

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO / PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

DÉBORA PEREIRA TURCHETTI

A INTEGRAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO PELO MANDADO DE INJUNÇÃO:  
Perspectivas para o instituto no Brasil, em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

BELO HORIZONTE

2012

DÉBORA PEREIRA TURCHETTI

A INTEGRAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO PELO MANDADO DE INJUNÇÃO:  
Perspectivas para o instituto no Brasil, em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como um dos requisitos para a obtenção do título de mestre, elaborada sob a orientação do Professor Doutor Aloizio Gonzaga de Andrade Araújo, sob a linha de pesquisa “Direito, Razão e História”, projeto estruturante “Hermenêutica como Instrumento de Realização da Justiça”.

BELO HORIZONTE

2012

T932i

Turchetti, Débora Pereira

A integração do direito brasileiro pelo mandado de injunção :  
perspectivas para o instituto no Brasil, em face da jurisprudência  
do Supremo Tribunal Federal / Débora Pereira Turchetti. – 2012.

Orientador: Aloízio Gonzaga de Andrade Araújo  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas  
Gerais, Faculdade de Direito.

Inclui bibliografia

1. Direito constitucional – Teses 2. Mandado de injunção –  
Brasil 3. Lacunas no direito 4. Acesso à justiça 5. Mandado  
de injunção – Jurisprudência – Brasil 6. Hermenêutica (Direito)  
I. Título

CDU <sup>(1976)</sup> 347.922:35.077

DÉBORA PEREIRA TURCHETTI

A INTEGRAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO PELO MANDADO DE INJUNÇÃO:  
Perspectivas para o instituto no Brasil, em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando a obtenção do título de mestre em Direito.

Belo Horizonte, 06 de julho de 2012.

Componentes da Banca Examinadora:

---

Professor Doutor Aloizio Gonzaga de Andrade Araújo (Orientador)  
Universidade Federal de Minas Gerais

---

Professor(a)  
Universidade

---

Professor(a)  
Universidade

## Dedicatória

Dedico a presente dissertação a meus pais, por terem me ensinado as lições mais difíceis de todas, aquelas que não se encontram nos livros.

## Agradecimentos

Agradeço a todos aqueles que contribuíram diretamente, em especial ao Professor Aloizio, pela orientação, aos Professores do Programa, pelas lições, e aos colegas de Pós-graduação, pelos debates. Agradeço também a todos aqueles que contribuíram indiretamente, em especial ao André, por vibrar, de modo entusiástico e incondicional, com cada parágrafo redigido, e às amigas Gabriela e Letícia, por me confortarem com suas experiências.

*“Pois ouro os que procuram cavam muita terra e o encontram pouco”.*

Heráclito de Éfeso, fragmento 22 da edição Diels-Kranz.

## RESUMO

A presente dissertação objetivou identificar as perspectivas para o mandado de injunção no Brasil, levando-se em consideração a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e verificar a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para integrar o ordenamento jurídico brasileiro, com efeito *erga omnes*, por meio do mandado de injunção, inclusive na hipótese de ausência de qualquer legislação versando sobre o direito constitucionalmente assegurado. Foram estudados o Pós-positivismo, o Estado Democrático de Direito, a nova Hermenêutica, as formas de integração do ordenamento jurídico brasileiro, as correntes doutrinárias sobre a decisão do mandado de injunção, a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em mandados de injunção, o princípio da divisão de Poderes e o princípio do acesso à Justiça. Verificamos que, no contexto atual, o papel do juiz deve ser repensado, pois a ele cabe aplicar os valores constitucionais ao caso concreto, independentemente da existência de legislação específica. Constatamos que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em mandados de injunção é vacilante, já que após adotar a tese concretista geral em casos relativos ao direito de greve dos servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal adotou a tese concretista individual em diversos casos relativos ao direito de aposentadoria especial. Concluímos que o acesso à Justiça só foi plenamente observado naqueles mandados de injunção em que o Supremo Tribunal Federal disse o direito no caso concreto, utilizando-se, para tanto, dos meios permitidos para a integração de lacunas, de modo que esses mandados de injunção devem ser os norteadores para os próximos julgamentos. Concluímos também que o fato de o Supremo Tribunal Federal colmatar a lacuna do ordenamento jurídico no caso concreto, em mandado de injunção, não fere a divisão de Poderes, na medida em que ele apenas viabiliza o exercício dos direitos constitucionalmente assegurados no caso concreto. Por outro lado, concluímos que não cabe ao Supremo Tribunal Federal conferir efeito *erga omnes* à decisão em mandado de injunção, sob pena de ferir o princípio da divisão de Poderes, considerando que a Constituição não lhe autorizou a elaborar normas gerais e abstratas por meio do mandado de injunção.

Palavras-chaves: Mandado de injunção. Decisão. Efeitos. Pós-positivismo. Estado Democrático de Direito. Nova Hermenêutica. Lacuna. Integração. Princípio da divisão de Poderes. Princípio do acesso à Justiça.

## ABSTRACT

This work aimed to identify the prospects for the writ of injunction in Brazil, taking into account the jurisprudence of the Supreme Court, and to verify the legitimacy of the Supreme Court to integrate the Brazilian legal system, with *erga omnes* effect, through the writ of injunction, even in case of absence of any legislation dealing on the constitutionally guaranteed right. We studied the Post-positivism, the Democratic State of Law, the new Hermeneutics, the forms of integration of the Brazilian legal system, the different doctrines on the writ of injunction's decision, the evolving jurisprudence of the Supreme Court in writ of injunction, the principle of division of Powers and the principle of access to Justice. We verify that, in the present context, the role of the judge should be reconsidered because it is his responsibility to apply the constitutional values to the case, regardless of the existence of specific legislation. We also verified that the jurisprudence of the Supreme Court in writ of injunction is shaky, because in cases concerning the right of public servant to strike was adopted the general concrete thesis, and after that, in cases concerning the right to special retirement it was adopted the individual concrete thesis. We concluded that access to Justice was completely observed only in those writs of injunction that the Supreme Court said the right in the case, using the allowed means for the integration of gaps, so those writs of injunction should be used as model for next trials. We also concluded that the fact that the Supreme Court integrates the gap in the case by deciding a writ of injunction does not injure the division of Powers, since the Supreme Court only allows the exercise of constitutionally guaranteed rights in the case. On the other hand, we concluded that the Supreme Court can't decide with *erga omnes* effect because it would injure the principle of division of Powers since the Constitution did not authorize the Supreme Court to develop general and abstract rules through writ of injunction.

Key words: Writ of injunction. Decision. Effects. Post-positivism. Democratic State of Law. New Hermeneutics. Gap. Integration. Principle of division of Powers. Principle of access to Justice.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	11
2.1 O Pós-positivismo, o Estado Democrático de Direito e a nova Hermenêutica.....	11
2.2 O ordenamento jurídico e suas lacunas: formas de integração.....	21
3 O MANDADO DE INJUNÇÃO .....	31
3.1 A previsão constitucional e a legislação do mandado de injunção.....	31
3.2 A decisão do mandado de injunção .....	39
4 A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	48
5 MANDADO DE INJUNÇÃO: UMA NOVA FORMA DE INTEGRAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO? .....	70
5.1 O princípio do acesso à Justiça e a importância da solução dos conflitos.....	70
5.2 O princípio da divisão de Poderes e o ativismo judicial .....	78
6 CONCLUSÕES .....	89
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	97

## 1 INTRODUÇÃO

O mandado de injunção foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição da República de 1988, que dispôs, em seu art. 5º, LXXI o seguinte: *“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”*.

Desde então, ele tem sido estudado pela doutrina brasileira. Mesmo porque o mandado de injunção foi previsto como um remédio constitucional à omissão legislativa, tendo sido incluído no Título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Tal fato tem profunda relevância no contexto do Pós-positivismo, que exige uma interpretação constitucionalmente adequada de todos os institutos jurídicos, entre eles o mandado de injunção, à luz da valorização dos direitos fundamentais e do reconhecimento da normatividade dos princípios e da própria Constituição.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal adotou uma posição considerada pela doutrina majoritária como tímida: conferiu-se ao mandado de injunção a função de tão somente declarar a ocorrência da omissão inconstitucional e comunicar ao órgão omissor para as devidas providências. Neste sentido é o paradigmático julgamento da questão de ordem do Mandado de Injunção 107, em 23 de novembro de 1989. O Supremo Tribunal Federal foi acusado de ter negligenciado a efetivação dos direitos fundamentais, que é um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, ao assemelhar o mandado de injunção à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Aos poucos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi evoluindo, e, progressivamente, o mandado de injunção foi ganhando maior eficácia. Exemplificativos são os julgamentos do Mandado de Injunção 283, em 20 de março de 1991, do Mandado de Injunção 284, em 22 de novembro de 1991, do Mandado de Injunção 232, em 02 de agosto de 1991, e do Mandado de Injunção 721, em 30 de agosto de 2007. A doutrina majoritária congratulou essa evolução jurisprudencial, como uma conquista em favor da democracia.

Entretanto, no julgamento dos Mandados de Injunção 708, 670 e 712, em 25 de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal não apenas conferiu eficácia ao mandado de injunção, como também conferiu efeito *erga omnes* às suas decisões, o que reavivou as discussões acerca do mandado de injunção. Ao conferir efeito *erga omnes* às suas decisões em mandados de injunção, o Supremo Tribunal Federal acabou por emitir norma geral e abstrata, função típica do Poder Legislativo.

Daí foi despertado o interesse pelo estudo do mandado de injunção, em especial o conteúdo e efeitos de sua decisão, na medida em que se abriram perspectivas para que o mandado de injunção se tornasse um novo meio de integração do ordenamento jurídico brasileiro. Abriu-se a perspectiva para indagar como o Supremo Tribunal Federal decidiria um mandado de injunção na hipótese de ausência de qualquer legislação versando sobre o direito constitucionalmente assegurado.

Por isso, a pesquisa objetivou: (i) identificar as perspectivas para o mandado de injunção no Brasil, levando-se em consideração a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e (ii) verificar a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para integrar o ordenamento jurídico brasileiro, com efeito *erga omnes*, por meio do mandado de injunção, inclusive na hipótese de ausência de qualquer legislação versando sobre o direito constitucionalmente assegurado.

Para tanto, foram estudados: o Pós-positivismo, o Estado Democrático de Direito, a nova Hermenêutica, as formas de integração do ordenamento jurídico brasileiro, as correntes doutrinárias sobre a decisão do mandado de injunção, a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em mandados de injunção, o princípio da divisão de Poderes e o princípio do acesso à Justiça.

## 2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

### 2.1 O Pós-positivismo, o Estado Democrático de Direito e a nova Hermenêutica

O Positivismo Jurídico surge na metade do século XIX com o objetivo de conferir cientificidade ao Direito, exercendo forte influência nas grandes codificações. Em última análise, o Positivismo Jurídico defende o respeito à lei, independentemente de seu juízo de valor. Nas palavras de Norberto Bobbio<sup>1</sup>:

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaliatividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato.

Grandes autores acudiram o movimento positivista, sendo este de extrema relevância para o desenvolvimento da Teoria do Direito, sendo, provavelmente, o autor de maior repercussão Hans Kelsen<sup>2</sup>.

Entretanto, a partir da metade do século XX, com o pós-guerra, passou-se a discutir acerca da eficácia das Constituições, que, até então, possuíam mais valor político do que normativo. Assim, o Positivismo começou a sofrer diversas críticas, em especial sua vertente extremista que pregava a cega primazia da lei.

Nesse contexto, surge o Pós-positivismo, que busca a reaproximação entre ética e Direito e a volta aos valores, trazendo como consequências: a normatividade dos princípios, a normatividade da Constituição<sup>3</sup>, a valorização dos direitos fundamentais e a nova Hermenêutica, de cunho

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135.

<sup>2</sup> Para aprofundar no tema, recomenda-se a leitura de: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>3</sup> Referência no assunto da normatividade da Constituição é o jurista alemão Konrad Hesse. Para aprofundar no assunto, recomenda-se a leitura de: HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

filosófico<sup>4</sup>. Assim, com o Pós-positivismo, a preocupação com a legalidade deu lugar à preocupação com a juridicidade e, a partir daí, muitos princípios foram constitucionalizados.

Dito isso, pode-se afirmar que, atualmente, o Direito Constitucional não é positivista, nem antipositivista. Não é positivista na medida em que não exclui de seu objeto de estudo os juízos de valor e tampouco antipositivista já que estuda o direito positivado. Ora, o Direito Constitucional da atualidade estuda a Constituição normatizada e seus princípios, na busca da legitimidade da ordem constitucional. Neste sentido são as lições do ilustre jurista português José Joaquim Gomes Canotilho<sup>5</sup>:

O desenvolvimento do estudo do direito constitucional será aqui feito sob uma perspectiva de *ciência da realidade que não é positivista nem antipositivista*. Rejeita-se, desde logo, o modelo do *positivismo jurídico* estadual com os seus axiomas fundamentais: (a) a norma constitucional identificando com o texto; (b) a ordem constitucional entendida como sistema logicamente fechado; (c) a aplicação de normas pelo juiz compreendida como um processo lógico-cognitivo, reconduzível ao silogismo jurídico. Tal como se rejeita o chamado «método jurídico» do positivismo estadual, também se deixa claro que as funções sociais de tal positivismo estão em manifesta discrepância com o direito constitucional de um Estado de direito democrático. O positivismo jurídico-estadual e a forma de Estado que lhe está associada - o Estado de direito formal - obedecia à estratégia da burguesia no sentido de se alicerçar o fundamento burguês do Estado bem como a distribuição conservadora da ordem de bens existente, impedindo a sua inversão no sentido de fins sociais e excluindo qualquer crítica intrínseca à ordem social e política existente. Além disso, através da garantia de distanciação perante o Estado, ocultava-se, conscientemente, a possibilidade de concentração de poderes não estaduais e a aceitação de um poder político autoritário. Exclui-se, também, o modelo do *positivismo sociológico* que concebe jurídico-sociologicamente a norma como *facto*, isto é, despreza a especificidade normativa para, de forma mais ou menos elaborada, reduzir a norma a um simples esquema de ordenação resultante de situações fácticas. Considerando-se a norma constitucional como um modelo de ordenação do qual não se excluem os dados da «realidade» (domínio ou âmbito normativo), logo se conclui não poder estar a ciência do direito constitucional «alheia» à realidade nem poder «isolar-se» dos dados empíricos e factuais captados por outras ciências (Ciência Política, Sociologia). Existe, porém, uma *differentia specifica* entre uma disciplina da realidade normativamente orientada, como é o Direito Constitucional, e uma ciência político-sociologicamente determinada, como é o caso da Sociologia Política ou da Ciência Política empírico-analítica. Para o Direito Constitucional a realidade é considerada e valorada sob o ponto de vista do programa normativo; para a Sociologia Política ou Ciência Política a norma só é tomada em conta na medida da sua relevância sob o ponto de vista da análise empírica (GRIMM). A perspectiva metodológica aqui adoptada também não é *antipositivista*, antes assenta na normatividade da Constituição da República Portuguesa de 1976. Fundamentalmente, adopta-se um ponto de partida normativo, pois é a Constituição (as normas *postas* pela

<sup>4</sup> O desenvolvimento da Hermenêutica foi bem tratado por Bernardo Gonçalves Fernandes. Para aprofundar no assunto, recomenda-se a leitura de: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2012.

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 149/150.

Constituição) que regula e estabelece os princípios jurídicos e os princípios políticos fundamentais, que modela as instituições, que garante direitos e deveres, que impõe fins e tarefas. A ciência do direito constitucional trabalha a partir do direito positivamente normado (não a partir de valores, de decisões, de problemas ou de factos independentes das normas). Conseqüentemente, é a partir das normas jurídico-constitucionais que se deve captar a *normatividade*, ou seja, o *processo* (não qualidade de normas) regulativo.

Dito isso, importante não olvidar que a doutrina entende que as normas jurídicas se dividem em regras e princípios<sup>6</sup>. Vale lembrar também que os princípios constitucionais se contrapõem aos princípios gerais, sendo que os princípios constitucionais são a chave de todo o sistema normativo. Assim, com o Pós-positivismo, os princípios constitucionais passaram a orientar toda a aplicação e interpretação do Direito, na medida em que eles foram incluídos na Constituição – com caráter normativo - como valores fundamentais, superiores às regras jurídicas.

Na doutrina nacional, o entendimento não é diverso, sendo ilustrativos dois excertos da doutrina de Paulo Bonavides<sup>7</sup> sobre a normatividade dos princípios, *in verbis*:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.  
(...).

O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.

Transcreve-se, aqui, também as lições de Fabrício Mota<sup>8</sup> sobre a normatividade dos princípios, dotados de obrigatoriedade, por sua clareza:

Seguindo o entendimento de parcela da doutrina, é possível aceitar que a Constituição Federal, em seu *conteúdo*, acolhe determinados valores<sup>9</sup> e, em sua *forma*, os preceitos se

<sup>6</sup> Conferir, neste sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 286.

<sup>8</sup> MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 68/69.

<sup>9</sup> Para Alexy (2002, p. 75), “[...] princípios são mandados de otimização, conceitos deontológicos; valores são conceitos axiológicos. O que, em um modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, em um modelo de princípios, *prima facie* devido. [...] Não são os objetos, mas os critérios de valoração que devem ser designados como valores”.

expressam tanto na forma de princípios como na forma de regras. O constitucionalismo, nessa linha doutrinária, parece favorecer o que se tem chamado de *pós-positivismo*, porque admite, em maior ou menor grau, o relacionamento do direito com a moral em um modelo que certamente acolhe os princípios, incompatível com um puro “modelo de regras”. Esse posicionamento ampara a consideração da Constituição como uma das vias de acesso da moral ao direito, sendo os princípios instrumentos idôneos para, sobretudo por meio da argumentação, vinculá-los. Sirva como exemplo a lição de Zagrebelsky<sup>10</sup>:

Se o direito atual é composto de regras e princípios, cabe observar que as normas legislativas são preferencialmente regras, enquanto que as normas constitucionais são preferentemente princípios [...]. Por isso, distinguir princípios de regras significa, em larga escala, distinguir a Constituição da lei.

Neste momento, é importante restar claro que os princípios constitucionais são normas, não meras recomendações, às quais deve ser assegurada certa dose de eficácia, como será visto posteriormente. Não são declarações retóricas, com valor meramente político ou filosófico, são cogentes e de observância obrigatória pelos aplicadores do direito.

Mencione-se que a existência do Pós-positivismo é contestada por uma doutrina minoritária, em especial por Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>11</sup>, que faz severas críticas à existência do Pós-positivismo, defendendo que todas as consequências a ele atribuídas já existiam e, por isso, não resta demonstrada a cientificidade da existência de novo modelo. Citem-se suas conclusões sobre o assunto:

#### **IV – Observações finais**

##### **19. Persistência do constitucionalismo moderno**

Como se mostrou no corpo deste trabalho, ainda não existe um novo tipo de Estado, o que se convencionou chamar Estado pós-moderno. Na verdade, isto é comprovado pelo direito comparado, pois não há diferenças importantes entre as Constituições mais recentes e o modelo do constitucionalismo moderno. Este, nascido no liberalismo, adaptou-se sem maiores problemas ao signo do social e provavelmente às exigências da chamada pós-modernidade. Não há, portanto, deste ângulo, razão para justificar um constitucionalismo pós-moderno, ou um neoconstitucionalismo.

##### **20. Um direito constitucional pós-moderno?**

Não está definida, no plano doutrinário, a existência de um direito constitucional pós-moderno. A lição de Canotilho apresenta-se antes como um desiderato do que como uma realidade demonstrada.

##### **21. O neoconstitucionalismo**

Já a doutrina brasileira do neoconstitucionalismo – ao menos nos ensinamentos que aprendi – não se sustenta. O seu pós-positivismo – peça central do modelo – é simplista e não traz inovações, mas usa, sem dizê-lo, de ideias de há muito conhecidas no plano do direito. Na verdade, para o bem da causa, a doutrina anterior é referida de modo caricatural e simplista, quando não convenientemente ignorada.

O neoconstitucionalismo à brasileira – apesar da sustentação científica de sua principal estrela – não é, essencialmente, senão uma ideologia, uma roupagem pretensamente científica, para coonestar um ativismo de operadores do direito. Ele serve de instrumento para implantar o politicamente correto, “reformular” o mundo, e de passagem o país, num arremedo de socialismo utópico (para lembrar a lição de Marx).

<sup>10</sup> ZAGREBELSKY, 1995, p. 110, tradução nossa.

<sup>11</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 376/377.

Em que pese as severas críticas transcritas acima, verifica-se que Manoel Gonçalves Ferreira Filho admite a existência da normatividade dos princípios, da normatividade da Constituição, da valorização dos direitos fundamentais e da nova Hermenêutica. Referido autor apenas não reconhece que esses fenômenos são consequências do Pós-positivismo, vez que defende que eles já existiam.

Como o relevante para o presente trabalho é o reconhecimento da normatividade dos princípios, da normatividade da Constituição, da valorização dos direitos fundamentais e do surgimento de uma nova Hermenêutica, independentemente de dentro de qual movimento esse reconhecimento se insere, entende-se que tal divergência doutrinária não traz maiores repercussões, filiando-nos, entretanto, à corrente que admite a existência do Pós-positivismo, pois entendemos que a normatividade da Constituição e o consequente reconhecimento de sua supremacia não estavam presentes no Positivismo, que pregava a primazia à lei, sem considerar o conteúdo da Constituição.

Pois bem. Feita a distinção entre princípios constitucionais e princípios gerais, cumpre agora classificar os princípios constitucionais, visando sua maior compreensão.

José Afonso da Silva<sup>12</sup> afirma, com base em Gomes Canotilho, que existem basicamente duas categorias de princípios constitucionais: os princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais.

Os princípios político-constitucionais são os princípios constitucionais fundamentais, estabelecidos no Título I da Constituição da República do Brasil de 1988, pertencentes, portanto, ao Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais que explicitam as valorações políticas do legislador constituinte.

---

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 92/93.

Já os princípios jurídico-constitucionais são os princípios constitucionais gerais, informadores da ordem jurídica nacional, decorrentes de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos dos princípios fundamentais.

Verifica-se, assim que, para a interpretação do direito, devem ser observados os princípios constitucionais, em especial os princípios jurídico-constitucionais, na medida em que eles são informadores da ordem jurídica nacional.

