoridades legislativas permite ao Judiciário a garantia dos direitos aos cidadãos, mantendo-se a salvo o princípio da separação de poderes. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010).

A inexistência de sanção *inibitória* macula de certa forma a aplicação do conceito de função à atividade legiferante exercida pelo Poder Legislativo; lembrando que há sanção para o não exercício das outras duas funções estatais, a administrativa e a jurisdicional. A situação de intangibilidade direta do estado de inércia do Poder legiferante é fruto de uma intensa influência do *princípio da separação e independência entre os poderes* no nosso ordenamento jurídico.

Entretanto, essa agressão ao conceito de *função do Estado* – principalmente de um Estado de Direito – quando tratamos da atividade legislativa, pode ser abrandada se assumirmos a possibilidade de o Poder Judiciário desempenhar um papel de assegurar a efetivação dos direitos constitucionais através de instrumentos processuais *adequados*. Fixa-se, desde logo, que trata-se de *postura puramente residual*, em que não se ocuparia definitivamente o espaço do legislador, pois, tão logo editada a norma, a superfície ocupada pela decisão judicial perderia sua eficácia. (MAZZEI in DIDIER, 2011, p. 248, grifo do autor).

E para consolidação da teoria concretista geral, e o rompimento com a teoria não concretista, sobrevieram os julgamentos dos Mandados de Injunção nº. 670, 708 e 712, não deixando dúvidas acerca do novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal: a adoção da teoria concretista. Tal teoria adotada de forma majoritária, entretanto não unânime, proporcionou a decisão de que até a edição de lei, no caso, sobre o direito de greve dos servidores públicos, esses deveriam valer-se da lei da iniciativa privada.

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). (BRASÍLIA/DF, 2007b).

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). (BRASÍLIA/DF, 2007c).

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 2º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. (BRASÍLIA/DF, 2007d).

Com os posicionamentos supra mencionados, percebe-se pela primeira vez que o pleno do Supremo optou pela adoção da teoria concretista geral, conferindo-lhe, assim, maior efetividade ao mandado de injunção e prolatando sentenças aditivas, sanando a omissão por meio de adoção de outra lei para aplicação no caso concreto e proporcionando efeito, para que todos os lesados por essa omissão possam utilizar-se da referida lei. (FERNANDES, 2011).

Diante das ementas supracitadas, depreende-se das mesmas uma visão clara sobre a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que usa como um dos argumentos a afirmação de que o legislador não poderia deixar o cidadão sem norma que regulamente seus direitos; poderia até ser esse direito mais ou menos restrito, mas não sem regulamentação.

No mandado de injunção nº 670, alguns votos merecem destaque:

O Ministro Mauricio Correa permaneceu com a opinião de manter a tese não concretista, sob o argumento de que estaria adentrando em uma esfera que não pertence ao Judiciário.

Em outras palavras, não me parece possível, *data venia*, 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 a situação diversa. Por isso, entendo, com o devido respeito, que não se mostra factível o emprego da Lei 7.783/89 para autorizar-se o exercício do direito de greve por parte dos servidores do Poder Judiciário do Estado do Pará, inclusive fazendo *tabula rasa* de disposição legal nela contida que expressamente veda tal hipótese. Ademais, ao emprestar-se eficácia *erga omnes* à tal decisão, como se pretende, penso que esta Suprema Corte estaria intrometendo-se, de forma indevida, na esfera de competência que a Carta Magna reserva com exclusividade aos representantes da soberania popular, eleitos pelo sufrágio universal, direto e secreto.

Todavia, nesse julgado permaneceu o entendimento da tese concretista geral:

O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783 de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Mauricio Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. (Dispositivo do acórdão de n. 670).

No mandado de injunção nº 712 o Ministro Eros Grau defende que enquanto houver omissão legislativa, deverá ser aplicada a Lei nº 7.783/89, em respeito ao princípio da continuidade do serviço público, e entendeu ser necessário o efeito *erga omnes* nessa decisão, em virtude do princípio da isonomia⁵¹ e por ter o Supremo dever de remover obstáculos, não só os do caso em julgamento, mas de todos no mesmo sentido. Veja-se o voto do Ministro Eros Grau:

Fixados estes limites desponta o problema da compreensão da hipótese da norma que será supletivamente formulada pelo tribunal. Deverá ela regular apenas o caso concreto submetido ao tribunal, ou abranger a totalidade dos casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos, embora entre sujeitos diferentes? Dentre essas alternativas, é de optar pela última, posto que atividade normativa dominada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos submetidos ao mesmo preceito constitucional. Também aqui é preciso ter presente que não cumpre ao tribunal remover um obstáculo que só diga respeito ao caso concreto, mas a todos os casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos. [...] Esses parâmetros não de ser definidos por esta Corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, visto que norma jurídica é o preceito, abstrato, genérico e inovador –

⁵¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados que se integra no ordenamento jurídico e não se dá norma para um só. (BRASÍLIA/DF, 2007d).

Outro motivo relevante para a aplicação da teoria concretista geral é a notória limitação, quando das decisões de aplicação da teoria não concretista, vê-se o voto do Ministro Celso de Mello:

Em suma, Senhora Presidente, as considerações que venho de fazer somente podem levar-me ao reconhecimento de que não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável, e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a que se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional –, traduz um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. Daí a importância da solução preconizada pelos eminentes Ministros EROS GRAU (MI712/PA) e GILMAR MENDES (MI 670/ES), cuja abordagem do tema ora em exame não só restitui ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, mas, em posição absolutamente coerente com essa visão, dá eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis. (BRASÍLIA/DF, 2007d).

Dessa forma, com a evolução dos julgamentos do STF com alguns votos divergentes, primeiramente um pouco distantes de uma possível aplicação, acabaram por formar novos entendimentos, suscitar novas idéias, assim como a maturação natural de um novo entender. Tais fatos fizeram com que a Excelsa Corte visualizasse a aplicação bem sucedida de outros países e o descontentamento social gerado. Com a soma de todos esses fatores, utilizando-se de analogia, o judiciário acaba por suprir lacunas, no entanto, cabe ressaltar que, a qualquer momento, o legislador poderá utilizar seu poder legiferante e suprir essa omissão, da forma que entender justa. (PAULO; ALEXANDRINO, 2008).

[...]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 idéia 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. (TAVARES, 2009, p. 980).

Com o Mandado de Injunção de nº 721, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi proferida decisão com natureza mandamental, possibilitando o exercício real do direito da impetrante, desta forma dando eficácia ao remédio que por duas décadas permaneceu inócuo. Optou-se, neste caso, pela adoção da teoria concretista individual direta.

Por duas décadas, o Mandado de Injunção foi considerado ação sem utilidade prática em razão da insignificância prática de seus efeitos, pois as decisões de limitavam a declarar a omissão legislativa sem providências concretas. Isso causava a falta de efetividade do instrumento, que não possibilitava ao impetrante o exercício do direito pretendido. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 386).

No tocante à teoria adotada:

Logo que o Supremo julga procedente o mandado de injunção, ele implementa a eficácia da norma constitucional. E, após o preenchimento do vazio normativo, não

há solução de continuidade, porque a decisão da Corte apenas produz efeitos entre as partes. (BULOS, 2011, p. 407).

Veja-se o julgamento do MI 721, que iniciou a nova era acerca dos efeitos das decisões do *writ* injuncional, com a adoção da teoria concretista individual direta:

O Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em mandado de injunção impetrado, contra o Presidente da República, por servidora do Ministério da Saúde, para, de forma mandamental, adotando o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/91, art. 57), assentar o direito da impetrante à aposentadoria especial de que trata o § 4º do art. 40 da CF. Na espécie, a impetrante, auxiliar de enfermagem, pleiteava fosse suprida a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4º, a fim de possibilitar o exercício do seu direito à aposentadoria especial, haja vista ter trabalhado por mais de 25 anos em atividade considerada insalubre — v. Informativos 442 e 450. Salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou-se caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador (BRASÍLIA/DF, 2007e).

Com esse entender deixou evidente, o caráter mandamental do mandado de injunção, como também nas ações infra mencionadas:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDORA PÚBLICA. ATIVIDADES EXERCIDAS EM CONDIÇÕES DE RISCO OU INSALUBRES. APOSENTADORIA ESPECIAL. § 4º DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. MORA LEGISLATIVA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. 1. Ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição da lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do art. 40 da Magna Carta, impõe-se ao caso a aplicação das normas correlatas previstas no art. 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo. 2. Precedente: MI 721, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 3. Mandado de injunção deferido nesses termos. (BRASÍLIA/DF, 2009a).

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A DISCIPLINAR A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. 1. Servidor público. Investigador da polícia civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade. 2. Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial. 3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei n. 8.213/91. (BRASÍLIA/DF, 2009b).

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da

aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91. APOSENTADORIA ESPECIAL - SERVIDOR PÚBLICO - TRABALHO EM AMBIENTE INSALUBRE - PARÂMETROS. Os parâmetros alusivos à aposentadoria especial, enquanto não editada a lei exigida pelo texto constitucional, são aqueles contidos na Lei nº 8.213/91, não cabendo mesclar sistemas para, com isso, cogitar-se de idade mínima. (BRASÍLIA/DF, 2010).

Necessário se tornou a intervenção do Poder Judiciário, inclusive no sentido de proporcionar uma legislação a ser seguida, a fim de tornar efetiva as normas previstas na Constituição.

De resto, uma sistemática conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art. 1º). (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1268).

Entendeu-se dessa forma, por formar novo convencimento que se baseia no sentido de que se a omissão é sistemática, permite tacitamente ao Judiciário a garantia dos direitos pleiteados por seus jurisdicionados. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010).

Como baliza, o STF também se utiliza do argumento de que se ele pode exercer controle judicial sobre a atividade do legislador, também poderia exercê-lo sobre a inatividade deste.

Ademais, no caso em que tem como discussão a greve de servidor público, o Poder Legislativo já foi cientificado outras vezes pelo Supremo Tribunal Federal, e ainda assim o poder legislativo continua omissivo.

Conforme leciona Bulos, com o novo entendimento do Pretório Excelso é esperado que seja esquecido o entendimento dado ao MI 107/DF, o qual somente informa ao Congresso Nacional que este está em mora, e que seja dado efetivo cumprimento às normas dispostas na Constituição para que os cidadãos não se vejam desamparados diante do Poder Judiciário. (BULOS, 2011).

Segundo alguns autores a decisão com a aplicação da teoria concretista torna-se ainda mais acertada ao verificar-se que mesmo após ser informado da mora e o Judiciário ter tornado concreto os direitos pleiteados o Poder Legislativo segue inerte. (BULOS, 2011).

Com o STF tornando o mandado de injunção remédio realmente efetivo, aumentou consideravelmente o número de ingresso com esse tipo de ação. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011).

Necessário salientar o ocorrido no MI 795: foi observada novamente a aplicação da teoria concretista e suscitada questão de ordem pelo Ministro Joaquim Barbosa, a qual foi aceita por maioria dos ministros, permitindo que ao ser impetrado novo mandado de injunção

com a mesma temática do citado, o Ministro Relator está autorizado a julgar monocraticamente.

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A DISCIPLINAR A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. 1. Servidor público. Investigador da polícia civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade. 2. Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial. 3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei n. 8.213/91. (BRASÍLIA/DF, 2009c).

Importante ressaltar os diferentes efeitos acerca do instituto da coisa julgada⁵² dependendo da teoria adotada, ou seja, se adotada a teoria subsidiária, somente se declarará ou não a omissão do legislador, e assim se o entender for ao sentido de omissão será dada ciência a autoridade inerte. (FERNANDES, 2011).

De outra banda, se a tese adotada for independência jurisdicional, a decisão será transitória, até o suprimimento da omissão pela autoridade legislativa, assim relativizando a coisa julgada. (FERNANDES, 2011).

4.1 DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

É o fenômeno que ocorre quando uma norma sofre alteração, sem alteração do texto original. Tem-se como notícia que foi a Constituição Alemã a primeira a observar a mutação. (BULOS, 2011).

As mutações ocorrem, pois a sociedade sofre mudanças, modifica seu entendimento e dessa forma, a Constituição como organismo vivo também sofre alterações no sentido do alcance e entendimento de seus dispositivos. (BULOS, 2011).

O que vem ocorrendo com as normas objetos dos mandados de injunção, os quais o Pretório Excelso vem conferindo eficácia *erga omnes*, para alguns doutrinadores, pode ser considerado uma mutação constitucional.

A inércia caracteriza-se pela não aplicação intencional, provisória mas prolongada, das disposições constitucionais pelos poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução. Configura inegável processo de mudança constitucional; embora não altere a letra constitucional. Tal paralisação, não desejado ou prevista pelo

⁵² Também se diz *caso julgado*. Entende-se como coisa julgada (*res judicata*) a *sentença*, que se tendo tornado irretratável, por não haver contra ela mais qualquer recurso, *firmou o direito* de um dos litigantes para não admitir sobre a dissidência anterior qualquer outra oposição por parte do contendor vencido, ou de outrem que se sub-rogue em suas pretensões improcedentes. (PLACIDO, 2004, p. 305).

constituente, é de ser tida como inconstitucional. Afeta, também, o sentido da Constituição. [...] Por outro lado, indiretamente, a inércia dá causa à ocorrência de outros processos de mutação constitucional. O distanciamento, no tempo, entre a elaboração constitucional e a sua efetiva aplicação, sofre, inexoravelmente, a influência das transformações sociais diuturnas e constantes, de tal sorte que, após uma prolongada dilatação na aplicação do texto, é provável que esta, quando se efetivar, dê à Constituição sentido e significação diversos daqueles acolhidos no momento da formação da norma fundamental.

Como modalidade de mutação constitucional, a inércia é processo pernicioso, que acarreta conseqüências desastrosas à vida constitucional dos Estados.

De um lado, porque, ao contrário dos demais processos de mutação constitucional, raramente busca adaptar a Constituição à realidade. Na maioria das vezes, serve como instrumento exatamente para evitar tal adaptação.

De outro lado, porque a inércia arrasta consigo a descrença na Constituição. (FERRAZ, 1986, in julgado do STF 670, p. 230-232).

Isto porque não há uma alteração física, todavia, o que há é uma mudança interpretativa, o texto não sofre alterações. (LENZA, 2011).

Para confirmar a idéia, Bulos ressalta: “Até uma omissão inconstitucional, oriunda da inércia do legislador, bem como o desuso no plano constitucional, detectado pela inaplicabilidade consciente e repetida de um preceito supremo, ocasiona o fenômeno.” (2011, p. 148).

4.2 DOS PRINCÍPIOS QUE EMBASAM A AMPLITUDE DOS EFEITOS DA DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para melhor compreensão dos fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca dos efeitos da decisão em sede de mandado de injunção, é preciso compreender alguns princípios que norteiam a novel tese.

A interpretação da Carta Magna de 1988 e das leis vigentes pertinentes ao controle de constitucionalidade, feita pelo Pretório Excelso, toma como base o direito comparado, e suas decisões contêm princípios, que primam pela facilitação e aplicação dos mecanismos de fiscalização abstrata de normas. (BULOS, 2011).

Importante é, antes de qualquer explicação da conseqüência da aplicação de princípios, a conceituação do que vem a ser norma, regras e princípios.

“A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia normas e princípios, não considerando os segundos como fazendo parte do direito. A partir da fase pós-positivista, os

princípios passaram a ser tratados como direito, restando ultrapassada a distinção tradicional”. (FILETI, 2009, p. 82).

A utilização do termo norma é geralmente feita para designar regra e princípio, não só no âmbito do direito, mas também em outros ramos da ciência, entretanto há que se entender o que é norma, principalmente no ramo do direito. (ALEXY, 2008).

Toda definição desse conceito implica decisões sobre o objeto e o método da disciplina, ou seja, sobre o seu próprio caráter. Dessa forma, a fundamentação daquilo que se sustenta variará conforme se entenda norma como o “sentido (objetivo) de um ato pelo qual se ordena ou se permite e, especialmente, se autoriza uma conduta” ou uma “expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada”, com um imperativo ou um modelo de conduta que ou é respeitado ou, quando não, tem como consequência uma reação social, como uma expressão com uma forma determinada ou regra social. (ALEXY, 2008, p. 52).

Eros Grau conceitua norma jurídica como: “*preceito abstrato, genérico e inovador – tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados – que se integra no ordenamento jurídico*”. (GRAU, 2008, p. 239).

Tanto regras como princípios devem ser entendidos como normas, haja vista, que ambos dizem o que deve ser, (ALEXY, 2008); salienta-se que regras e princípios estão na mesma hierarquia. (LENZA, 2011).

É necessária a composição do sistema jurídico de princípios e regras, pois um sistema composto somente de princípios, faltaria guias de comportamento, e seria muito flexível, desta forma faltaria controle, da mesma forma que um sistema composto somente por regras seria demasiadamente rígido, e faltaria flexibilidade para a adaptação para cada caso. (LENZA, 2011).

“O sistema de regras e princípios, assim, tem particular importância porque fornece suportes rigorosos para a solução de certos problemas metódicos e permite ‘respirar’, ‘legitimar’, ‘enraizar’ e ‘caminhar’ o próprio sistema [...]”. (FILETI, 2009, p. 88).

Princípios são mandamentos de otimização, pois são normas que visam a realização de algo com a maior eficácia dentro do que for possível, de forma jurídica e fática, não podendo faltar um desses requisitos. (ALEXY, 2008).

Princípios: a previsão dos *relatos* se dá de maneira mais abstrata, sem se determinar a conduta correta, já que cada caso concreto deverá ser analisado para que o intérprete dê o exato **peso** entre os eventuais princípios em **choque** (*colisão*). Assim, a aplicação dos princípios “não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato”. Destaca-se, assim, a técnica da **ponderação** e do **balanceamento**, sendo, portanto, os princípios **valorativos** ou **finalísticos**. (LENZA, 2011, p. 139, grifo do autor).

De outra banda, as regras são mais restritas, pois se elas estão válidas e vigentes, devem ser efetivadas conforme dispõem. Assim, vê-se que regras estão carregadas de determinações. (ALEXY, 2008).

Regras: relatos descritivos de condutas a partir dos quais, mediante **subsunção**, havendo enquadramento do fato à previsão abstrata, chega-se à conclusão. Diante do conflito entre regras, apenas uma prevalece dentro da ideia do *tudo ou nada* (all or nothing”). A”...**regra** somente **deixará de incidir** sobre a hipótese de fato que contempla se for **inválida**, se houver outra **mais específica** ou se **não estiver em vigor**”(ou seja, acrescenta-se, critérios *hierárquico*, da *especialidade* ou *cronológico*).(LENZA, 2011, p. 139, grifo do autor).

Assim, percebe-se que regras e princípios não estão em graus hierárquicos diferentes, ambos são normas, o que há é uma distinção qualitativa. (ALEXY, 2008).

Feitas estas considerações, passa-se a análise dos princípios atinentes às teorias aplicáveis aos efeitos da decisão de mandado de injunção.

4.2.1 Princípio da Modulação Temporal dos Efeitos do Controle Concentrado de Normas

Esse princípio também é conhecido como declaração de inconstitucionalidade com eficácia restritiva ou limitativa, é reconhecido pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999).

O artigo supra citado é a base do princípio da modulação temporal dos efeitos do controle concentrado de normas. Destarte o Pretório Excelso pode estreitar “os efeitos temporais da declaração abstrata de inconstitucionalidade”. (BULOS, 2011).

Com esse princípio o Supremo pode:

Dosar os efeitos retroativos (*ex tunc*) da decisão abstrata de normas;
Manipular os efeitos gerais (*erga omnes*) da decisão abstrata, limitando-lhe os efeitos temporais. [...]
Fazer uma *ponderação* entre as normas declaradas inconstitucionais e as normas constitucionais aferidoras de *valores supremos*, tais como a moralidade a boa-fé, a coisa julgada, a razoabilidade, a irredutibilidade de vencimentos, a proibição do enriquecimento ilícito, a primazia dos valores decorrentes da cláusula do devido processo legal etc.; e
Driblar as consequências gravosas de um nocivo formalismo cego. (BULOS, 2011, p. 226).

O artigo 27 já citado, faz algumas exigências sendo a primeira delas de cunho formal-procedimental, a qual diz respeito ao número de ministros necessários para que seja

possível restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou seja oito ministros. (BULOS, 2011).

A outra é material-substancial, pois o Pretório Excelso somente poderá limitar os efeitos de sua decisão se for por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. (BULOS, 2011).

É necessário que o artigo 27, da Lei nº 9.868/99, seja utilizado com cautela para que não sejam desvirtuadas as regras clássicas utilizadas nas suas decisões. (BULOS, 2011).

Percebe-se que o Supremo age conforme esse princípio quando dá efeito *erga omnes* em suas decisões em sede de mandado de injunção, pois manipula os efeitos das normas por ele compostas.

4.2.2 Princípio do Apelo ao Legislador

Esse princípio chega ao encontro da teoria não concretista ao qual dá ciência ao legislador para que venha *supra* a omissão.

[...] não acho que, a **priori**, a partir da verificação de uma omissão, deva o Tribunal imiscuir-se, na esfera legislativa, e desde logo produzir normas. Evidentemente, há todo um quadro de inconstitucionalidade a ser respeitado.

No entanto, conforme vimos e tive a oportunidade de elencar, são inúmeros os pronunciamentos dessa Corte, [...]. Todas essas decisões se limitavam a fazer apelos ao legislador, conforme sabemos, os apelos caíram no vazio por conta da convergência que levaram a essa importância. (BRASÍLIA/DF, 2007c).

Em razão deste princípio o Supremo incita o Poder legislativo a elaborar lei para suprir omissão legislativa dentro de determinado prazo. (BULOS, 2011).

Este princípio é originário do direito alemão e tem a intenção de evitar o caos por falta de normas. Na Alemanha a prática desse princípio não é somente incentivar a legislar, mas também preservar novas situações constituídas pela mudança nas relações tanto fáticas como jurídicas. Outro motivo é para pôr à prova se realmente houve ofensa à Constituição. (BULOS, 2011).

4.2.3 Princípio da Máxima Efetividade da Constituição

Por fim, traz-se o princípio da máxima efetividade da Constituição. Este se faz um dos pilares do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal juntamente com o princípio da Supremacia da Constituição, explanado no item 2.

Este princípio pretende dar à norma constitucional a máxima efetividade social.

“Visa imprimir eficácia social às normas constitucionais, extraindo-lhes o maior conteúdo possível, principalmente em matéria de direitos fundamentais”. (BULOS, 2011).

Toma-se as lições do Ministro Carlos Britto:

Senhor Presidente, a Constituição, em tema de direitos e liberdades constitucionais, se desejou pleno-operante, isto é, investiu no chamado Princípio da Máxima Eficácia das Normas pela própria, Constituição. é o que se infere da interpretação conjugada de dois dispositivos emblemáticos da Carta de 1988. O primeiro é o §1º do art. 5º, segundo o qual:

“Art. 5º.....

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Aliás, esse dispositivo foi inspirado no art. 18, nº 1, da Constituição Portuguesa de 1976.

O segundo dispositivo é o mandado de injunção – justamente ele, o mandado de injunção -, no art. 5º, inciso LXXI, assim redigido:

“Art. 5º.....

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

Quero dizer o seguinte: ou a Constituição é aplicada por conter um dispositivo específico para um determinado direito ou liberdade ou por merecimento do mandado de injunção. (BRASÍLIA/DF, 2007c).

“É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais.” (CANOTILHO apud LENZA, 2011, p. 148).

Lenza afirma que os principais argumentos para que seja sustentada essa tese são: “força normativa da Constituição, princípio da supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários, o STF enquanto guardião da Constituição e seu intérprete máximo, dimensão política das decisões do STF.” (2011, p. 257).

Depreende-se, após a análise destes princípios, a possibilidade de o Poder Judiciário decidir com novos contornos a respeito dos efeitos do mandando de injunção. Como exemplo tem-se os mandados de injunção acima mencionados, julgados pelo STF em outubro de 2007, que efetivamente deram uma nova tônica a esta ação constitucional, utilizando-se como premissas essenciais os princípios da máxima efetividade das normas constitucionais e da supremacia da Constituição. Sob tais argumentos, o Supremo inaugurou uma nova tendência, possibilitando a aplicação de efeitos concretos e *erga omnes* ao mandado de injunção.

Cabe referir que não houve violação a harmonia dos poderes, haja vista que o poder público responsável por sanar a omissão, poderá assim fazê-lo quando melhor lhe aprouver desta forma não se vê usurpação por parte do Poder Judiciário da função do Poder Legislativo.

Por fim, é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal rompeu com a tese não concretista, passando a adotar a tese concretista, em suas diversas faces, desta forma tem-se um mandado de injunção com a efetividade para que veio, sendo instrumento capaz de atingir seus objetivos.

5 CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade visa a manter o sistema jurídico hígido, dessa forma mantendo as normas em consonância com a Lei Maior, inicialmente através de um aporte histórico, e depois, com mais detença no positivado pela Constituição de 1988.

Foi tratado sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para que fosse possível mais a frente distinção entre essa e o mandado de injunção.

Nessa linha, passou-se a análise do mandado de injunção que é uma das formas de buscar as garantias previstas na Constituição Federal, é instituto fundamental na seara constitucional, pois visa sanar as omissões que o poder competente para legislar deixou de fazê-lo, e assim deixar a Constituição sempre válida e eficaz.

Fez-se breve distinção entre o Mandado de Injunção e a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, desta forma ressalta-se em que pese às aparentes semelhanças são institutos distintos. A maior semelhança que guardam é no concernente a intenção de para que foram criados, ou seja, para sanar as omissões dos poderes públicos.

A evolução das teorias não concretista e concretista foi analisada, assim possibilitando o aprendizado de que o mandado de injunção não fere o princípio da separação dos poderes, haja vista que é necessário o controle da atividade legislativa e também porque tão logo o poder competente legisle, a lei passará a vigorar sem mais valer a decisão com força normativa do Poder Judiciário.

Do estudo da teoria concretista geral, encontram-se as justificativas e fundamentos para que seja possível utilizá-la, vê-se que são tomados por base os princípios da supremacia da constituição e da máxima efetividade da constituição.

Ademais, percebe-se que foi necessária uma mudança do entendimento do Pretório Excelso para que torne o mandado de injunção instrumento efetivo, e também para abrir novos caminhos na jurisprudência pátria e não deixar que os cidadãos sofram com a inércia do Poder Público, ferindo assim seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade**. Salvador: Podivm, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. **Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990**. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 11 out. 2011

_____. **Lei nº 9.868/99, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 1999a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 23 ago. 2011.

_____. **Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 21 jul. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 197.917**. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília, DF, de 16 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199800906371&dt_publicacao=13-12-1999&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 11 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3682**. Relator: Min. Gilmar Mendes, DF, 09 de maio de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2495**. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 02 de agosto de 2002a. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375411>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1836**. Relator: Min. Moreira Alves, DF, de 04 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=976>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 652**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 02 de abril de 1992a. Disponível em: <<https://stf.jus.br/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 712**. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, de 25 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 1.083**. Relator. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, de 03 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+1083%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+1083%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 708**. Relator. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, de 25 de outubro de 2007b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 11 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 670**. Relator. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, de 25 de outubro de 2007c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 20 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 712**. Relator. Min. Eros Grau. Brasília, DF, de 25 de outubro de 2007d. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 29 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 721**. Relator. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, de 05 de setembro de 2007e. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 788**. Relator. Min. Carlos Brito. Brasília, DF, de 07 de maio de 2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+788%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+788%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 795**. Relator. Min. Carmén Lúcia. Brasília, DF, de 22 de maio de 2009b. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+795%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+795%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 795**. Relator. Min. Carmén Lúcia. Brasília, DF, de 15 de abril de 2009c. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+795%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+795%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 689**. Relator. Min. Eros Grau. Brasília, DF, de 18 de agosto de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81888>. Acesso em: 13 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 562**. Relator. Min. Carlos Veloso. Brasília, DF, de 20 de junho de 2003. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81866>>. Acesso em: 16 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 485**. Relator. Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, de 23 de agosto de 2002b. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81835>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 585**. Relator. Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, de 02 de agosto de 2002c. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81869>>. Acesso em: 15 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 20**. Relator. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, de 22 de novembro de 1996. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>>. Acesso em: 15 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 284**. Relator. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, de 26 de junho de 1992b. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81767>>. Acesso em: 15 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 335**. Relator. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, de 09 de maio de 1991a. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81794>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 342**. Relator. Min. Moreira Alves. Brasília, DF, de 06 de dezembro de 1991b. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325450>> Acesso em: 09 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 232-1**. Relator. Min. Moreira Alves. Brasília, DF, de 02 de agosto de 1991c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 15 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 283**. Relator. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, de 14 de novembro de 1991d. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>>. Acesso em: 15 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n° 107**. Relator. Min. Moreira Alves. Brasília, DF, de 21 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745>>. Acesso em: 09 out. 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites**

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Polis, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: – “novos” direitos e acesso à justiça**. 2 ed. rev. ampl. Florianópolis: OAB/SC editora, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 3 ed. rev. e atual. De acordo com a EC n. 66, de 13/7/2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

DEMO, Wilson. **Manual de história do direito**. 3. ed. Tubarão: Studium, 2004.

DIDIER JUNIOR, Freddie (org.). **Ações Constitucionais**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2011.
e possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ESTEVES, João Luiz M., **Direitos Fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal**, São Paulo: Método, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Remédios Constitucionais**. 2 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**, 34. Ed, São Paulo: Saraiva, 2008.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

GAVAZZONI, Aluísio. **História do Direito**: dos sumérios até a nossa era. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LACERDA, Felipe Moraes Forjas de. **A nova perspectiva sobre o mandado de injunção**. Prática Jurídica, Brasília, DF, ano VII, n. 77, p 50-51, ago. 2008.

LENZA, Pedro, **Direito constitucional esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Método, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira, **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 33 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3.^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

MICHAELIS: **dicionário prático da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

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

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTTA, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **Direito constitucional em perguntas e respostas: soluções claras e objetivas para as principais questões de teoria do Estado, teoria da Constituição e direito constitucional positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=DB4E4T3oTWwC&pg=PP1&dq=Direito+constitucional+em+perguntas+e+respostas:+solu%C3%A7%C3%B5es+claras+e+objetivas+para+as+principais+quest%C3%B5es+de+teoria+do+Estado,+teoria+da+Constitui%C3%A7%C3%A3o+e+direito+constitucional+positivo&hl=pt-BR&ei=qMzdTfP3L5C3tget3_DtCQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CDEQ6AEwAA#v=onepage&q=Direito%20constitucional%20em%20perguntas%20e%20respostas%3A%20solu%C3%A7%C3%B5es%20claras%20e%20objetivas%20para%20as%20principais%20quest%C3%B5es%20de%20teoria%20do%20Estado%2C%20teoria%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20e%20direito%20constitucional%20positivo&f=false>. Acesso em: 11 out. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. In: _____ (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio MontÁlverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional.** Disponível em: <[http:// www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)> Acesso em 10 de set. de 2011.

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

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil:** parte geral. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ANEXO

ANEXO A – MANDADO DE INJUNÇÃO 107-3



Supremo Tribunal Federal

SERVICO DE JURISPRUDÊNCIA

D.T. 02.08.91

EMENTÁRIO Nº 1.627 - 1

1

21.11.90.

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 107-3

DISTRITO FEDERAL

REQUERENTE : JOSÉ EMÍDIO TEIXEIRA LIMA
REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

01627010
03730000
01071000
00000110

E M E N T A: Mandado de injunção. Estabilidade de servidor público militar. Artigo 42, parágrafo 9º, da Constituição Federal. Falta de legitimação para agir.

- Esta Corte, recentemente, ao julgar o mandado de injunção 188, decidiu por unanimidade que só tem legitimatatio ad causam, em se tratando de mandado de injunção, quem pertença a categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele.

- Em se tratando, como se trata, de servidores públicos militares, não lhes concedeu a Constituição Federal direito à estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação desse direito, mas, ao contrário, determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores públicos militares, estabelecendo quais os requisitos que estes devem preencher para que adquiram tal direito.

- Precedente do STF: MI 235.

Mandado de injunção não conhecido.

A C Ó R D ã O

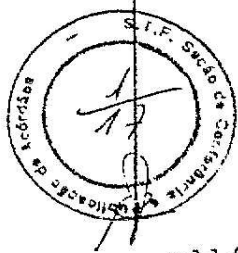
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em não conhecer do mandado de injunção por ilegitimidade ativa do requerente.

Brasília, 21 de novembro de 1990.

NÉRI DA SILVEIRA - PRESIDENTE

MOREIRA ALVES

RELATOR



rdh/

gada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional.

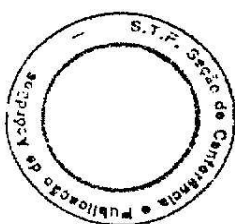
- Assim fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte - que está devidamente definida pelo artigo 102, I, g -, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regule, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber.

Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator."

(Fls. 226)

Resolvida a questão de ordem no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, indeferi o pedido de liminar e abri vista à Procuradoria-Geral da República, que, a fls. 123/124, assim se manifestou em parecer de autoria do Dr. Carlos Victor Muzzi:

" Afirmando contar com mais de 9 anos de serviços prestados ao Exército, JOSÉ EMÍLIO TEIXEIRA LIMA pretende que se edite norma regulamentadora do artigo 42, parágrafo 9º, da Carta de 1988. Assevera que todo o sistema constitucional vigente tende a consagrar a estabilidade do servidor do Estado após cinco anos de serviço, aduzindo ser necessária mão de obra especializada como a que presta à Força Armada e que existe projeto de lei em tramitação, criando quadro suplementar. Culmina por requerer seja suspenso o ato de seu licenciamento até que haja uma norma regulamentadora da matéria que permita sua continuação no serviço ativo do Exército.



Isto posto, é evidente a inadequação da medida pleiteada à hipótese dos autos.

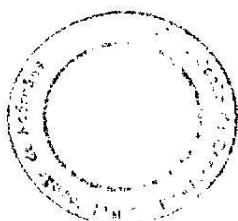
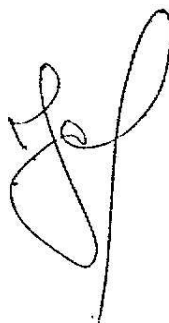
O autor afirma, que teria sido criada uma expectativa de direito à estabilidade. Admitida sua tese, para argumentar, chegar-se-ia à conclusão óbvia de ser ele carecedor da ação proposta, já que o mandado de injunção visa tornar viável direito ou prerrogativa assegurados na Carta Política e não amparar meras expectativas.

Quando o parágrafo 9º do artigo 42 da C. P. de 1988 remeteu à lei ordinária a disciplina da transferência do militar para a inatividade, não criou direito algum e muito menos assegurou estabilidade após determinado tempo de serviço.

Assim, não se vislumbra como a edição da legislação ordinária possa beneficiar o autor, assegurando-lhe alguma coisa que a própria constituição não assegura.

Desta maneira, inexistindo omissão legislativa a se considerar, é o parecer por que não se conheça do mandado de injunção."

É o relatório.



V O T O

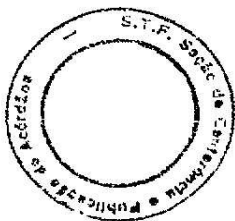
01627010
03730000
01073000
01280350

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES (RELATOR): 1. Em bora o pedido dos autores vise à obtenção da estabilidade no serviço público federal, o que não pode ser alcançado pela via do mandado de injunção que é, como decidiu esta Corte na ques tão de ordem levantada nestes autos, ação mandamental para a declaração da ocorrência de omissão com mora na regulação de direito, liberdade ou prerrogativa outorgados pela Constituição, mas cujo exercício seja obstado pela falta de sua regula mentação, tem este Tribunal entendido também — e isso tendo em vista a vacilação ocorrida na doutrina quanto à fixação da na tureza jurídica dessa ação — que em pedidos do alcance do pro sente está contido o da declaração da omissão com mora do Po der, órgão ou autoridade que deve regulamentar a norma consti tucional para a viabilização do exercício do direito, liberda de ou prerrogativa por ela concedido.

2. Falta, porém, ao requerente legitimação para agir.

Com efeito, esta Corte, ao julgar, caso análogo ao presente (Mandado de Injunção 235), assim decidiu:

" Mandado de injunção. Estabilidade de servidor público militar. Artigo 42, parágrafo 9º da Constituição Federal. Falta de legitimação para agir.

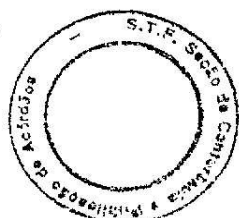


- Esta Corte, recentemente, ao julgar o mandado de injunção 188, decidiu por unanimidade que só tem legitimatio ad causam, em se tratando de mandado de injunção, quem pertença a categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstatado por omissão com mora na regulamentação daquele.

- Em se tratando, como se trata, de servidores públicos militares, não lhes concedeu a Constituição Federal direito a estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação desse direito, mas, ao contrário, determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores públicos militares, estabelecendo quais os requisitos que estes devem preencher para que adquiram tal direito.

Mandado de injunção não conhecido."

3. Em face do exposto, e com fundamento nesse precedente, não conheço do presente mandado de injunção.

31.10.1990

TRIBUNAL PLENO

7

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 107

-

DISTRITO FEDERAL -

V _ O _ T _ O _

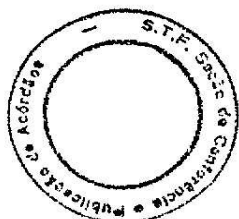
01627010
03730000
01073010
01570440

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, tenho convencimento diametralmente oposto ao do nobre Relator, e também dos integrantes da Casa, sobre a matéria. Tenho esse convencimento assentado em uma determinada premissa: o § 9º do artigo 42 da Constituição Federal cogita de algo positivo e da existência, em si, de um instituto, ou seja, da estabilidade.

Evidentemente, pelo menos sob a minha ótica, o preceito do § 9º sugere ao legislador a disciplina, não da instabilidade, mas sim da estabilidade. O direito está inserido na Lei Básica, mas o exercício não pode ser implementado por falta de uma legislação que regule a espécie.

Abre-se ensejo, a meu ver, para a extinção do mandado de injunção, porque não posso, diante do que se contém no § 9º do artigo 42, concluir que o legislador, em data futura, venha a dispor quanto à ausência da estabilidade, já que o dispositivo se refere à regulamentação do instituto que se apresenta como algo positivo a significar alguma segurança mediante lei.

Por isso, peço vênias ao nobre Ministro relator para manter esta convicção a respeito da matéria, refutando, por-



[Handwritten signature]

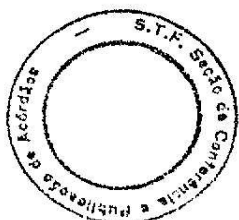
MI nº 107 - DF

2

8

tanto, a carência da demanda proposta. Entendo que há um direi
to que apenas está inviabilizado, no tocante ao exercício, por
falta de legislação regulamentadora.

Rejeito a preliminar. Refuto a carência.



Supremo Tribunal Federal

21.11.1990

TRIBUNAL PLENO

9

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 1.07- 3

DISTRITO FEDERAL

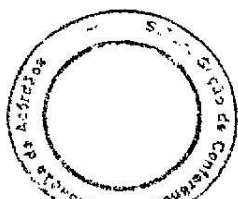
V O T O (VISTA)01627010
03730000
01073020
01560510

O Sr. MINISTRO CARLOS VELLOSO: - 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, ou, como ensina Celso Barbi, adota "uma medida capaz de proteger o direito reclamado", solução que se põe de "acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário, mas limitando a eficácia apenas a esse caso, sem pretender usurpar funções próprias de outros poderes." (Conf. meu artigo "As Novas Garantias Constitucionais", RDA, 177/14, 24).

Divirjo, 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: procedente a ação do mandado de injunção, simplesmente dá-se ciência ao órgão incumbido de elaborar a norma regulamentadora de que está ele omissor. 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.