Pode-se afirmar que um dos grandes responsáveis por essa concepção, que privilegia os princípios, é Ronald Dworkin<sup>13</sup>, que, com sua doutrina antipositivista, contribui para traçar e caracterizar a nova normatividade dos princípios. Além dele, não se pode olvidar da doutrina de Robert Alexy<sup>14</sup>, que contribui para a normatização dos princípios, bem como para a interpretação dos direitos fundamentais.

Ao contrário do que muitos pensam, a ordem jurídica fundada em princípios não é insegura, uma vez que eles é que vão buscar a realização da justiça material no caso concreto. Neste sentido, são as lições de Helenilson Cunha<sup>15</sup>:

Com os princípios jurídicos, a interpretação do Direito deixa de ser um mero silogismo; requer-se do intérprete-aplicador não mais a mera subsunção de um fato à regra legal prevista, mas a verdadeira “construção” da norma jurídica aplicável ao problema jurídico, cuja solução se requer, dentro das possibilidades normativas permitidas pelo respectivo quadro jurídico-positivo.

Os princípios, além de atenderem à própria natureza ontológica do Direito como fenômeno sociocultural, consubstanciam a afirmação dos valores reconhecidos pelas diferentes sociedades, o que os transforma em instrumento de fundamental valia no que tange à evolução do Direito positivo para a regulação de novos fenômenos sociais. Os princípios jurídicos representam a fórmula jurídico-positivista que permite a permanente adaptação dos textos jurídicos à realidade social subjacente.

[...].

O surgimento e a afirmação de uma ordem jurídica fundada em princípios, e não em regras pretensamente unívocas, longe está de revelar insegurança jurídica, característica de uma época de declínio do Direito. Pelo contrário, reconhecer a normatividade dos

---

<sup>13</sup> Para aprofundar no assunto, recomenda-se a leitura de: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>14</sup> Para aprofundar no assunto, recomenda-se a leitura de: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>15</sup> PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 30/31.

princípios jurídicos é resgatar a riqueza do fenômeno jurídico como instância da realidade social.

Portanto, o reconhecimento da positividade dos princípios jurídicos é fundamental para o regular funcionamento da ordem jurídica, pois é precisamente através deles que o Direito revela a sua função primordial, qual seja, a regulação das condutas humanas buscando a realização de justiça material.

Desse modo, comprovamos que o estudo dos princípios é essencial no constitucionalismo contemporâneo, uma vez que além de eles possuírem normatividade, eles são norteadores do ordenamento jurídico.

Com isso, o papel do juiz deve ser repensado, pois a ele não cabe simplesmente aplicar a lei cegamente. Cabe ao juiz dotar os valores constitucionais de significação, aplicando-os aos casos concretos, independentemente da existência de legislação específica, partindo-se da normatividade dos princípios, da normatividade da Constituição e da valorização dos direitos fundamentais. E, sob essa ótica, o papel do juiz possui relevância especial no mandado de injunção, em que ele é demandado exatamente na hipótese de omissão legislativa.

Nesse sentido são as lições de Leonardo de Araújo Ferraz<sup>16</sup>, *in verbis*:

Entrementes, nessa nova ordem que não mais aceitava uma concepção do Direito apenas como um conjunto de normas, perfeito e acabado em si mesmo, surgiram condições propícias – até mesmo como forma de viabilizar a reconstituição das sociedades dilaceradas pelas mazelas da guerra – para uma reaproximação do Direito de concepções éticas outrora desprezadas pelo positivismo. Com isso, constatou-se um realinhamento do papel do Judiciário, pois ao juiz não bastava mais reduzir sua nobre missão tão-somente à aplicação dedutiva de silogismos lógicos ou da utilização automática de métodos interpretativos. De certo, essa nova postura lhe trouxe uma tarefa mais ‘gratificante’: reaproximar o Direito da vida.

Esse cenário notabilizou-se exatamente pela sofisticação das teorias que preconizavam esse viés normativo dos princípios, ao se lhes agregar um novo e importante papel a ser desempenhado: o de verdadeiros vetores axiológicos das sociedades emergentes do pós-guerra, cujos valores passaram a incorporar os textos constitucionais vindouros.

No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, rompendo com a ordem anterior autoritária e positivista, está repleta de princípios constitucionais, sendo considerada uma Constituição principiológica. Percebe-se, desse modo, que ela está perfeitamente inserida no contexto do Pós-positivismo, em sintonia com o constitucionalismo contemporâneo.

---

<sup>16</sup> FERRAZ, Leonardo de Araújo. Da teoria à crítica: *Princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Dictum, 2009. p. 44/45.

Em razão disso, a partir da Constituição de 1988, os juristas brasileiros se incumbiram do trabalho de realizar uma revisita aos institutos jurídicos de todas as áreas do Direito, fazendo uma releitura acerca de sua interpretação, considerando, agora, os princípios norteadores do ordenamento jurídico.

Possui grande relevo também o fato de a Constituição da República do Brasil de 1988 ter instituído o Estado Democrático de Direito em seu art. 1º<sup>17</sup>.

Quanto a isso, Paulo Bonavides<sup>18</sup> diferencia três principais paradigmas: (a) do Estado de Direito ou Estado Liberal; (b) do Estado Social, ou de Bem-Estar Social ou Providência; e (c) do Estado Democrático de Direito.

Importante abrir um parêntese aqui para destacar que o conceito de paradigma como pano de fundo decorre da filosofia da ciência de Thomas Kuhn<sup>19</sup>.

Em apertada síntese, pode-se dizer que o Estado de Direito ou Estado Liberal foi instituído na Modernidade, rompendo com o paradigma antigo ou medieval e pela primeira vez na história, todos os homens eram considerados livres, iguais e proprietários. Esse paradigma foi fortemente

---

<sup>17</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>18</sup> Muitos doutrinadores tratam acerca do tema dos paradigmas de Estado. Optou-se por descrever sucintamente a doutrina de Paulo Bonavides, levando-se em consideração sua reconhecida relevância no cenário nacional. Para maiores informações, consultar: BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>19</sup> Para aprofundar no assunto, recomenda-se a leitura de: KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

influenciado pelos ideais burgueses e autores como Jonh Locke<sup>20</sup> e Charles Louis de Secondat Montesquieu<sup>21</sup>.

Antes do paradigma do Estado de Direito, a liberdade era interna (inclusive o escravo poderia gozar da liberdade). Neste paradigma, a liberdade possibilitava fazer tudo aquilo que um mínimo de leis não proibam: a ideia de liberdade se assentava na de igualdade, vez que todos eram proprietários, no mínimo, de si próprios (ninguém é de ninguém), de modo que todos eram sujeitos de direito.

Pela primeira vez, existiu um ordenamento jurídico único constituído de leis gerais e abstratas válidas para todos, iguais diante da lei, proprietários, sujeitos de direito, prevalecendo o Estado mínimo, liberal. O paradigma se destruiu pela exploração do homem pelo homem, com o surgimento de riqueza e pobreza intensas.

O Estado Social ou de Bem-Estar Social ou Providência, por sua vez, foi instituído após a 1ª Guerra Mundial, rompendo com o Estado Liberal. Nesse paradigma, a liberdade se assentava na igualdade material através do reconhecimento na lei das diferenças materiais entre as pessoas e a proteção do lado mais fraco. Foram necessárias leis que reconhecessem materialmente as diferenças, como, por exemplo, as leis do Direito do Trabalho ou da Previdência Social. A propriedade era condicionada a uma função social, não era mais um direito absoluto.

No paradigma do Estado Social, o voto foi universalizado, levando o poder político para outras classes sociais e, portanto, era necessário cuidar dos serviços públicos, da educação, da saúde, da assistência e previdência social, etc. Prevaleceu, então, o Estado intervencionista, atuante.

A população demandava que os direitos que lhe foram atribuídos fossem materializados, para que o exercício do voto não fosse inconsciente, uma mera formalidade de legitimação da burocracia. Entretanto, este paradigma propôs cidadania e, para os seus críticos, ele próprio gerou menos

---

<sup>20</sup> Para aprofundar no assunto, recomenda-se a leitura de: LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>21</sup> Para aprofundar no assunto, recomenda-se a leitura de: MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

cidadania. O desafio do Estado Social foi construir uma cidadania que, desde o início, era desqualificada por carência de materialidade de seus direitos.

Por fim, o atual Estado Democrático de Direito, que instituiu os direitos de 3ª geração, tais como os de Direito Ambiental, os de direito ao patrimônio histórico, os de Direito do Consumidor. Todos eles apresentam a natureza de proteção jurídica de interesses difusos, que refogem à dicotomia entre público e privado. O público não é mais exclusivamente estatal e o privado não é mais o egoísmo.

No seio do paradigma do Estado Democrático de Direito, existe um Pluralismo, uma complexidade social, sendo necessárias organizações da sociedade civil. E consequência lógica dessa sociedade pluralista é o Estado Pluralista, que, nos ensinamentos de Norberto Bobbio<sup>22</sup>, é simplesmente o Estado dividido em partes, onde não existe uma fonte única de autoridade que seja competente em tudo.

Feita essa breve digressão doutrinária, entende-se que o paradigma do Estado Democrático de Direito pode ser resumido como a busca pela efetivação dos direitos fundamentais, arrolando entre os seus fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Ademais, o constitucionalismo moderno impõe a interpretação do Direito à luz da Constituição, em virtude de sua incontestável supremacia. Ora, a Constituição, hierarquicamente superior no ordenamento jurídico, serve como norte e unificação no sistema jurídico, indicando que as normas constitucionais devem servir como pilar para a interpretação do ordenamento jurídico.

Assim, o aplicador do Direito sempre deve interpretar os institutos jurídicos em consonância com a Constituição, sob pena de ferir o próprio paradigma do Estado de Direito. Sobre o tema, cite-se a lição de Menelick de Carvalho Netto<sup>23</sup>:

---

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora UNB, 1998.

<sup>23</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (coord). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 44.

Assim, podemos concluir que, sob as exigências da hermenêutica constitucional ínsita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do aplicador do Direito que tenha claro a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e equivalentes a texto, que jamais a veja como algo mecânico, sob pena de se dar curso a uma insensibilidade, a uma cegueira, já não mais compatível com a Constituição que temos e com a doutrina e jurisprudência constitucionais que a história nos incumbe hoje de produzir.

Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito impõe a aplicação das normas em conformidade com o Direito, como forma de garantir os direitos e as liberdades dos administrados e os limites dos poderes da Administração.

## **2.2 O ordenamento jurídico e suas lacunas: formas de integração**

O influente jurista italiano, Norberto Bobbio<sup>24</sup>, leciona que o ordenamento jurídico pode ser sinteticamente definido como um conjunto de normas jurídicas e, assim sendo, seus problemas e dogmas decorrem da relação das diversas normas entre si, podendo-se destacar: teoria da unidade do ordenamento jurídico, teoria do sistema jurídico, teoria da completude do ordenamento jurídico, e teoria das relações entre ordenamentos.

A teoria mais importante para o presente trabalho é a teoria da completude do ordenamento jurídico, na medida em que se estuda a possibilidade de o mandado de injunção integrar o ordenamento jurídico.

A teoria da completude do ordenamento jurídico, que inadmite a existência das lacunas do ordenamento jurídico, é típica do Positivismo, que encorajou as grandes codificações, na ilusão de pretender dispor uma regra para cada caso. Assim, o chamado *fetichismo da lei* impõe ao juiz a utilização do código como um manual obrigatório e infalível.

---

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3, ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 199.

Entretanto, por ser difícil sustentar a inexistência de lacunas no ordenamento jurídico, já que o Direito possui caráter dinâmico, muitos autores positivistas<sup>25</sup> não conseguiram sustentar suas teorias satisfatoriamente nesse ponto.

Neste sentido, o dogma da completude do ordenamento jurídico possui estreita relação com o dogma da completabilidade do ordenamento jurídico e, portanto, com a função interpretativa da jurisprudência.

Talvez por esse motivo Norberto Bobbio<sup>26</sup> advirta que a teoria da completude do ordenamento jurídico deva ser estudada em conjunto com a teoria do sistema jurídico, pois no que diz respeito ao caráter da coerência, o problema do teórico geral do direito é saber se e em que medida um ordenamento jurídico é coerente e, da mesma forma, no que diz respeito ao caráter da completude, o problema é saber se e em que medida um ordenamento jurídico é completo.

O Positivismo prega uma interpretação estática, ao contrário dos antipositivistas, que pregam uma interpretação evolutiva.

Assim, no final do século XIX, em razão do processo natural de envelhecimento de um código, acelerado pela Revolução Industrial, começam a surgir críticas ao monopólio estadista do direito e, conseqüentemente, à teoria da completude do ordenamento jurídico. Essas críticas surgem principalmente na França e na Alemanha, num movimento fortalecido pelo desenvolvimento das ciências sociais no século XX. Esse movimento crítico contra o monopólio do direito e a teoria da completude do ordenamento jurídico ficou conhecido como Escola do Direito Livre.

A Escola do Direito Livre pregava que o direito não estava congelado no texto e que a lei não era sua fonte exclusiva. Assim, a melhor forma de interpretar a lei seria adaptá-la às necessidades do caso concreto, conforme o arbítrio do juiz.

---

<sup>25</sup> Hans Kelsen, por exemplo, no Capítulo V – Dinâmica Jurídica da sua obra *Teoria Pura do Direito*, defende a completude do ordenamento, mas admite, quando da aplicação das normas, a existência de lacunas como uma ficção, limitando o arbítrio do juiz. Neste sentido, conferir: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 273.

Essa corrente doutrinária também recebeu críticas, pois ela não aceitava o excessivo subjetivismo da vontade do legislador, mas acabou por substituí-lo por um excessivo subjetivismo do juiz.

Nas lições de Caio Mário da Silva Pereira<sup>27</sup>, o ideal é o intérprete ter uma posição intermediária, veja:

A posição correta do intérprete há de ser uma posição de termo-médio. Sem negar a supremacia da lei escrita como fonte jurídica, pois nisto está a ideia fundamental do ordenamento jurídico regularmente constituído, deverá tomar da escola científica a ideia de que a lei é um produto da sociedade organizada, e tem uma finalidade social de realizar o bem comum. A pretexto de interpretar, não pode o aplicador pender para o campo arbitrário de julgar a própria lei, de recusar-lhe aplicação ou de criar um direito contrário ao seu texto. Se interpretar a lei não é indagar o que alguém disse, mas o que está objetivamente nela consignado, e se na omissão do texto devem-se invocar as forças criadoras dos costumes sociais, da equidade, da jurisprudência, das necessidades sociais – a sua aplicação há de atender à sua finalidade social e às exigências do bem comum. Nem o fetichismo da lei e a proclamação da sua perfeição como obra completa de um legislador todo-poderoso e onisciente, nem o excesso oposto do direito livre.

Desse modo, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>28</sup>, o problema da integração do direito surge com as críticas ao Positivismo, ou em suas palavras, com o rompimento da admiração acrítica do direito positivo, *in verbis*:

Assim, o problema da integração do direito surge, na verdade, quando as necessidades de uma sociedade já em modificação começam a romper com uma espécie de admiração acrítica pelo jurista do direito positivo vigente. Este rompimento, ao nível da teoria jurídica, expressou-se, de um lado, nas discussões em torno da existência ou não de lacunas nos ordenamentos vigentes, e, de outro, admitida a sua existência, em torno da legitimidade e dos limites da atividade integradora do intérprete. O problema das lacunas foi concebido, inicialmente, como restrito ao ordenamento legal. A expressão lacunas da lei reconhece, salvo quando assimilamos todo o direito à lei, que, se o ordenamento legal é lacunoso, não o seria, eventualmente, o direito como um todo. É possível, contudo, mesmo sem fazer aquela assimilação, colocar a questão mais ampla das lacunas do direito como um corpo de normas não necessariamente constituído apenas de normas legais.

Em apertada síntese, pode-se dizer que existem basicamente três posicionamentos acerca da existência das lacunas: 1) o posicionamento adotado pela doutrina positivista inadmitindo a existência das lacunas, ou as admitindo como ficções; 2) o posicionamento dos que defendem a

<sup>27</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 133.

<sup>28</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 80/81.

existência de lacunas na lei, mas não no direito; e 3) o posicionamento dos que defendem a existência de lacunas no direito.

De todo o modo, considerando o contexto do Pós-positivismo, já exposto anteriormente, não há que se falar em admiração acrítica do direito positivo vigente, reconhecendo-se, portanto, a existência das lacunas nos ordenamentos jurídicos, quando um julgador não encontra norma aplicável ao caso concreto.

Mesmo porque se reconhece a inviabilidade de o legislador prever todos os comportamentos possíveis, especialmente em sociedades complexas e, considerando o fato de a sociedade evoluir mais rapidamente que o direito que a regula, entende-se que as lacunas jamais deixarão de existir.

Curiosa, entretanto, é a posição de André Franco Montoro<sup>29</sup> que, apesar de concordar com a inviabilidade de o legislador prever todos os comportamentos possíveis, considerando a existência das várias fontes do Direito, defende a existência de lacunas na lei, mas não no sistema jurídico, veja:

Podem existir lacunas na lei, mas não no sistema jurídico, porque este possui outras fontes, além dos textos legais, e, por isso, fornece ao aplicador do direito elementos para solucionar todos os casos. (...).

Em síntese, podemos dizer que há “interpretação”, em sentido estrito, quando existe uma norma prevendo o caso; recorre-se à “integração” quando não existe essa norma explícita.

A moderna concepção do ordenamento jurídico, como um conjunto hierarquizado de normas escritas e não escritas, parece incompatível com a existência de “lacunas” ou “vazios” jurídicos.

Teria a ordem jurídica previsto todas as situações possíveis?

Explicitamente, não. Mas contém elementos e fixou processos que permitem a solução de todos os casos, por “interpretação”, propriamente dita, ou mediante o recurso da “integração”.

Resumindo o posicionamento ao qual nos filiamos, Maria Helena Diniz<sup>30</sup> rebate o entendimento adotado por André Franco Montora com maestria, senão vejamos:

<sup>29</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 380/381.

<sup>30</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. I. Teoria Geral do Direito Civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 69/71.

O direito é lacunoso, sob o prisma dinâmico, já que se encontra em constante mutação, pois vive com a sociedade, sobre com ela, recebendo a cada momento o influxo de novos fatos; não há possibilidade lógica de conter, em si, prescrições normativas para todos os casos. As normas são sempre insuficientes para solucionar os infinitos problemas da vida.

(...).

Se não se admitisse o caráter lacunoso do direito, sob o prisma dinâmico, o Poder Legislativo, num dado momento, não mais teria qualquer função, pois todas as condutas já estariam prescritas, em virtude do princípio “tudo o que não está proibido está permitido”. E, além disso, afirmar que não há lacunas porque há juízes que, com base no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, vão eliminando as lacunas, conduziria a uma falsa realidade, pois os magistrados apenas as colmatam. O juiz cria norma jurídica individual que só vale para cada caso concreto, pondo fim ao conflito, sem dissolver a lacuna, pois o caso *sub judice* por ele resolvido não pode generalizar a solução para outros casos, mesmo que sejam idênticos. A norma individual só poderá ascender a norma jurídica geral após um posterior processo de recepção por uma lei. A instauração de um modelo jurídico geral cabe ao Poder Legislativo, bem como as modificações e correções da norma, procurando novas formas que atendam e satisfaçam as necessidades sociais.

Logo, a teoria das lacunas tem dois objetivos: fixar os limites para as decisões do órgão julgante e justificar a função do Poder Legislativo<sup>31</sup>. Entretanto, reconhecemos a possibilidade de existir no ordenamento jurídico princípios e normas latentes, capazes de solucionar situações não previstas, expressamente, pelo legislador.

Com isso queremos dizer que o direito apresenta lacunas, porém é, concomitantemente, sem lacunas, o que poderia parecer paradoxal se se captasse o direito estaticamente. Ele é lacunoso porque a vida social apresenta nuances infinitas nas condutas humanas, problemas surgem, mudam-se as necessidades com o progresso, o que torna impossível a regulamentação de todo comportamento por normas jurídicas. Mas é sem lacunas, porque o seu próprio dinamismo apresenta solução para qualquer caso *sub judice*, dada pelo Poder Judiciário ou Legislativo. O próprio direito supre seus espaços vazios, mediante a aplicação e criação de normas. De forma que o sistema jurídico não é completo, mas completável<sup>32</sup>.

Neste contexto, Norberto Bobbio<sup>33</sup> ensina que somente nos ordenamentos jurídicos em que o juiz não é autorizado a julgar por equidade é que a completude se faz necessária para o funcionamento do sistema, pois nos demais ordenamentos, há a possibilidade, a cada momento, de eles serem completáveis, senão vejamos:

Diremos (...) “incompleto”, um sistema no qual não existem nem a norma que proíbe um determinado comportamento nem aquela que o permite.

(...).

<sup>31</sup> Huberlant, Les mécanismes institués pour combler les lacunes de La loi, in *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelas, Perelman, 1968, p. 539; Picard, op. cit., p. 31, 87 e 88.

<sup>32</sup> Este pensamento é de Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Conceito de sistema*, cit., p. 137; no mesmo sentido De Castro, *Derecho civil de España*, p. 532 e 533. Em que pese a este nosso entendimento, não o consideramos como um pronunciamento final sobre o tema, pois não se encontra uma doutrina que ofereça as coordenadas básicas que levem a uma opinião unânime do que seja a lacuna. Por isso, julgamos que a lacuna é uma aporia, uma questão aberta, uma vez que recebe várias respostas, conforme as premissas que se adotem ou posição ideológica que se tenha.

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 272/275.

(...). Diante do problema da completude, se considerarmos um certo tipo de ordenamento jurídico como o nosso, caracterizado pelo princípio de que o juiz deve julgar cada caso mediante uma norma pertencente ao sistema, a completude é algo mais que uma exigência, é uma necessidade, ou seja, é uma condição necessária para o funcionamento do sistema. A norma que estabelece o dever do juiz de julgar os casos com base numa norma pertencente ao sistema não poderia ser executada se o sistema não fosse pressuposto como completo, ou seja, como detentor de uma regra para cada caso. E, por conseguinte, a completude é uma condição sem a qual o sistema no seu todo não poderia desempenhar a própria função. O arquétipo dos ordenamentos fundados, como foi dito, no *dogma da completude*, é o Código Civil francês, cujo artigo 4º diz: “O juiz que recusar julgar, a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado por denegação da justiça”. No direito italiano, esse princípio é estabelecido no artigo 113 do Código de Processo Penal, que diz: “Ao pronunciar-se sobre a causa, o juiz deve seguir as normas do direito, salvo a lei lhe atribua o poder de decidir segundo a equidade”.