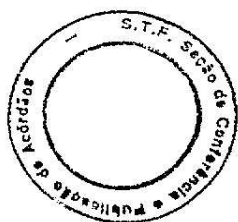
No voto que elaborei para o MI nº 176-6-PE, de que é Relator o eminente Ministro Célio Borja, desenvolvi o tema.

Não obstante, Senhor Presidente, pensar da forma acima exposta, pensamento que reitero, devo reconhecer, entretanto, que, no presente caso, os autores não têm legitimatio ad causam. É que, conforme tem decidido esta Corte Suprema, a partir do

Carlos Velloso

juízo do MI 235-RJ, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, inexiste, no caso, direito concedido pela Constituição e cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma infraconstitucional. No MI nº 269-DF, por mim relatado, também assim decidiu esta Corte. Em suma: o § 9º do art. 42 da Constituição, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal, não confere, de imediato, um direito à estabilidade.

Do exposto, com a vênia do Sr. Ministro Marco Au
rêlio, não conheço do presente mandado de injunção. *pro nunc*



21.11.90

Tribunal Pleno

MANDADO DE INJUNÇÃO 107

-

DISTRITO FEDERAL

01627010
03730000
01073030
01540600

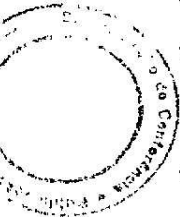
VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhor Presidente, também eu, que já votara no sentido do voto do Relator, no Mandado de Injunção 235, enquanto durou a interrupção do julgamento pelo pedido de vista do eminente Ministro *Carlos Velloso*, pensei sobre o assunto, ante a situação de aparente iniquidade em que foram postos numerosos militares, em face dos servidores civis beneficiados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Auguro, sinceramente, que a futura lei venha a resolver essa situação de injustiça; mas, não creio que, sequer com caráter preventivo, possa servir o mandado de injunção para resguardar, como agora explica lealmente o ilustre advogado, não um direito de exercício inviabilizado, mas uma mera eventualidade de um direito a surgir da lei futura.

Quanto à inexistência do direito, já o demonstrou suficientemente o eminente Relator, e acaba de repisá-lo o eminente Ministro *Carlos Velloso*.

O art. 42, § 9º, é pouco mais do que uma norma de competência. Ali, como a própria Constituição se encarregara de



MI nº 107 - DF

- 2 -

disciplinar a estabilidade e a inatividade dos servidores civis, apenas se disse que, quanto aos militares, essa disciplina era relegada à lei ordinária.

Objetou o eminente Ministro *Marco Aurélio*, em a-
parte ao Ministro *Carlos Velloso*, que se não houvesse necessidade
de lei, não estaríamos, aqui, a cuidar do mandado de injunção. Mas,
data venia, há que distinguir duas hipóteses. Basta cotejar, por
exemplo, o art. 42, § 9º, com o art. 202, onde se diz que é assegu-
rada a aposentadoria previdenciária, nos termos da lei: aí sim,
deu-se o direito, mas o exercício do direito está inviabilizado .
A meu ver, esse mero cotejo mostra, na verdade, que, ao contrário,
no art. 42, § 9º, há apenas uma competência do legislador para
dispor sobre estabilidade, que poderá ser concedida de modo a bene-
ficiar ou não os impetrantes, como acaba lealmente de reconhecer
da tribuna o ilustre patrono da causa.

Com esses breves fundamentos, apenas em homenagem
à luta, ao denodo dos impetrantes e de seu patrono, acompanho o e-
minente Relator, não conhecendo do mandado de injunção.



mcpr/

Supremo Tribunal Federal

13

21.11.90

TRIBUNAL PLENO

3

MANDADO DE INJUNÇÃO

Nº 00001073/400

Origem : DISTRITO FEDERAL
Relator : MINISTRO MOREIRA ALVES

0000107

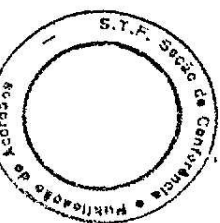
V O T O (Preliminar)

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD - Senhor Presidente, se tivesse dúvida a respeito da espécie, a intervenção do eminente Advogado, há instantes, prestando um esclarecimento e precisando o seu pensamento a respeito do objeto real da ação em mandado de injunção como uma providência preventiva, teria fortalecida a minha convicção.

Assim, sem mais considerações, acompanhando o voto do eminente Relator e dos demais que o seguiram, não conheço do mandado de injunção.

or Pre
nção d
e pr
o em
taleci

nhando
conheço



A handwritten signature in black ink, appearing to be "Paulo Brossard".

Legislação Judicial Federal

21.11.90

TRIBUNAL PLENO

14

PAG. 1

MANDADO DE INJUNÇÃO

Nº 00001073/400
DISTRITO FEDERAL

V O T O

(PRELIMINAR)

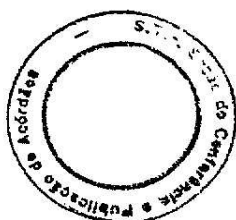
O SR. MINISTRO CÉLIO BORJA: Sr. Presidente, faço minhas as palavras de simpatia antes pronunciadas pelos eminentes Colegas, pela causa dos requerentes do mandado de injunção, mas tenho lavrado acórdãos, neste Plenário, em situações idênticas a essa, nos quais não reconheci direito aos postulantes.

Por isso, pedindo vênica ao eminente Ministro MARCO AURÉLIO, acompanho o Senhor Relator, não conhecendo do mandado de injunção.

* * *

01627010
03730000
01073050
01520850

G



Supremo Tribunal Federal

21.11.90.

TRIBUNAL PLENO

15

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 107 DISTRITO FEDERAL

V O T O PRELIMINAR

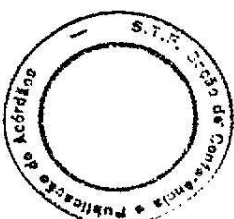
01627010
03730000
01073060
01400970

O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES:

Sr. Presidente, peço vênia ao eminente Ministro MARCO AURÉLIO, para acompanhar o eminente Relator e os que o seguem.

A Constituição apenas determinou que a lei fixe as hipóteses em que a estabilidade será adquirida. Mas não reconheceu aos autores, desde logo, essa estabilidade, de modo que independesse de requisitos. E não os apontou de pronto. Então a hipótese não é de mandado de injunção, pois este só cabe, quando o direito já está previsto na Constituição, mas seu exercício depende de norma regulamentadora. Para isso lhes falta a legitimidade ativa, como decidiu o Plenário em precedentes similares.

Acompanho, pois, os votos proferidos nesse sentido, não conhecendo do pedido mas esperando que o Congresso faça justiça aos impetrantes que tanto serviço prestam a nossa Pátria.



Supremo Tribunal Federal

16

MANDADO DE INJUNÇÃO

NR 00000107/

V O T O

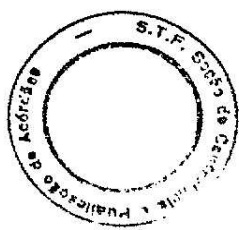
O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO - Senhor Presidente, parece-me que, em face dos precedentes desta Corte, em hipóteses similares, não é possível conceder-se o mandado de injunção. Quanto a essa formulação feita da tribuna pelo advogado, não é possível sequer atendê-la, já que reconhecemos que há ilegitimidade "ad causam" na postulação.

Com essas considerações, pedindo vênias ao eminente Ministro MARCO AURÉLIO, acompanho o ilustre Relator, não conhecendo do mandado de injunção.

Aldir J. Passarinho

* * * * *

01627010
03730000
01073070
01381000



Supremo Tribunal Federal

SECRETARIA DO PLENÁRIO

17

EXTRATO DA ATA

MI 107-3 - DF

Rel.: Min.: Moreira Alves. Reqte.: José Emídio Teixeira Lima (Adv.: José Henrique Pinto e Marcia Aguiar Pereira). Reqdo.: Presidente da República.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do mandado de injunção, e do voto do Sr. Min. Marco Aurélio, tomando conhecimento do pedido, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Sr. Min. Carlos Velloso. Falaram: pelo Reqte.: o Dr. José Henrique Pinto e pelo Ministério Público Federal o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Plenário, 31.10.90.

Decisão: Por maioria, o Tribunal não conheceu do mandado de injunção por ilegitimidade ativa do requerente, vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente. Plenário, 21.11.90.

01627010
03730000
01074000
00001120

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes os Senhores Ministros Moreira Alves, Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Célso Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso e Marco Aurélio.

Procurador-Geral da República, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

p/ *[assinatura]*
Hércules Bonifácio Ferreira
Secretário

ANEXO B – MANDADO DE INJUNÇÃO 232-1

Supremo Tribunal Federal

06.02.91

TRIBUNAL PLENO

19

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 232 - 1 -

RIO DE JANEIRO

RELATOR : O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES
REQUERENTE: CENTRO DE CULTURA PROF. LUIZ FREIRE
REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

R E L A T Ó R I O

01655010
03730000
02322000
00000200

O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES: — O Centro de Cultura Prof. Luiz Freire, alegando a qualidade de entidade civil, de fins filantrópicos, dedicada à prestação de assistência social, impetra mandado de injunção contra o Congresso Nacional, sob o fundamento de que o parágrafo 7º do artigo 195 da Constituição Federal concedeu às entidades beneficentes de assistência social isenção de contribuição para a seguridade social, desde que atendam às exigências estabelecidas em lei, razão por que, sem a edição dessa norma regulamentadora — o que ainda não ocorreu —, o exercício do direito do impetrante não é exercitável. Acentua, ainda, que, de acordo com o artigo 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, "os projetos de lei relativos à organização de seguridade social e os planos de custeio e de benefícios serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los". Esse prazo já decorreu sem que a lei em causa tenha sido editada, sendo certo, ainda, que já entrou em vigor a Lei nº 7.787, de 30.6.89, que aumentou a alíquota das contribuições previdenciárias, sem regulamentar a isenção outorgada no parágrafo 1º do artigo 195 da Constituição Federal.

Em face disso, requer o impetrante:

"I - A concessão de medida liminar, para



Supremo Tribunal Federal

MI nº 232 - 1 - RJ

20

02.

o fim de estender ao impetrante os efeitos isentivos do artigo 1º, parágrafo 1º, do Decreto-Lei nº 1572/77, desde o decurso do prazo previsto no art. 59 dos ADCT até julgamento do presente mandado de injunção;

II - Conceder a injunção, no mérito, para o fim de estabelecer os requisitos a serem preenchidos pelo impetrante com vistas ao gozo da isenção da contribuição previdenciária de que cuida o artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição Federal;

III - A intimação do impetrado, na pessoa do Presidente do Senado Federal (CF, art. 57, § 5º), para que preste as informações que julgar necessárias;

IV - A intimação do douto representante do Ministério Público Federal, para officiar no feito." (fls. 11/12)

Indeferida a liminar, foram solicitadas informações.

O Exmo. Sr. Presidente da Câmara as prestou às fls. 45/46, onde se lê:

"A respeito do tema, encontra-se sob revisão desta Casa, nos termos do art. 65, da Carta Magna, o Projeto de Lei nº 4.061/89 (v. anexo). Além desta que, regimentalmente, tem preferência para discussão e votação, tramitam, por iniciativa de Senhores Deputados, várias outras proposições com o mesmo objetivo, conforme se vê na listagem em apenso.

O assunto está sendo, também, objeto de providências legislativas no âmbito global da regulamentação do Plano de Custeio da Previdência Social, através do Projeto de Lei nº 3.101-A, de 1989, cujo substitutivo, aprovado pela Comissão de Saúde, Previdência e Assistência Social, aguarda, apenas, a manifestação da Comissão de Finanças e Tributação para trilhar a fase final do trâmite nesta Casa (v. cópias de trechos pertinentes da publicação em suplemento do Diário do Congresso Nacional, de 24 de fevereiro des

Supremo Tribunal Federal

MI nº 232 - 1 - RJ

21

03.



te ano, apensadas)."

Também o Exmo. Sr. Presidente do Congresso Nacional informou, às fls. 71/73:

"Em atenção ao Ofício nº 151/P, de 06.4.90, de Vossa Excelência, referente ao Mandado de Injunção nº 232 - 1 - RJ, impetrado pelo CENTRO DE CULTURA PROFESSOR LUIZ FREIRE, tenho a informar que se encontram em tramitação no Congresso Nacional as seguintes proposições:

I) Projeto de Lei nº 3.025/89 - Deputado JUAREZ MARQUES BATISTA - em 27.06.89 - Apensado ao PL nº 649/88, nos termos do artigo 71 do Regimento Interno; (doc. 1)

II) Projeto de Lei nº 649/88 - Deputado GERALDO ALCKMIN FILHO - Em 31.10.89 - Apensado ao PL nº 4.061/89; (doc. 2)

III) Projeto de Lei do Senado nº 20/89 (PL nº 4061/89 - Câmara dos Deputados) - Senador JARBAS PASSARINHO - Em 02.04.90 - Comissão de Constituição e Justiça e Redação - Relator Deputado SIGMARINGA SEIXAS; (docs. 3 e 4)

IV) Projeto de Lei nº 2898/89 - Deputado NELSON SEIXAS - Em 31.10.89 - Apensado ao PL nº 4061/89; (doc. 5)

V) Projeto de Lei nº 3.174/89 - Deputado DORETO CAMPANARI - Em 07.08.89 - Apensado ao PL nº 2597, nos termos do artigo 71 do Regimento Interno; (doc. 6)

VI) Projeto de Lei nº 2597/89 - Deputado COSTA FERREIRA - Em 31.10.89 - Apensado ao PL nº 4061/89; (doc. 7)

VII) Projeto de Lei nº 3223/89 - Deputado FRANCISCO AMARAL - Em 07.08.89 - Apensado ao PL nº 649/88, nos termos do artigo 71 do Regimento Interno; (doc. 8)

VIII) Projeto de Lei nº 3274 - Deputado ALDROALDO STRECK - Em 21.08.89 - Apensado ao PL nº 2016, nos termos do artigo 71 do Regimento Interno; (doc. 9)

Supremo Tribunal Federal

MI nº 232 - 1 - RJ

22

04.

IX) Projeto de Lei nº 2016/89 - Deputado DIONÍSIO DAL PRÁ - Em 31.10.89 - Apensado ao PL nº 4061/89; (doc. 10)

X) Projeto de Lei nº 3567/89 - Deputado AIRTON SANDOVAL - Em 18.09.89 - Apensado ao PL nº 649/88, nos termos do artigo 71 do Regimento Interno; (doc. 11)

XI) Projeto de Lei nº 3963/89 - Deputado DASO COIMBRA - Em 23.10.89 - Apensado ao PL nº 649/88, nos termos do artigo 71 do Regimento Interno; (doc. 12)

XII) Projeto de Lei nº 2891/89 - Deputado EDUARDO SIQUEIRA CAMPOS - Em 31.10.89 - Apensado ao PL nº 4061/89; (doc. 13)

XIII) Projeto de Lei nº 4074/89 - Deputado FRANCISCO AMARAL - Em 11.12.89 - Apensado ao PL nº 4061/89; (doc. 14)

XIV) Projeto de Lei nº 4129/89 - Deputado FRANCISCO AMARAL - Em 11.12.89 - Apensado ao PL nº 4061/89; (doc. 15)

XV) Projeto de Lei nº 3101/89 - Deputado RAIMUNDO BEZERRA - Em 04.04.90 - Comissão de Finanças e Tributação - Relator FERNANDO BEZERRA COELHO; (doc. 16) e

XVI) Projeto de Lei Complementar nº 39/88 - Deputado NELSON SEIXAS - Em 23.06.89 - Deferido requerimento Comissão de Constituição e Justiça e Redação, solicitando a transformação deste projeto em outro de lei ordinária. (doc. 17)

Estas, Senhor Presidente, as informações que me cabe prestar em atenção ao solicitado."

As fls. 167/171, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, devidamente aprovado pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral da República:

- " 1. Cuida-se de impetração com alegado fundamento no art. 5º, LXXI, c.c. o art. 102, I, f, da Lei Maior, apondo o Congresso Nacional como impetrado.

Supremo Tribunal Federal

MI nº 232 - 1 - RJ

23

05.

2. O impetrante - que se apresenta como associação civil sem fins lucrativos - pediu à Suprema Corte: a) "medida liminar, para o fim de estender ao impetrante os efeitos isentivos do art. 1º, § 1º, do Decreto-lei nº 1.572/77, desde o decurso do prazo previsto no art. 59 do ADCT até julgamento do presente mandado de injunção" (sic, v. fls. 11); b) ao final, "injunção para o fim de estabelecer os requisitos a serem preenchidos pelo impetrante com vistas ao gozo da isenção da contribuição previdenciária de que cuida o art. 195, § 7º, da Constituição Federal" (sic, v. fls. 11).

3. Como causa de pedir, o impetrante afirma:

a) que "é entidade civil, de fins filantrópicos, dedicada à prestação de assistência social", nos termos da cláusula estatutária (v. fls. 02), bem como "contribuinte da seguridade social, por força da revogação da Lei nº 3.577, de 04 de julho de 1959, que concedia isenção da contribuição previdenciária às entidades de fins filantrópicos (doc. nº 03) pelo Decreto-lei nº 1572, de 1º de setembro de 1977 (doc. nº 04)" (sic, v. fls. 03); além disso, "é registrado no Conselho Nacional de Serviço Social (doc. nº 06)" e foi declarado como de utilidade pública (v. fls. 09);

b) que, em face do art. 195, § 7º, da Constituição Federal, tem "direito ao gozo de isenção da contribuição patronal para custeio da seguridade social" (sic, v. fls. 04);

c) que, "sem a edição da norma regulamentar que venha a dar eficácia plena ao preceito constitucional isentante, está inviabilizado, inexoravelmente, o exercício pelo impetrante, do direito que é constitucionalmente assegurado" (sic, v. fls. 04);

Supremo Tribunal Federal

MI nº 232 - 1 - RJ

24

96.

d) que "o legislador constituinte estabeleceu obrigação inarredável ao legislador ordinário, da qual somente poderá se desincumbir quando editar norma estabelecendo os requisitos exigidos pela Constituição Federal" (sic, v. fls. 04);

e) que, todavia, até o momento não foi editada regulamentar constitucionalmente exigível, configurando-se omissão legislativa que frustra o gozo da isenção colimada;

f) que essa omissão, outrossim, desafia o disposto no art. 59 do ADCT da Carta em vigor.

4. Em síntese, a causa de pedir está enunciada às fls. 11, verbis:

- "a) Considerando que o art. 195, § 7º assegura ao impetrante direito constitucional à isenção da contribuição previdenciária;
- b) Considerando que, para o gozo da isenção, faz-se mister a edição de lei estabelecendo os requisitos a serem preenchidos pelas entidades de assistência social;
- c) Considerando que, a despeito do art. 59 dos ADCT, o impetrado permanece omissa na edição na norma integrativa;
- d) Considerando que a omissão do impetrado vem causando prejuízos de difícil e incerta reparação ao impetrante."

5. O pedido de medida liminar foi denegado pelo despacho de fls. 39.

6. Prestaram informações os Presidentes da Câmara dos Deputados (v. fls. 45/70) e do Senado Federal (v. fls. 71/164), noticiando os projetos, em curso no Congresso Nacional, pertinentes à regulamentação do § 7º do art. 195 da Lei Maior.

7. Em face da jurisprudência da Suprema Corte, porém, revela-se inviável o seguimento da impetração sob exame.

8. Conhecido é o magistério do Min. CELSO DE MELLO - em despacho exarado no MI nº 164-2-SP (v. DJ de 24/10/89, págs. 16230/16232) -, verbis:

Supremo Tribunal Federal

MI nº 232 - 1 - RJ

25

97.

"O mandado de injunção constitui um dos mais expressivos instrumentos jurídicos de proteção jurisdiccional aos direitos, liberdades e prerrogativas de índole constitucional. A tutela concretizadora desses direitos fundamentais, mediante a utilização desse singularíssimo meio formal, deriva da necessidade de tornar viável o seu exercício, que é obstado pela inércia do Estado em adimplir o dever de emanar normas, imposto pela Constituição.