Em conclusão, a completude é uma condição necessária para os ordenamentos em que valem estas duas regras: 1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem ao seu exame; 2) é obrigado a julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema.

É claro que se uma das duas regras faltar, a completude deixa de ser considerada como um requisito do ordenamento. Podemos imaginar dois tipos de ordenamentos incompletos, segundo falte a primeira ou a segunda das duas regras. Num ordenamento em que faltasse a primeira regra, o juiz não seria obrigado a julgar todas as controvérsias que se lhe apresentassem: poderia pura e simplesmente rejeitar o caso como juridicamente irrelevante, com um juízo de *non liquet* (não é claro). Para alguns, o ordenamento internacional é um ordenamento deste tipo: o juiz internacional teria a faculdade, em alguns casos, de não dar razão a nenhum dos litigantes, e esse juízo seria diferente (mas há controvérsias) do julgamento do juiz que daria razão a um, condenando o outro ou vice-versa. Num ordenamento em que faltasse a segunda regra, o juiz seria, sim, obrigado a julgar cada caso, mas não seria obrigado a julgá-los com base em uma norma do sistema. É o caso do ordenamento que autoriza o juiz a julgar, na falta de um dispositivo de lei ou da lei dedutível, segundo a equidade. Podem ser considerados desse tipo o ordenamento inglês e, embora em menor medida, o suíço, que autorizam o juiz a resolver a controvérsia, na falta de uma lei ou de um costume, como se ele mesmo fosse legislador. É claro que num ordenamento em que o juiz esteja autorizado a julgar segundo a equidade, não tem nenhuma importância o fato de que o ordenamento seja preventivamente completo, porque pode ser completado a todo momento.

Mencione-se, contudo, que o conceito de lacuna não é preciso, havendo divergência quanto à sua diferenciação das normas abertas (que pedem fixação do seu sentido vago) ou dos conceitos valorativos (que a própria lei utiliza e não define).

Como para o presente trabalho o importante é apenas o reconhecimento da existência das lacunas e, do conseqüente exercício de integração do julgador, dispensável aprofundar o estudo dessas divergências de entendimento, sendo suficiente apenas a sua menção, na medida em que tanto normas abertas quanto conceitos valorativos ou lacunas propriamente ditas exigem um labor hermenêutico do julgador, afetando diretamente sua atividade jurisdicional.

Assim, admitida a existência das lacunas, passa-se ao estudo da integração do Ordenamento Jurídico.

O Ordenamento Jurídico brasileiro veda o *non liquet*, que possibilita ao juiz deixar de julgar quando não existe uma resposta clara no ordenamento vigente, cumprindo trazer à colação regras da Constituição da República de 1988, da Lei de Introdução ao Código Civil e do Código de Processo Civil. A vedação no *non liquet* decorre do princípio da inafastabilidade jurisdicional, previsto no inciso XXXV do art. 5º da CR/88, que será examinado mais a fundo posteriormente.

A Lei de Introdução ao Código Civil dispõe:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Conclui-se, então, que, uma vez provocado, o órgão jurisdicional não pode se eximir de decidir a questão, sob pena de violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Assim, cabe ao juiz, na omissão da lei, decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito e à equidade.

A mesma conclusão se obtém da leitura dos artigos 126 e 127 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 126. 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.

Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Por isso, no Brasil, em regra, há integração do ordenamento jurídico quando a ausência de norma específica é suprida pelo juiz, por meio de analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito ou da equidade.

Norberto Bobbio<sup>34</sup> define a analogia como:

(...) aquele procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulado a mesma disciplina de um caso regulado de maneira semelhante. (...). A analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo: é aquele procedimento mediante o qual se manifesta a chamada tendência de todo sistema jurídico a expandir-se para além dos casos expressamente regulados.

Importante salientar que a analogia se diferencia da interpretação extensiva. Nas lições de Norberto Bobbio<sup>35</sup>:

Mas qual é a diferença entre analogia propriamente dita e interpretação extensiva? Foram excogitados vários critérios para justificar a distinção. Creio que o único critério aceitável seja aquele que procura compreender a diferença em relação aos diversos efeitos, respectivamente, da extensão analógica e da interpretação extensiva: o efeito da primeira é a criação de uma nova norma jurídica; o efeito da segunda é a extensão de uma norma a casos não previstos por ela.

Registre-se, entretanto, que existe divergência acerca dos instrumentos integradores, já que não há consenso sobre a definição de cada um dos instrumentos. Por isso, o que pode ser considerado analogia para uns, pode ser considerado interpretação extensiva para outros.

Lecionando sobre os costumes, Carlos Maximiliano<sup>36</sup>, provavelmente o jurista brasileiro com maior renome no estudo da Hermenêutica, aduz:

206 – *Costume* é uma norma jurídica sobre determinada relação de fato e resultante de prática diurna e uniforme, que lhe dá força de lei. Ao conjunto de tais regras não escritas chama-se *Direito Consuetudinário*.

(...).

Exerce o *costume* duas funções: a de Direito Subsidiário, para completar o Direito Escrito e lhe preencher as lacunas; e a de elemento de Hermenêutica, auxiliar da exegese. (...).

(...).

Tem o costume apenas o defeito de não ser fácil verificar a sua formação, tanto que, de alguém o invocar, agirá com prudência, se o expuser de modo expresso e provar que ele existe.

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 303.

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 306.

<sup>36</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 188/191.

Norberto Bobbio<sup>37</sup> define os princípios gerais do direito como: “(...) *normas fundamentais ou normas generalíssimas do sistema*”. Para ele, “*os princípios gerais são normas como todas as outras*”.

Destaque-se, contudo, que Norberto Bobbio defende que a regra da possibilidade de integração do ordenamento jurídico por meio dos princípios gerais do direito abarca apenas os princípios não expressos, na medida em que os princípios expressos já seriam automaticamente aplicáveis a todos os casos, sendo essa sua posição controversa.

Ao tratar da equidade, Rubens Limongi França<sup>38</sup> esclarece que o seu conceito possui cinco acepções principais, quais sejam: a de princípio similar e anexo ao da justiça, a de virtude ou hábito prático informado por esse princípio, a de direito de agir de modo conforme a essa virtude, a de ato de julgar conforme os ditames do mesmo princípio, e a de jurisprudência em geral.

Pode-se concluir, assim, que, no Brasil, quando existir lei sobre o assunto, caberá a integração do ordenamento jurídico por analogia e/ou interpretação extensiva. E, não existindo lei sobre o assunto, caberá a integração do ordenamento jurídico por meio da aplicação dos princípios gerais do direito, dos costumes e da equidade.

Mencione-se, por fim, que a principal discordância toca à definição dos casos em que a integração é legítima e nos casos em que ela é ilegítima, sendo tal fato um dos motivadores do presente estudo, na pretensão de verificar a legitimidade das decisões integrativas dos mandados de injunção.

Lecionando sobre a integração do ordenamento exercida pelo magistrado, Maria Helena Diniz<sup>39</sup> aduz:

O magistrado tem, ao aplicar o direito, criando uma norma individual, autorização para interpretar, integrar e corrigir normas, devendo para tanto, manter-se dentro dos limites

---

<sup>37</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 309.

<sup>38</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 49.

<sup>39</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. I. Teoria Geral do Direito Civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 62/63.

assinhalados pelo direito, de maneira que o desenvolvimento do direito só poderá dar-se dentro dos marcos jurídicos. As decisões do juiz devem estar em consonância com o espírito do ordenamento jurídico, que é mais rico de conteúdo do que a disposição normativa, pois contém ideias jurídicas, critérios jurídicos e éticos, ideias jurídicas fáticas que não encontram expressão na norma de direito. Assim sendo, em caso de lacuna, por exemplo, a norma individual completante do sistema não é elaborada fora do sistema jurídico, pois o órgão judicante terá, ao emití-la, que se ater aos fatos, valores e normas que o integram.

Sobre a equidade, Maria Helena Diniz<sup>40</sup> defende que não se trata de criação de direito novo:

A equidade dá ao juiz poder discricionário, mas não arbitrariedade. É uma autorização de apreciar, equitativamente, segundo a lógica do razoável, interesses e fatos não determinados *a priori* pelo legislador, estabelecendo uma norma individual para o caso concreto ou singular. A equidade não é uma licença para o arbítrio puro, mas uma atividade condicionada às valorações positivas do ordenamento jurídico, ou melhor, relacionada aos subsistemas normativos, fáticos ou valorativos, que compõem o sistema jurídico.

Portanto, ao preencher as lacunas, o órgão judicante não cria direito novo; nada mais faz senão desvendar normas que, implicitamente, estão no sistema. Deve manter-se dentro dos limites autorizados pelo sistema jurídico. Sua solução ao caso concreto não poderá ser conflitante com o espírito desse sistema. De modo que a norma individual completante do sistema não é nem pode ser elaborada fora dos marcos jurídicos.

Pois bem. Feitas essas considerações iniciais, que servirão de fundamentos teóricos passa-se ao estudo do mandado de injunção.

---

<sup>40</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. I. Teoria Geral do Direito Civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 84.

### 3 O MANDADO DE INJUNÇÃO

#### 3.1 A previsão constitucional e a legislação do mandado de injunção

O mandado de injunção foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988, cujo contexto de Estado Democrático de Direito, em busca da efetividade e concretização dos direitos fundamentais, já foi tratado no segundo capítulo. A sua previsão constitucional é a seguinte:

Art. 5º (...).  
LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

O mandado de injunção está inserido no corpo da Constituição dentro do “Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, “Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, Portanto, ele possui o status de cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, CR/88.

Vale ressaltar que essa redação final foi o resultado das discussões travadas no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte. Não caberia aqui tecer em minúcias acerca de referidas discussões, tendo em vista a limitação temática. Mas, destaque-se a importância das discussões no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte. Neste sentido, mencione-se trecho do artigo de João Gilberto Lucas Coelho, publicado em obra coletiva da Câmara dos Deputados<sup>41</sup>:

Examinando-se o conteúdo dos debates nas audiências públicas e os relatórios das 24 Subcomissões vai-se encontrar uma significativa gama de temas e conteúdos afinal integrantes do texto da Constituição de 1988, com as mudanças e aperfeiçoamentos das fases posteriores do processo de elaboração. Alguns outros ficaram pelo caminho, o que é normal num processo tão complexo e polêmico.  
É de se reconhecer, portanto, a importância que esta curta e intensa etapa exerceu sobre o processo subsequente e o texto constitucional afinal resultante.

---

<sup>41</sup> COELHO, João Gilberto Lucas. Processo Constituinte, Audiências Públicas e o nascimento de uma nova ordem. *In: Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna*. BACKERS, Ana Luiza; DE AZEVEDO, Débora Bitiah; DE ARAÚJO, José Cordeiro. (Org.). Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. (Série coleções especiais. Obras comemorativas n. 3).

Resta recuperar, de forma sintética e com o auxílio dos *Anais* e da memória histórica, como foi o processo em cada uma das vinte e quatro Subcomissões e nas respectivas Comissões Temáticas.

Cabe alertar que o importante foi o fato de determinado tema ter sido levantado e debatido nesta fase, integrando-o ao processo.

Algumas propostas apresentadas não lograram aprovação na Subcomissão ou na Comissão, todavia foram resgatadas mais tarde pela Comissão de Sistematização ou através de emendas e integram o texto constitucional vigente. Outras, ao contrário, constaram dos pareceres de Subcomissões ou Comissões, mas resultaram rejeitadas mais adiante. Há temas e proposições recorrentes, frequentando os debates de mais de uma Comissão ou Subcomissão, até porque os assuntos tinham alguma correlação com as temáticas delas. Por vezes, uma Subcomissão aprovou e outra rejeitou a mesma proposta<sup>42</sup>.

Acerca das discussões travadas no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte, pertinente apenas destacar que a nomenclatura do instituto foi discutida, como esclarece Carlos Augusto Alcântara Machado<sup>43</sup>:

Muito se discutiu sobre o tema, inclusive a nomenclatura a ser empregada para o novo remédio processual, e houve sugestões para utilização de outras expressões tais como “Mandado de Garantia Constitucional”, “Mandado de Garantia Social”<sup>44</sup>, “Mandado de Concretização” e “Mandado de Integração”.

Maria Cecília Cury Chaddad<sup>45</sup> também lembra as discussões em torno do nome do instituto. Senão vejamos:

Vale destacar, inclusive, que durante os debates constituintes<sup>46</sup>, houve mais de uma proposta de emenda ao anteprojeto do mandado de injunção, a fim de alterar a denominação dada ao instituto, para evitar comparações com o *writ of injuction*<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> Vamos encontrar isso em temas polêmicos como criação de um Tribunal Constitucional ou de um defensor do povo. A legitimidade para propor ações de inconstitucionalidade em tese e alguns dos novos institutos introduzidos na Constituição, como *habeas data*, mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão, foram discutidos em mais de uma Subcomissão.

<sup>43</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um Instrumento de Efetividade da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 48/49.

<sup>44</sup> Essa expressão foi idealizada pelo Prof. Paulo Lobo Saraiva, já em 1982, quando de sua defesa de tese de doutorado na PUC-SP, publicada posteriormente com o título *Garantias constitucionais dos direitos sociais no Brasil* (Rio de Janeiro: Forense, 1983). O constitucionalista potiguar, naquela oportunidade, analisava o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão e propunha a criação do “Mandado de Garantia Social” para eficácia do *jus laborandi* e do *jus habitandi*. Na Assembleia Constituinte, tal expressão foi sugerida pelo Senador Humberto Lucena e a expressão “Mandado de Garantia Constitucional” pelo Senador mineiro Alfredo Campos. Ver registro de MACIEL, Adhemar Ferreira. *Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão*. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). *Mandado de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 376.

<sup>45</sup> CHADDAD, Maria Cecília Cury. *A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção: o controle da omissão parcial*. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 66.

<sup>46</sup> Para mais detalhamento do trâmite do mandado de injunção na Assembleia Constituinte ver, por todos, QUARESMA, Regina. *O Mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. 3. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1999, *passim*.

Quanto à aplicabilidade do art. 5º, LXXI, CR/88, que instituiu o mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro, muito já foi estudado e discutido, tendo a doutrina e a jurisprudência pacificado o entendimento de que o dispositivo é autoaplicável, não dependendo de regulamentação. Mesmo porque o § 1º do art. 5º da Constituição da República determina que “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

Destaque-se que entendimento em sentido contrário seria um verdadeiro paradoxo, já que o mandado de injunção foi instituído exatamente para remediar as omissões legislativas. Não poderia ele, portanto, depender de regulamentação, sob pena de atentado contra a própria Constituição e seus princípios, no contexto da busca pela efetividade dos direitos fundamentais.

Como bem expôs Carlos Augusto Alcântara Machado<sup>48</sup>, baseando-se em estudos sobre a Assembleia Nacional Constituinte, a intenção do Constituinte foi exatamente a de conferir autoaplicabilidade ao mandado de injunção, veja:

Quando da elaboração do Texto Constitucional, diversos projetos foram apresentados e, especificamente em relação ao mandado de injunção, várias propostas existiram. A gênese do dispositivo que, na redação final deu origem ao atual art. 5º, LXXI, continha a expressão “na forma da lei” (Projeto de Constituição “A”), posteriormente suprimida (Projeto de Constituição “B”), permite concluir que o legislador constituinte não desejava transferir ao legislador ordinário a incumbência de regulamentá-lo, apesar de inexistir qualquer vedação<sup>49</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ao julgar, em 23 de novembro de 1989, questão de ordem do Mandado de Injunção 107, decidiu, em síntese, no sentido de reconhecer a natureza mandamental do mandado de injunção e a autoaplicabilidade do art. 5º, LXXI, CR/88, adotando-

---

<sup>47</sup> O constituinte Lavoisier Maia (PSB/RN), por duas vezes, defendeu a substituição do nome “mandado de injunção” por “mandado de concretização” (E nº 3.754, de 02.07.1987, e E nº 510, de 11.07.1988), o constituinte Aloysio Chaves, por sua vez, propôs a denominação “mandado de integração” (E nº 24.218, de 02.09.1987), o constituinte José Egreja sugeriu a substituição por “ação declaratória” (E nº 29.346, de 03.09.1987), todas as propostas de emenda foram rejeitadas. Sobre o processo constituinte v. porto. Mandado de injunção: algumas notas para o debate, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, p. 13-18.

<sup>48</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 62/63.

<sup>49</sup> Ver, nesse sentido, as lições de Volney Zamenhof de Oliveira Filho (*Lineamentos do mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 63, especialmente a nota 47) e Herzeleide Maria Fernandes de Oliveira (O mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, nº 100, p. 52, out./Nov. 1988). Na teorização dos Profs. Celso Bastos e Carlos Britto, como destacado anteriormente, é uma típica “Norma Constitucional de Conteúdo e Operatividade Reforçável”.

se, no que couber, o procedimento do mandado de segurança, e com os efeitos enunciados no voto do Relator, resultando no acórdão com a seguinte ementa:

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 OBTENÇÃO 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 DE CIÊNCIA DESSA DECLARAÇÃO, PARA QUE ADOTE AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS, A SEMELHANÇA DO QUE OCORRE COM A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ARTIGO 103, PAR-2., DA CARTA MAGNA), E DE QUE SE DETERMINE, SE SE TRATAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL OPOSTO 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 DESSE MANDADO, E ELE, NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE - QUE ESTA DEVIDAMENTE DEFINIDA PELO ARTIGO 102, I, 'Q' -, AUTO-EXECUTÁVEL, UMA VEZ QUE, PARA SER UTILIZADO, NÃO DEPENDE DE NORMA JURÍDICA QUE O REGULAMENTO, INCLUSIVE QUANTO AO PROCEDIMENTO, APLICÁVEL 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. (g.n.).

(MI 107 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1989, DJ 21-09-1990 PP-09782 EMENT VOL-01595-01 PP-00001).

Sobre o tema, em ampla pesquisa doutrinária, Flávia Piovesan<sup>50</sup> adota o posicionamento a favor da autoaplicabilidade do mandado de injunção, veja-se:

Por fim, ressalte-se que o mandado de injunção é garantia auto-aplicável, tendo em vista o próprio princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 142/143.

<sup>51</sup> A auto-aplicabilidade do mandado de injunção é acolhida por tendência predominante da doutrina constitucional. Neste sentido: J. J. Calmon de Passos, *mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 122; Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, vol. 2, p. 360; Celso Agrícola Barbi, *Mandado de injunção, RT 637/10*; José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 447; Irineu Strenger, *Mandado de injunção*, São Paulo, Paumane, 1988, p. 53; Rítinha A. Stenveson Georgakilas, *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia e supremacia*, São Paulo, Atlas, 1989, p. 110; Vicente Greco Filho, *A tutela constitucional das liberdades*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 179-188. Em sentido contrário, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, 17. ed., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 277, e Inocêncio Mártires Coelho, *Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção*, *Revista de Informação Legislativa* n. 104, out.-dez. 1989,

Admitir o contrário resultaria no curioso paradoxo de a ação constitucional dirigida contra a inação normativa permanecer inerte em virtude de norma regulamentadora.

Pois bem. Dito isso, conclui-se que, apesar da ausência de regulamentação específica, com a decisão do Supremo Tribunal Federal na questão de ordem do Mandado de Injunção 107, passou-se a aplicar ao mandado de injunção, por entendimento jurisprudencial, no que couber, a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que trazia procedimentos relativos ao mandado de segurança.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, instituindo normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, a qual mencionou, expressamente, essa previsão. Continuou-se, assim, aplicando, no que coubesse, a Lei nº 1.533/51, mas, agora, não mais por entendimento jurisprudencial, mas sim por lei, senão vejamos:

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.

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.

Mais recentemente, a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, disciplinou o mandado de segurança individual e coletivo, revogando expressamente a Lei nº 1.533/51. A partir de então, em atendimento ao parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.038/90, passou-se a aplicar, no que couber, a Lei nº 12.016/09, ao procedimento do mandado de injunção.

---

p. 43-69. Ressalte-se, por fim, a posição de João Pedro Gebran Neto que, por entender que a previsão do art. 5º § 1º, da Carta Constitucional, somente abrange aqueles “direitos individuais e coletivos arrolados no referido artigo constitucional”, em relação aos mesmos seria o mandado de injunção um instrumento “inócuo”. Para a colmatação das lacunas desses dispositivos, socorrer-se-ia o intérprete, se necessário, da própria Lei de Introdução ao Código Civil, referida por ele por “lei das leis”. Somente, enfim, em relação aos direitos e garantias não enumerados no art. 5º da CF é que seria de alguma valia o instrumento ora estudado (*A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais – A busca por uma exegese emancipatória*, p. 172-173). O entendimento de que o intérprete deve se socorrer da Lei de Introdução ao Código Civil também é encampado por Luis Roberto Barroso que, justamente por essa argumentação, chega a propor a supressão do mandado de injunção no Direito brasileiro (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 267-270). Não compartilhamos, todavia, deste entendimento, quer porque se crê que os princípios fundamentais são a fonte primária, por excelência, da atividade interpretativa (com primazia absoluta em relação à Lei de Introdução ao Código Civil); quer porque o mandado de injunção, instrumento de efetividade dos direitos fundamentais que é, não pode ser suprimido, sob pena de haver um grave retrocesso – justamente em matéria de direitos fundamentais. De todo modo, importa elevar o grau de provocação perante o Supremo Tribunal Federal, mediante a apresentação de casos que permitam fomentar a transformação da jurisprudência tão restritiva quanto ao instituto.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>52</sup>, em crítica à interpretação normalmente conferida ao § 1º do art. 5º da CR/88, que prevê que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata, aduz que as decisões do Supremo Tribunal Federal em mandados de injunção parece tornar desnecessária a regulamentação do instituto:

15. No louvável intento de provocar a imediata eficácia dos direitos que consagra, a Constituição brasileira estabeleceu, no § 1º do art. 5º, a sua aplicabilidade imediata:

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Na verdade, essa norma inspira-se na Constituição portuguesa, no art. 18, § 1º.

Tem ele sido lido como determinando a aplicação imediata mesmo de normas incompletas. Isto é, de regras que não contêm, na hipótese e, sobretudo, no dispositivo, todos os elementos necessários para guiar a sua aplicação. Ou seja, regras – na linguagem da doutrina clássica – não exequíveis por si mesmas, as quais só se tornam executáveis depois de regulamentadas (pela lei, se normas constitucionais; pelo regulamento, se legais).