Por isso mesmo, a nova Lei Fundamental do Brasil institucionalizou esse remedium juris, com o objetivo de superar as consequências prejudiciais às liberdades públicas, que necessariamente decorrem do comportamento negativo do Poder Público, que se abstém de cumprir a obrigação constitucional de editar normas e de prescrever regras jurídicas imprescindíveis ao exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas assegurados pelo texto da Carta Política".

9. No entanto, o mandado de injunção - consoante o decidido pelo Excelso Pretório - "se destina a obter sentença que declare a ocorrência da omissão constitucional, com a finalidade de que se dê ciência ao omissor dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos, se se tratar de direito constitucional oponível ao Estado, mas cujo exercício está inviabilizado por omissão deste" (v. MI nº 42-5-DF (Liminar), Rel. Min. MOREIRA ALVES, despacho no DJ de 07/02/90, pág.507).

10. Outrossim, no julgamento de questão de ordem no MI nº 107, a Suprema Corte afirmou a natureza mandamental do novel instituto, "de forma que a prestação jurisdiccional estará circunscrita à ciência do Poder omissor da declaração de inconstitucionalidade por sua mora na regulamentação do direito, cabendo-lhe agir de imediato" (v. MI nº 195-2-DF, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, despacho no DJ de 19/12/89, pág. 18510).

Em face do exposto, afigura-se-nos juridicamente impossível o pedido formulado, o que justifica a extinção do processo,



Supremo Tribunal Federal

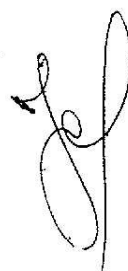
MI nº 232 - 1 - RJ

08.

26

mediante o indeferimento da petição inicial (v. arts. 295, I, parágrafo único, do C.P.C., 21, § 1º, do RI do S.T.F.; e art. 38 da Lei nº 8.038, de 28/05/90). É o que sugere o parecer."

É o relatório.

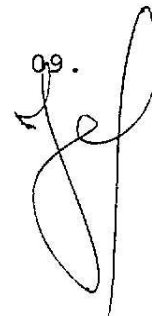


Supremo Tribunal Federal

MI nº 232 - 1 - RJ

27

09.


V O T O

O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES (RELATOR):

— 1. O pedido da impetrante — o de que este Tribunal estabeleça os requisitos que ela deverá preencher para ser imune de contribuição para a seguridade social — não pode ser objeto do mandado de injunção como ficou decidido no julgamento do de nº 107.

Em casos semelhantes, porém, tem-se admitido que pedido dessa extensão possa ser interpretado como abrangente de requerimento de menor amplitude, ou seja, de declaração de omissão morosa na elaboração da norma regulamentadora para o efeito da determinação ao Poder, órgão ou autoridade faltosa que cumpra seu dever constitucional.

2. Sucede, porém, que, no caso, o parágrafo 7º do artigo 195 não concedeu o direito de imunidade às entidades beneficentes de assistência social, direito esse que apenas não pudesse ser exercido por falta de regulamentação, mas somente lhes outorgou a expectativa de, se vierem a atender as exigências a ser estabelecidas em lei, verem nascer, para si, o direito em causa. O que implica dizer que esse direito não nasce apenas do preenchimento da hipótese de incidência contida na norma constitucional, mas, depende, ainda, das exigências fixadas pela lei ordinária, como resulta claramente do disposto no referido parágrafo 7º:

"São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei".

01655010
03730000
02323000
01280300



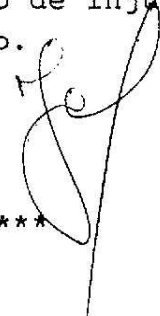
Supremo Tribunal Federal

MI nº 232 - 1 - RJ

10.

28

3. Não tendo, portanto, a Constituição Federal concedido às entidades beneficentes de assistência social, em abstrato, direito subjetivo à imunidade, falta à autora legitimação para propor mandado de injunção, razão por que não conheço da presente impetração.

*****

Cmmc.

Supremo Tribunal Federal

6.2.1991

TRIBUNAL PLENO

29

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 232

-

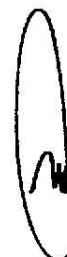
RIO DE JANEIRO-

VOTO S/ILEGITIMIDADE AD CAUSAM

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, receio que possamos chegar a um círculo vicioso, estabelecendo que entidade beneficente alguma é legitimada para impetrar mandado de injunção, já que não temos a legislação de que cogita a parte final do § 7º do artigo 195 da Constituição Federal.

Quando a Corte defrontou-se com mandados de injunção relativos à estabilidade dos militares, conclui pela existência do direito e pela legitimação ad causam dos Impetrantes. Faço-o também nesta assentada porquanto, se concluir de forma diversa, terei sérias dificuldades para apontar uma sociedade beneficente que seja parte legítima para essa impetração. E a partir do momento em que concluímos que a eficácia do § 7º do artigo 195, quanto à isenção nele contemplada, de uma legislação ordinária, é preciso que se dê alcance à previsão relativa ao mandado de injunção.

Peço vênica ao nobre Relator para, no caso, rejeitar a ilegitimidade que S. Exa. declara, chegando à carência da demanda proposta.



Supremo Tribunal Federal

06.02.1991

TRIBUNAL PLENO

30

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 232-

RIO DE JANEIRO

V O T O (S/ILEGITIMIDADE AD CAUSAM)

O Sr. MINISTRO CARLOS VELLOSO: - Sr. Presidente, com a vênia do Sr. Ministro Relator, penso que a disposição inscrita no § 7º do art. 195 difere daquela inscrita no § 9º do art. 42 da Constituição Federal.

No § 9º do art. 42 há como que uma delegação do constituinte ao legislador ordinário; já no § 7º do art. 195, estabelece-se que, atendidas as exigências inscritas na lei, as entidades beneficentes de assistência social gozam de isenção da contribuição para a seguridade social.

O direito está concedido desde que atendidas as condições e os requisitos inscritos em lei. Que requisitos seriam esses? A impetrante quer sabê-los, quer conhecê-los. Poderiam ser requisitos que estabelecessem exigências além da situação ontológica da entidade beneficente? Penso que não! Uma entidade que na realidade seja beneficente — e não há qualquer impugnação a essa condição da impetrante, ou que não fosse ela, na verdade, entidade beneficente — e que atenda, por exemplo, os requisitos inscritos no Código Tributário Nacional para o gozo da imunidade relativamente aos impostos (art. 14 do Código Tributário Nacional), tem, lícitamente, a pretensão de gozar daquilo que a Constituição no art. 195 chama de "isenção" e que, concedo, seja, na realidade, uma imunidade. Destarte, essa entidade não exercita o direito que a Constituição lhe concede, por ser entidade beneficente, em razão da inércia do legislador, que não fixa os requisitos, ou as exigências referidas pela Constituição.

Posta assim a questão, quer-me parecer razoável o pedido e ocorrerem, no caso, as condições de legitimidade que autorizam o ajuizamento do mandado de injunção.

Com estas breves considerações, e com a vênia sempre devida ao Sr. Ministro Relator, rejeito a preliminar de ilegitimidade.



Supremo Tribunal Federal

06.02.91

TRIBUNAL PLENO

31MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 232-1/400 - DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - A superioridade normativa da Constituição traz, ínsita em sua noção conceitual, a idéia de um estatuto fundamental, cujo incontrastável valor jurídico atua como pressuposto de validade de toda a ordem positiva instituída pelo Estado. Nela, acha-se consubstanciada uma ordem normativa cujo grau de eficácia e aplicabilidade revela-se, no entanto, essencialmente desigual. A doutrina constitucional, quer no plano do direito brasileiro (com Ruy Barbosa, "Comentários à Constituição Federal Brasileira" (coligidos por Homero Pires), vol. 2/474-476, 1933; José Afonso da Silva, "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", p. 253/255, 1968, RT; Celso Ribeiro Bastos/Carlos Ayres Britto, "Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais", 1982, Saraiva, dentre outros), quer no plano do direito comparado (com Thomas M. Cooley, "A treatise on the Constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union", p. 119/120, 1903, Boston; Caetano Azzariti, "Problemi attuali di diritto costituzionale", p. 98, 1951, Milano; Vezio Crisafulli, "La Costituzione e le sue disposizioni di principio", 1952, Milano, inter plures), sempre sustentou, ainda que com variações termino

655010
730000
323030
550630

Supremo Tribunal Federal

MI 232-1/400 - DF

32 -02-

lógicas diversas e expressões conceituais distintas, a existên
cia de um irrecusável gradualismo eficacial das normas constitu
cionais.

Maria Helena Diniz, em científica abordagem desse te
ma ("Norma Constitucional e seus Efeitos", p. 104, 1989, Sarai-
va), assevera que

"Hã, portanto, um gradualismo na eficácia das normas cons
titucionais, por não serem idênticas quanto à produção de seus
efeitos e à sua intangibilidade ou emendabilidade.

Certos mandamentos constitucionais são completos e ple-
nos, por não exigirem normação subconstitucional posterior,
independendo de leis complementares ou de leis ordinárias que
permitam a sua aplicação imediata; outros não têm essa execu
ção imediata, devendo ser completados por leis ulteriores. Nes-
tes últimos, os efeitos pretendidos pelo poder constitu
inte só ocorrerão se houver a requerida emissão de norma jurídica
ordinária ou complementar.

Hã um escalonamento na intangibilidade e nos efeitos dos
preceitos constitucionais, pois a Constituição contém normas
com eficácia absoluta, plena e relativa. Todas têm juridicida
de, mas seria uma utopia considerar que têm a mesma eficácia,
pois o seu grau eficacial é variável. Logo, não há norma cons
titucional destituída de eficácia. Todas as disposições cons-



Supremo Tribunal Federal

MI 232-1/400 - DF

33 -03-

titucionais têm a possibilidade de produzir, à sua maneira, concretamente, os efeitos jurídicos por elas visados."

Outro não é, na matéria, o ensinamento de **José Afonso da Silva** (op. cit., p. 75), para quem "O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte, enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida".

Essa exigência de completabilidade da norma constitucional de eficácia meramente relativa torna-a, por via de consequência, diretamente dependente, para fins de sua integral aplicabilidade, de ato legislativo futuro. Essa particular situação normativa das regras constitucionais que demandam a *interpositio legislatoris*, para que possam, então, operar, em plenitude, todas as suas consequências e virtualidades eficaciais, foi bem apreendida por **Vezio Crisafulli** (op. cit., p. 159), que lhes conferiu a designação formal de normas constitucionais de eficácia limitada, por dependerem

" (....) de emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhes a eficácia, mediante lei (....), lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados."



Supremo Tribunal Federal

MI 232-1/400 - DF

34

-04-

É, precisamente, o que ocorre com o preceito inscrito no § 7º do art. 195 da Constituição Federal, que configura, na clássica acepção das regras constitucionais de eficácia limitada, uma estrutura jurídica sem suficiente densidade normativa. Sem a legislação integrativa da vontade do constituinte, normas constitucionais - como a de que ora se trata - "não produzirão efeitos positivos" e nem mostrar-se-ão aplicáveis em plenitude, pois "Não receberam (...) do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação imediata" (Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 101). Reclamam, em caráter necessário, atos de mediação legislativa, que lhes complementem o próprio conteúdo normativo.

A norma consubstanciada no art. 195, § 7º, da Constituição, instituiu, claramente, em favor das entidades beneficentes de assistência social, uma situação subjetiva de vantagem no plano jurídico.

Reconheceu-lhes, de modo efetivo e indisputável, direito público subjetivo à imunidade, em face das contribuições para a seguridade social, uma vez atendidas as exigências estabelecidas em lei, que constitui, na espécie, o instrumento jurídico-normativo de concretização da vontade do legislador constituinte.

A regra contida no § 7º do art. 195 da Lei Fundamental - que configura complexo normativo aberto - qualifica-se, inegavelmente, como preceito constitucional de integração, a re-

Supremo Tribunal Federal

MI 232-1/400 - DF

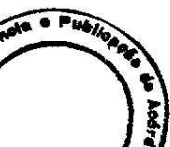
33 -05-

clamar, em caráter necessário, a mediação legislativa concretizadora do comando nela positivado. A lei, no caso em análise, atua como indispensável instrumento de concretização do mandamento constitucional. E cumpre - realizando-o - o reenvio constitucional, de que é destinatário o próprio Congresso Nacional, que, assim, coopera na determinação material do tema que constitui objeto da remissão efetuada pela Carta Política.

Cumpra ter presente, neste ponto, o magistério de J. J. Gomes Canotilho (v. "Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador", p. 403, 1982, Coimbra Editora, Limitada), para quem, *verbis*:

"A Constituição remete ou reenvia para as leis, em virtude da abertura, incompletude ou indeterminabilidade das suas normas, a concretização dos preceitos constitucionais. Trata-se, fundamentalmente, de um reenvio dinâmico, pois o legislador coopera na determinação e conformação material (...) do objeto do reenvio."

Concluindo: tenho para mim, Sr. Presidente, que a incompletude da norma constitucional ora invocada - que reconheceu o direito das entidades beneficentes à imunidade referida - inviabiliza o exercício dessa prerrogativa de ordem jurídico-tributária, em virtude, precisamente, da ausência de edição da lei reclamada pelo texto da Carta Política. A situação de lacuna técnica (v. Maria Helena Diniz, op. cit., p. 36/37, 1989, Saraiva),



Supremo Tribunal Federal

MI 232-1/400 - DF

36

-06-

que deriva da inércia do Estado no adimplemento de sua obrigação de legislar e que provoca, por efeito causal, a impossibilidade do exercício de um dado direito, bem está a justificar, no caso, a impetrabilidade do mandado de injunção.

Assim, e com a vênia do eminente Relator, acompanho os votos dos ilustres Ministros que me precederam.

É o meu voto.



__S__S__S__S__S__

/tam.



Supremo Tribunal Federal

37

06.02.91

Tribunal Pleno

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 232

-

RIO DE JANEIRO

VOTO S/ PRELIMINAR

(ILEGITIMIDADE AD CAUSAM)

01655010
03730000
02323040
01540700

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhor Presidente, dispenso-me de maiores considerações diante da riqueza do debate.

Em termos puramente teóricos, de teoria geral do direito, nada teria a acrescentar à lição que recebemos do voto do eminente Relator.

Mas o problema é outro: é chegar a um conceito de direito subjetivo obstado pela omissão legislativa, que seja adequado a dar finalidade útil, a responder à inspiração teleológica do mandado de injunção.

Exigir um direito subjetivo completo como pressuposto da impetração do mandado de injunção - salvo um ou outro exemplo, como, o de que nos ocupamos, na semana passada, do art. 202 da Constituição - será esvaziar de todo este instituto.

Por isso, Senhor Presidente, creio que é preciso distinguir. Não se pode pensar em mandado de injunção, e assim decidiu o Tribunal, acertadamente, no caso dos militares, com base no art. 42, § 9º, onde se estabeleceu a mera competência legisla



Supremo Tribunal Federal

MI nº 232 - RJ

38

- 2 -

tiva para conceder-lhes, ou não, eventual e livremente, o direito à estabilidade.

Assim, também, para dar outro exemplo, refiro-me ao art. 171, § 1º (*"A lei poderá em relação à empresa brasileira de capital nacional: I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País*").

Agora, outra coisa, a meu ver, está no art. 195, § 7º, e o Ministro Celso de Mello, usando das categorias teóricas da elaboração de Canotilho, o demonstrou com absoluta precisão: é óbvio que, também nele se deixou ao legislador certa liberdade decisória. Mas não a liberdade para conceder ou não, eventualmente, um direito, segundo a livre valoração do legislador. O que se demandou do legislador foi a concretização de requisitos legais adequados ao propósito da norma constitucional de tornar imune da contribuição previdenciária o que seja entidade benéfica, segundo conceito adequado a essa regra de imunidade e às suas inspirações.

Com estas breves considerações, peço vênias ao eminente Relator para também conhecer do pedido.



Supremo Tribunal Federal

06.02.91

TRIBUNAL PLENO

PAG. 1

39

MANDADO DE INJUNÇÃO

Nº 00000232/400

RIO DE JANEIRO

V O T O

VOTO S/PRELIMINAR
(ILEGITIMIDADE "AD CAUSAM")

O SR. MINISTRO CÉLIO BORJA: - Sr. Presidente, reporto-me às intervenções que fiz no debate e às considerações doutíssimas dos que me precederam.

O § 7º do art. 195 da Constituição concede uma imunidade, e esta é, na verdade, atributo do ente privilegiado pelo constituinte. Se é esse o alcance do conceito de imunidade e se citado dispositivo constitucional torna as instituições de assistência social de caráter beneficente imunes à tributação, as autoridades administrativas não as podem tributar; e qualquer atividade administrativa com tal propósito, dá origem, claro, à proteção jurisdicional do ente imune.

Na linha do que me parece ser uma praxe, pelo menos para mim mais que uma praxe -- são categorias do próprio pensamento -- tenho que é mister distinguir entre princípio, modo e exercício. O princípio, fixou o legislador constituinte quando disse que são imunes as instituições beneficentes de assistência social. O legislador o que pode fazer? Ele pode regular o modo e o exercício das atividades desenvolvidas pelos entes que se quer imunes.

Mostrou bem o Ministro CELSO DE MELLO, com base em categorias teóricas muito recentes, do Professor Canotilho, que não tem aí o legislador ordinário uma discricção absoluta para modificar o conceito dado pelo constituinte. Daí decorre uma consequência de ordem prática: se o legislador, porventura, desnatura o conceito de entidade de assistência social, nasce para o prejudicado o direito à proteção judicial. Caso contrário, não.

Por isso, com a devida vênica do eminente Relator, acompanho o voto inicialmente proferido pelo Ministro MARCO AURÉLIO.

*

*

*

Supremo Tribunal Federal

203

06.02.91

TRIBUNAL PLENO

40

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 232

-

RIO DE JANEIRO

VOTO S/PRELIMINAR(Ilegitimidade AD CAUSAM)*legallotti*

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI: - Te
nho sempre considerado que são partes legítimas, para requerer
Mandado de Injunção, aquelas cuja situação deva ser obrigato-
riamente contemplada, na norma cuja regulamentação se pede. Por
exemplo: no caso da carreira da advocacia-geral da União (art.
134, parágrafo único, da Constituição), ficou estabelecido, pe-
lo Supremo Tribunal, que só os Procuradores da República, no-
meados antes da Carta de 1988, podiam exigir a regulamentação,
porque estariam obrigatoriamente incluídos mediante opção, na
carreira a ser criada (art. 29, § 2º, do ADCT). Não os Assis-
tentes Jurídicos nem os Procuradores autárquicos.

O mesmo sucedeu, penso eu, no tocante à es-
tabilidade dos militares. Decidiu, o Tribunal, que não eram par-
tes legítimas, nem seria qualquer militar parte legítima, para
demandar a regulamentação, porquanto nem todos poderiam ou de-
veriam estar contemplados na norma regulamentar cuja edição
se pretende.

Este, Sr. Presidente, é também o caso dos
autos. Parece have-lo demonstrado o eminente Ministro Relator.
Pondera o eminente Ministro Célio Borja, que a lei ordinária
não poderá vir a desnaturar o conceito de entidade beneficente de
assistência social. Poderá, entretanto, estabelecer requisitos e dis-
tinguir entre aquelas que devam, ou não, ser enquadradas na imu-

01655010
03730000
02323060
01410900



Supremo Tribunal Federal

204

MI 232-RJ

41 2.

nidade.

Por isso, pedindo vên^{ia} aos eminente Colegas que dele divergiram, acompanho o voto do douto Relator, não conhecendo do pedido. *Le Gallotti*

/raf/



Supremo Tribunal Federal

06.02.1991.

TRIBUNAL PLENO

42

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 232

RIO DE JANEIRO

V O T O

(s/ilegitimidade ativa)

O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES: -

O § 7º do art. 195 da Constituição não confere a toda e qualquer entidade beneficente de assistência social a imunidade ali prevista.

Portanto, essas entidades, inclusive a autora, não têm ainda um direito constitucionalmente reconhecido, cujo exercício dependa de norma regulamentadora.