Não me parece essa a exegese mais correta. O constituinte certamente não quis fazer aplicável o inaplicável, nem quis deixar ao juiz – a pretexto de cobrir uma lacuna – o arbítrio de dar esta ou aquela feição a um direito ou garantia incompletamente caracterizados na Constituição. Ao contrário, previu até uma ação específica para reclamar do Judiciário a regulamentação legal do preceito – a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). E, no caso de direitos fundamentais, o mandado de injunção (art. 5º, LXXI).

Só que, paradoxalmente, este mandado de injunção é o exemplo típico da norma incompleta. Daí as hesitações do Supremo Tribunal Federal, que entendeu aplicar uma norma incompleta sem ter padrão legal que defina até onde pode ir; daí a controvérsia na doutrina. E a tranquila omissão do legislador que não leva a cabo a missão de regulamentar o novo instituto, cuja inação é desculpada pela atuação da Corte Suprema, a qual parece tornar desnecessária essa complementação.

Portanto, concluímos que a regulamentação do mandado de injunção não é imprescindível, mas ela seria de grande relevância para uniformizar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como para garantir maior eficácia ao instituto.

Como será demonstrado no capítulo seguinte, o mandado de injunção ficou esvaziado por muitos anos. Entende-se que a falta de sua regulamentação contribuiu para o agravamento do seu esvaziamento, o que é uma ironia, pois ele foi previsto para garantir direitos não regulamentados e ele próprio foi prejudicado pela ausência de lei definindo cabalmente qual a sua finalidade.

Isso porque a falta de regulamentação do instituto do mandado de injunção certamente gera dúvidas acerca de sua correta aplicação. Quando da análise da evolução da jurisprudência do

---

<sup>52</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 343/344.

Supremo Tribunal Federal, veremos que o Supremo Tribunal Federal ainda discute questões que deveriam ser consideradas básicas como legitimidade ativa, legitimidade passiva. Discutem-se também questões mais complexas como o conteúdo e os efeitos de sua decisão.

Cabe aqui, a título ilustrativo, citar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, em que ele delineou o que entendia como correto sobre o cabimento do mandado de injunção, veja:

"Os agravantes objetivam a regulamentação da atividade de jogos de bingo, mas não indicam o dispositivo constitucional que expressamente enuncie esse suposto direito. Para o cabimento do mandado de injunção, é imprescindível a existência de um direito previsto na Constituição que não esteja sendo exercido por ausência de norma regulamentadora. O mandado de injunção não é remédio destinado a fazer suprir lacuna ou ausência de regulamentação de direito previsto em norma infraconstitucional, e muito menos de legislação que se refere a eventuais prerrogativas a serem estabelecidas discricionariamente pela União. No presente caso, não existe norma constitucional que confira o direito que, segundo os impetrantes, estaria à espera de regulamentação. Como ressaltou o Procurador-Geral da República, a União não está obrigada a legislar sobre a matéria, porque não existe, na Constituição Federal, qualquer preceito consubstanciador de determinação constitucional para se que legisle, especificamente, sobre exploração de jogos de bingo." (MI 766-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 21-10-09, Plenário, *DJE* de 13-11-09). No mesmo sentido: MI 765-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 30-11-2011, Plenário, *DJE* de 1º-2-2012.

"Uma vez editada a lei em relação à qual restou apontada omissão, tem-se a perda de objeto do mandado de injunção. (...) O mandado de injunção não é o meio próprio a lograr-se o controle concentrado de constitucionalidade de certa norma." (MI 575-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29-10-98, Plenário, *DJ* de 26-2-99). No mesmo sentido: MI 742-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 10-3-08, Plenário, *DJE* de 30-5-08.

"Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional já criado, e cujo exercício esteja dependendo de norma regulamentadora." (MI 444-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 29-9-94, Plenário, *DJ* de 4-11-94).

"(...) o mandado de injunção há de dirigir-se contra o poder, o órgão, a entidade ou a autoridade que tem o dever de regulamentar a norma constitucional, não se legitimando *ad causam*, passivamente, em princípio, quem não estiver obrigado a editar a regulamentação respectiva." (MI 352-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 4-9-1991, Plenário, *DJ* de 12-12-1997.) No mesmo sentido: MI 1.231-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 16-11-2011, Plenário, *DJE* de 1º-12-2011; MI 1.525-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24-3-2011, Plenário, *DJE* de 12-4-2011.

Muitos desses posicionamentos são criticados pela doutrina. Entretanto, a falta de regulamentação do mandado de injunção acaba por admitir várias interpretações possíveis quanto às suas hipóteses de cabimento. Exemplo bastante criticado é o fato de o Supremo Tribunal

Federal não admitir o cabimento do mandado de injunção na hipótese de omissão legislativa parcial<sup>53</sup>.

De todo o modo, já tramitaram, no Congresso Federal, vários projetos de lei, todos sem sucesso. Mais recentemente, foi apresentado o projeto de Lei nº 6.128/09, que foi anexado ao Projeto de Lei nº 6.002/90, reacendendo os debates em torno da regulamentação do mandado de injunção. Curioso destacar que o Projeto de Lei decorreu, segundo explicitado na exposição de motivos, de texto encaminhado pelo Ministro Gilmar Mendes. Daí se questiona se não seria essa uma forma de ingerência no Poder Legislativo, o que entendemos que sim.

A Justificação anexa ao referido Projeto de Lei é a seguinte:

**JUSTIFICAÇÃO**

Passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, temos até hoje grandes lacunas na consecução de seus objetivos, devido à falta de regulamentação de importantes dispositivos.

(...).

O projeto é inovador nas disposições relativas ao mandado de injunção coletivo, à eventual efeito erga omnes e na previsão de uma ação de revisão da decisão proferida em mandado de injunção, “quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito”.

Destaco, finalmente, que o texto estabelece a primazia da norma regulamentadora que for editada pelo Congresso Nacional, nos termos do artigo 11 do projeto.

A proposição foi discutida no âmbito do Grupo Judiciário do “Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo”, sendo-me encaminhada pelos eminentes Ministros Gilmar Mendes (STF) e Teori Zavascki (STJ).

Ante o exposto, peço apoio na aprovação deste Projeto de Lei.

Sala das Sessões, em de de 2009.

Deputado Flávio Dino

Ao analisar o Projeto de Lei nº 6.128/09, José Levi Mello do Amaral Júnior<sup>54</sup> conclui que ele objetiva legitimar o que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já vem decidindo, recomendando que o Congresso não o aprove, *in verbis*:

<sup>53</sup> Para aprofundar no assunto, recomenda-se a leitura de: CHADDAD, Maria Cecília Cury. *A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção: o controle da omissão parcial*. Belo Horizonte: Forum, 2011. Ressalte-se que esse posicionamento já era defendido por Carlos Augusto Alcântara Machado, *in*: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

<sup>54</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Regulamentação do mandado de injunção. *In: Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 5, 2011/2012. Disponível no domínio eletrônico <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/current>> Acesso em 08/05/2012.

Se o PL pretende ser “um expressivo sinal do Legislativo (...) sobre o modelo de jurisdição constitucional que se tem aplicado em nosso País” (um modelo crescentemente ativista ou concretista, em que o Supremo supre omissões legislativas), então, o que se busca, aparentemente, é legitimar, pela via legal-regulamentar, a postura (ativista) do Supremo.

Considerando-se que o PL não inova e, em verdade, apenas sistematiza o que já se pratica na jurisdição constitucional brasileira, então, insista-se, tem ele um único significado real: legitimar o que já se pratica. Neste contexto, parece melhor o Congresso Nacional rejeitar o PL. Do contrário, estará avalizando a transferência do seu poder de legislar para o Supremo Tribunal Federal por meio do mandado de injunção, transmutado como que numa medida provisória do Poder Judiciário, com dois sérios agravantes:

- (1) decisão em mandado de injunção nada tem de “provisória”, isso porque, sendo jurisdicional, recobre-se do manto protetivo da coisa julgada;
- (2) diferentemente da medida provisória, eventual decisão legislativa em sede de mandado de injunção não se sujeita ao crivo congressional, isto é, não há, no caso, conversão em lei, como sucede com a medida provisória.

Ademais, neste contexto, e considerando o efeito *erga omnes* do mandado de injunção, a decisão proferida vale como verdadeira lei geral e abstrata. (g.n.).

Sobre a decisão do mandado de injunção, em razão da sua importância e repercussão, cumpre pormenorizar os estudos realizados.

### 3.2 A decisão do mandado de injunção

Processualmente, as decisões judiciais são classificadas em conformidade com o tipo do processo que as originou. Os processos podem ser classificados<sup>55</sup> em: (i) processo de conhecimento, (ii) processo de execução; (iii) processo cautelar; (iv) ação mandamental; e (v) ação executiva *lato sensu*.

Em apertada síntese, pode-se dizer quanto ao processo de conhecimento que o órgão jurisdicional é chamado a julgar, declarando qual das partes tem razão, por meio de uma sentença de mérito. Os processos de conhecimento são subclassificados conforme a natureza do provimento solicitado pelo autor em: (i) meramente declaratório; (ii) condenatório; e (iii) constitutivo.

---

<sup>55</sup> Para maior aprofundamento no tema, recomenda-se a leitura de: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Todas as sentenças de mérito contêm a regra jurídica substancial concreta. Assim, a sentença meramente declaratória visa apenas à declaração da existência (sentença meramente declaratória positiva) ou inexistência (sentença meramente declaratória negativa) da relação jurídica. Já as sentenças condenatória e constitutiva somente se configuram quando é acolhida a pretensão do autor. A sentença condenatória, além de declarar, aplica a sanção executiva, que possibilita o acesso à via processual da execução forçada. Isso porque proferida a sentença condenatória, passa a ser possível o processo de execução. E, por fim, a sentença constitutiva, além de declarar, constituindo, modificando ou extinguindo uma relação ou situação jurídica.

Quanto ao processo de execução, pode-se dizer que ele visa a uma prestação jurisdicional que consiste em tornar efetiva a sanção, mediante a prática de atos próprios da execução forçada, isto é, visa o provimento satisfativo do direito do credor, denominado provimento executivo.

Quanto ao processo cautelar, pode-se dizer que ele visa assegurar o êxito dos processos de conhecimento ou de execução, sendo, portanto, auxiliar e subsidiário. Seu provimento específico é um provimento acautelatório.

Quanto à ação mandamental, pode-se afirmar que o órgão jurisdicional é chamado para conceder uma ordem judicial (mandado) dirigido a outro órgão do Estado ou a particulares, resultando numa sentença mandamental.

Por fim, quanto à ação executiva *lato sensu*, pode-se dizer que ela tende a uma sentença de conhecimento semelhante à condenatória, mas capaz de legitimar a execução sem necessidade de um novo processo, resultando numa sentença executiva *lato sensu*.

A natureza da decisão do mandado de injunção é controversa. De um modo geral, podem-se destacar três correntes doutrinárias: (i) a não concretista; (ii) a concretista individual; e (iii) concretista geral.

A corrente não concretista entende que a decisão do mandado de injunção apenas reconheceria formalmente a inércia e a omissão do Legislativo, de forma bastante semelhante à ação direta de

inconstitucionalidade por omissão, sob pena de se ferir o princípio constitucional da divisão de Poderes. Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>56</sup> defende a corrente não concretista, senão vejamos:

O alcance do mandado de injunção é análogo ao da inconstitucionalidade por omissão. Sua concessão leva o Judiciário a dar ciência ao Poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental. Não importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito.

Hely Lopes Meirelles<sup>57</sup> também defendia a posição não concretista, apenas com uma diferença, pois admitia a fixação de prazo para que o Congresso Nacional tomasse as providências cabíveis. Veja-se:

[...] não poderá a Justiça legislar pelo Congresso Nacional, mesmo porque a Constituição manteve a independência dos Poderes (art. 2º). Em vista disso, 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.

O Supremo Tribunal Federal adotou posicionamento semelhante ao julgar a questão de ordem do Mandado de Injunção 107<sup>58</sup>, em 23 de novembro de 1989.

É verdade que neste julgamento, como já mencionado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter mandamental do mandado de injunção, decidindo que ele 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 dela 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.

Entretanto, ao igualar o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção foi tornado inócuo e a prestação jurisdicional não cumpriu o seu dever,

<sup>56</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 317.

<sup>57</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e "habeas data"*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 176.

<sup>58</sup> MI 107 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1989, DJ 21-09-1990 PP-09782 EMENT VOL-01595-01 PP-00001.

pois o problema da omissão não foi resolvido. E a ordem do Supremo Tribunal Federal para que o Congresso Nacional tenha ciência da omissão inconstitucional e adote as providências necessárias, em regra, não é cumprida.

Portanto, em que pese o fato de o Supremo Tribunal Federal ter caracterizado sua decisão como mandamental, entende-se que sua decisão no Mandado de Injunção 107 não passou de uma decisão meramente declaratória.

A corrente concretista individual se subdivide em duas vertentes: (i) a posição concretista individual intermediária; e (ii) a posição concretista direta.

A posição concretista individual intermediária defende que o Judiciário deveria fixar prazo para o Legislativo elaborar a norma regulamentadora, apontada como inexistente, sob pena de, findo esse prazo, o impetrante ter assegurado seu direito constitucionalmente previsto, mesmo sem a regulamentação específica do Legislativo. Alexandre de Moraes<sup>59</sup> adota a posição concretista individual intermediária, veja:

Em conclusão, filiamo-nos à posição *concretista individual intermediária*, criada pelo Ministro Néri da Silveira, parecendo-nos, com a devida *venia*, que a ideia do Poder Judiciário, após julgar procedente o mandado de injunção estabelecer um prazo para que a Constituição Federal seja regulamentada, antes de efetivamente colmatá-la, adéqua-se perfeitamente à ideia de Separação de Poderes. Assim, a partir da decisão do Judiciário, o poder competente estaria oficialmente declarado omissis, devendo atuar. Esse prazo, no âmbito legislativo, entendemos, nunca poderia ser inferior ao processo legislativo sumário.<sup>60</sup>

No julgamento do Mandado de Injunção 283<sup>61</sup>, em 20 de março de 1991, o Supremo Tribunal Federal declarou a mora do Legislativo e fixou o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, mais 15 (quinze) dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada, sob pena de ultrapassado o prazo sem a edição da lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação por perdas e danos.

<sup>59</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 190.

<sup>60</sup> Processo legislativo sumário poderá alcançar no máximo 100 dias (ver capítulo sobre processo legislativo).

<sup>61</sup> MI 283, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991, DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882.

A posição concretista individual direta defende que a decisão deveria viabilizar o exercício do direito constitucionalmente garantido para o impetrante, independentemente da fixação de prazo ao Legislativo. Por sua vez, Ivo Dantas<sup>62</sup> adota a posição concretista individual direta:

[...] deverá preencher a lacuna da omissão que vinha existindo, pela não ação de quem era responsável para tornar efetivos os direitos e liberdades constitucionais. Seus *efeitos* – já o dissemos em capítulos anteriores – são apenas *interpartes*, ou seja, beneficiarão àqueles que foram parte no processo. Preenchida a lacuna, caberá ao Judiciário fixar o como deverá ser exercido o direito constitucionalmente assegurado, cabendo à autoridade a quem foi dirigido o mandado, cumpri-lo, sob penas de caracterizar-se o *crime de desobediência* ou *crime de prevaricação*, ambos previstos no Código Penal, hipótese em que poderá ocorrer, inclusive, a *prisão em flagrante*.

No mesmo sentido, é a posição de José Afonso da Silva<sup>63</sup>:

O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º).

[...].

Enfim, o *conteúdo da decisão* consiste na outorga direta do direito reclamado. O impetrante age na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente de regulamentação.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira<sup>64</sup>, em artigo, menciona, expressamente, que sua tese permanece a de 1997. E entendemos correto o seu entendimento.

Maria Sylvia Zanela Di Pietro<sup>65</sup> também entende que o mandado de injunção deve conferir solução para o caso concreto, mas parece não admitir o caráter provisório de tal solução, levando-se em consideração a existência da coisa julgada. Senão vejamos:

O mandado de injunção, como é interposto pelo próprio titular do direito, exige uma solução para o **caso concreto**, e não uma decisão com efeitos *erga omnes*. O Judiciário

<sup>62</sup> DANTAS, Ivo. *Mandado de injunção: guia teórico e prático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 97.

<sup>63</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 450/451.

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Mandado de Injunção: Suas finalidades, efeitos da decisão concessiva e coisa julgada, partes e procedimento. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 5, 2011/2012. Disponível no domínio eletrônico <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/current>> Acesso em 08/05/2012.

<sup>65</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 727.

decidirá, dizendo o conteúdo da norma que se aplicará ao caso concreto e que fará **coisa julgada**, insuscetível de ser alterada por norma legal ou regulamentar posterior. Sem isso, o mandado de injunção seria medida absolutamente inócua como **garantia** de direito individual e estaria mal colocado no artigo 5º da Constituição. É o próprio Poder Judiciário que supre, no caso concreto, a omissão da norma regulamentadora.

E no julgamento do Mandado de Injunção 721<sup>66</sup>, em 30 de agosto de 2007, o Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, reconhecendo o direito ao impetrante.

Por fim, a corrente concretista geral entende que na decisão do mandado de injunção, o Judiciário deveria legislar no caso concreto, possibilitando a produção de efeitos *erga omnes*, até que sobrevenha norma integrativa editada pelo Legislativo.

Mencione-se a posição particular defendida por Vicente Greco Filho<sup>67</sup>, que mescla a corrente concretista individual intermediária e a corrente concretista geral, entendendo que o Judiciário deve fixar prazo para o Legislativo elaborar a norma regulamentadora, sob pena de o próprio Judiciário fazê-lo, com efeitos *erga omnes*:

Uma solução intermediária seria a de se admitir que, procedente o pedido, o tribunal poderia determinar prazo para que a norma fosse elaborada sob pena de, passado esse lapso temporal, ser devolvida ao Judiciário a atribuição de fazê-la.

[...].

Como a conclusão do mandado será normativa, pode surgir posteriormente o problema de que alguém, considerando-se em situação idêntica, não veja reconhecido o seu direito. Neste caso, como a norma já está elaborada, não será, mais, o caso de outro mandado de injunção, mas sim da ação cabível contra quem se recusa ao cumprimento da norma.

Mencione-se que há quem defenda que ela teria conteúdos distintos dependendo do órgão omissor. Assim, se o órgão omissor for do Poder Legislativo, seria cabível ele ser informado da decisão, para as providências cabíveis. Por outro lado, se o órgão omissor for do Poder Executivo, seria cabível ele ser obrigado a colmatar a lacuna em prazo fixado.

<sup>66</sup> MI 721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142.

<sup>67</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 184.

Esse posicionamento parece ter sido superado com as novas discussões sobre a natureza da decisão mandamental. Contudo, curiosamente, o Ministro Gilmar Mendes<sup>68</sup>, hoje defensor de tese progressista (admitindo que o Supremo Tribunal Federal regulamente a omissão, com efeito *erga omnes*, conforme julgamento dos Mandados de Injunção 708, 670 e 712), em seu Curso de Direito Constitucional, aduz:

Assim, reconhecida a procedência da ação, deve o órgão legislativo competente ser informado da decisão, para as providências cabíveis. Se se tratar de órgão administrativo, está ele obrigado a colmatar a lacuna dentro do prazo de trinta dias.

De todo o modo, independente de qual o órgão omissor, muito se discute se a decisão do mandado de injunção possui natureza declaratória ou constitutiva.

Destaque-se que José Cretella Júnior leciona que o mandado de injunção tende a desaparecer do nosso direito, *verbis*:

O mandado de injunção surge, pois, como instrumento de pressão que o próprio constituinte elegeu para impulsioná-lo à missão regulamentadora, o que leva a crer que, num momento dado, o *writ* desaparecerá de nosso direito, quando *todas* as regras jurídicas constitucionais, dependentes de norma regulamentadora, sejam regulamentadas. O legislador ordinário ou seus “sucessores” terão sob suas cabeças a espada de Dâmocles do mandado de injunção, instrumento coercitivo, cuja finalidade é o resguardo de direitos subjetivos, públicos ou privados, que, sem este *remedium iuris*, ficariam desprotegidos, por falta do respectivo amparo legal.<sup>69</sup>

Vale mencionar também que Luís Roberto Barroso<sup>70</sup> chegou a elaborar uma proposta de emenda constitucional, extinguindo o mandado de injunção, o que justificou do seguinte modo:

O mandado de injunção, na atual quadra, tornou-se uma complexidade desnecessária. Mais simples, célere e prática se afigura a atribuição, ao juiz natural do caso, da competência para a integração da ordem jurídica, quando necessária para a efetivação de um direito subjetivo constitucional submetido à sua apreciação.

<sup>68</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1357.

<sup>69</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Os writs na Constituição de 1988: Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Habeas Corpus, Ação Popular*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 100.

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 197.

Por outro lado, Walter Claudius Rothenburg<sup>71</sup> acredita que é provável que não desapareça a pertinência de mandados de injunção, trazendo argumentos bastante pertinentes, *in verbis*:

Mesmo que todos os dispositivos constitucionais a demandarem integração normativa venham a ser regulamentados, é provável que não desapareça a pertinência de mandados de injunção. Seja para possibilitar o exercício *efetivo* do direito constitucional, que talvez já esteja regulamentado num primeiro e mais genérico nível (normalmente o da lei), mas ainda careça de uma regulamentação mais específica (normalmente no âmbito do regulamento) – um mandato de injunção para colmatar lacunas “de segundo grau”.<sup>7</sup> Seja para denunciar a inadequação da regulamentação existente a outras, quiçá novas, configurações da realidade, que revelam a frustração do exercício de direitos constitucionais apesar da presença de normas (obsoletas) – um mandato de injunção de atualização normativa.<sup>8</sup> Nesse passo, a utilidade do mandato de injunção tende a renovar-se, com o que uma disciplina legal para o instituto é sempre necessária. Na prática, numerosos foram os mandados de injunção impetrados junto ao Supremo Tribunal Federal nos primeiros tempos, e continua a interposição, sendo surpreendente o número de mandados de injunção ajuizados atualmente. Aponta GILMAR FERREIRA MENDES: “Em 1990 e 1991 o STF julgou 203 Mis (dados do BNDPJ). Até 16-8-2006 o STF autuou 738 Mis (dados da Secretaria Judiciária).”<sup>9</sup> Dados do Supremo Tribunal Federal mostram que, em 2007, foram protocolados 52 mandados de injunção e distribuídos 48; em 2008, protocolados 136 e distribuídos 135; em 2009 (até o início de dezembro), protocolados 1.264 e distribuídos 1.257! Portanto, o mandato de injunção ainda é importante.

Interessante mencionar que a posição adotada quanto à natureza e conteúdo da decisão do mandato de injunção é intimamente relacionada à posição adotada quanto à legitimidade passiva, na medida em que o conteúdo da decisão afeta diretamente o responsável por seu cumprimento.

Pertinente agora, tecer alguns comentários acerca da coisa julgada da decisão do mandato de injunção, que possui proteção constitucional, senão vejamos: o inciso XXXVI do art. 5º da CR/88 dispõe: “XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Verifica-se, portanto, que a coisa julgada é garantida constitucionalmente, de modo que nem lei poderá prejudicá-la.

Não obstante alguns autores defenderem que a decisão do mandato de injunção seria eficaz até a edição de lei regulamentadora posterior pelo órgão competente, outros entendem que a decisão permaneceria válida para sempre, levando-se em consideração o instituto da coisa julgada.

---

<sup>71</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. O Mandado de Injunção finalmente terá sua lei. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 3, 2009/2010. Disponível no domínio eletrônico <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/current>> Acesso em 08/05/2012.

Vale destacar que Maria Sylvia Zanela Di Pietro<sup>72</sup>, ainda que seja adepta da corrente doutrinária concretista individual, que vê o Judiciário como legitimado a legislar, na omissão do Legislativo, apenas com efeito *inter partes*, defende que a conferência de caráter temporário a essas decisões judiciais feriria a coisa julgada, prevista no art. 5º, XXXVI, da CR/88. Sobre esse assunto, discorreremos mais detidamente quando da análise da divisão de Poderes.

---

<sup>72</sup> Neste sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

#### 4 A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal adotou, num primeiro momento, a posição não concretista, ao conferir ao mandado de injunção a função de tão somente declarar a ocorrência da omissão inconstitucional e comunicar ao órgão omissor para as devidas providências. No entanto, ao evoluir sua jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal foi progressivamente conferindo maior concretude ao mandado de injunção como se demonstrará a partir de julgados selecionados por sua importância e repercussão.

No julgamento de questão de ordem sobre o Mandado de Injunção nº 107<sup>73</sup>, em 23 de novembro de 1989, o Supremo Tribunal Federal, interpretando o mandado de injunção em analogia à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, analisando em especial o art. 103, § 2º, CR/88<sup>74</sup>, reconheceu a natureza mandamental do mandado de injunção e a autoaplicabilidade do art. 5º, LXXI da CR/88, adotando-se, no que couber, o procedimento do mandado de segurança. Adotou a tese de que não cabe ao Supremo legislar, mas apenas declarar e comunicar a omissão. Cumpre transcrever trecho do voto do Ministro Relator, Moreira Alves, por ser esclarecedor:

Sobre essa questão – que é fundamental para o exame da auto-aplicabilidade, ou não, das normas constitucionais relativas a esse instituto -, existem duas orientações básicas que têm sido defendidas:

- a) o mandado de injunção é ação que se propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o artigo 5º, LXXI, e se destina a obter uma sentença que declare a ocorrência da omissão inconstitucional, ou marque prazo para que isso não ocorra, a fim de que se adotem as providências necessárias à eliminação dessa omissão; e
- b) o mandado de injunção é ação que se propõe contra a pessoa jurídica de direito público ou o particular a que incumbe a observância do dever jurídico correspondente ao direito subjetivo, garantia ou prerrogativa cujo exercício está inviabilizado pela omissão regulamentadora, e que culmina com sentença constitutiva em favor do autor, viabilizando-lhe esse exercício, com a sua regulamentação.

(...).

<sup>73</sup> MI 107 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1989, DJ 21-09-1990 PP-09782 EMENT VOL-01595-01 PP-00001.

<sup>74</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...).

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

6. Portanto, além de essa segunda corrente, por qualquer de suas duas variantes, não apresentar solução que viabilize o exercício de grande parte dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o artigo 5º, LXXI, e de pretender que o Poder Judiciário, quer regulamentando texto constitucional para o caso concreto, quer o regulamentando com eficácia erga omnes, exerça função para a qual, as mais das vezes, não está ele aparelhado – e função que não lhe foi atribuída sequer na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em que não haveria o inconveniente da multiplicidade de regulamentações por Juízos ou Tribunais inferiores diversos, e em que essa regulamentação seria a consequência natural de ação dessa índole -, o certo é que a ela se contrapõem obstáculos constitucionais intransponíveis, como se demonstrou acima.

(...).

A única objeção que se opõe à solução adotada pela primeira corrente relativa ao mandado de injunção, embora ela se encaminhem todos os elementos de interpretação que se podem colher dos textos constitucionais pertinentes, é a de que, na prática, a decisão dele decorrente poderá não ser cumprida, pela impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal atuar coercitivamente contra os Poderes do Estado omissos. Essa objeção, porém, não leva em conta que o mesmo ocorre – e na mesma medida – com relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que visa, no que diz respeito à omissão regulamentadora, a “tornar efetiva norma constitucional” (art. 102, § 2º) que não o é por falta de regulamentação, e isso não obstante o texto constitucional brasileiro – mais enfaticamente do que a Constituição Portuguesa (art. 283º, 2), que se restringe à ciência -, não só lhe dá a eficácia declaratória (a de declarar a inconstitucionalidade da omissão), mas também a mandamental, que se traduz em cientificar o Poder omissor dessa declaração, para que este adote as providências necessárias. Ora, tornar efetiva uma norma constitucional nada mais é do que viabilizar o exercício dos direitos, garantias e prerrogativas resultantes dessa efetivação. Isso mostra que essa ciência da declaração da omissão inconstitucional para que se adotem as providências necessárias é eficácia constitucionalmente satisfatória para a ação direta, pois não é admissível que se pretenda que a Constituição crie uma ação excepcional como é esta pelo simples prazer de criá-la, que a tanto leva a afirmação de sua inocuidade. E, se o é para ação direta, processo objetivo de defesa do interesse público, o será, também, para o mandado de injunção, ação que visa à defesa de interesse individual. Como sucede com o § 2º do artigo 103, em que, na parte inicial (“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”), apenas se caracteriza quando será admissível tal ação direta (ou seja, quando houver omissão inconstitucional relativa a medida para tornar efetiva norma da Carta Magna), mas não se diz que cabe ao Poder Judiciário supri-la legislando ainda que provisoriamente (o que a segunda parte do dispositivo afasta expressamente), o mesmo ocorre com o texto do art. 5º, LXXI, que se omite quanto à segunda parte do artigo 103, § 2º, ficando apenas com norma semelhante à da primeira desta: a em que se caracteriza qual a omissão que dá margem ao uso do mandado de injunção (a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania), mas, também, não se diz que caberá ao Poder Judiciário, substituindo-se ao Poder competente, fazer essa regulamentação, restrita ao caso concreto, ou extensível a todos os casos análogos. A Constituição partiu da premissa de que, com a procedência da ação direta ou do mandado de injunção, o Poder competente, declarada a inconstitucionalidade de sua omissão, não persistirá em sua atitude omissa. E, bem ou mal, contentou-se com essa eficácia. Ao Supremo Tribunal Federal, a que precipuamente incumbe a guarda dessa Constituição, não é dado, sem qualquer apoio em elementos interpretativos sólidos, desconsiderar essa eficácia, para, com base nessa desconsideração, ter como inócuo o mandado de injunção, e atribuir-lhe efeitos que, como se demonstrou, não se coadunam como o sistema dessa mesma Constituição. Note-se, aliás, que, na Alemanha, com relação às omissões insupríveis por dependerem necessariamente de norma regulamentadora, até hoje o problema do não cumprimento de decisão, nesse sentido, da Corte Constitucional não se colocou à sua apreciação, pela consciência de que, estando todos os órgãos constituintes vinculados à decisão desse Tribunal, não deixarão eles de cumprir, quando alertadas da caracterização de sua omissão, o princípio da fidelidade constitucional (Verfassungsgorgantreue).

Ademais, o mandado de injunção assim entendido, não só – o que não sucede com a natureza que lhe empresta a segunda corrente – não deixa fora de sua esfera de atuação nenhum dos direitos, garantias ou prerrogativas a que se refere o artigo 5º, LXXI, mas também apresenta um outro efeito: o da caracterização da mora do Poder, órgão, entidade ou autoridade competente para editar a regulamentação, quando, para tanto, a Constituição não fixa prazo.

Da leitura da íntegra do acórdão, infere-se que o Relator entende que o risco do não cumprimento da decisão é inerente a todas as decisões, inclusive das decorrentes de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e, mencionando que essa questão não foi levada à Corte Constitucional alemã, parece acreditar que o mesmo aconteceria no Brasil.

No julgamento do Mandado de Injunção 168<sup>75</sup>, em 21 de março de 1990, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em que o Poder omissor seria o Executivo, por não ter regulamentado o art. 33 do ADTC<sup>76</sup>, o Supremo Tribunal Federal, ao indeferir o pedido, entendendo que, *in casu*, não há omissão, mas apenas faculdade do Executivo em conceder pagamento parcelado a devedor da Fazenda Pública, mantém o seu posicionamento de que o mandado de injunção serve apenas para declarar a ocorrência da omissão inconstitucional e comunicar ao órgão omissor para as devidas providências.

Do conteúdo de referidas decisões, chega-se ao seguinte raciocínio: O Supremo Tribunal Federal, implicitamente, estaria aduzindo que os direitos constitucionalmente garantidos, quando dependentes de lei, não possuem aplicação imediata. E, conseqüentemente, se os direitos constitucionalmente previstos, dependem de lei para poderem ser tutelados pelo Poder Judiciário, em última análise, a Constituição carece de força normativa, não sendo suas disposições vinculantes e imperativas, como deveriam.

<sup>75</sup> MI 168, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 21/03/1990, DJ 20-04-1990 PP-03047 EMENT VOL-01577-01 PP-00027.

<sup>76</sup> Art. 33. Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição.

Parágrafo único. Poderão as entidades devedoras, para o cumprimento do disposto neste artigo, emitir, em cada ano, no exato montante do dispêndio, títulos de dívida pública não computáveis para efeito do limite global de endividamento.

No Pós-positivismo, qualquer decisão judicial que torne direito constitucional, especialmente os direitos fundamentais, como no caso do Mandado de Injunção 107, sem aplicação imediata, merece censura, pois não foi levada em consideração a nova Hermenêutica, que leva em conta a normatividade dos princípios, a normatividade da própria Constituição e a valorização dos direitos fundamentais.

Por isso, a posição adotada inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal foi fortemente criticada por grande parte da doutrina, tendo o Supremo Tribunal Federal sido acusado de tornar o mandado de injunção inócuo por sua visão conservadora, e por ter igualado o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Inclusive, esse tema já foi bastante discutido pela doutrina<sup>77</sup>.

A título de exemplo, cita-se a doutrina de Flávia Piovesan<sup>78</sup> contrária à equiparação do mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

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

A título exemplificativo também, menciona-se a doutrina de Uadi Lammêgo Bulos<sup>79</sup> contra o não cumprimento do papel do mandado de injunção por meio da posição inicial do Supremo:

Comentário: o mandado de injunção, nos primeiros vinte anos de vigência da Carta de 1988, cumpriu, de modo inglório, o seu papel. Não conseguiu limitar a arrogância discricionária dos órgãos normativos, muito menos minorou o cancro das lacunas e das pressões político-jurídicas, que fulminam direitos fundamentais. Nessa quadra de sua evolução jurisprudencial, não destruiu o rochedo de bronze da prepotência e do silêncio inconstitucional. Granjeou em torno de si enorme descrédito.

---

<sup>77</sup> Para aprofundar no tema, recomenda-se a leitura de: HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

<sup>78</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 151.

<sup>79</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 765.

No julgamento do Mandado de Injunção 283<sup>80</sup>, em 20 de março de 1991, também de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal avançou um pouco no seu entendimento. Declarou a mora do Legislativo em regulamentar o art. 8º, § 3º do ADCT<sup>81</sup>, fixou o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, mais 15 (quinze) dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada, sob pena de ultrapassado o prazo sem a edição da lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação por perdas e danos e 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, senão vejamos:

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 líquida 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, 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 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,

<sup>80</sup> MI 283, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991, DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882.

<sup>81</sup> Art. 8º (...).

§ 3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

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.

Da leitura da íntegra do acórdão, observam-se divergências, em especial quanto à extensão da coisa julgada, se ela seria ou não afetada por norma regulamentadora posterior, e quanto à natureza mandamental do mandado de injunção, se ela teria ou não o condão de suprir a omissão. Ressalte-se que o Ministro Marco Aurélio votou pela expedição de notificação à União Federal e à Previdência Social, para concessão dos benefícios nos termos fixados, caracterizando uma obrigação de fazer, ou seja, uma decisão constitutiva.

No julgamento do Agravo Regimental do Mandado de Injunção 335<sup>82</sup>, em 09 de agosto de 1991, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal decidiu que somente pessoas estatais podem figurar no polo passivo da relação processual instaurada com a impetração do mandado de injunção, eis que apenas a elas é imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos. Decidiu também que a natureza judicial de índole mandamental inviabiliza, em função de seu próprio objeto, a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre particulares e entes estatais. Ressalte-se que o Ministro Marco Aurélio foi vencido, na medida em que admitia o litisconsórcio passivo. Transcreve-se seu voto:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sr. Presidente, na primeira parte, acompanho o nobre Relator e não conheço o agravo, mediante o qual foi impugnado o indeferimento da liminar.

Na segunda parte, peço vênua a S. Ex<sup>a</sup>. para divergir e manter coerência com o que tenho sustentado no Plenário a respeito do mandado de injunção e da possibilidade deste desaguar em um provimento constitutivo.

Entendo que o pedido formulado é possível juridicamente e não se pode emprestar ao mandado de injunção eficácia, apenas, contra o Estado. O mandado de injunção visa, acima de tudo, tornar eficaz um direito previsto na Constituição Federal, pouco importando contra quem esse direito venha a ser, posteriormente, exercido: se contra o Estado ou o particular.

Não posso, diante do texto constitucional e da abrangência a qual ele revela, estabelecer distinções não contempladas, principalmente para esvaziar o alcance do instituto.

Surge a problemática alusiva ao interesse, que eu a defino, considerado também o pedido inicial. O nobre Relator fez a leitura desse pedido inicial e realmente ele é conducente à conclusão de que se tem como alvo evitar cobrança de juros acima de 12% (doze por cento). O que é a legitimidade se não o elo entre o interesse e a pessoa, entre o interesse e o autor da demanda ou o réu apontado na demanda?

<sup>82</sup> MI 335 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/1991, DJ 17-06-1994 PP-15720 EMENT VOL-01749-01 PP-00029.

Ora, se se busca de forma correta ou errada, considerados a jurisprudência e os precedentes da Corte, um provimento judicial – e não há a menor dúvida que se busca isso -, que obstaculize a cobrança de juros acima de 12% (doze por cento) ao ano, é inegável, a meu ver, a legitimidade da Instituição Financeira que procede hoje a essa cobrança, em relação ao Autor, ao Impetrante do mandado de injunção. O que não posso, sob pena de colocar em plano secundário a organicidade e a dinâmica do direito, é inverter a ordem natural das coisas e, à mercê dos precedentes do Tribunal, julgar a priori o mandado de injunção para, a partir desse julgamento a priori, concluir pela ilegitimidade ad causam passiva.

Peço vênua ao nobre Relator para, no particular, acolher o pedido formulado no agravo regimental.

É o meu voto.

No julgamento do Agravo Regimental do Mandado de Injunção 323<sup>83</sup>, em 31 de outubro de 1991, de relatoria do Ministro Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal mantém seu entendimento acerca do não cabimento de litisconsórcio passivo entre as autoridades e órgãos públicos omissos e particulares que vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora.

No julgamento do Mandado de Injunção 284<sup>84</sup>, em 22 de novembro de 1991, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, sendo Relator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, discute-se sobre a legitimidade *ad causam* passiva da União, por não competir a ela suprir a omissão. E, por maioria dos votos, mantém-se o entendimento empossado no Mandado de Injunção 283, considerando que o dispositivo em discussão é o mesmo, qual seja o art. 8º, § 3º do ADCT. Assim, o Supremo Tribunal Federal reconhece o estado de mora do Congresso Nacional, e entendendo prescindível nova comunicação, assegurou aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica.

Da leitura da íntegra do acórdão, verifica-se que os Ministros Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Carlos Velloso fixavam, desde logo, os limites da reparação pecuniária. Ilustrativo trazer à baila trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, *in verbis*:

---

<sup>83</sup> MI 323 AgR, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 31/10/1991, DJ 14-02-1992 PP-01164 EMENT VOL-01649-01 PP-00123 RTJ VOL-00138-01 PP-00034.

<sup>84</sup> MI 284, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/1992, DJ 26-06-1992 PP-10103 EMENT VOL-01667-01 PP-00001 RTJ VOL-00139-03 PP-00712.

A solução implica, data venia, a transferência do julgamento do mandado de injunção para o Juízo e isto na parte que se apresenta como mais importante, ou seja, na etapa em que se empresta eficácia ao preceito constitucional assegurador do direito. O mandado de injunção foi inserido no rol das garantias fundamentais como meio viabilizador dos direitos constantes da Carta e que dependem de regulamentação. Peço vênia aos que assim não entendem para persistir nesta linha de raciocínio, que encontra respaldo em boa corrente doutrinária.

No julgamento do Mandado de Injunção 232<sup>85</sup>, em 02 de agosto de 1991, da relatoria do Ministro Moreira Alves, após discussões acerca da legitimidade *ad causam* da impetrante, o Supremo Tribunal avançou um pouco mais no seu entendimento, para declarar o estado de mora do Congresso Nacional, fixando prazo de seis meses, para que ele adote as providências legislativas para o cumprimento da obrigação de legislar o art. 195, § 7º<sup>86</sup> da CR/88, sob pena de vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. Da leitura da íntegra do acórdão, verifica-se, inclusive, que os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja adotavam a posição concretista individual, garantindo, desde já, a imunidade requerida, desde que cumpridos os requisitos do Código Tribunal Nacional, tendo sido, entretanto, vencidos.

Constata-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal ampliou o objeto da decisão do mandado de injunção, pois incluiu além da declaração da mora legislativa, a possibilidade do exercício do direito pelo particular, ainda que de forma limitada ou provisória. E, as discussões travadas acerca da extensão da coisa julgada e dos legitimados ativos e passivos demonstram que o mandado de injunção ainda carecia de amadurecimento jurisprudencial, especialmente considerando a ausência de sua regulamentação. A aplicação das normas do mandado de segurança, no que couber, certamente não reduziu a divergência dos Ministros sobre legitimidade e objeto da decisão, entre outros pontos.

Em relação aos Mandados de Injunção 283, 284 e 232, Daniel Wunder Hachem<sup>87</sup> pondera, com propriedade que o Supremo avançou timidamente:

---

<sup>85</sup> MI 232, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1991, DJ 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965.

<sup>86</sup> Art. 195. (...).

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

<sup>87</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 149.

Em tais hipóteses, pode-se dizer que a Suprema Corte *atravessou a rua com seu passo tímido*<sup>88</sup>, já que adotou posição um pouco mais arrojada somente nos casos mencionados, que não exigiram processos mais complexos de densificação do direito constitucionalmente garantido, além de ter se restringido meramente a afastar o obstáculo impeditivo do exercício do direito (reserva de lei), sem promover efetivamente uma concretização dos direitos postulados<sup>89</sup>.

Posteriormente, no julgamento do Mandado de Injunção 543<sup>90</sup>, em 26 de outubro de 2000, de relatoria do Ministro Octavio Gallotti, pretendia-se a mudança de orientação da Corte, acerca do art. 8º, § 3º do ADCT, para já fixar os limites da reparação e acompanhar a execução do acórdão. Entretanto, à semelhança do julgamento do Mandado de Injunção 284, o Supremo Tribunal Federal decidiu deferir em parte o pedido, para assegurar, de plano, o direito à indenização, sem constituir em mora o Congresso Nacional, para, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, a fixar o valor da indenização.

Da leitura da íntegra do acórdão, percebe-se que, em que pese a opinião dos Ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Carlos Velloso, pela já fixação do *quantum* devido, o Relator, Ministro Octavio Gallotti, ressalta que não é possível atribuir a proteção judicial pelo rito sumário e instância única do Supremo Tribunal, dispensando-os da observância dos ritos e instâncias previstos na legislação processual, a que está sujeito o reconhecimento concretizado dos direitos constitucionais em geral.

Outro ponto importante discutido no âmbito do Mandado de Injunção 543 foi a real existência da omissão, na medida em que o Congresso Nacional chegou a elaborar projeto de lei, que foi vetado pelo Executivo. Por ser interessante a discussão, que evidencia a preocupação acerca da

<sup>88</sup> Trecho da música “Construção”. HOLANDA, Chico Buarque de. **Construção**. Canção interpretada pelo compositor. Álbum: Construção. Direção de Produção e Estúdio: Roberto Menescal. Direção de Musical: Magro. Estúdio Phonogram, 1971.

<sup>89</sup> É nesse sentido a observação de Luís Roberto Barroso, mencionando a decisão proferida no MI nº 232-1-RJ: “Note-se, no entanto, que na hipótese aqui versada, o Tribunal não precisará suprir qualquer lacuna normativa. Limitar-se-á a considerar auto-aplicável norma que conferia um direito, mas condicionava-o ao preenchimento de requisitos que a lei ditaria. Não há, pois, maior dificuldade, nem se exige do Judiciário uma atuação de integração da ordem jurídica”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 261.

<sup>90</sup> MI 543, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2000, DJ 24-05-2002 PP-00055 EMENT VOL-02070-01 PP-00035.

legitimidade do Supremo fazer as vezes do Legislativo, colaciona-se o seguinte excerto do acórdão:

O Sr. Ministro CARLOS VELOSSO: - Esse arbitramento deve ser feito com urgência, senão todos os interessados vão morrer antes que se faça. Já dizia isso em 1991. Por que não rever a jurisprudência e fixarmos logo o **quantum** a ser pago?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Nesse caso, Ministro, há uma peculiaridade: pelo menos num exame inicial, não podemos cogitar, em si, de omissão do Congresso, porque dois projetos foram aprovados. E aí houve os vetos dos Presidentes Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso.