Na verdade, a Constituição remeteu à lei a criação do próprio direito, segundo as exigências que fizer.

Aliás, o que a lei não pode fazer é conferir a imunidade a qualquer entidade de assistência social, sem fazer qualquer exigência.

Porque o parágrafo 7º do art. 195 impõe que a lei faça exigências.

Enquanto não o fizer, não há direito da autora, cujo exercício dependa de regulamentação.

Até porque a lei poderá estabelecer exigên-

01655010
03730000
02323070
01401070



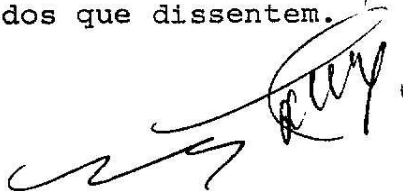
Supremo Tribunal Federal

MI nº 232 - RJ

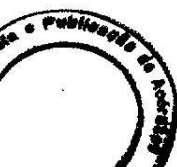
432

cias que ela não atende.

Acompanho, pois, o voto do relator, com a
devida vênia dos que dissentem.

A handwritten signature in dark ink, appearing to be 'G. G. G.' or similar, written over a horizontal line.

- 1 -



Supremo Tribunal Federal

06.02.91

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE INJUNÇÃO

44
Nº 00000232/400

V O T O

SEM PRELIMINAR (ILEGITIMIDADE "AD CAUSAM")

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO - Sr. Presidente, o entendimento é que o mandado de injunção deve ser exercido por aqueles que possuam o direito e que esse direito apenas se contenha em face da norma regulamentar.

No caso concreto, a própria entidade, em si, dependerá do atendimento de determinados requisitos para que possa obter o benefício da imunidade.

A própria caracterização, portanto, da pessoa que deve exercer esse direito ainda está indefinida, precisando da lei que a regule. Parece que assim, sem que a lei estabeleça exatamente as características básicas que devem ser atendidas por aquelas entidades de assistência social para que possa obter esse benefício, não podemos admitir, de pronto, sua legitimidade "ad causam", se essa própria caracterização da pessoa jurídica que exercerá esse direito não está definida.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES (Relator) - Se já existe o direito constitucionalmente outorgado, essa entidade já tem esse direito, não há dúvida. Quer dizer, não pode vir a lei a exigir um requisito que ela não possa preencher, como, por exemplo, o de ser ela uma entidade fechada e a lei só concede a entidades abertas. Então estamos admitindo que a lei posterior possa vir retirar um direito que já reconhecemos em abstrato para ela. O que mostra, obviamente, que não é caso de mandado de injunção. Estamos permitindo que a lei ordinária possa restringir a Constituição. Isso quando se admite, são aquelas normas constitucionais de aplicação imediata e eficácia contida, ou seja, aplica-se de imediato e a lei posterior pode estabelecer restrições, mas aqui nem isto é, aqui é possível que a lei retire esse direito constitucionalmente garantido, porque estamos dizendo que ela tem direito em abstrato, e para concretizar esse direito é preciso que ela preencha os requisitos. Agora, se a lei pode estabelecer requisitos que jamais serão preenchidos, como o problema de localização - não pode

01655010
03730000
02323080
01381100

Supremo Tribunal Federal

45

MANDADO DE INJUNÇÃO

Nº 00000232/400

estender-se para o exterior, não pode ser fechada, só aberta - então ela não tem o direito, porque não é possível tê-lo em abstrato, pois a lei pode retirá-lo. Acho difícil entender como a Constituição dá um direito, o reconhecemos, mas admitimos que a lei possa retirá-lo.

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO - V. Exa. trouxe mais argumentos ao meu ponto de vista e também aos dos Ministros OCTAVIO GALLOTTI e SYDNEY SANCHES.

Acompanho o eminente Relator.

* * * * *



ismr//



Supremo Tribunal Federal

MANDADO DE INJUNÇÃO

46
Nº 00002321/400V O T O
S/PRELIMINAR
(ILEGITIMIDADE "AD CAUSAM")

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE):-

De acordo com o art. 5º, LXXI, da Constituição, conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais. É preciso que haja um direito previsto na Constituição e que ele não seja exercido por falta apenas de norma regulamentadora.

01655010
03730000
02323090
01351210

O § 7º do art. 195, da Constituição, estipula:

"As entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei", quer dizer, nem todas as entidades beneficentes de assistência social, mas, tão-só, aquelas que atendam às exigências estabelecidas em lei, são isentas de contribuição para a seguridade social.

O conceito de seguridade social, que ensejou largo debate entre os Srs. Ministros CARLOS VELLOSO e o Relator, parece estar previsto no art. 194 da Constituição, ao estipular:

"A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social."

A Constituição, em seções seguintes, trata da saúde, da previdência social e da assistência social. Assim, o § 7º do art. 195 trata de entidades beneficentes de "assistência social".

J. Néri

Supremo Tribunal Federal

MANDADO DE INJUNÇÃO

Nº 00002321/400

47

A meu ver, não há, aqui, espaço a mandado de injunção. A lei, de que cuida o § 7º do art. 195 referido, é que disporá a respeito dos requisitos que devam preencher as entidades beneficentes de assistência social, em ordem a poderem gozar desse direito que se prevê na Constituição. Assim sendo, não há, ainda, um direito assegurado na Constituição, cujo exercício dependa de regulamentação. Há necessidade de lei que defina quais os requisitos que devem ter certas entidades beneficentes de assistência social, a fim de gozar desse benefício consignado no § 7º do art. 195, da Constituição Federal.

J. Neri

Supremo Tribunal Federal

48

MANDADO DE INJUNÇÃO

Nº 00002321/400

V O T O

.02.91

TRIBUNAL PLENO

10
00
00
40

V O T O M É R I T O

O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES (RELATOR): - Sr. Presidente, vencido na preliminar, passo a votar no mérito.

Não há dúvida de que ainda não foi editada a lei a que alude o § 7º do artigo 195 da Constituição, consignando as informações apenas a existência de projetos de lei que dizem respeito a essa matéria especificamente, ou que dela cuidam entre outras normas relativas à seguridade social.

Por isso, e tendo em vista o disposto no artigo 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, está caracterizada a mora inconstitucional do Congresso.

Assim, conheço, em parte, do pedido, e, nessa parte, o defiro para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.




Supremo Tribunal Federal

6.2.1991

TRIBUNAL PLENO

49MANDADO DE INJUNÇÃO 232

-

RIO DE JANEIROVOTO MÉRITO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, continuo convencido de que a Lei Básica de 1988 contempla dois institutos diversos. Dois institutos diversos quanto à legitimação e quanto ao objeto: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Inegavelmente, defrontamo-nos, agora, com um mandado de injunção e não com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, porque, se assim não fosse, teríamos concluído, diante do que se contém no artigo 103 da Constituição Federal, pela ilegitimidade ad causam da Impetrante.

Indaga-se: assentada esta premissa, segundo a qual o provimento no mandado de injunção há que ser um provimento delimitado subjetivamente, podemos caminhar no sentido da prolação de uma sentença meramente declaratória quanto à omissão do Congresso Nacional? A meu ver, não!

A omissão é premissa do provimento judicial, mas esse provimento, a meu ver, deve alcançar o desiderato previsto no tocante ao próprio instituto do mandado de injunção; deve viabilizar o exercício, em si, do direito, porque senão de mandado de injunção não se tratará, no caso, nem, tampouco, de uma sentença harmônica com esse instituto, mas de uma sentença pertinente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

55010
30000
23110
71430

Supremo Tribunal Federal

MI nº 232 - RJ

50

2

Veja V. Exa., a Corte caminha no sentido de emprestar à solução do remédio legal a mesma prevista para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, olvidando que esta tem partes legitimadas de forma exaustiva no próprio texto constitucional; olvidando, data venia, que esta providência desaguará em uma solução, se o Congresso atinar para a deliberação da Corte e a agasalhar - parece que não o fez em caso precedente, tanto assim que há uma reclamação já apresentada, de natureza abstrata, beneficiando e tornando exercitável o direito previsto no artigo 195, § 7º, não apenas em relação à Impetrante, mas em relação a todas aquelas entidades beneficentes de assistência social que se enquadrem no que vier a ser definido pela lei sancionada futuramente.

Hã, aí, a meu ver, até um conflito que obstaculiza a solução que se pretende dar a esses mandados de injunção impetrados na Corte. Repito: sob a minha ótica, o mandado de injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, a Impetrante. No caso, a prevalecer o precedente da Corte, quanto à mera comunicação ao Congresso Nacional, vindo à balha um diploma legal provocado pela nossa decisão, haverá um alcance ilimitado quanto às partes envolvidas no mandado de injunção.

Creio que mais cedo ou mais tarde, com a devida vênia, teremos que caminhar para o empréstimo do verdadeiro alcance que, a meu ver, tem o inciso LXXI do artigo 5º da Lei Básica; teremos que atentar para o objetivo, a mens legis da norma constitucional, que outro não é senão tornar eficaz um direito previsto na Carta.

Peço vênia ao nobre Relator, cujos passos procuro seguir, já que reconheço o cabedal de conhecimentos de S. Exa.,

Supremo Tribunal Federal

MI nº 232-RJ

3

51

a experiência de S. Exa., para insistir um pouco mais nesse enfoque, inclusive tendo presente que, como S. Exa. colocou quando eu votava em determinado processo, tanto quanto possível, nós devemos evitar aquelas situações que criam verdadeiro impasse e o impasse está criado no tocante ao precedente a que me referi, está criado no tocante ao caso alusivo à bancada de São Paulo.

Peço vênica para, no caso, entender que o mandado de injunção tem um desfecho concreto, não implica simplesmente em uma vitória de Pirro para o Impetrante. O mandado de injunção deve viabilizar o exercício de direito previsto na Carta.

Com isso, concluo pelo acolhimento do pedido e estabeleço os requisitos que poderão vir a ser substituídos por uma outra legislação específica, tomando de empréstimo o que se contém no CTN quanto à imunidade relativa aos tributos e que beneficia as entidades mencionadas no § 7º do artigo 195 da Carta.



Supremo Tribunal Federal

06.02.1991

TRIBUNAL PLENO

52

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 232-

RIO DE JANEIRO

V O T O (MÉRITO)

O Sr. MINISTRO CARLOS VELLOSO: - Peço vênia ao Sr. Ministro Moreira Alves para divergir do seu douto entendimento.

Poderia reportar-me a voto já proferido, neste Plenário. Acho, entretanto, que devo registrar algumas considerações que justificam o meu ponto de vista, que sei que é divergente da maioria. Em homenagem mesmo a essa maioria, devo dar as razões do meu entendimento.

Peço a paciência do Tribunal para, resumidamente, dizer que o mandado de injunção tem caráter substantivo. Por isso, fará ele as vezes da norma infraconstitucional ausente e integrará o direito ineficaz, ineficaz em razão da ausência da norma regulamentadora, à ordem jurídica. Em trabalho que produzi a respeito do tema, escrevi:

"Registre-se que o mandado de injunção tem caráter substancial, ao contrário do mandado de segurança que é mais instrumento processual de realização de direito líquido e certo, isto é, direito subjetivo, direito subjetivo que decorre de uma relação fático-jurídica, fato-direito objetivo, em que os fatos devem estar comprovados de plano. O mandado de injunção, por ter caráter substantivo, faz as vezes da norma infraconstitucional ausente e integra o direito ineficaz, em razão da ausência dessa norma infraconstitucional, à ordem jurídica, assim na linha da lição de Celso Barbi, no sentido de que o juiz cria "para o caso concreto do autor da demanda uma norma especial", ou adota "uma medida capaz de proteger o direito reclamado". Acrescenta o mestre mineiro: "essa solução está de acordo com a função tradicional da sen

01655010
03730000
02323120
01561500

*Moreira*

Supremo Tribunal Federal

MI 232- -RJ

53

2.

tença, que é resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário, mas limitando a eficácia apenas a esse caso, sem pretender usurpar funções próprias de outros poderes." ("As Novas Garantias Constitucionais", RDA, 177/14, 24).

Sei que esta Eg. Corte tem entendido que com o mandado de injunção obtém-se o mesmo que se obtém através da ação direta de inconstitucionalidade. Vale dizer, procedente a ação do mandado de injunção, simplesmente dá-se ciência ao órgão incumbido de elaborar a norma regulamentadora de que está ele omisso. Divirjo, data vênia, desse entendimento, entendimento que esvazia, por completo, a nova garantia constitucional.

A diferença entre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão, lembrei no trabalho que escrevi a respeito e que está linhas atrás mencionado, está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional genérico, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de trinta dias (C.F., art. 103, § 2º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal, em concreto, que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável, em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável (C.F., art. 5º, LXXI).

O inc. LXXI do art. 5º parece-me claro quando estabelece que a concessão do mandado de injunção importa viabilizar o exercício de direito e liberdade constitucional ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A disposição inscrita, a seu turno, no § 2º do art. 103 é noutro sentido: a procedência da ação para tornar efetiva norma constitucional resulta, simplesmente, no dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

A diferença se explica: é que a ação direta de inconstitucionalidade tem por escopo a defesa da ordem jurídica; já o man

mucho

Supremo Tribunal Federal

MI 232- RJ

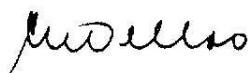
54

3.

dado de injunção tem por finalidade proteger direito subjetivo constitucional, direito individual ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A ordem jurídica, objeto da ação direta, tem caráter abstrato; a defesa de direito individual, entretanto, faz-se em concreto. E se o constituinte simplesmente estabeleceu, no art. 103, § 2º, que, declarada a inconstitucionalidade por omissão, seria apenas dada ciência ao órgão competente, assim procedeu porque criou ele, na mesma carta, o instituto do mandado de injunção, que, em concreto, preencheria o vazio que resulta da decisão despida de sanção, que é a decisão proferida na ação direta (C.F., art. 103, § 2º). O que acontece é que o mandado de injunção complementa e completa a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Com tais considerações, peço licença ao eminente Ministro Relator para divergir do seu douto voto e, em divergindo, estabeleço, de pronto, como entendo que quer a Constituição que eu o faça, a norma viabilizadora do direito, em concreto. Tal como fez o Sr. Ministro Marco Aurélio, adoto, como requisitos a serem observados, os que se inscrevem no art. 14 do Código Tributário Nacional para obtenção da imunidade referente a imposto.

Sr. Presidente, sempre com a vênia devida e com o maior respeito ao pensamento da maioria, acompanho o voto do Sr. Ministro MARCO AURÉLIO.



Supremo Tribunal Federal

PLENÁRIO

55

EXTRATO DE ATA

MI 232-1 - RJ

Rel.: Min.: Moreira Alves. Repte.: Centro de Cultura Prof. Luiz Freire (Adv.: Adonias dos Santos Costa). Reqdo.: Congresso Nacional.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa da requerente, vencidos os Srs. Ministros Relator, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Aldir Passarinho e Presidente. No mérito, após o voto do Relator, que conhecia em parte do Mandado de Injunção e nessa parte o deferia para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar, decorrente do art. 195, § 7º da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem legislar, passe a requerente a gozar da imunidade requerida; e após os votos dos Srs. Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso, que deferiam o Mandado de Injunção, nos termos propostos em seus doutos votos, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Célio Borja. Plenário, 6.2.91.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presen-
tes à sessão os Senhores Ministros Aldir Passarinho, Moreira Alves,
Sydney Sanches, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence,
Celso de Mello, Mário Velloso e Marco Aurélio. Ausente, justificada-
mente, o Sr. Ministro Octavio Gallotti.

Procurador-Geral da República, o Dr. Aristides Junqueira
Alvarenga.



Assinatura

Supremo Tribunal Federal

Pág. 56 1

MANDADO DE INJUNÇÃO

Nº 00002321

02.08.91

TRIBUNAL PLENO

V O T O (VISTA)

O SR. MINISTRO CÉLIO BORJA: - Rejeitada a preliminar de ilegitimidade AD CAUSAM, examino o mérito.

A impetrante deste mandado, de injunção, pediu

a) fossem-lhe estendidos OS EFEITOS ISENTIVOS DO art. 1º, § 1º, do Decreto-lei nº 1.572/77, desde o decurso do prazo previsto no art. 59 do ADCT até o julgamento do presente mandado de injunção.

b) que o Tribunal estabeleça, no julgamento do mérito, os requisitos da fruição da isenção do art. 195, § 7º, da Constituição Federal.

Vencido na preliminar, o Ministro MOREIRA ALVES, Relator, conhece, VERBIS "em parte, do pedido, e nesta parte" o defere "para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, adotadas as providências Legislativas que impõem, seja executada a obrigação de legislar decorrente do art. 195, § 7º, da Constituição."

Já o Ministro MARCO AURÉLIO conclui pelo acolhimento do pedido e estabelece, em suas próprias palavras, "os requisitos que poderão vir a ser substituídos por outra Legislação específica, tomando de empréstimo o que se contém no Código Tribunal Nacional quanto à imunidade relativa a tributos e que beneficia as entidades mencionadas no § 7º do art. 195 da Carta."

O Ministro CARLOS VELLOSO adota, IN VERBIS, "norma viabilizadora do direito em concreto", indicando a do art. 14 do Código Tributário Nacional que estatui os requisitos necessários para a obtenção da imunidade referente a imposto.

01655010
03730000
02323130
01521630



*Supremo Tribunal Federal*Pág. **57** 2

MANDADO DE INJUNÇÃO

Nº 00002321

Duas são, portanto, as posições adotadas, até aqui, pelos Ministros que já votaram: o Relator comunica a mora ao Congresso Nacional para que ele CUMPRA A OBRIGAÇÃO DE LEGISLAR; o Ministro MARCO AURÉLIO e o Ministro CARLOS VELLOSO asseguram desde logo a fruição da imunidade ou isenção constitucional, desde que adimplidas as condições impostas pelo Código Tributário Nacional (art. 14) ao gozo de imunidades tributárias.

Antes de votar sobre o mérito, peço licença para complementar as considerações que fiz sobre a titularidade do direito à isenção dos encargos sociais, objeto do § 7º, do artigo 195 da Constituição.

A iniciativa das ações assecuratórias da saúde, da previdência e da assistência social, compete, não só, aos poderes públicos, mas, também, à sociedade (art. 194, CAPUT, Constituição).

Esse dualismo explica as normas dos incisos V e VI, do parágrafo único do artigo 194 que prescrevem, respectivamente, a equidade às formas de participação e custeio e a diversidade à base de financiamento.

A isenção concedida, pelo § 7º, do artigo 195, da Constituição, às entidades beneficentes de assistência social é, em sentido próprio, imunidade que decorre da assunção, por particulares, de prestação social que incumbiria coletivamente à sociedade ou ao Estado. Dá-se-lhes tratamento equânime, porque não se exige contribuição em pecúnia a quem já contribui com serviço cujo financiamento assim se diversifica.

Poder-se-ia objetar que se trata de ISENÇÃO e essa supõe, necessariamente, a intervenção do legislador ordinário, assim para concedê-la, como para revogá-la e, enfim, para definir-lhe o sujeito ao qual outorga o direito de fruí-la.

Tenho, contudo, como impossível com a idéia de hierarquia normativa e com a de supremacia normativa, a dependência integral de uma exoneração concedida pela Constituição, ao que venha a dispor regra jurídica de menor tomo.

E, assim, teria que ser necessariamente, se,



Supremo Tribunal Federal

Pág. 58 3

MANDADO DE INJUNÇÃO

Nº 00002321

porventura a titularidade do direito a uma inexigibilidade tributária já prevista na Constituição, pudesse ser cassada pelo legislador ordinário. CARRE DE MALBERG (Confrontation de la Théorie de la formation du Droit par Degrés, R. Sirey, 1933), ao explorar as incompatibilidades da hierarquização NORMATIVA (Stufentheorie) com a hierquização ORGÂNICA tradicional do direito francês, observava: "toute norme créant du droit a pour condition l'exécution d'une norme que la précède et la prépare" (pág 14). Citando KELSEN completa: "vu d'en haut, il apparait comme de l'exécution; vu d'en bas, il s'analyse en création du droit" (ibid).