**O SR. MINISTRO NELSON JOBIM** – Esse ponto levantado pelo eminente Ministro Marco Aurélio é fundamental. Acompanhei esses fatos. Há um desacordo político nas pretensões deduzidas perante o Congresso. Sempre se discutiu essa reparação econômica dentro do Congresso, na esfera infra-constitucional, quando se discutia esse projeto, através da formulação de uma aposentadoria e de uma reparação econômica. E isto estabeleceu um conflito com o Executivo. O Executivo vetou e o Congresso não rejeitou o veto, ou seja, não há omissão constitucional. O que há é a não formação de uma vontade majoritária para a solução pretendida pelas partes junto ao Congresso Nacional, porque a pretensão junto ao Congresso sempre foi no sentido da aposentadoria e da reparação econômica, ou seja, em dupla rubrica. Esse é o problema básico, que antecedeu desde a época da elaboração do processo constitucional. Foi a discussão que se criou.

Agora, veja bem, o grande problema é saber o seguinte: o conflito estabelecido entre a não formação de uma vontade majoritária, na elaboração de uma norma complementadora da Constituição, pode deslocar a competência para o Supremo Tribunal Federal? Se substituir à vontade majoritária não formada?

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - Eminente Ministro Nelson Jobim, permita-me? Penso que a questão não pode ser posta assim. A finalidade do mandado de injunção é tornar viável o exercício de direito concedido pela Constituição, cujo exercício está inócuo por falta de norma infraconstitucional. Penso que a Suprema Corte deve elaborar a norma para o caso concreto. Com a norma elaborada pela Suprema Corte, o impetrante vai ao juízo de primeiro grau.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: - Sr. Presidente, acho que fizemos mais do que isso, porque o direito à reparação é líquido e certo. Ao contrário de outros problemas da anistia, este é um direito absolutamente límpido. Ele se dirige a todos quantos foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica em decorrência das portarias reservadas...

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM – Não é norma geral, é norma específica. Seria uma norma específica definindo o conteúdo da reparação. O que se fez foi se condenar por indenização.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: - O que falta é a reparação, e nós falamos em arbitramento.

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - Falta a lei que a Constituição exige. O artigo do ADCT mencionado por V.Ex<sup>a</sup> é o 8º, § 3º, certo que a reparação far-se-á na forma que dispuser a lei. Se não existe lei, o juiz vai ter de decidir de acordo com o direito comum, concedendo perdas e danos. Acho que está correto o eminente Ministro Maurício Corrêa ao sugerir que aguardemos o eminente Ministro Moreira Alves, que liderou essa posição do Supremo Tribunal Federal no sentido de que deve apenas comunicar ao Congresso a omissão. Parece-se que a Constituição quer e determina muito mais. Os melhores constitucionalistas deste País sustentam que o Supremo Tribunal Federal deve elaborar a norma para o caso concreto. No ano de 1991, já se dizia que a maioria dos beneficiários já morreu, ou está para morrer.

**O SR. MINISTRO NELSON JOBIM** – No caso específico, eminente Ministro Carlos Velloso, tendo determinadas indenizações correndo, a mora não é do Congresso, a mora é do Poder Judiciário.

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - Não temos que falar em mora. Mora é para a ação de inconstitucionalidade por omissão. Nós temos que verificar o seguinte: há um direito constitucional cujo exercício é inócuo por falta de norma? Há! Não temos que indagar se o Congresso tem culpa ou não. Se o Presidente da República vetou ou não. Temos que verificar é esse pressuposto que está na Constituição: exercício inócuo do direito concedido pela Constituição.

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Sr. Presidente, por época dos debates da Constituinte, apresentei uma emenda pela qual se assegurava poder normativo eficaz ao Supremo Tribunal Federal.

O deputado Bonifácio de Andrada bateu-se veementemente contra, o que inclusive resultou em acordo para que se incluísse no Texto Constitucional, quando declarada em tese a inconstitucionalidade de norma legal ou ato normativo, a manifestação do Advogado-Geral da União, disposição essa que acabou sendo a ele incorporada pelo § 3º do artigo 103.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: - Voltar à discussão do Mandado de Injunção 107, com todas as vênias, será simplesmente mais uma oportunidade para ouvirmos uma magnífica exposição, mas sem resolver o caso.

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI – Será menos eficaz do que a atual proposta.

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - O que V.Ex<sup>a</sup> propõe?

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI – Proponho o mesmo que se decidiu nas anteriores assentadas.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: - A minha indagação é se é necessária uma ação de conhecimento. Ou se ela se declarou desnecessária, quando, conforme um item anterior da ementa do Mandado de Injunção 283, se reconheceu ao impetrante o direito à indenização.

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI – Numa ação só aforada em 1996. Nós julgamos o precedente em 1991. Aqui nem mora do Judiciário houve. Levaram-se cinco anos para ingressar a demanda. Entre o nosso julgamento e a propositura da ação.

No julgamento do Mandado de Injunção 721<sup>91</sup>, em 30 de agosto de 2007, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, afastou a sua orientação inicial de que o mandado de injunção se limita a declarar a existência da omissão legislativa e passou a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, reconhecendo o direito ao impetrante. O caso dizia respeito a não regulamentação do artigo 40, § 4º da CR/88<sup>92</sup>, veja:

<sup>91</sup> MI 721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142.

<sup>92</sup> Art. 40. (...).

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I portadores de deficiência;

II que exerçam atividades de risco;

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

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.

Do voto do Ministro Marco Aurélio, verifica-se que ele fundamenta seu entendimento na supremacia da Constituição, aduzindo que a prestação jurisdicional do mandado de injunção deve afastar as trágicas consequências da inércia do legislador, alertando a nova composição do Supremo Tribunal a repensar a timidez inicial e modificar a sua jurisprudência, senão vejamos:

A natureza da citada ação constitucional – mandado de injunção -, procedente a causa de pedir versada na inicial, leva o pronunciamento a ganhar contornos mandamentais, a ganhar eficácia maior, a ponto de viabilizar, consideradas as balizas subjetivas da impetração, o exercício do direito, da liberdade constitucional ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Eis que surgiu, no cenário normativo-constitucional, o instrumento capaz de revelar a lei fundamental como de concretude maior, abandonada visão simplesmente lírica.

(...).

O instrumental previsto na Lei Maior, em decorrência de reclamações, consideradas as Constituições anteriores, nas quais direitos dependentes de regulamentação não eram passíveis de ser acionados, tem natureza mandamental e não simplesmente declaratória, no sentido da inércia legislativa. Revela-se próprio, ao processo subjetivo e não ao objetivo, descabendo confundir-lo com ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cujo rol de legitimados é escrito e está na Carta da República. Aliás, há de se conjugar o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal com o § 1º do citado artigo, a dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição têm aplicação imediata. Iniludivelmente, buscou-se, com a inserção do mandado de injunção, no cenário jurídico-constitucional, tornar concreta, tornar viva a Lei Maior, presentes direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do Legislativo. Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania e cidadania. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo.

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em

algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão da omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes a nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos tribunais do trabalho, no que, nos dissídios coletivos, a eles a Carta reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que, consoante prevê o § 2º do artigo 114 da Constituição Federal, sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho. Está-se diante de situação concreta em que o Diploma Maior recepciona, mesmo assim de forma mitigada, em se tratando apenas do caso vertente, a separação dos Poderes que nos vem de Montesquieu. Tenha-se presente a frustração gerada pelo alcance emprestado pelo Supremo ao mandado de injunção. Embora sejam tantos os preceitos da Constituição de 1988, apesar de passados dezesseis anos, ainda na dependência de regulamentação, mesmo assim não se chegou á casa do milhar na impetração dos mandados de injunção.

No caso, a dificuldade não é maior, porquanto é possível adotar-se, ante o fator tempo e à situação concreta da impetrante, o sistema revelado pelo regime geral de previdência social. O artigo 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, dispõe que:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

A impetrante conta com 25 anos de serviços prestados, atendendo à dilação maior prevista na Lei nº 8.213/91. Julgo parcialmente procedente o pedido formulado para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à aposentadoria especial de que cogita o § 4º do artigo 40 da Constituição Federal.

Observa, assim, que mesmo pondo fim à omissão legislativa, os efeitos da decisão do Supremo no Mandado de Injunção 721 se limitaram às partes do processo. Interessante observar também que a servidora pública impetrante era servidora pública federal, vinculada ao Ministério da Saúde.

No julgamento do Mandado de Injunção 708<sup>93</sup>, em 25 de outubro de 2007, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal, continuou admitindo uma regulação provisória pelo Judiciário, reconhecendo o direito ao impetrante, *in casu*, o direito de greve não regulamentado. Determinou-se, assim, quanto a não regulamentação do art. 37, inciso VII da

<sup>93</sup> MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471.

CR/88<sup>94</sup>, a aplicação, no que coubesse, de leis pré-existentes (Lei nº 7.701/88 e n 7.783/89), o que já tinha sido admitido, desde o julgamento do Mandado de Injunção 721. Entretanto, pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal conferiu efeitos *erga omnes* à sua decisão.

Seguindo o mesmo raciocínio, na mesma data, o Supremo Tribunal Federal também julgou o Mandado de Injunção 670<sup>95</sup>, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, e o Mandado de Injunção 712<sup>96</sup>, de relatoria do Ministro Eros Grau. Confira o acórdão do Mandado de Injunção 708:

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 APRECIACÃO 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). 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

<sup>94</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:  
(...).

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

<sup>95</sup> MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011.

<sup>96</sup> MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384.

benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; 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 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 DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI No 7.783/1989). FIXAÇÃO 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, afigura-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. 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 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 ampliada, 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 (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.

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 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 paradedista, 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.

Essas decisões reavivaram as discussões em torno do mandado de injunção, na medida em que agora se discute não apenas o fim a que ele se destina, isto é, o conteúdo de sua decisão, mas também os efeitos de sua decisão. Da leitura da íntegra de referidos acórdãos, constata-se a importante influência do Ministro Gilmar Mendes.

Comentando sobre as últimas três decisões mencionadas, quais sejam as dos Mandados de Injunção 708, 670 e 712, diferentes das até então emitidas pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que conferem efeito *erga omnes* à sua decisão, Bernardo Gonçalves Fernandes<sup>97</sup> aduz:

Certo é que as decisões do STF de outubro de 2007 apontam, em nossas análises, para, pelo menos, duas conclusões, ainda que preliminares:

1) A adoção (pela primeira vez) pela maioria do pleno do STF da tese concretista geral<sup>98</sup>, contrariando a lógica do **writ** injuncional de viabilização do direito para o caso concreto, vem, justamente, na linha da propalada objetivização (abstrativização) dos processos subjetivos (processos que, segundo Pretório Excelso, envolveriam uma **lide** com pretensões resistidas de um autor e réu em um determinado caso concreto). Estes, portanto, passariam a ter (em virtude de uma séria de princípios, como, por exemplo: o da economia processual e da celeridade) decisões nos moldes dos intitulados processos objetivos (que dizem respeito ao controle concentrado de constitucionalidade **in abstrato**). A cada dia mais, abandonamos os casos (**e a especificidade dos mesmos!**) à luz de uma **instrumentalização**<sup>99</sup> levada às últimas consequências.

<sup>97</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2012. p. 532/533.

<sup>98</sup> Embora o mesmo STF, conforme aqui já citado, tenha adotado em 2007 (MI nº 721/DF) e em 2008 (MI nº 758/DF) a tese **concretista individual** nos casos envolvendo a viabilização do direito previsto no art. 40, § 4º, da CR/88.

<sup>99</sup> Não podemos **olvidar** da magistral passagem desenvolvida por **Lenio Streck, Martonio Lima e Marcelo Carroni (2007) que assim prelecionam contra a instrumentalidade processual desmesurada**: “Veja o problema

2) A possibilidade do STF, assumindo posturas teóricas do direito Europeu, passar a prolatar decisões aditivas (sentenças aditivas) em seus julgados (**o que não é usual na sua tradição, vide Súmula nº 339 do STF**), conforme se depreende da manifestação do Ministro Gilmar Mendes no **MI nº 708/DF**, no qual podemos observar, **ainda que timidamente**, o deflagrar dessa postura.

Posteriormente, no julgamento do Mandado de Injunção 795<sup>100</sup>, em 15 de abril de 2009, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, tratando sobre a não regulamentação do art. 40, § 4º da CR/88, o Supremo Tribunal Federal, volta ao entendimento conferido no Mandado de Injunção 721, admitindo a regulação provisória pelo Judiciário, reconhecendo o direito ao impetrante, e, mantendo os efeitos de sua decisão às partes.

Interessante mencionar que, durante o julgamento do Mandado de Injunção 795, foi resolvida questão de ordem suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, que em casos idênticos ao Mandado de Injunção 795, o Ministro Relator estaria autorizado a decidir de forma monocrática e definitiva.

Assim, foram julgados vários outros Mandados de Injunção que versavam sobre o mesmo assunto, tendo sido mantido o entendimento do Mandado de Injunção 795. Citem-se, como exemplos, os Mandados de Injunção 788<sup>101</sup> e 795<sup>102</sup>, ambos impetrados por servidores públicos do Estado de São Paulo.

Quanto ao fato de os servidores serem federais, distritais, estaduais ou municipais, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que, em todas as hipóteses, o Presidente da República é quem

---

ocasionado pela prevalência do velho paradigma representacional (sujeito/objeto) nas diversas reformas no processo: cada vez mais se coloca o procedimento a à disposição do pensamento justo do juiz, valendo, por todos, citar a denominada instrumentalidade do processo (por todos, Candido Rangel Dinamarco e Jose Roberto Bedaque). Cada vez que se pretende processualizar mais o sistema (sic), ocorre uma diminuição do processo enquanto instrumento de garantia do devido processo legal. [...] dia a dia o sistema processual caminha para o esquecimento das singularidades dos casos. Trata-se pois de um novo princípio epocal. [...]. Manipulando o instrumento tem-se o resultado. Ao final dessa linha de produção, o direito é (será) aquilo que a vontade de poder quer que seja. Chega-se ao ápice da não democracia: o direito transformado em política [...]” **In**: STRECK; CARRONI DE OLIVEIRA; LIMA, p. 49, 2007.

<sup>100</sup> MI 795, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2009, DJe-094 DIVULG 21-05-2009 PUBLIC 22-05-2009 EMENT VOL-02361-01 PP-00078 RTJ VOL-00210-03 PP-01070.

<sup>101</sup> MI 788, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2009, DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-01 PP-00013 RSJADV jul., 2009, p. 58-59 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 117-119 LEXSTF v. 31, n. 365, 2009, p. 131-135.

<sup>102</sup> MI 795, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2009, DJe-094 DIVULG 21-05-2009 PUBLIC 22-05-2009 EMENT VOL-02361-01 PP-00078 RTJ VOL-00210-03 PP-01070.

deve figurar no polo passivo do Mandado de Injunção, tendo em vista a necessidade de atuação normativa da União para a edição de norma regulamentadora de caráter nacional. Neste sentido, conferir o Agravo Regimental do Mandado de Injunção 1832<sup>103</sup>, cujo acórdão se colaciona a seguir:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL. ART. 40, § 4º, INC. III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA UNIÃO, ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE PREVIDÊNCIA SOCIAL. NECESSIDADE DE TRATAMENTO UNIFORME DA MATÉRIA. 1. A competência concorrente para legislar sobre previdência social não afasta a necessidade de tratamento uniforme das exceções às regras de aposentadoria dos servidores públicos. Necessidade de atuação normativa da União para a edição de norma regulamentadora de caráter nacional. 2. O Presidente da República é parte legítima para figurar no polo passivo de mandado de injunção em que se discute a aposentadoria especial de servidor público. Precedente. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

Recentemente, esse assunto é tema de reiteradas decisões no Supremo. Cite-se, como exemplo, o acórdão do Agravo Regimental do Mandado de Injunção 1898<sup>104</sup>, no mesmo sentido do Mandado de Injunção 1832.

Dito isso, importante mencionar que o Ministro Gilmar Mendes, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, elaborou Proposta de Súmula Vinculante nº 45<sup>105</sup> sobre o assunto, ainda em tramitação, senão vejamos:

PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE Nº 45 EDITAL, com o prazo de 20 (vinte) dias, para ciência e eventual manifestação de interessados, nos termos da Resolução nº 388-STF, de 5 de dezembro de 2008, na forma abaixo: A SECRETÁRIA JUDICIÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, F A Z S A B E R aos que este edital virem ou dele tiverem conhecimento que neste Tribunal se processam os autos da Proposta de Súmula Vinculante nº 45, em que é proponente o Supremo Tribunal Federal, que visa à edição de súmula vinculante com a seguinte sugestão de verbete: “Enquanto inexistente a disciplina específica sobre aposentadoria especial do servidor público, nos termos do artigo 40, § 4º da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional n. 47/2005, impõe-se a adoção daquela própria aos trabalhadores em geral (artigo 57, § 1º da Lei n. 8.213/91)” Conforme a Resolução nº 388-STF, publicada em 10 de dezembro de 2008, no Diário da Justiça Eletrônico, e nos termos do § 2º do artigo 3º da Lei nº

<sup>103</sup> MI 1832 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, DJe-093 DIVULG 17-05-2011 PUBLIC 18-05-2011 EMENT VOL-02524-01 PP-00001.

<sup>104</sup> MI 1898 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 16/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 31-05-2012 PUBLIC 01-06-2012.

<sup>105</sup> Editais PSV. DJ Nr. 116 do dia 24/06/2009. Proposta de Súmula Vinculante nº 45.

11.417/2006, ficam cientes os interessados para, querendo, manifestarem-se no prazo de 5 (cinco) dias depois de findo o prazo de 20 (vinte) dias acima fixado, que passa a fluir a partir da publicação deste edital no Diário da Justiça Eletrônico. Secretaria do Supremo Tribunal Federal, em 18 de junho de 2009. Eu, Kátia Cronemberger Mendes Pereira, Chefe da Seção de Comunicações, extraí o presente. Eu, Edméa Paiva de Moraes Piazzzi, Coordenadora de Processamento de Originários, conferi. Publique-se no sítio do Tribunal e no Diário da Justiça Eletrônico. Rosemary de Almeida, Secretária Judiciária.

Com isso, verifica-se clara divergência de tratamento do Supremo Tribunal Federal entre as omissões legislativas no tocante à greve e à aposentadoria especial dos servidores públicos, sem que haja uma justificativa clara para tanto, sendo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda vacilante.

Ora, quanto à omissão legislativa no tocante à aposentadoria especial dos servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal tem encampando, a partir do Mandado de Injunção 721, a tese concretista individual, conferindo o direito *inter partes* e, contraditoriamente, apresentando a Proposta de Súmula Vinculante nº 45 para que o seu entendimento se estenda *erga omnes*.

Quanto à omissão legislativa no tocante à greve dos servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal encampou, nos Mandados de Injunção 708, 670 e 712, a tese concretista geral, conferindo efeito *erga omnes* às suas decisões.

Criticando a inexistência de critérios objetivos quanto aos efeitos da decisão do mandado de injunção, Daniel Wunder Hachem<sup>106</sup> aduz acertadamente:

(...). Ora, por qual motivo entendeu-se necessária a edição de Súmula Vinculante para a situação do direito à aposentadoria especial do art. 40, § 4º, da CF, se no caso do direito de greve dos servidores públicos tal medida foi considerada despropositada? Por que razão se admite, em uma situação, a atribuição de efeitos *erga omnes* em matéria de mandado de injunção, e em outra julga-se imprescindível a existência de Súmula Vinculante para estender os efeitos da decisão a terceiros?

Diante de tais incongruências, é preciso reconhecer que, apesar da evolução da construção jurisprudencial em matéria de mandado de injunção ensejada com os julgamentos proferidos de 2007 para cá, diante da ampliação da efetivação de direitos constitucionais não regulamentados, impende sublinhar a ausência de formulação de um critério objetivo da Corte no que diz respeito aos efeitos da decisão em mandado de injunção.

<sup>106</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 155.

Pois bem. Dito isso, interessante mencionar que, apesar de termos constatado a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, curiosamente, em seu sítio eletrônico, contém um Glossário Jurídico<sup>107</sup>, no qual se verifica que permanece o entendimento da corrente não concretista, em consonância com o julgamento da questão de ordem sobre o mandado de injunção nº 107, em 23 de novembro de 1989, senão vejamos:

Mandado de injunção

Descrição do Verbete:

(MI) Processo que pede a regulamentação de uma norma da Constituição, quando os Poderes competentes não o fizeram. O pedido é feito para garantir o direito de alguém prejudicado pela omissão.

Competência

O processo e julgamento do Mandado de injunção compete ao STF quando a omissão na elaboração da norma regulamentadora for do:

Presidente da República

Congresso Nacional

Câmara dos Deputados

Senado Federal

Mesa de uma dessas Casas legislativas

Tribunal de Contas da União

Um dos Tribunais superiores

Supremo Tribunal Federal

Consequências jurídicas

O Supremo comunica ao responsável pela elaboração da lei que ele está “em mora legislativa”, ou seja, deixou de cumprir sua obrigação.

Fundamentos legais

Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXI e art. 102, inciso I, q.

Esse fato apenas reforça a constatação da ausência de critérios objetivos quanto aos efeitos da decisão do mandado de injunção e de que a jurisprudência do Supremo ainda é vacilante no que toca ao conteúdo da decisão do mandado de injunção.

---

<sup>107</sup> Disponível no domínio eletrônico <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=M&id=188>>. Acesso em 02/05/2012.

## 5 MANDADO DE INJUNÇÃO: UMA NOVA FORMA DE INTEGRAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO?

### 5.1 O princípio do acesso à Justiça e a importância da solução dos conflitos

A Constituição da República de 1988 garante o acesso à Justiça, que possui várias denominações, entre elas: direito de ação, princípio da proteção judiciária, direito à universalidade, e inafastabilidade do controle jurisdicional. Assim, o art. 5º, inciso XXXV, da CR/88 prevê: “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

Esse direito fundamental é decorrência do monopólio da atividade jurisdicional pelo Estado e assegura que qualquer pessoa física ou jurídica que, porventura, tenha o seu direito ameaçado ou lesado, possa acionar o Poder Judiciário, que deverá dizer o direito no caso concreto, solucionando as questões a ele submetidas.

Ressalte-se que o direito de ação difere do direito ao acolhimento da pretensão do direito material. Nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior<sup>108</sup>:

Distingue-se, portanto, a prestação jurisdicional da tutela jurisdicional, visto que esta só será prestada a quem realmente detenha o direito subjetivo invocado, e aquela independe da efetiva existência de tal direito.

Ada Pellegrini Grinover também esclarece que o direito de ação é autônomo e desprendido do direito subjetivo material, veja<sup>109</sup>:

Ação, portanto, é o *direito ao exercício da atividade jurisdicional* (ou o *poder* de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo.