Se a norma superior isenta de certa contribuição uma pessoa jurídica determinada e delega a ato de outra autoridade -- legislativa embora, mas de grau inferior -- exigir-lhe algo, há de entender-se que é para dar cabal execução ao preceito superior, não para derogá-lo, ainda que parcialmente.

Sendo a imunidade atributo da personalidade jurídica de certos entes -- entre eles e por excelência, os de natureza pública -- para que ela possa ser atribuída há de a lei identificar-lhe o sujeito pelos seus elementos essenciais. Assim, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são reciprocamente imunes (art. 150, VI, "a", Const.), como são imunes ao tributo, essas mesmas instituições de assistência social (art. 150, VI, "c", Const.).

Sabe-se o que são os entes públicos; sabe-se o que são as instituições de assistência social.

Ao exonerar essas últimas do pagamento de contribuição para a seguridade social, o constituinte introduziu no já citado § 7º, do artigo 195, outra nota distintiva: elas não de ser beneficentes, isto é, não exigirão pagamento daqueles aos quais fazem o bem.

Abstratamente, o sujeito da imunidade é conhecido; e a identidade dos sujeitos possíveis é verificável pelo aplicador da norma que a concede.

Para fruí-la, contudo, esses sujeitos que o constituinte definiu, atenderão "às EXIGÊNCIAS ESTABELECIDAS EM LEI." Isto quer dizer que o legislador ordinário pode acautelar

Supremo Tribunal Federal

Pág. 59 4

MANDADO DE INJUNÇÃO

Nº 00002321

o reconhecimento por ato declaratório não constitutivo -- da imunidade, exigindo a satisfação de certos requisitos que visam à identificação do sujeito da imunidade, quase-imunidade ou isenção, ao tipo da norma constitucional.

A Constituição, no dispositivo em exame, não se refere a CONDIÇÕES, isto é, a atos ou fatos de cujo adimplemento ou advento penda a aquisição do direito à imunidade ou isenção, ou que o resolvam; mas, a palavra que emprega é EXIGÊNCIA que, entre outras acepções, tem a de completar e acabar, como em EXIGERE OPUS, acabar ou completar uma obra (Francisco TORRINHA, Dic. Latino Português).

Passo ao julgamento do pedido.

Entendendo, como procurei demonstrar, que a associação civil requerente, é titular do direito à imunidade, quase-imunidade ou isenção constitucional da contribuição previdenciária que, como empregadora, lhe toca, vê-se, contudo, impossibilitada de fruí-la porque o legislador ordinário não dispôs, até aqui, sobre as EXIGÊNCIAS que terá de atender para demonstrar que é entidade BENEFICENTE de assistência social (art. 195, § 7º, Const.).

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

Manda o inciso LXXI, do artigo 5º, da Constituição, que se viabilize o exercício desse direito, mediante injunção ou ordem que é medida tipicamente judicial, não, ato legislativo ou administrativo.

Em trabalho recente recorri à doutrina inglesa do precedente para explicar como uma decisão entre partes converte-se em matriz da solução de casos semelhantes. E que, mesmo fora da Inglaterra, "c'est donc par voie d'analogie que se comblent les lacunes" (SAVIGNY, Traité de Droit Romain, Paris, 1840, t. I, págs. 283/284).

A solução encontrada, mandando aplicar ao caso dos autos a norma legislada que disciplina o gozo da imunidade tributária constitucional por entidades beneficentes,

*Supremo Tribunal Federal*Pág. **60** 5

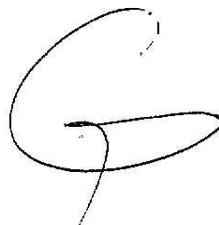
MANDADO DE INJUNÇÃO

Nº 00002321

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.

* * *

A large, stylized handwritten signature, possibly reading 'G', is written in dark ink.

*Supremo Tribunal Federal***61**

MANDADO DE INJUNÇÃO

Nº 00002321/400

V O T O

02.08.91

TRIBUNAL PLENO

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES (RELATOR): - Sr. Presidente, mantenho meu voto.

01655010
03730000
02323140
01281760

Ao estabelecer a Constituição que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei, estabelece ela que vigora, no Brasil, o sistema estrito da legalidade, só podendo o juiz julgar por equidade, quando a lei, excepcionalmente, o admite de modo expresse.

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 a 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 - o de marcar prazo para que o Congresso supra sua omissão inconstitucional, sob pena de, não o fazendo, o requerente tenha reconhecida a imunidade a que alude o § 7º do artigo 195 da Constituição sem as restrições que a lei futura poderá estabelecer-, 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.



Supremo Tribunal Federal

62

02.08.91

Tribunal Pleno

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 232RIO DE JANEIRO

V O T O

4

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhor Presidente, acompanhei, com a maior atenção, o voto hoje proferido pelo eminente Ministro Célio Borja, de acentuada perspectiva kelseniana, que muito me agradou.

Mas não consegui, a partir das premissas estabelecidas na jurisprudência do Tribunal, fugir ao dilema que, a certa altura do debate, S.Exa. mesmo, o Ministro *Célio Borja*, confessou se lhe ter colocado. O primeiro termo desse dilema, que me pareceu muito adequado ao voto de S.Exa., era, simplesmente, o de que, a partir da existência de uma lei, claramente recebida pela ordem constitucional vigente, para disciplinar a imunidade tributária de impostos (também está sujeita, pelo art. 150, § 4º, "c", ao atendimento aos requisitos da lei para a caracterização das instituições de assistência social sem fins lucrativos), S.Exa. aplicou os mesmos critérios nela estabelecidos ao caso do art. 195, § 7º, que não é, em substância, mais do que uma extensão ao caso específico da imunidade aos impostos *stricto sensu* à figura tributária da contribuição previdenciária do empregador. Ora, isso é integração por analogia.

01655010
03730000
02323150
01541800

Supremo Tribunal Federal

63

MI nº 232 - RJ

- 2 -

Por isso, como antecipei, se o voto de S.Exa. tivesse sido posto quando examinávamos o cabimento deste mandado de injunção, ele me tivesse levado a acompanhar, por este fundamento, aqueles que dele não conheciam por entender que, mediante processo de integração analógica, se poderia transplantar aqueles requisitos de identificação da instituição de assistência social sem fins lucrativos beneficiada no art. 150 à instituição de beneficência referida no art. 195, § 7º da Constituição.

Mas a matéria foi superada; o Tribunal discutiu expressamente o problema e conheceu do mandado de injunção. Com isso, afirmou a exigência, para viabilizar aquele direito incompleto, aquele direito obstado, aquele direito paralisado, do art. 195, § 7º, de uma complementação legislativa. A partir daí, já não podendo entender o caso como de integração analógica, não posso fugir à outra conclusão: estabeleceu-se norma, embora individual, para o caso concreto. E esta é a corrente sustentada com brilho, com tenacidade pelos eminentes Ministros *Marco Aurélio* e *Carlos Velloso*, mas à qual tem sido infenso o Tribunal.

Fico, pois, com a convicção que formara quando do início do julgamento, que leva à solução do eminente Ministro *Morreira Alves*, e que desvela, mais uma vez, as potencialidades da formulação ortodoxa, que se fixou no Mandado de Injunção 107, ou seja: sempre que o caso permitir, inserir, no mandado de injunção, uma cominação, com o sentido cautelar ou compulsivo de levar à agilização do processo legislativo de complementação da norma constitucional, sem, no entanto, se substituir definitivamente o Tribunal ao legislador.

Com essas breves explicações de homenagem aos

*Supremo Tribunal Federal***64**

MI nº 232 - RJ

- 3 -

três doutos votos proferidos em sentido contrário, peço vênica
para acompanhar, no caso, a solução do eminente Relator.

Supremo Tribunal Federal

02.08.91

TRIBUNAL PLENO

65

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 232

-

RIO DE JANEIRO

V O T O*l. galotti*

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI: - Sr. Presidente, dispõe a Constituição Federal no inciso LXXI do art. 5º:

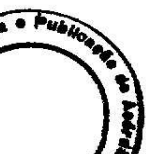
"Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Cumpre distinguir entre aquilo que consiste em falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades, de um lado, e, de outro lado, a simples lacuna do ordenamento jurídico, que pode ser suprida, objetivamente, pelo juiz, de acordo com o art. 126 do Código de Processo Civil, nestes termos:

"O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito."

No caso em apreciação, Sr. Presidente, penso que o que ocorre é, verdadeiramente, a falta de norma regulamen

655010
3730000
2323160
411940



Supremo Tribunal Federal

MI 232/RJ

2.

66

tadora e não a simples lacuna que torne possível o emprego da analogia. Por isso, estou acompanhando o voto do eminente Ministro MOREIRA ALVES, que abre, ao Poder Legislativo, o ensejo de suprir a falta de norma regulamentadora, em determinado prazo, editando a lei necessária.

Se estivesse convencido de que houvesse simplesmente uma lacuna, suprível por meio de analogia, segundo o critério objetivo do magistrado, sem depender do critério subjetivo do legislador, penso que seria, então, forçado a admitir que o caso não seria de mandado de injunção e sim de mandado de segurança ou outro instrumento processual, que não o mandado de injunção.

Peço vênia, por isso, aos eminentes Ministros que dele divergiram, para deferir o Mandado de Injunção nos termos, em que o faz o eminente Ministro-Relator. *Luiz Gallotti*

*Supremo Tribunal Federal***67**

2.8.91

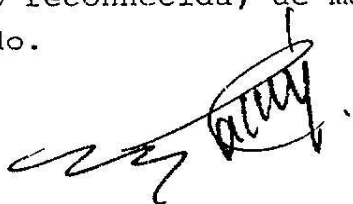
TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 232

-

RIO DE JANEIROV O T O

O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES (Presidente): - Também peço vênias aos eminentes Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja para acompanhar o eminente Ministro Relator. Entendo que a solução encontrada por S. Exa. não fecha ao Legislativo a oportunidade de legislar, mas também não deixa de indicar uma consequência para a omissão, porque determina que, se não legislar, a imunidade fica desde logo reconhecida, de maneira que o requerente não resta desamparado.



/sps.

55010
00000
23170
02010

Supremo Tribunal Federal

PLENÁRIO

68

EXTATO DE ATA

MI 232-1 - RJ

Rel. Min. Moreira Alves. Repte.: Centro de Cultura Prof. Luiz Freire (Adv.: Adonias dos Santos Costa). Repto.: Congresso Nacional.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa da requerente, vencidos os Srs. Ministros Relator, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Aldir Passarinho e Presidente. No mérito, após o voto do Relator, que conhecia em parte do Mandado de Injunção e nessa parte o deferia para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar, decorrente do art. 195, § 7º da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem legislar, passe a requerente a gozar da imunidade requerida; e após os votos dos Srs. Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso, que deferiam o Mandado de Injunção, nos termos propostos em seus doutos votos, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Célio Borja. Plenário, 06-02-91.

Decisão: Apresentado o feito em Mesa, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Plenário, 19-07-91.

Decisão: O Tribunal, por maioria de votos rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa da requerente, vencidos os Srs. Ministros Relator, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Aldir Passarinho e Néri da Silveira. No mérito, o Tribunal, por maioria, conheceu em parte do mandado de injunção e nessa parte o deferiu para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar, decorrente do art. 195, § 7º da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo, sem legislar, passe a requerente a gozar da imunidade requerida, vencidos os Srs. Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja, que o deferiam, em termos diversos. Votou o Presidente. Plenário, 2-08-91.

Presidência do Senhor Ministro Sydney Sanches. Presentes a sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Octavio Gallotti, Célio Borja, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Néri da Silveira e Paulo Brossard.

Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, substituto.

Luiz Tomimatsu
LUIZ TOMIMATSU

Secretário

ANEXO C – MANDADO DE INJUNÇÃO 708

*Supremo Tribunal Federal***207**

Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
 DJe nº 206 Divulgação 30/10/2008 Publicação 31/10/2008
 Ementário nº 2339 - 2

25/10/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE INJUNÇÃO 708-0 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
IMPETRANTE(S)	: SINTEM - SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA
ADVOGADO(A/S)	: JALDEMIRO RODRIGUES DE ATAÍDE JÚNIOR E OUTRO(A/S)
IMPETRADO(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE,

NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nº 7.701/1988 E 7.783/1989.

1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

1.1. No julgamento do MI nº 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado;



LVO

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador.

1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI nº 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI nº 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI nº 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI nº 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI nº 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003.

2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF.

2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes: MI nº 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996; MI nº 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002; e MI nº 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002.

2.2. Em alguns precedentes (em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI nº 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei nº 7.783/1989).

3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO.

3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva".

3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional nº 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais.

3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.

3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial.

3.5. 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 (CF, art. 2º).

4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO À LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI Nº 7.783/1989). EXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL.

4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às "atividades essenciais", é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito

de greve dos servidores públicos, antes de tudo, arigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9º, caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9º, §1º), de outro.

210

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional.

4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).

4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais".

4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*).

5. O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DE EVENTUAIS DISSÍDIOS DE GREVE QUE ENVOLVAM SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DEVEM OBEDECER AO MODELO DE COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES APLICÁVEL AOS TRABALHADORES EM GERAL (CELETISTAS), NOS TERMOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI Nº 7.783/1989. A APLICAÇÃO COMPLEMENTAR DA LEI Nº 7.701/1988 VISA À JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM OS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO CONTEXTO DO ATENDIMENTO DE ATIVIDADES RELACIONADAS A NECESSIDADES INADIÁVEIS DA COMUNIDADE QUE, SE NÃO ATENDIDAS, COLOQUEM "EM PERIGO IMINENTE A

211

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

SOBREVIVÊNCIA, A SAÚDE OU A SEGURANÇA DA POPULAÇÃO" (LEI Nº 7.783/1989, PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 11).

5.1. Pendência do julgamento de mérito da ADI nº 3.395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, na qual se discute a competência constitucional para a apreciação das "ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (CF, art. 114, I, na redação conferida pela EC nº 45/2004).

5.2. Diante da singularidade do debate constitucional do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, devem-se fixar também os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos civis.

5.3. No plano procedimental, afigura-se recomendável aplicar ao caso concreto a disciplina da Lei nº 7.701/1988 (que versa sobre especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

5.4. A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos - um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade.

6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nºs 7.701/1988 E 7.783/1989.

212

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei nº 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de "serviços ou atividades essenciais" (Lei nº 7.783/1989, arts. 9º a 11).

6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei nº 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, "a", da Lei nº 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais.

6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei nº 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações

213

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei nº 7.783/1989, *in fine*).

6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve.

6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria.

6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nºs 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer do mandado de injunção e, no mérito, deferir o mandado de injunção para propor a aplicação das Leis nºs 7.701, de 21 de dezembro de 1988, e 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 25 de outubro de 2007.

MINISTRO GILMAR MENDES - RELATOR

24/05/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE INJUNÇÃO 708-0 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
IMPETRANTE(S) : SINTEM - SINDICATO DOS TRABALHADORES EM
EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA
ADVOGADO(A/S) : JALDEMIRO RODRIGUES DE ATAÍDE JÚNIOR E
OUTRO(A/S)
IMPETRADO(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Trata-se de mandado de injunção impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (SINTEM) em face do Congresso Nacional.

Nestes autos, o impetrante questiona ato omissivo do Legislativo Federal correspondente à persistência da situação de ausência de edição de lei específica para regulamentar o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis nos termos do inciso VII do art. 37 da Constituição Federal (na redação atual da Constituição Federal - CF -, conferida pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998).

Inicialmente, o impetrante alega que a assembléia sindical dos trabalhadores em educação da rede pública de João Pessoa/PB deliberou pela aprovação de indicativo de greve, principalmente, em razão das péssimas condições de trabalho a que estariam submetidos os servidores.



Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

A entidade sindical argumenta que, em 8 de junho de 2004, informou à Secretaria de Educação do Município de João Pessoa/PB que os professores municipais entrariam em greve por tempo indeterminado, a partir do dia 5 de julho de 2004.

Nessa mesma oportunidade, a fim de negociar a situação e evitar a paralisação, o sindicato solicitou ao Prefeito de João Pessoa/PB uma audiência.

Uma vez que as reivindicações da categoria não foram atendidas, e nem mesmo a audiência foi concedida, deflagrou-se o movimento grevista.

Em face da paralisação realizada pelos professores, a Administração Pública Municipal requereu a declaração de ilegalidade da greve, com pedido de antecipação de tutela, ao Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (TJ/PB).

Em 14 de julho de 2004, o Presidente do TJ/PB deferiu o pedido formulado pelo Município de João Pessoa e declarou a ilegalidade da greve deflagrada. Nessa mesma oportunidade, a Presidência do TJ/PB autorizou o desconto no salário com relação aos dias não trabalhados (fls. 55-58).

A inicial sustenta que o único fundamento que norteou a prolação da referida decisão foi a ausência de regulamentação do artigo 37, VII, da Constituição Federal (fl. 4).

Preliminarmente, a entidade sindical afirma que o mandado de injunção é plenamente cabível, na forma do art. 5º, LXXI, da CF, para suprir a omissão do Poder Público e, assim, garantir aos

216

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

servidores associados ao sindicato impetrante o imediato exercício do direito de greve (CF, art. 37, VII).

Ao final, requer a notificação do Congresso Nacional, e, no mérito:

"seja julgado procedente o presente mandado de injunção, a fim de que seja suprida a omissão do Poder Público, mediante a elaboração de uma norma para o caso concreto, a fim de viabilizar o imediato exercício do direito de greve por parte dos servidores associados ao sindicato impetrante" - (fl. 9).

Não houve pedido de medida liminar.

Em 20 de agosto de 2004, foram solicitadas informações ao Congresso Nacional (fl. 66).

Na Petição nº 96.670/2004 (fls. 71-76), o Advogado-Geral do Senado Federal, Dr. Alberto Cascais, asseverou que o Congresso Nacional não se encontra em estado de mora na elaboração da lei que regulamenta o direito de greve dos servidores públicos, *verbis*:

"encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar nº 4.497/01 da então Deputada Rita Camata - PMDB/ES, o qual, visando regulamentar a questão, dispõe sobre os termos e limites do exercício do direito de greve pelos servidores públicos (...).

Como se vê, não está caracterizada a inércia do Congresso Nacional, não se podendo argumentar que o mesmo se encontra em estado de mora (...).

Isto posto, é de se esperar o não conhecimento da ação; ou, no mérito, a sua improcedência" - (fls. 74-76).

217*Supremo Tribunal Federal*

MI 708 / DF

O parecer do Ministério Público Federal - MPF -(fls. 78-81), da lavra do então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, é pelo conhecimento parcial do pedido tão-somente para declarar a mora legislativa do Congresso Nacional no tocante à atual regulamentação do inciso VII do artigo 37 da CF.

É o relatório.

MANDADO DE INJUNÇÃO 708-0 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): O Ministério Público Federal, pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, após arrolar alguns precedentes desta Corte (MI nº 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, maioria, DJ 23.8.2002, MI nº 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, maioria, DJ 2.8.2002, e MI nº 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, maioria, DJ 22.11.1996), manifestou-se nos seguintes termos (fls. 78-81):

(...), a pretensão final do impetrante se mostra descabida. Impossível de ser alcançado na via desse writ o imediato preenchimento da lacuna, visto que colmatar é tarefa típica do Poder Legislativo, consoante jurisprudência desse Colendo Pretório, consolidada a partir do julgamento do mandado de injunção nº 107 (Ministro Relator MOREIRA ALVES, julgado em 21.11.1990, DJ de 2.8.1991), que adotou a denominada 'posição não-concretista' no tocante ao mandado de injunção (cf. sobre o assunto, Alexandre de Moraes. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 421 a 427).

8. Não socorrem ao impetrado, outrossim, as alegações de existência de projetos de lei tramitando nas casas legislativas sobre o assunto, consoante já restou decidido por essa Colenda Corte. Confirma-se:

'MANDADO DE INJUNÇÃO. JUROS REAIS. PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Esta Corte, ao julgar a ADIN nº 4, entendeu, por maioria de votos, que o disposto no § 3º do artigo 192 da Constituição Federal não era auto-aplicável, razão por que necessita de regulamentação.