---

<sup>108</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual Civil*. v. I. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 48.

<sup>109</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 249.

Constitui conquista definitiva da ciência processual o reconhecimento da *autonomia do direito de ação*, a qual se desprende por completo do direito subjetivo material.

Quanto a isso, mencione-se decisão do Supremo Tribunal Federal:

A garantia de acesso ao Judiciário não pode ser tida como certeza de que as teses serão apreciadas de acordo com a conveniência das partes.  
(RE 113.958, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 15-10-1996, Primeira Turma, DJ de 7-2-1997.)

Pois bem. Para que exista um efetivo acesso à Justiça, devem ser observados vários aspectos. Por isso, do direito de ação, decorrem vários outros direitos e garantias, sendo os principais: (i) ampla defesa e contraditório; (ii) devido processo legal; (iii) razoável duração do processo; (iv) direito da independência e imparcialidade do juiz; (v) direito do juiz natural; e (vi) assistência jurídica.

O acesso à Justiça garante às partes não somente a resposta do Estado, mas também o direito de sustentar as suas razões, influenciando a formação do convencimento do juiz, seguindo imperativos da ordem jurídica, que assegurem o contraditório, a ampla defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais. Por isso, a Constituição prevê, em seu art. 5º, os seguintes incisos:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;  
LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Tratando sobre o devido processo legal, Alexandre de Moraes<sup>110</sup> leciona sobre os seus âmbitos formal e material:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Do âmbito formal do devido processo legal, decorre o entendimento pacífico acerca da constitucionalidade da exigência de requisitos mínimos legais para que o direito de ação seja

<sup>110</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 111.

exercido, tais como as condições da ação e os pressupostos processuais. Isso porque atendidas as condições da ação e cumpridos os pressupostos processuais, o órgão jurisdicional tem obrigação de dizer o direito no caso concreto. Destaque-se também o pacífico entendimento de que não cabe contraditório no inquérito policial, na medida em que constitui mero procedimento administrativo de caráter investigatório.

Ilustrativo mencionar os entendimentos sumulados pelo Supremo Tribunal Federal acerca do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa:

Súmula Vinculante 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Súmula Vinculante 24: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.

Pode-se dizer que decorrem do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa as exigências de publicidade dos atos e de motivação das decisões judiciais. Por isso, a Constituição prevê, em seu art. 93, o seguinte inciso:

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

O direito de ação assegura às partes também o direito de que a prestação jurisdicional seja prestada em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado. Por isso, a Emenda à Constituição nº 45/2004 acrescentou ao art. 5º da Constituição o inciso LXXVIII prevendo o direito à razoável duração do processo, veja: “LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O direito de ação assegura o direito da independência e imparcialidade do juiz, vedando tribunais de exceção; e também o julgamento por juiz competente. O denominado princípio do juiz natural engloba esses dois aspectos. Assim, a Constituição prevê, em seu art. 5º, os seguintes incisos:

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

(...).

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

Sobre o assunto, Alexandre de Moraes<sup>111</sup> aduz:

O referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se, não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador.

O direito de ação assegura ainda que não sejam exigidos gastos que possam ser obstáculo ao acesso à Justiça. Por isso, a Constituição assegura a assistência jurídica integral aos que comprovarem insuficiência de recursos, por meio de seu art. 5º, inciso LXXIV, que dispõe: “LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”. Neste contexto, a Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, regulamentando referido dispositivo constitucional.

Também por esse motivo a Constituição assegura orientação e defesa jurídicas gratuitamente aos necessitados, por meio da Defensoria Pública. Nesse sentido, cite-se o art. 134 da CR/88:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

A Defensoria Pública abrange a Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios e as Defensorias Públicas dos Estados.

---

<sup>111</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 91.

Nesse contexto a Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994, organiza a Defensoria Pública a União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados. Compete, assim, a cada Estado organizar a sua Defensoria Pública, seguindo as normas gerais estabelecidas pela União.

Dito isso, importante mencionar que, em que pese o direito de ação assegurar que não sejam exigidos gastos que possam ser obstáculo ao acesso à Justiça, é pacífico o entendimento que a cobrança de taxa judiciária, destinada a cobrir os custos do processo, é constitucional, desde que calculada sobre o valor da causa e desde que sejam isentos da cobrança aos que comprovarem insuficiência de recursos. A esse respeito, cite-se entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “*Súmula 667: Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa*”.

Ademais, em regra, é considerada indevida a exigência de depósito prévio da quantia discutida. Nesse sentido, é a Súmula Vinculante nº 28: “*É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário*”.

O direito de ação não é absoluto, é importante ressaltar, sendo excepcionado pela própria Constituição. Nos termos do art. 217, § 1º da CR/88<sup>112</sup>, o acesso à Justiça é condicionado ao prévio acesso às instâncias da justiça desportiva, nos casos de ações relativas à disciplina e às competições desportivas, sem, porém, condicionar o acesso ao Judiciário ao término do processo administrativo, pois a justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.<sup>113</sup>

Quanto a esse ponto, interessante mencionar que em que pese a Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, determinar que o laudo arbitral não se submete à homologação pelo

---

<sup>112</sup> Art. 217 (...).

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

<sup>113</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 87.

Judiciário, produzindo ele os mesmos efeitos da sentença judicial, não há violação ao acesso à Justiça. Como bem assevera Ada Pellegrini Grinover<sup>114</sup>:

A eficácia da sentença arbitral é legitimada pela vontade das partes, manifestada ao optarem por esse modo de solução de seus conflitos e assim renunciando à solução pela via judicial; e se uma delas não quiser cumprir a cláusula compromissória, a outra deverá recorrer ao Judiciário para o suprimento da vontade de quem se recusa. Além disso, a lei contempla o acesso aos tribunais para a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos nela previstos.

Nesse mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, senão vejamos:

"Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo Plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF." (SE 5.206-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12-12-2001, Plenário, DJ de 30-4-2004.)

Por fim, necessário destacar o aspecto mais importante, a nosso ver, do acesso à Justiça, qual seja o direito a uma prestação jurisdicional efetiva, sob pena de tornar inócuo o direito de ação, desrespeitando, assim, a normatividade da Constituição, a normatividade dos princípios e a valorização dos direitos fundamentais. Assim, não basta que os aspectos mencionados anteriormente sejam respeitados se a questão conflituosa levada ao Judiciário não foi solucionada. Isso porque, uma prestação jurisdicional que não cumpra sua finalidade atenta contra o Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos<sup>115</sup>:

Amplitude – a inafastabilidade do controle judicial é a expressão máxima de reivindicação de direitos, numa ordem jurídica democrática, cujo lema é a justiça social, em que todos têm o privilégio de reconhecer suas prerrogativas, podendo defendê-las adequadamente.

<sup>114</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 81.

<sup>115</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 606.

Nesse contexto, ao estudar o mandado de injunção, Daniel Wunswe Hachem<sup>116</sup> esmiuçou o direito à efetividade da tutela jurisdicional, resumindo o seguinte:

(...) o direito à efetividade da tutela jurisdicional decorre da própria existência dos direitos, cuja proteção e aplicabilidade dependem inteiramente de uma prestação jurisdicional adequada, que se impõe ao Estado como uma contrapartida da proibição da autotutela.<sup>117118</sup>

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva consiste em um direito fundamental processual, devendo ser obrigatoriamente levado em conta pela jurisdição, de sorte que o cumprimento da sua atividade proteja de maneira efetiva os direitos, sejam fundamentais ou não. Além disso, esse direito estabelece ao legislador o dever de criar técnicas processuais e procedimentos que possibilitem a concretização das tutelas previstas pelo Direito material. Da mesma forma, tal direito institui ao juiz a obrigação de, com base na regra processual, chegar à técnica adequada a proteger as necessidades de direito material.

Por isso, entende-se que o mandado de injunção deve possibilitar a obtenção da efetiva tutela jurisdicional do direito fundamental cujo exercício foi prejudicado pela falta de norma regulamentadora, competindo ao Supremo Tribunal Federal dizer o direito no caso concreto, independentemente da existência de lei regulamentadora do direito constitucionalmente assegurado. Somente assim os direitos fundamentais estarão sendo concretizados.

Compartilha o mesmo entendimento Maria Cecília Cury Chaddad<sup>119</sup>:

Ora, uma jurisdição acessível ao cidadão não é aquela na qual se tem as portas abertas para o ingresso de novas demandas, apenas; uma jurisdição acessível, nos termos propugnados pela Constituição de 1988, é uma jurisdição efetiva, uma jurisdição distante do formalismo excessivo, uma jurisdição mais próxima da realidade política e social,<sup>120</sup> enfim, um “instrumento a serviço dos valores que são objeto das atenções da

<sup>116</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 140.

<sup>117</sup> CUNHA, Alcides Munhoz da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 11. Do Processo Cautelar: arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 68.

<sup>118</sup> “Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004. p. 184-185.

<sup>119</sup> CHADDAD, Maria Cecília Cury. *A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção: o controle da omissão parcial*. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 110/111.

<sup>120</sup> Nesse sentido, oportuna a lição de Cândido José Dinamarco, para quem: “A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a *efetividade do processo*, a qual constitui expressão resumida da idéia de que *o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais*. Essa constitui a dimensão moderna de uma preocupação que não é nova e que já veio expressa nas palavras muito autorizadas de antigo

ordem jurídico-substancial”,<sup>121</sup> uma jurisdição que realiza direitos “dando a cada um o que é seu e garantindo o triunfo da justiça e da liberdade”.<sup>122</sup>

E é isso que se busca aqui: conferir ao jurisdicionado condições de usufruir dos direitos e prerrogativas que a Constituição lhe garante através da impetração de mandado de injunção perante o Judiciário.

Entretanto, como ficou demonstrado no capítulo destinado à análise da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esse aspecto do direito de ação não foi observado em muitos casos, pois grande parte dos mandados de injunção não solucionaram os conflitos levados ao Judiciário, sendo essa a verdadeira frustração dos jurisdicionados.

Ao solucionar apenas parte do problema, cientificando o Poder omisso para providências, o Supremo fere não apenas o dispositivo que instituiu o mandado de injunção, mas também o dispositivo que instituiu o acesso à Justiça, o que pode ser considerado um atentado contra a normatividade e supremacia da Constituição e contra o Estado Democrático de Direito, que visa, justamente, a efetivação dos direitos fundamentais.

Por isso, entende-se que o acesso à Justiça só foi plenamente observado naqueles mandados de injunção em que o Supremo Tribunal Federal disse o direito no caso concreto, independentemente da existência de lei, utilizando-se, para tanto, dos meios permitidos para a integração de lacunas, quais sejam analogia, costumes, princípios gerais de direito e equidade.

---

doutrinador: ‘na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter’. No contexto em que foi formulada, essa sábia advertência era portadora de acanhadas limitações inerentes às atitudes introspectivas do sistema, sem aberturas para as determinantes evidenciadas pela clara visão teleológica que hoje se tem. Ela está inserida num conceito muito individualista e de marcado positivismo jurídico do processo, sem preocupações pelo social e pelo político; mas relida fora do contexto, por certo conduzirá a termos idênticos àqueles propostos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 270). Sobre a perspectiva técnico-jurídica do acesso à justiça, com objetivo de se ter uma jurisdição efetiva, de resultados, ver: KRELL. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*, p. 71-75; OLIVEIRA. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 12. BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, 2004. p. 10-11; RAMOS JÚNIOR. *Princípios constitucionais do processo: visão crítica*, p. 37; MOREIRA. *Temas de direito processual civil*, p. 28; BEDAQUE. *Direito e processo*, p. 10, 18-21; BEZERRA. *Acesso à justiça: um problema ético social no plano da realização do direito*, p. 126-134; CAMEJO FILHO. *Garantia do acesso à justiça*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 44; GERAIGE NETO. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, p. 29.

<sup>121</sup> DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*, p. 57.

<sup>122</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 4-6, em especial p. 5. No mesmo diapasão, ver: WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI. *Curso avançado de processo civil*, v. 1, p. 696.

Assim, entende-se que esses mandados de injunção devem ser os norteadores para os próximos julgamentos.

Com essas conclusões, faz-se necessário o estudo do princípio da divisão de Poderes, em especial no tocante às decisões em que o Supremo Tribunal Federal conferiu efeito *erga omnes*.

## **5.2 O princípio da divisão de Poderes e o ativismo judicial**

O princípio da divisão de Poderes, também denominado sistema de separação de Poderes está previsto na Constituição da República de 1988 entre os seus princípios fundamentais, dispendo: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O sistema de separação de poderes é a divisão funcional do poder político do Estado, com a delegação de cada atribuição governamental básica a um órgão independente e especializado. Cada um dos três órgãos limita a força do poder dos outros, formando o sistema de freios e contrapesos.

Busca-se o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e, especialmente, dos governados. Portanto, a harmonia entre tais Poderes não significa domínio nem usurpação, mas sim colaboração e controle recíproco, a fim de evitar distorções. Estreita a relação, portanto, entre o princípio da divisão de Poderes e o Estado Democrático de Direito<sup>123</sup>.

Importante não olvidar que o princípio da divisão de Poderes é bastante antigo. A título de exemplo, mencione-se que, sob influência da Revolução Francesa, o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 não concebia como Estado a instituição que não procedesse à

---

<sup>123</sup> Para aprofundar no assunto, recomenda-se a leitura de: PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

distribuição das funções de governo, tal como pregava a teoria definida e divulgada por Montesquieu.

Entretanto, atualmente, tem se preferido referir ao princípio como uma interdependência de Poderes ou como uma colaboração de Poderes. Citem-se, neste sentido, as lições de José Afonso da Silva<sup>124</sup>:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo, executivo e destes com o judiciário<sup>125</sup>, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da *independência orgânica e harmonia dos poderes*.  
(...).

A *independência dos poderes* significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhe sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e política, ao passo que ao Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos. Agora, a independência e autonomia do Poder Judiciário se tornaram ainda mais pronunciadas, pois passou para a sua competência também a nomeação de juízes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária (arts. 95, 96 e 99).

A *harmonia entre os poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Dito isso, conclui-se que a divisão de Poderes não é estática, mas sim dinâmica, ou, em outras palavras, não é rígida, mas sim flexível. Isso porque os três Poderes colaboram uns com ou

<sup>124</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 109/110.

<sup>125</sup> Cf. nosso *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional*, p. 34.

outros, mantendo a independência funcional de cada um e a harmonia entre eles, por meio do sistema de freios e contrapesos.

No que toca esse ponto, importante a análise crítica da finalidade e da decisão do mandado de injunção, à luz da divisão dos Poderes, especialmente porque o instituto está no limite entre as funções destinadas a cada um dos Poderes, particularmente, julgar e legislar ou regulamentar.

Nos dizeres de Flávia Piovesan<sup>126</sup>: “o sucesso do mandado de injunção requer uma leitura renovada do princípio da separação dos poderes”. Assim, o mandado de injunção deve ser interpretado à luz da sistemática de freios e contrapesos.

Assim sendo, outra não pode ser a conclusão senão a de que no mandado de injunção deve possibilitar a concretização dos direitos constitucionalmente assegurados no caso concreto. Dessa forma, entende-se que ao colmatar a lacuna do ordenamento jurídico, dizendo o direito não regulamentado no caso concreto, o Supremo Tribunal Federal está apenas cumprindo o seu papel, fornecendo uma prestação jurisdicional efetiva, sem interferência nos outros Poderes.

Consequentemente, por outro lado, conclui-se que não cabe conferir efeito *erga omnes* à decisão do mandado de injunção, sob pena de ferir o princípio da divisão de Poderes, na medida em que não cabe ao Supremo Tribunal Federal elaborar normas gerais e abstratas, mas apenas viabilizar o exercício dos direitos constitucionalmente garantidos no caso concreto.

Dito isso, importante mencionar que a discussão acerca das decisões dos mandados de injunção acalenta as discussões sobre o chamado ativismo judicial, que é uma maior interferência do Poder Judiciário no espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Paralelamente ao ativismo judicial, há a judicialização, que é a decisão pelos órgãos do Poder Judiciário, ao invés das instâncias políticas tradicionais, de questões de grande repercussão política ou social. O ativismo judicial é mais intenso do que a judicialização, pois no ativismo, o

---

<sup>126</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 168.

Poder Judiciário decide além de suas competências e na judicialização, só há uma maior politização da Justiça. Nesse sentido, contextualizando a politização da Justiça, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>127</sup> aduz sobre o mandado de injunção:

(...) o Supremo Tribunal Federal relutou em assumir o papel de legislador e lhe deu como consequência a da ação de inconstitucionalidade por omissão: a comunicação da falta de regulamentação legal. Mas decisões há que se estabelecem prazo para essa regulamentação, decorrido o qual a falta se considera suprida e o interessado poderá usar do direito, como se regulada estivesse a regra constitucional. Essas decisões, todavia, vieram em casos em que a norma constitucional é completa e seria autoexecutável se o constituinte não lhe houvesse apostado (como no ADCT, art. 8º, § 3º), um “na forma que dispuser a lei” prescindível. Não se vê como isso seria possível em face de uma norma incompleta, verdadeiramente não autoexecutável.

Aqui, de novo, a Constituição faz o Judiciário de censor do Legislativo e, se não o traz à legiferação, o deixa no limiar disto.

Mais recentemente, em 2007, o Supremo Tribunal Federal, em razão da omissão legislativa em regulamentar o direito de greve do servidor público, mandou aplicar a lei comum sobre a greve no setor privado. Deu assim um passo à frente no sentido de assumir um papel legiferante (e também no sentido de sua politização).

Em favor do ativismo judicial, argumenta-se que o Judiciário está sujeito às normas do Legislativo e do Executivo, uma vez que está inserido no sistema de freios e contrapesos, e que ele (Supremo Tribunal Federal), como guardião da Constituição, deve assegurar o respeito às suas normas a todo o custo, inclusive, invadindo competências dos outros Poderes caso seja necessário, leia-se, em caso de inércia ou abuso. Argumenta-se também que essas invasões nas competências dos outros Poderes são autorizadas em ocasiões especialíssimas, configurando uma exceção à atuação do Judiciário.

Interessante citar alguns dos argumentos citados, em decisão monocrática, pelo Ministro Celso de Mello para a interferência do Judiciário, quando configurada hipótese de abusividade governamental, *in verbis*:

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

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no

---

<sup>127</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 220/221.

Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.  
(ADPF 45 MC / DF, decisão monocrática do Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 29/04/04, publicada no Diário do Judiciário de 04/05/04).

Em sentido semelhante é a já mencionada decisão do Mandado de Injunção 708, cumprindo transcrever o seguinte excerto:

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. (...) Apesar das modificações implementadas pela EC 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. 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. 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. 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).  
(MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25-10-2007, Plenário, DJE de 31-10-2008.).

Contra o ativismo judicial, argumenta-se uma interferência indevida no Legislativo e no Executivo e uma conseqüente quebra de harmonia entre os três Poderes. Aponta-se, assim, um risco para a legitimidade democrática.

De modo muito lúcido, Leonardo Augusto de Andrade Barbosa<sup>128</sup> esclarece que a omissão, muitas vezes tida como preguiça do Legislativo, decorre de interesses políticos do Executivo. Além disso, defende que a decisão do Supremo Tribunal Federal, em mandado de injunção, com efeito *erga omnes*, acaba por desmotivar o Congresso Nacional a debater um tema já solucionado

---

<sup>128</sup> BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Armadilhas constitucionais: estudo sobre a regulamentação do mandado de injunção sob a perspectiva das relações entre Legislativo e Judiciário. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 5, 2011/2012. Disponível no domínio eletrônico <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/current>> Acesso em 08/05/2012.

pelo Supremo Tribunal Federal, o que, em última análise, quebra a harmonia entre os Poderes, *in verbis*:

Isto é, as suposições “madisonianas” que servem de base à teoria jurídica da separação de poderes são minadas de forma decisiva quando o mesmo partido ou coalizão controla simultaneamente o Executivo e o Legislativo. Ora, em 2011 a Câmara dos Deputados não funcionou um dia sequer sem que a pauta estivesse sobrestada por medidas provisórias pendentes de apreciação<sup>12</sup>. Há mais de dois mil vetos pendentes de deliberação – com a benção do Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup> –, sendo que o mais velho já completou seu aniversário de 10 anos: é de 2000<sup>14</sup>. Por qualquer ângulo que se queira observar a “independência” do Poder Legislativo, ela se mostrará tênue e precária. A responsabilidade do Congresso por não apreciar matérias que contrariam o interesse do governo – como a regulamentação da greve ou a instituição da aposentadoria especial para o servidor público – existe, mas não pode ser colocada apenas na conta do Legislativo, de sua suposta preguiça ou incompetência. A omissão favorece, não raro, interesses corporativos de governo, os quais o atual “sistema” de separação de poderes protege de forma eficaz.

Ao dar uma solução para a questão da greve do servidor público ou para sua aposentadoria especial, o Supremo Tribunal Federal, ainda que contrarie pontualmente algum interesse estatal, faz ao governo um favor: retira de sua conta (e do debate público) o ônus político de quaisquer restrições que devam ser impostas a esses direitos. E é difícil negar que, exatamente por essa razão, é muito, muito improvável que o Congresso venha a se debruçar sobre os temas objeto de decisão em sede de mandado de injunção, pois seriam, no jargão legislativo, “matéria vencida”. A deferência ao Legislador, que sempre poderia editar uma nova norma, alterando a solução adotada pelo Judiciário, é, assim, algo ilusória.

Jorge Amaury Maia Nunes<sup>129</sup>, por sua vez, trata do ativismo judicial, apontando os riscos à democracia, já que contrário à divisão de Poderes, que o excesso de atuação do Judiciário pode trazer, senão vejamos:

Nesse quadro, avulta de importância a discussão sobre o magistrado adepto do ativismo judicial e seu poder criador, sobretudo nos últimos anos, em que o Supremo Tribunal Federal abandonou a sua clássica posição sobre ser apenas e tão somente um legislador negativo, para atuar como legislador positivo, ocupando um espaço destinado ao Poder Legislativo, algumas vezes quando instado a atuar por via do mandado de injunção.

Discute-se, pois, em outras palavras se o magistrado, na construção da norma jurídica individual, cria direito ou revela o direito já existente no ordenamento e aplicável ao caso concreto, numa espécie de antítese entre a atividade de interpretação judiciária e a atividade criadora dos juízes. Esse parece ser um falso problema. Deveras, sendo certo que o Direito não é um sistema dotado de completude, que não é axiomático dedutivo, nem lógico formal, e forçoso concluir que há inevitáveis espaços de criação na construção da norma jurídica individual.