Passados mais de doze anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

regulamentado o referido dispositivo constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não é capaz de elidir a mora legislativa, não há dúvida de que esta, no caso, ocorre.

Mandado de injunção deferido em parte, para que se comunique ao Poder Legislativo a mora em que se encontra, a fim de que adote as providências necessárias para suprir a omissão, deixando-se de fixar prazo para o suprimento dessa omissão constitucional em face da orientação firmada por esta Corte (MI 361)' (MI 584 - SP - TP - Rel. Min. Moreira Alves - DJU 22.02.2002 - p. 00036 - sem ênfase no original).

9. Destarte, o parecer é pelo conhecimento em parte do pedido para declarar a mora legislativa do Congresso Nacional no tocante à regulamentação do inciso VII do artigo 37 da Constituição Federal" - (fls. 78-81).

Como se vê, trata-se de pedido de mandado de injunção no qual o impetrante postula o reconhecimento do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).

Preliminarmente, a questão da conformação constitucional do mandado de injunção no direito brasileiro e a evolução da interpretação que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem conferido a essa garantia fundamental merece algumas considerações.

No âmbito do direito comparado, cabe salientar que, se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei Fundamental de Bonn, comportam discussão sobre a existência, ou não, de direitos fundamentais de caráter social (*soziale Grundrechte*), é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós.

O poder constituinte originário, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais que também

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Assinale-se que a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) abriu possibilidades para o desenvolvimento sistemático da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*, na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada "*omissão do legislador*". O art. 5º, LXXI, da CF, previu expressamente a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Ao lado desse instrumento, destinado, fundamentalmente, à defesa de direitos individuais contra a omissão do ente legiferante, introduziu o constituinte, no art. 103, § 2º, um sistema de controle abstrato da omissão.

Desse modo, reconhecida a procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, deve o órgão legislativo competente ser informado da decisão, para as providências cabíveis.

Caso se trate de órgão administrativo, ele estará obrigado a colmatar a lacuna no prazo de 30 dias.

Deve-se admitir, portanto, que, com a adoção desses peculiares mecanismos de controle da omissão do legislador, criou-se a possibilidade de se desenvolver nova modalidade de decisão no processo constitucional brasileiro. Se se partir do princípio de que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no processo

Supremo Tribunal Federal

221

MI 708 / DF

de mandado de injunção e no controle abstrato da omissão, tem conteúdo obrigatório ou mandamental para o legislador e que a decisão que reconhece a subsistência de uma omissão parcial contém, ainda que implicitamente, a declaração de inconstitucionalidade da regra defeituosa, há de se concluir, inevitavelmente, que a superação da situação inconstitucional, mesmo nesses casos, deve ocorrer em duas etapas (*Zweiaktverfahren*).

Tecidas essas breves considerações, passemos à análise da jurisprudência desta Corte quanto ao *writ of mandamus*.

A) O Mandado de Injunção na jurisprudência do STF.

O Supremo Tribunal Federal, em questão de ordem no Mandado de Injunção nº 107-DF (Rel. Min. Moreira Alves), manifestou o seguinte entendimento:

"E M E N T A: Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. - Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. - Assim fixada a natureza

LLL

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte - que está devidamente definida pelo artigo 102, I, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator" - (MI nº 107, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990).

Portanto, deixou assente o Supremo Tribunal Federal que, consoante a sua própria natureza, o mandado de injunção destinava-se a garantir os direitos constitucionalmente assegurados, inclusive aqueles derivados da soberania popular, como o direito ao plebiscito, o direito ao sufrágio, a iniciativa legislativa popular (art. 14, I e III), bem como os chamados direitos sociais (Constituição, art. 6º), desde que o impetrante estivesse impedido de exercê-los em virtude da omissão do órgão legiferante.

A concepção de omissão deve compreender não só a chamada omissão absoluta do legislador, isto é, a total ausência de normas, como também a omissão parcial, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar [Cf. MI nº 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 133, p. 11(31)].

A partir do precedente firmado no MI nº 107/DF, de relatoria do Min. Moreira Alves, o STF constatou que o mandado de injunção afigurava-se adequado à realização de direitos constitucionais que dependiam da edição de normas de organização, sob pena do esvaziamento do significado desses direitos.

Todavia, o Tribunal deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

empreendesse as providências requeridas. Tanto a decisão a ser proferida no processo de controle abstrato da omissão, quanto a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da omissão no mandado de injunção têm caráter obrigatório ou *mandamental*. As duas ações são destinadas a obter uma ordem judicial dirigida a um outro órgão do Estado.

Ter-se-ia aqui um exemplo daquela ação que Goldschmidt houve por bem denominar *Anordnungsklagenrecht* (ação *mandamental*) [GOLDSCHMIDT, James. *Zivilprozessrecht*, § 15^a, p. 61; cf. MI nº 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 133, p. 11(35)].

Essa ação *mandamental* exige a edição de ato normativo por parte do Poder Público. O processo de controle da omissão, previsto no art. 103, § 2º, da Constituição, é abstrato, e, consoante a sua própria natureza, deve a decisão nele proferida ser dotada de eficácia *erga omnes* [Cf. MI nº 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 133, p. 11(38-9)].

Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, o constituinte pretendeu conferir aos dois institutos significado processual semelhante, e assegurou às decisões proferidas nesses processos idênticas consequências jurídicas. A garantia do exercício de direitos prevista no art. 5º, LXXVI, da Constituição, pertinente ao mandado de injunção, não se diferencia, fundamentalmente, da garantia destinada a tornar efetiva uma norma constitucional referida no art. 103, § 2º, da Constituição, concernente ao controle abstrato da omissão [Cf. MI nº 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 133, p. 11(38-9)].

As decisões proferidas nesses processos declaram a mora

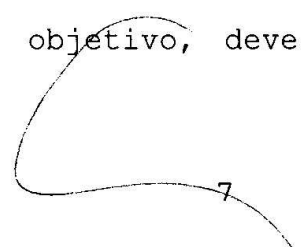
Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

do órgão legislferante em cumprir dever constitucional de legislar, compelindo-o a editar a providência requerida. Dessarte, a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão residiria no fato de que, enquanto o primeiro destina-se à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico [Cf. MI nº 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 133, p. 11(38-9)].

O Tribunal deixou assente que de sua competência para apreciar a omissão do legislador, no mandado de injunção, decorria, igualmente, a faculdade de determinar a suspensão dos processos administrativos ou judiciais e de suspender determinadas medidas ou atos administrativos. Poder-se-ia assegurar, assim, ao impetrante a possibilidade de ser beneficiado pela norma que viesse a ser editada.

A equiparação dos efeitos das decisões proferidas no mandado de injunção e no controle abstrato da omissão configura um elemento essencial da construção desenvolvida pelo Tribunal. Até porque a simples constatação de que a decisão proferida nesses processos tem caráter impositivo para os órgãos legislferantes não legitima, necessariamente, outras conseqüências jurídicas consideradas pelo acórdão como simples consectário desse caráter obrigatório, tais como a obrigação de suspender os processos que tramitam perante autoridades administrativas ou tribunais. Esses efeitos somente se mostram compreensíveis em face da suposição de que a decisão proferida no controle abstrato da omissão, por se tratar de um processo objetivo, deve ser dotada de eficácia erga omnes.



Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

O Tribunal parte da idéia de que o constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão idênticas consequências jurídicas. Isso está a indicar que, segundo seu entendimento, também a decisão proferida no mandado de injunção é dotada de eficácia *erga omnes*. Dessa forma, pôde o Tribunal fundamentar a ampliação dos efeitos da decisão proferida no mandado de injunção.

Essa construção permitiu ao Tribunal afirmar a imediata aplicação do mandado de injunção, independentemente da edição das normas processuais específicas. A natureza jurídica semelhante do mandado de injunção e do mandado de segurança, enquanto ações destinadas a obrigar os agentes públicos a empreenderem determinadas providências, autorizava, segundo o Tribunal, que, na ausência de regras processuais próprias, fossem aplicadas aquelas pertinentes ao mandado de segurança [Cf. MI nº 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 133, p. 11(39)].

Em resumo, pode-se afirmar que:

i) os direitos constitucionalmente garantidos apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo e não podem ser satisfeitos através de eventual execução direta por parte do Tribunal; a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, e o condena a editar a norma requerida;

ii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial;

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

iii) a decisão proferida no controle abstrato da omissão tem eficácia *erga omnes*, e não tem diferença fundamental da decisão prolatada no mandado de injunção;

iv) é possível que o Supremo Tribunal Federal determine, na ação de mandado de injunção, a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado pela norma mais benéfica. Essa faculdade legítima, igualmente, a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a expedição das normas pelo legislador.

Após esse *leading case*, todavia, esta Corte passou a promover alterações significativas no instituto do mandado de injunção, conferindo-lhe, por conseguinte, conformação mais ampla do que a até então admitida.

No Mandado de Injunção nº 283/DF (DJ 14.11.1991), de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados. Explicita a ementa do acórdão:

"Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, § 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos.

227

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232).

2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8º, § 3º - 'Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservados do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição' - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada.

3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal à qual igualmente se devaimputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito.

4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para:

a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República;

b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;

c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à

228

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem;

d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável" - (MI nº 283/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991).

No Mandado de Injunção nº 232/RJ, da relatoria do Ministro Moreira Alves (DJ 27.3.1992), o Tribunal reconheceu que, passados seis meses sem que o Congresso Nacional editasse a Lei referida no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, o requerente passaria a gozar a imunidade requerida. Consta da ementa desse julgado:

"Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no § 7º. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. **Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.**" (MI nº 232-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27.03.1992)

Ainda com essa mesma orientação, registre-se a ementa do acórdão proferido no Mandado de Injunção nº 284, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, redator para o acórdão Ministro Celso de Mello (DJ 26.6.1992):

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

"MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA JURÍDICA FUNÇÃO PROCESSUAL - ADCT, ART. 8º, (PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA) - A QUESTÃO DO SIGILO - MORA INCONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO - EXCLUSÃO DA UNIÃO FEDERAL DA RELAÇÃO PROCESSUAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM' - 'WRIT' DEFERIDO.

- O caráter essencialmente mandamental da ação injuncional - consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - impõe que se defina, como passivamente legitimado 'ad causam', na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia inconstitucional, ao qual é imputável a omissão causalmente inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional.

- No caso, 'ex vi' do § 3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a inatividade inconstitucional é somente atribuível ao Congresso Nacional, a cuja iniciativa se reservou, com exclusividade, o poder de instaurar o processo legislativo, reclamado pela norma constitucional transitória.

- Alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconvincente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo 'perigoso fascínio do absoluto' (Pe. JOSEPH COMBLIN, 'A Ideologia da Segurança Nacional - O Poder Militar na América Latina', p. 225, 3ª ed., 1980; trad. de A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em 'práxis' governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema ('O Futuro da Democracia', 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério.

O novo estatuto político brasileiro - que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta - consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais.

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de BOBBIO, como 'um modelo ideal do governo público em público'. - O novo 'writ' constitucional, consagrado pelo art. 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 mandato de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder.

- Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção nº 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório" - (MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurelio, Red. para o acórdão Ministro Celso de Mello DJ de 26.06.1992)

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 mandato de injunção.

As decisões proferidas nos Mandados de Injunção nºs 283 (Relator: Sepúlveda Pertence), 232 (Relator: Moreira Alves) e 284 (Relator: Celso de Mello) sinalizam uma nova compreensão do

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

instituto e a admissão de uma solução "normativa" para a decisão judicial.

Assim, no caso relativo à omissão legislativa quanto aos critérios de indenização devida aos anistiados (art. 8º do ADCT), o Tribunal entendeu que, em face da omissão, os eventuais afetados poderiam dirigir-se diretamente ao juiz competente que haveria de fixar o montante na forma do direito comum (Cf., nesse sentido, MI nº 562-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 20.6.2003; e MI nº 543-DF, Rel. Min. Octavio Gallotiti, *DJ* 24.5.2002). Em outro precedente relevante, considerou-se que a falta de lei não impedia que a entidade beneficente gozasse da imunidade constitucional expressamente reconhecida (Cf. MI nº 679, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 17.12.2002).

As decisões referidas indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano.

B) O Mandado de Injunção e o direito de greve na jurisprudência do STF.

Na espécie, discute-se o direito de greve de servidores públicos civis.

Nesse particular, deve-se observar que, diferentemente das relativizações realizadas quanto ao decidido no Mandado de Injunção nº 107/DF (*DJ* 2.8.1991), nos casos em que se apreciaram as possibilidades e condições para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis, esta Corte ficou adstrita tão-somente à

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma reguladora específica.

Como casos exemplificativos desse entendimento, enuncio os seguintes julgados: MI nº 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, maioria, DJ 22.11.1996; MI nº 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, maioria, DJ 23.8.2002; e MI nº 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, maioria, DJ 2.8.2002.

Conforme exposto, este Tribunal, nas diversas oportunidades em que se manifestou sobre a matéria, tem reconhecido unicamente a necessidade de se editar a reclamada legislação.

Nessas ocasiões, entretanto, o Ministro Carlos Velloso destacava a necessidade de que, em hipóteses como a dos autos, se aplicasse, provisoriamente, aos servidores públicos a lei de greve relativa aos trabalhadores em geral.

Registre-se, a propósito, trecho de seu voto no MI nº 631/MS (Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002):

"Assim, Sr. Presidente, passo a fazer aquilo que a Constituição determina que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito de greve do servidor público.

A norma para o caso concreto será a lei de greve dos trabalhadores, a Lei 7.783, de 28.6.89. É dizer, determino que seja aplicada, no caso concreto, a lei que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, que define as atividades essenciais e que regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Sei que na Lei 7.783 está disposto que ela não se aplicará aos servidores públicos. Todavia, como devo fixar a norma para o caso concreto, penso que devo e

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

posso estender aos servidores públicos a norma já existente, que dispõe a respeito do direito de greve." (MI nº 631-MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 02.08.2002)

Vê-se, assim, que, observados os parâmetros constitucionais quanto à atuação da Corte como eventual legislador positivo, o Ministro Carlos Velloso entendia ser o caso de determinar a aplicação aos servidores públicos da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado.

Assim como na interessante solução sugerida pelo Ministro Velloso, creio parecer justo fundar uma intervenção mais decisiva desta Corte para o caso da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 37, VII).

Entretanto, avento essa possibilidade por fundamentos diversos, os quais passarei a desenvolver em breve exposição sobre o direito de greve no Brasil e no direito comparado.

C) Direito de greve dos servidores públicos, omissão inconstitucional e alternativas de superação.

O direito de greve dos servidores públicos tem sido objeto de sucessivas dilações desde 1988. A Emenda Constitucional nº 19/1998 retirou o caráter complementar da Lei regulamentadora, a qual passou a demandar, unicamente, lei ordinária e específica para a matéria. Não obstante subsistam as resistências, é bem possível que as partes envolvidas na questão partam de premissas que favoreçam o estado de omissão ou de inércia legislativa.

A representação de servidores não vê com bons olhos a regulamentação do tema, porque visa a disciplinar uma seara que hoje

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

está submetida a um tipo de lei da selva. Os representantes governamentais entendem que a regulamentação acabaria por criar o direito de greve dos servidores públicos. Essas visões parcialmente coincidentes têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem sem qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal.

Mencionem-se, a propósito, episódios mais recentes relativos à paralisação dos controladores de voo do país; ou ainda, no caso da greve dos servidores do Judiciário do Estado de São Paulo, ou dos peritos do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que trouxeram prejuízos irreparáveis a parcela significativa da população dependente desses serviços públicos.

A não-regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias conseqüências para o Estado de Direito. Estou a lembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos.

Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia legislativa 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".

Assim, tanto quanto no caso da anistia, essa situação parece exigir uma intervenção mais decisiva desta Corte.

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

Ademais, assevero que, apesar da persistência da omissão quanto à matéria, são recorrentes os debates legislativos sobre os requisitos para o exercício do direito de greve.

A esse respeito, em apêndice ao meu voto, elaborei documento comparativo da Lei nº 7.783/1989 e o texto substitutivo ao Projeto de Lei nº 4.497/2001 (que "Dispõe sobre os termos e limites do exercício do direito de greve pelos servidores públicos"), de autoria da então Deputada Federal Rita Camata, para disciplinar o exercício do direito de greve dos servidores públicos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e a dos Municípios, previsto no art. 37, inciso VII da Constituição Federal.

Na oportunidade de apresentação do referido Projeto de Lei, o Relator da matéria, o Deputado Federal Isaías Silvestre, realizou uma síntese geral acerca do processo legislativo de apreciação dessa matéria, *verbis*:

"O Projeto de Lei n.º 4.497, de 2001, objetiva disciplinar o exercício do direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, inciso VII, da Constituição Federal.

Conforme relatado em sua justificativa, a proposição tem por base, quando pertinentes, os dispositivos da Lei nº 7.783, de 1989, que regula o direito de greve para os trabalhadores em geral, observando, porém, os aspectos próprios do serviço público, que exigem o estabelecimento de dispositivos específicos.

O art. 1º do projeto prevê que o direito de greve será exercido pelos servidores públicos nos termos e limites da lei, competindo-lhes decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

O art. 2º apresenta os conceitos pertinentes à matéria, entre outros o de órgão ou entidade pública, assim definido: "órgão da administração direta e

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e suas respectivas autarquias e fundações públicas”.

O art. 3º confere às entidades sindicais a prerrogativa de convocar, na forma de seus estatutos, assembléia geral para deliberar sobre as reivindicações das respectivas categorias e sobre a deflagração da greve, prevendo ainda os procedimentos cabíveis no caso de inexistência de entidade sindical representativa dos servidores.

O art. 4º exige, quando da deflagração da greve, a comunicação da data do seu início pelo menos com 72 horas de antecedência.

Os arts. 5º e 6º fixam os direitos e deveres dos servidores grevistas e da Administração Pública.

O art. 7º relaciona os serviços considerados essenciais. O

art. 8º disciplina a realização da greve nos órgãos que executem tais serviços, prevendo que, no caso de inobservância das garantias estabelecidas pela lei, a Administração poderá proceder à contratação de pessoal por tempo determinado ou de serviços de terceiros.

O art. 9º determina que os dias de greve sejam contados como de efetivo exercício, inclusive remuneratório, desde que, encerrada a greve, as horas não trabalhadas sejam repostas de acordo com cronograma estabelecido conjuntamente pela Administração e pelos servidores.

Os arts. 10 e 11 indicam as condutas consideradas como abuso do direito de greve, nelas incluindo a recusa à prestação de serviços inadiáveis e a manutenção da greve após celebração de acordo ou decisão judicial, bem como as sanções correspondentes.

O art. 12 trata da responsabilidade nas esferas administrativa, civil e penal.

Encontram-se apensadas ao projeto seis proposições, que passaremos a comentar.

237

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

O Projeto de Lei nº 5.662, de 2001, de autoria do Deputado Airtton Cascavel, busca regulamentar o exercício do direito de greve pelos servidores civis, fazendo-o em termos bastante próximos aos do projeto principal.

O Projeto de Lei nº 6.032, de 2002, foi enviado pelo Poder Executivo com o mesmo escopo. Difere, no entanto, dos anteriores em alguns aspectos, tais como: determina a obrigatoriedade de manutenção de percentual mínimo de 50% de servidores em atividade, podendo o Poder Público postular liminarmente a fixação de percentual superior; prevê que a 'ameaça concreta de deflagração de greve autoriza o Poder Público a ingressar em juízo postulando a declaração de ilegalidade do movimento, inclusive liminarmente'; e introduz regras processuais específicas sobre a matéria.

O Projeto de Lei nº 6.141, de 2002, da Deputada Iara Bernardi, também apresenta dispositivos semelhantes aos da proposição principal, inovando, contudo, em alguns pontos, como: obrigatoriedade de instalação de processo de negociação, sob pena de crime de responsabilidade da autoridade pública responsável, no prazo de dez dias após a apresentação da pauta de reivindicações dos servidores, podendo o Poder Judiciário fixar multa diária pelo descumprimento dessa obrigação; previsão de instituição de um Comitê de Negociação, no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em cada esfera político-administrativa; e autorização para que uma Comissão de Intermediação e Arbitragem, composta por representantes da sociedade civil, possa auxiliar na obtenção de uma solução para o conflito, podendo, por consenso entre as partes, arbitrar as cláusulas aplicáveis a ambas.

O Projeto de Lei nº 6.668, de 2002, da Deputada Elcione Barbalho, tal como os demais, estabelece direitos e obrigações para os servidores grevistas e para a Administração, cabendo destacar, entre seus aspectos particulares, a possibilidade de composição dos conflitos por meio de arbitragem, cabendo às partes, em comum acordo, a escolha do árbitro. O projeto também se distingue em relação ao campo de

aplicação de suas normas, que se destinam aos servidores da administração pública federal.

O Projeto de Lei nº 6.775, de 2002, oriundo da Comissão de Legislação Participativa, busca regulamentar o direito constitucional de greve dos servidores públicos civis com algumas disposições semelhantes às da proposição principal, cabendo destacar, entre os dispositivos particulares que apresenta, os seguintes: previsão de que a Justiça do Trabalho, por iniciativa de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, decida sobre a procedência das reivindicações dos servidores; e obrigatoriedade de constituição, no âmbito de cada Poder, nas três esferas de governo, de uma comissão permanente de assuntos sindicais e associativos, com a finalidade de intermediar as relações entre as entidades sindicais e a Administração Pública.

O Projeto de Lei nº 1.950, de 2003, do Deputado Eduardo Paes, pretende disciplinar a matéria no âmbito da administração pública federal. Além de disposições similares às da proposição principal e das demais apensadas, o projeto estabelece que, frustrada a negociação, é facultada a cessação coletiva do trabalho, e que o Judiciário, por iniciativa de qualquer das partes ou do Ministério Público Federal, decidirá sobre a procedência, total ou parcial, das reivindicações.

No prazo regimental, foram apresentadas três emendas ao PL nº 4.497/01, pelo Deputado Francisco Rodrigues, com os seguintes objetivos: acrescentar às atividades consideradas essenciais os serviços que visam possibilitar o atendimento direto das atribuições legais das Forças Armadas; atribuir competência à Justiça do Trabalho para decidir sobre a procedência das reivindicações dos servidores grevistas; e permitir à Administração a cobrança judicial de indenização por prejuízos derivados do abuso do direito de greve, motivado por decisão de entidade sindical”.

Segundo informações obtidas na página oficial da Câmara dos Deputados (www.camara.gov.br), o Projeto de Lei nº 4.497/2001

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

encontra-se na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, na pendência de apreciação de pedido de desarquivamento da proposição formulado pelo Presidente da Comissão de Legislação Participativa, o Deputado Federal Eduardo Amorim, em 13 de março de 2007.

Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetida absoluta e exclusivamente a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 18 anos), remanesce sem qualquer alteração. Isto é, mesmo com as modificações implementadas pela Emenda nº 19/1998 quanto à exigência de lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu o tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais.

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

Uma boa síntese dessa questão no direito comparado é trazida por Rui Medeiros:

"Qualquer referência ao **Direito Comparado** neste domínio não pode perder de vista que as diferentes concepções defendidas, mesmo quando apresentadas como solução para um problema identificado sob o mesmo nomen iuris, têm, por vezes, subjacentes diferentes modos de delimitação do próprio fenómeno em apreciação. Seja como for, feita a advertência, é possível verificar que os direitos italiano, alemão e austríaco apresentam três modos diferentes de solucionar o problema das sanções aplicáveis às leis que conferem direitos em violação do princípio da igualdade. As especificidades não residem, propriamente, na resposta à questão da admissibilidade, com carácter mais ou menos excepional, das decisões modificativas, pois, em qualquer dos países, não se exclui liminarmente uma tal solução. O mesmo se passa, aliás, em Espanha, em França e nos Estados Unidos. As divergências situam-se a outro nível.

[**Esclarece Rui Medeiros que**] A diferença entre a lição alemã e o ensinamento italiano prende-se, antes de mais, com a delimitação dos casos em que são constitucionalmente admissíveis as decisões modificativas. Na verdade, além de o Bundesverfassungsgericht, ao contrário da Corte Costituzionale, rejeitar decisões modificativas quando a discriminação resulta do silêncio da lei, o Tribunal Constitucional italiano admite mais facilmente do que o Tribunal Constitucional Federal alemão a existência de valores constitucionais que postulem a modificação da lei. Mesmo um Autor, como VEZIO CRISAFULLI, que não se cansa de sublinhar que a legislação positiva criada pela Corte Costituzionale é uma legislação a *rime obbligate* [**isto é, trata-se de atividade legislativa vinculada ao poder de conformação limitado pelo gizamento constitucional estabelecido para a matéria**], alude ao contraste entre a solução italiana e a solução alemã: o Bundesverfassungsgericht alemão, perante uma violação do princípio da igualdade resultante de um tratamento de favor concedido apenas a algumas das pessoas que se encontram num plano essencialmente igual, lança geralmente mão da simples declaração de

incompatibilidade, pois entende que o poder legislativo dispõe de várias possibilidades de eliminação do vício e, entre outras opções, tanto pode estender a norma de favor aos até aí excluídos, como revogá-la para todos; pelo contrário, em situações deste género, a Corte italiana adopta uma sentença *manipulativa*, anulando a disposição *nella parte in cui* (ainda que implicitamente) *escluye* do beneficio a categoria preterida, estendendo assim o tratamento mais favorável" - (MEDEIROS, Rui. A Decisão de Inconstitucionalidade, p. 461).

A propósito do papel das Cortes Constitucionais, anota Rui Medeiros:

"A atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e da criatividade da função jurisdiccional: as decisões modificativas integram-se, coerentemente, no movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito.

O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas.

Enfim, e este terceiro aspecto é particularmente importante, a reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal. Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão de medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessário a intervenção activa do Tribunal Constitucional. Efectivamente, enquanto para eliminar um limite normativo (v.g. uma proibição ou um ônus) e restabelecer plenamente uma liberdade, basta invalidar a norma em causa, o mesmo não se pode dizer quando se trata de afastar uma omissão legislativa inconstitucional. Neste segundo caso, se seguir o modelo clássico de justiça constitucional, a capacidade de intervenção do juiz das leis será muito reduzida. Urge, por isso, criar um sistema de justiça constitucional adequado ao moderno Estado Social. Numa palavra: <<a configuração actual das constituições não permite qualquer veleidade aos

tribunais constitucionais em actuarem de forma meramente negativa, antes lhes exige uma esforçada actividade que muitas vezes se pode confundir com um *indirizzo* político na efectiva concretização e desenvolvimento do programa constitucional. Daí o falhanço de todas as teses que pretendiam arrumar os tribunais constitucionais numa atitude meramente contemplativa perante as tarefas constitucionais>> e o esbatimento, claro em Itália, dos limites à admissibilidade de decisões modificativas" - (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 493-494).

Esclarece ainda Rui Medeiros:

"As considerações anteriores apontam no sentido da inadmissibilidade das decisões modificativas. Mas isso não significa que não possa haver excepções. Efectivamente, embora parte da doutrina admita que as decisões modificativas são proferidas no exercício de um poder discricionário do Tribunal Constitucional e se contente em pedir aos juizes constitucionais que usem a sua liberdade de escolha com parcimônia, **numerosos autores esforçam-se por sublinhar que não está em causa o exercício de uma função substancialmente criativa *ex nihil*, verificando-se tão-somente a extração de um *quid iuris* já presente - de modo cogente e vinculativo para o próprio legislador - no ordenamento.** Nesta perspectiva, o órgão de controlo, ao modificar a lei, não actua como se fosse legislador, já que << não possui aquele grau de liberdade de opção para definir o escopo legal que é atributo do legislador>>. <<O *quid iuris adiectum*, ainda que não explicitado formalmente na disposição ou no texto (*verba legis*), está já presente, e *in modo obbligante*, no próprio sistema>>.

[Destaca Rui Medeiros que] Dois critérios são normalmente trazidos à colação para fundamentar este entendimento: o critério da vontade hipotética do legislador e o critério da solução constitucionalmente obrigatória. O campo de aplicação das decisões modificativas restringe-se, nesta perspectiva, aos domínios em que a liberdade de conformação do legislador se reduz quase ao zero ou em que se pode afirmar que o legislador, caso tivesse

previsto a inconstitucionalidade, teria alargado o âmbito de aplicação da lei. É certo que numerosos autores se socorrem ainda de um princípio geral de tratamento mais favorável. Mas, uma vez que um tal princípio se funda em normas ou princípios constitucionais (v.g. no princípio do Estado Social, no princípio da igualdade, na proibição de retrocesso social), o apelo ao princípio geral de tratamento mais favorável constitui no fundo uma simples modalidade do segundo critério referido" - (MEDEIROS, Rui. A decisão de Inconstitucionalidade, p. 501).

Por fim, Rui Medeiros assevera que:

"- É freqüente a aceitação das decisões modificativas nos casos em que o Tribunal completa um regime basicamente escolhido pelo legislador e de um modo que em princípio o legislador não desdenharia. Diz-se, para o efeito, que não há, aí, substituição da vontade ou da opção do legislador por outras substancialmente diversas. (p. 502)

- A admissibilidade das decisões modificativas impõe-se segundo outro critério, quando a modificação da lei operada pelo Tribunal Constitucional incorpora unicamente uma <<solução constitucionalmente obrigatória>>, pois nestes casos, o Tribunal Constitucional não exerce manifestamente uma função substancialmente criativa *ex nihil*." (MEDEIROS, Rui, A Decisão de Inconstitucionalidade, cit., p. 504.).

Especialmente no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, esclarece Rui Medeiros que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou ainda quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora "solução constitucionalmente obrigatória" (MEDEIROS, Rui, A Decisão de Inconstitucionalidade, cit., p. 504).

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral no que concerne às denominadas "atividades essenciais" é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989.

O artigo 9º desse diploma normativo dispõe que o sindicato ou comissão de negociação deve manter um número de empregados em atividade para que seja garantida a manutenção dos serviços que, se paralisados, podem acarretar prejuízo irreparável. Para isso, deve haver acordo entre o sindicato ou comissão de negociação e a entidade patronal ou o empregador. Se não se chegar a esse acordo, o empregador pode contratar diretamente esses serviços, enquanto a greve durar.

O artigo 10 da Lei Geral de Greve, por sua vez, elenca atividades e serviços que devem ser considerados como essenciais, *verbis*:

- "I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
- II - assistência médica e hospitalar;
- III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV - funerários;
- V - transporte coletivo;
- VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII - telecomunicações;
- VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X - controle de tráfego aéreo;
- XI compensação bancária".

O artigo 11 da referida Lei dispõe sobre a obrigatoriedade de se garantir, durante a greve, os serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Tal obrigação se dirige tanto aos sindicatos quanto aos empregadores e trabalhadores. O parágrafo único desse artigo

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

estipula o conceito da expressão "necessidades inadiáveis" como "aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população".

O artigo 12 da Lei nº 7.783/1989, por sua vez, dispõe que, frustrada a obrigação prevista no artigo anterior, cabe ao Poder Público assegurar a prestação dos serviços indispensáveis.

No caso de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 9º, *caput* c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua (CF, art. 9º, §1º), de outro. Evidentemente, não se outorga ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição ou não da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderá adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderá deixar de reconhecer o direito previamente definido na Constituição.

Identifica-se, pois, aqui a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, pode tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina.

A partir da experiência do direito alemão sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, tendo em vista especialmente as omissões legislativas parciais, e das sentenças aditivas no direito italiano, denota-se que se está, no

MI 708 / DF

caso do direito de greve dos servidores, diante de hipótese em que a omissão constitucional reclama uma solução diferenciada.

De resto, uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art. 1º).

Essa consideração traz repercussões acerca do papel institucional a ser desempenhado por esta Corte no processo de fiscalização de constitucionalidade das omissões legislativas. A esse respeito, Joaquín Brage Camazano esclarece as dificuldades normativas que se impõem para a realização de direitos fundamentais e propõe uma superação da formulação kelseniana segundo a qual a função da Corte Constitucional deveria se limitar à de um "legislador negativo". Segundo Camazano:

"La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es prácticamente inevitable, con una u otra denominación y con unas u otras particularidades, por cualquier órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepción de Kelsen del TC como una suerte de 'legislador negativo'. Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico 'arsenal' sentenciador de que disponen para fiscalizar la constitucionalidad de la Ley, más allá del planteamiento demasiado simple 'constitucionalidad/inconstitucionalidad', es un elemento más, y de importancia, que viene a poner de

MI 708 / DF

relieve hasta qué punto es así. Y es que, como Fernández Segado destaca, 'la praxis de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección' de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, 'certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo.' [CAMAZANO, Joaquín Brage. Interpretación Constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias "atípica")]

Sobre a necessidade de decisões adequadas para esse estado de inconstitucionalidade omissiva, afiguram-se pertinentes as lições de Augusto Martin de La Vega na seguinte passagem de sua obra:

"Partiendo de que cada sistema de justicia constitucional tiende a configurarse como un modelo particular en función de sus relaciones con el ordenamiento constitucional en el que opera, es difícil entender la proliferación de las sentencias manipulativas sin tener en cuenta la combinación de tres factores determinantes en el caso italiano: la existencia de una Constitución con una fuerte carga programática y 'avocada' a un desarrollo progresivo, la continuidad básica de un ordenamiento legal con fuertes resquicios no sólo protoliberales sino incluso autoritarios, y la simultánea ineficacia del Parlamento para dar una respuesta en el tiempo socialmente requerido tanto a las demandas de actuación de la Constitución, como a la necesaria adecuación del preexistente ordenamiento legal al orden constitucional." (LA VEGA, Augusto Martín. *La sentencia constitucional en Italia*, p. 229-230)

A meu ver, tais condicionamentos político-institucionais permitem uma aproximação ao caso brasileiro da omissão legislativa quanto ao direito de greve dos servidores públicos.

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

O que se propõe, portanto, é uma mudança de perspectiva quanto às possibilidades jurisdicionais de controle de constitucionalidade das omissões legislativas.

É certo, igualmente, que a solução alvitrada por essa posição não desborda do critério da vontade hipotética do legislador, uma vez que se cuida de adotar, provisoriamente, para o âmbito da greve no serviço público, as regras aplicáveis às greves no âmbito privado.

D) CONCLUSÃO

Em síntese, considerada a omissão legislativa alegada na espécie, voto, preliminarmente, pelo conhecimento do Mandado de Injunção.

No mérito, acolho a pretensão tão-somente no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos.

Nesse particular, ressalto ainda que, em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, não estou a afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos dos já mencionados arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989.

Creio que essa complementação na parte dispositiva de meu voto é indispensável porque, na linha do raciocínio desenvolvido, **não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das**

249

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais".

Isto é, mesmo provisoriamente, há de se considerar, ao menos, idêntica conformação legislativa quanto ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade que, se não atendidas, coloquem "em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população" (Lei nº 7.783/1989, parágrafo único, art. 11).

Nessa extensão do acolhimento, porém, creio serem necessárias outras considerações com relação à recente decisão tomada por esta Corte no julgamento da medida liminar na ADI nº 3.395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso. Eis o teor da ementa do julgado. ✓

"EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária" - (ADI nº 3.395-DF, Pleno, maioria, Rel. Min. Cezar Peluso, vencido o Min. Marco Aurélio, DJ 10.11.2006).

Assim, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, é necessário que, na decisão deste MI, fixemos os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para a apreciação de dissídios

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

O que se propõe, portanto, é uma mudança de perspectiva quanto às possibilidades jurisdicionais de controle de constitucionalidade das omissões legislativas.

É certo, igualmente, que a solução alvitrada por essa posição não desborda do critério da vontade hipotética do legislador, uma vez que se cuida de adotar, provisoriamente, para o âmbito da greve no serviço público, as regras aplicáveis às greves no âmbito privado.

D) CONCLUSÃO

Em síntese, considerada a omissão legislativa alegada na espécie, voto, preliminarmente, pelo conhecimento do Mandado de Injunção.

No mérito, acolho a pretensão tão-somente no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos.

Nesse particular, ressalto ainda que, em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, não estou a afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos dos já mencionados arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989.

Creio que essa complementação na parte dispositiva de meu voto é indispensável porque, na linha do raciocínio desenvolvido, **não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das**

251

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

9.11.2001, ocasião em que se discutia a competência desta Corte no contexto da prerrogativa de foro por exercício de função, *verbis*: "Se nossa função é realizar a Constituição e nela a largueza do campo do foro por prerrogativa de função mal permite caracterizá-lo como excepcional, nem cabe restringi-lo nem cabe negar-lhe a expansão sistemática necessária a dar efetividade às inspirações da Lei Fundamental".

Sobre essa questão também nos ensina Canotilho:

"A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de 'poderes implícitos', de 'poderes resultantes' ou de 'poderes inerentes' como formas autônomas de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, chegar-se-á a duas hipóteses de competência complementares implícitas: (1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão); (2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais." (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, p. 543).

Nesse contexto, conforme já tive oportunidade de sustentar algumas vezes, não há como, em Constituição tão detalhada como a nossa, deixar de fazer uma interpretação compreensiva do texto

252

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

constitucional. Principalmente levando em consideração a questão ora sob análise (exercício do direito de greve por servidores públicos), resulta impossível não empreender esse tipo de compreensão.

Vê-se, pois, que o sistema constitucional não repudia a idéia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Por isso, considero viável a possibilidade de aplicação das regras de competência insculpidas na Lei nº 7.701/88 para garantir uma prestação jurisdicional efetiva na área de conflitos paredistas instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos estatutários (CF, arts. 5º, XXXV, e 93, IX).

Diante dessa conjuntura, é imprescindível que este Plenário densifique as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal.

Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da Justiça Federal, ou ainda, abranger mais de uma unidade da federação, entendo que a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, "a", da Lei nº 7.701/1988).

Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da Justiça Federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/1988).

253

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também, por aplicação analógica, do art. 6º, da Lei nº 7.701/1988).

Ou seja, nesse último caso, as greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo respectivo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais.

Revela-se importante, nesse particular, ressaltar que a par da competência para o dissídio de greve em si - no qual se discute a abusividade, ou não, da greve - também os referidos tribunais, nos seus respectivos âmbitos, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade com a qual esse juízo se reveste.

Nesse particular, nos termos do art. 7º da Lei nº 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Na suspensão do contrato de trabalho não há falar propriamente em prestação de serviços, nem tampouco no pagamento de salários. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho.

Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como:

Supremo Tribunal Federal

MI 708 / DF

- i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação;
- ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e
- iii) demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve.

Em última instância, a adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e de procedimento dizem respeito à fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade de exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos e, sobretudo, os limites a esse exercício no contexto de continuidade na prestação dos serviços públicos.

Ao adotar essa medida, este Tribunal estaria a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos - um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas para o benefício da sociedade brasileira.

Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, entendo ser válida a fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria.

255*Supremo Tribunal Federal***MI 708 / DF**

Diante do exposto, voto no sentido de que o presente mandado de injunção seja conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis n^{os} 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

É como voto.

*Supremo Tribunal Federal***382****PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****MANDADO DE INJUNÇÃO 708-0**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

IMPTE.(S): SINTEM - SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO DO

MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA

ADV.(A/S): JALDEMIRO RODRIGUES DE ATAÍDE JÚNIOR E OUTRO(A/S)

IMPDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator), conhecendo do mandado de injunção e determinando a aplicação da Lei nº 7.783/89, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 24.05.2007.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, concedendo o mandado de injunção para aplicar a solução que preconiza tão-somente à categoria representada pelo Sindicato requerente, e dos votos dos Senhores Ministros Direito Menezes, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Carlos Britto, acompanhando o Relator, que também deferia o mandado de injunção, nos termos de seu voto, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 19.09.2007.

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 25.10.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso do

383

Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Menezes Direito.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr.
Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Luiz Tomimatsu
Secretário