<sup>129</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia Nunes. Mandado de injunção e *amicus curiae*. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 5, 2011/2012. Disponível no domínio eletrônico <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/current>> Acesso em 08/05/2012.

Assim, como ressalta MAURO CAPPELLETTI<sup>34</sup>, o verdadeiro problema é o do “*grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais.*”

Dizendo de outra forma, em que medida a criatividade pode ser invocada pelos magistrados na criação da norma individual sem que essa atividade desbor - de para a seara do arbítrio, em atenção, a afirmação de LORD ACTON — citado por IVES GANDRA MARTINS —, no sentido de que o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente.

Ora, se é certo que a Constituição pátria prevê a independência e harmonia dos poderes, então deve ter estabelecido um eficaz sistema de controles recíprocos, para dividir igualmente as faculdades *d'empêcher* de que cuidava MONTESQUIEU, como forma de equilíbrio entre os poderes.

O tratamento constitucional que recebeu o Poder Judiciário brasileiro, cujos membros não são eleitos, e tem deferida a faculdade de controlar a constitucionalidade das leis, tornou-o um essencialmente diverso do concebido por praticamente todos os teóricos da separação dos poderes, merecendo, também por isso, um tratamento especialíssimo de modo a evitar que se torne letra morta a *clausula pétre*a do princípio da separação dos poderes.

(...).

Não se pretende, obviamente, reduzir a independência do Judiciário. Quer-se, isto sim, trazê-lo as suas reais dimensões: igual aos outros Poderes, nem mais nem menos importante. Não é, pois, o caso de reduzir o Judiciário a “um poder nulo e invisível” ou a “boca que pronuncia as palavras da lei”, mas sim de confiná-lo aos limites da Constituição, de sorte a manter em equilíbrio a separação dos poderes, tão cara as democracias ocidentais.

Um entrave que se percebe a essa tentativa de equilíbrio, é o fato de que, na leitura do neoconstitucionalismo, é desenhada uma nova concepção do Poder Judiciário e percebido nele um novo *locus* em que se desenvolve o jogo político, que busca legitimar o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, no papel de concretizador da Constituição.

Cumpra-nos, aqui, fazer uma pequena digressão a guisa de resposta ao argumento neoconstitucionalista: e bem verdade que o próprio conceito de democracia representativa tem sido objeto de críticas, não sendo poucos os que pregam a ocorrência de seu fracasso, de sua falência. Dai não deve defluir, entretanto, segundo pensamos, nenhum argumento favorável a legitimidade do agir ativista do Poder Judiciário. Dizendo de outra forma, ainda que se admita, para argumentar, o insucesso e a derrocada da democracia representativa, disso não decorre, sem mais, a legitimação de um poder cujos representantes não são detentores de mandatos temporários conferidos pelos cidadãos por meio do voto direto. Se legitimidade para esse agir houver, deveria ser encontrada em outros fundamentos, que consigam ir além da simples verificação da ruína de um modelo histórico.

Como já afirmamos alhures, não resta dúvida de que o juiz cria direito, criação essa que constitui uma espécie de inerência a atividade que exerce. Isso não lhe confere, contudo, poderes para avançar no exercício dos misteres que são próprios do legislador ordinário, ainda que se possa identificar, como apontamos em outro momento, elevado grau de abulia dos congressistas nacionais com relação ao exercício da atividade básica do Parlamento.

Em conclusão quanto ao ponto, a nosso sentir, a nova relevância do papel do Poder Judiciário indica os riscos do excesso a que podem conduzir as fronteiras largas da teoria neoconstitucionalista, em que tudo é permitido e em que tudo se faz em nome da filosofia moral e política, dos princípios (às vezes nem tão princípios assim) e da aplicação do critério de ponderação. Esse risco é maior quando se sabe que, no âmbito do mandado de injunção o Poder Judiciário age exatamente no espaço resultante da omissão do agente político primariamente incumbido da produção normativa. Justamente, entretanto, porque o novel instituto se encontra na fronteira entre os poderes e que se crê que sua adequada utilização pode funcionar como fator de legitimação do

Poder Judiciário, ou, pelo menos, como fator de redução de eventual déficit de legitimação.

Enfim, sem aprofundar na discussão sobre o ativismo judicial, tarefa que demandaria um estudo exclusivo, apenas constatamos sua existência e nos limitamos a analisar criticamente o conteúdo das decisões judiciais em mandados de injunção.

Entende-se que nos casos em que o Supremo Tribunal Federal decidiu mandados de injunção com efeitos *erga omnes* houve ativismo judicial e não apenas a Judicialização. Isso porque ele elaborou normas gerais e abstratas, competência típica do Legislativo, sem estar autorizado pela Constituição da República para tanto.

A questão por trás do ativismo judicial é a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para interferir nas esferas do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

No caso do mandado de injunção, ao conferir efeito *erga omnes* à sua decisão, o Supremo Tribunal Federal, sem qualquer embasamento jurídico, cria uma norma geral e abstrata, isto é, sem que a Constituição da República tenha autorizado, explícita ou implicitamente, ele pratica atividade típica do Poder Legislativo, o que entendemos como ativismo judicial.

Ademais, discute-se qual a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para legislar ou regulamentar direitos, na medida em que seus Ministros não são eleitos pelo povo como os Senadores, Deputados, Vereadores, Presidente, Governadores e Prefeitos.

Ora, as normas jurídicas devem refletir da melhor forma possível a real vontade do povo, uma vez que todo o poder dele emana, nos termos do parágrafo único, do art. 1º da Constituição da República de 1988<sup>130</sup>.

Quanto a isso, ressalte-se que existem mecanismos hábeis a aumentar ainda mais a legitimidade das decisões do Judiciário, que já vem sendo utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, como,

---

<sup>130</sup> Art. 1º (...).

§ 1º Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

por exemplo, as audiências públicas, na medida em que a participação dos interessados nas decisões permite uma maior aproximação entre as decisões judiciais e a vontade do povo soberano. Entretanto, entendemos que esses mecanismos não tem o condão de autorizar a formulação de normas gerais e abstratas pelo Supremo Tribunal Federal sem que haja autorização constitucional para tanto, sob pena de desrespeito ao princípio democrático.

Além do risco de preterir ao princípio democrático, deve-se destacar que o Judiciário não está aparelhado para realizar juízos de conveniência e oportunidade típicos do Legislativo e, por isso, o Supremo Tribunal Federal, ao emitir uma norma geral e abstrata, se coloca em uma situação frágil, sendo sua legitimidade questionada.

Em conclusão de um artigo sobre o tema, Bernardo Gonçalves Fernandes<sup>131</sup> lança suas críticas, com as quais concordamos, *in verbis*:

Portanto, o possível cisma da *tese não concretista* nos descortina uma situação limítrofe entre a *despedida do privatismo* liberal burguês (de cunho formalista) e a *assunção de bases axiológicas* (materializantes), na qual contra a omissão de outrora o STF (*guardião da virtude?*) assumiria tarefas condutoras e *ativistas* frente às omissões dos outros poderes, atuando politicamente (*indistinção direito/política*). Ou seja, passaríamos do “*self restraint*” para o “ativismo judicial” (se é que esse termo, na conotação originária, seja cabível no Brasil!).<sup>132</sup>

Mas aqui uma indagação final: O que é o mais adequado? Qual postura deve ser seguida? Acreditamos que nenhuma das posições desenvolve uma adequada compreensão do Estado Democrático de Direito.<sup>133</sup> Pecar por timidez ou por excesso, dá no mesmo. Uma por ser eminentemente restritiva (de viés positivista/formalista) e outra

<sup>131</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Mandado de Injunção: Do Formalismo ao Axiologismo? O que mudou? Uma Análise Crítica e Reflexiva da Jurisprudência do STF. In: *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 27/28.

<sup>132</sup> Discussão que remonta à adequada denominação do termo “ativismo judicial” da Suprema Corte norte-americana em um determinado período de sua atividade no século XX. Esse debate (sobre a adequação do termo no Brasil) iremos abordar em outro texto.

<sup>133</sup> Pois aprendemos e continuamos a aprender (*embora alguns achem que não devam mais apreender, pois teriam ido muito além daqueles que lhe ensinaram*) que: “(...) Acredito, portanto, não somente ser possível, mas imperativo, recuperar criticamente a intuição normativa, já presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto à distinção ‘Direito-Política’, e que a tese axiologizante vem agora obscurecer. Qual intuição normativa? A do reconhecimento de que, embora a Constituição articule, de forma complexa, questões políticas – éticas, morais e pragmáticas – a questões jurídicas, deve-se corretamente compreender tal articulação de um ponto de vista normativo, constitucionalmente adequado ao Estado Democrático de Direito, de tal modo que a proteção de direitos não fique prejudicada por razões de Estado. Contudo, o Judiciário, para isso, não deve ou necessita, por um lado, assumir erroneamente o papel de poder constituinte permanente ou, ao menos, de um legislativo concorrente de segundo grau, ao confundir argumentos de princípio com argumentos de política (Dworkin), normas com valores (Habermas); nem deve ou necessita, pó outro lado, abdicar do seu lugar de autoridade democraticamente legitimada, quer cedendo à vontade política dos demais poderes, quer rendendo-se, de modo não mediatizado institucionalmente , a uma formação da opinião pública informal” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 125).

por ser extremamente axiológica fazendo com que normas sejam transformadas em valores (deixa-se de aplicar o devido em virtude do preferível a partir de argumentos éticos, morais ou pragmáticos, transformando o direito em joguete de manipulação política) não coadunam com um direito dotado de integridade<sup>134</sup>, conforme preleciona Dworkin.

Com efeito, entende-se que nas decisões em que o Supremo Tribunal Federal decidiu mandados de injunção com efeito *erga omnes*, pecou-se por excesso.

Alexandre de Moraes<sup>135</sup> argumenta que a corrente concretista individual sobre o mandado de injunção não fere o princípio da separação dos Poderes, senão vejamos:

Parece-nos que inexistente incompatibilidade entre a adoção da posição concretista individual e a teoria da separação de poderes consagrada expressamente pelo art. 2º da Constituição Federal.

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. Assim, poderá o Poder Legislativo sustar a executoriedade de lei delegada editada pelo Chefe do Poder Executivo que exorbite os limites constitucionais (CF, art. 49, V); o Senado Federal processará e julgará o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal em crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I e II) e igualmente deverá aprovar por maioria absoluta de seus membros a indicação presidencial para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal (CF, art. 52, III). Todos esses instrumentos encontram-se previstos no sistema de freios e contrapesos constitucionais, visando impedir o arbítrio estatal.<sup>136</sup>

Dessa forma, plenamente conciliável o 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) e o art. 5º, XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), com o art. 2º (são poderes da União, independentes

<sup>134</sup> “O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram [...] em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘relativismo’. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim, uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípios que a integridade requer” (DWORKIN, 1999, p. 274).

<sup>135</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 189/190.

<sup>136</sup> Ver a respeito a completíssima obra de FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. Conferir, ainda, na doutrina portuguesa: PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989.

e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário), todos da Constituição Federal, pois o Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, deverá evitar a ameaça ou a lesão a direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, decorrentes da omissão do Poder competente, declarando a existência da omissão e permitindo que o prejudicado usufrua da norma constitucional, nos moldes previstos na decisão, enquanto não for colmatada a lacuna legislativa ou administrativa.

Assim agindo, não estará o Judiciário regulamentando abstratamente a Constituição Federal, com efeitos *erga omnes*, pois não é sua função; mas ao mesmo tempo, não estará deixando de exercer uma de suas funções precípua, o resguardo dos direitos e garantias fundamentais. Como destaca Carlos Augusto Alcântara Machado, “não se trata de pretensa usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário e, sim, de exercício de uma atribuição conferida constitucionalmente”.<sup>137</sup>

E mais, o Supremo Tribunal Federal deve repensar o seu entendimento acerca daqueles que entende serem os legitimados passivos do mandado de injunção, já que eles suportam os efeitos da coisa julgada.

Por fim, interessante mencionar que a determinação de que a decisão judicial permaneça até que sobrevenha norma integrativa editada pelo Legislativo fere a garantia da coisa julgada, como já vimos. E, não se pode ferir a regra da coisa julgada, cláusula pétrea, frise-se, sob o pretenso argumento de não ferir a divisão de Poderes. Isso porque se o Supremo Tribunal Federal se limitar a dizer o direito no caso concreto, não ocorrerá o ativismo judicial e, conseqüentemente, o princípio da divisão de Poderes e a legitimidade democrática da decisão estarão garantidos.

Como admitimos apenas a decisão com efeito *inter partes* como legítima, entendemos não haver sentido algum para a relativização da coisa julgada do mandado de injunção, já que ela não passa de uma decisão judicial em que se utilizam os critérios de integração do ordenamento jurídico tal como qualquer outra em que seja necessário utilizar da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito e da equidade.

Ora, possibilitar a relativização da coisa julgada do mandado de injunção em função de norma posterior exigiria, para manter a coerência científica, relativizar a coisa julgada em todas as decisões judiciais em que ocorresse integração do ordenamento jurídico, o que sequer é cogitado pela doutrina ou pela jurisprudência, tamanho seu absurdo.

---

<sup>137</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado... Op. Cit. p. 122.

## 6 CONCLUSÕES

Vimos que o Pós-positivismo surge a partir da metade do século XX, com o pós-guerra, na busca da reaproximação entre ética e Direito, trazendo como consequência a normatividade dos princípios, a normatividade da Constituição, a valorização dos direitos fundamentais e a nova Hermenêutica, de cunho filosófico. Nesse contexto, os princípios constitucionais passam a orientar toda a aplicação e interpretação do Direito, na medida em que eles foram incluídos na Constituição como valores fundamentais, superiores às regras jurídicas.

Com isso, o papel do juiz deve ser repensado, pois a ele não cabe simplesmente aplicar a lei cegamente, mas sim dotar os valores constitucionais de significação, aplicando-os aos casos concretos, independentemente da existência de legislação específica.

Vimos também que o Estado Democrático de Direito pode ser resumido como a busca pela efetivação dos direitos fundamentais, impondo a aplicação das normas em conformidade com o Direito, como forma de garantir os direitos e as liberdades dos administrados e os limites dos poderes da Administração.

Vimos que Norberto Bobbio define, sinteticamente, o ordenamento jurídico como um conjunto de normas jurídicas e, assim sendo, seus problemas e dogmas decorrem da relação das diversas normas entre si, podendo-se destacar: teoria da unidade do ordenamento jurídico, teoria do sistema jurídico, teoria da completude do ordenamento jurídico, e teoria das relações entre ordenamentos.

Destacamos que a teoria mais importante para o presente trabalho é a teoria da completude do ordenamento jurídico, na medida em que se estudou a possibilidade de o mandado de injunção integrar o ordenamento jurídico e a legitimidade do Supremo Tribunal para tanto.

Vimos que no contexto do Pós-positivismo, há que se reconhecer a existência das lacunas nos ordenamentos jurídicos. Mesmo porque se reconhece a inviabilidade de o legislador prever todos

os comportamentos possíveis, especialmente em sociedades complexas e, considerando o fato de a sociedade evoluir mais rapidamente que o direito que a regula, entende-se que as lacunas jamais deixarão de existir.

Vimos que Norberto Bobbio ensina que somente nos ordenamentos jurídicos em que o juiz não é autorizado a julgar por equidade é que a completeza se faz necessária para o funcionamento do sistema, pois nos demais ordenamentos, há a possibilidade, a cada momento, de eles serem completáveis.

Demonstramos que, em decorrência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o ordenamento jurídico brasileiro veda o *non liquet*, que possibilita ao juiz deixar de julgar quando não existe uma resposta clara no ordenamento vigente. Comprovamos que, nos termos dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, cabe ao juiz, na omissão da lei, decidir de acordo com a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito e à equidade, hipóteses em que ocorrerá a integração do ordenamento jurídico pelo juiz.

Concluimos assim que quando existir lei sobre o assunto, caberá a integração do ordenamento jurídico por analogia e/ou interpretação extensiva. E, não existindo lei sobre o assunto, caberá a integração do ordenamento jurídico por meio da aplicação dos princípios gerais do direito, dos costumes e da equidade.

Vimos que o mandado de injunção foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988, em seu art. 5º, LXXI, que trata dos direitos e garantias fundamentais, possuindo, portanto, o status de cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, CR/88.

Vimos que a doutrina e a jurisprudência pacificaram o entendimento de que o dispositivo é autoaplicável, não dependendo de regulamentação. Mesmo porque o § 1º do art. 5º da Constituição da República determina que “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

Vimos que, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.038/90, no mandado de injunção, devem ser observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica. Aplica-se, portanto, a Lei nº 12.016/09.

Entretanto, como a expressão “no que couber” é extremamente vaga, concordamos que a regulamentação do mandado de injunção não é imprescindível, mas ela seria de grande relevância para uniformizar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como para garantir maior eficácia ao instituto.

Discorremos sobre as correntes doutrinárias acerca da natureza da decisão do mandado de injunção, quais sejam: (i) a não concretista; (ii) a concretista individual, que se divide em intermediária e direta; e (iii) concretista geral.

Constatamos, por meio da análise de vários julgados, que o Supremo Tribunal Federal foi, progressivamente, conferindo maior eficácia ao mandado de injunção, ao atribuir maior concretude às suas decisões. Para demonstrar essa constatação, citamos alguns dos julgados mais importantes desde a promulgação da Constituição de 1988 até os dias de hoje.

Verificamos, assim, que o Supremo Tribunal Federal adotou, num primeiro momento, a posição não concretista, conferindo ao mandado de injunção a função de tão somente declarar a ocorrência da omissão inconstitucional e comunicar ao órgão omissor para as devidas providências. E, depois, principalmente nos casos relativos ao direito de aposentadoria especial aos servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a posição concretista individual intermediária e a posição concretista direta, conforme o caso.

Por fim, constatamos que o Supremo Tribunal Federal chegou a adotar a posição concretista geral nos casos relativos ao direito de greve dos servidores públicos. Entretanto, verificamos que sua jurisprudência é vacilante, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido diversos casos relativos ao direito de aposentadoria especial com base na tese concretista individual, após adotar a tese concretista geral em casos relativos ao direito de greve dos servidores públicos.

Especificamente, verificamos, claramente, a divergência de tratamento do Supremo Tribunal Federal entre as omissões legislativas no tocante à greve e à aposentadoria especial dos servidores públicos, sem que haja uma justificativa clara para tanto. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, adotando a tese concretista individual, chegou a apresentar a Proposta de Súmula Vinculante nº 45, para que o entendimento empossado nos processos relativos ao direito de aposentadoria especial tivessem efeitos *erga omnes*.

Constatamos, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda apresenta uma série de inconsistências, sendo vacilante em diversas questões, em especial quanto à legitimidade passiva, ao conteúdo e aos efeitos de suas decisões.

Vimos que a Constituição da República de 1988 garante o acesso à Justiça, assegurando que qualquer pessoa física ou jurídica que, porventura, tenha o seu direito ameaçado ou lesado, possa acionar o Poder Judiciário, que deverá dizer o direito no caso concreto, solucionando as questões a ele submetidas.

Destacamos que para que exista um efetivo acesso à Justiça, devem ser observados vários aspectos, e, por isso, do direito de ação, decorrem vários outros direitos e garantias, sendo os principais: (i) ampla defesa e contraditório; (ii) devido processo legal; (iii) razoável duração do processo; (iv) direito da independência e imparcialidade do juiz; (v) direito do juiz natural; e (vi) assistência jurídica.

Demonstramos que o aspecto mais importante do acesso à Justiça, no contexto do Pós-positivismo e do Estado Democrático de Direito, é o direito a uma prestação jurisdicional efetiva, isto é, uma prestação jurisdicional que cumpra sua finalidade, sob pena de desrespeitar a normatividade da Constituição, a normatividade dos princípios e a valorização dos direitos fundamentais. Por isso, a questão conflituosa levada ao Judiciário deve ser necessariamente solucionada, mesmo na ausência de lei regulamentadora.

Desse modo, concluímos que o mandado de injunção deve possibilitar a obtenção da efetiva tutela jurisdicional do direito fundamental cujo exercício foi prejudicado pela falta de norma

regulamentadora, competindo ao Supremo Tribunal Federal dizer o direito no caso concreto, independentemente da existência de lei regulamentadora do direito constitucionalmente assegurado. Somente assim os direitos fundamentais estarão sendo concretizados.

Ficou demonstrado, no capítulo destinado à análise da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que esse aspecto do direito de ação (direito a uma prestação jurisdicional efetiva) não foi observado em muitos casos, pois grande parte dos mandados de injunção não solucionaram os conflitos levados ao Judiciário, sendo essa a verdadeira frustração dos jurisdicionados.

Ao solucionar apenas parte do problema, cientificando o Poder omissor para providências, o Supremo Tribunal Federal fere não apenas o dispositivo que instituiu o mandado de injunção, mas também o dispositivo que instituiu o acesso à Justiça, o que pode ser considerado um atentado contra a normatividade e supremacia da Constituição e contra o Estado Democrático de Direito, que visa, justamente, a efetivação dos direitos fundamentais.

Por isso, concluímos que o acesso à Justiça só foi plenamente observado naqueles mandados de injunção em que o Supremo Tribunal Federal disse o direito no caso concreto, independentemente da existência de lei, utilizando-se, para tanto, dos meios permitidos para a integração de lacunas, quais sejam analogia, costumes, princípios gerais de direito e equidade. E, exatamente por isso, concluímos que esses mandados de injunção devem ser os norteadores para os próximos julgamentos.

Vimos que o sistema de separação de poderes é a divisão funcional do poder político do Estado, com a delegação de cada atribuição governamental básica a um órgão independente e especializado. Cada um dos três Poderes limita a força do poder dos outros, formando o sistema de freios e contrapesos, na busca pelo equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e, especialmente, dos governados, e, exatamente por isso, atualmente tem se preferido falar em interdependência ou colaboração de Poderes ao invés de independência e harmonia.

Vimos que o mandado de injunção está no limite entre as funções destinadas a cada um dos Poderes, particularmente, julgar e legislar ou regulamentar. Portanto, o mandado de injunção deve ser interpretado à luz da sistemática de freios e contrapesos.

Concluímos, desse modo, que o mandado de injunção deve possibilitar a concretização dos direitos constitucionalmente assegurados no caso concreto, pois ao colmatar a lacuna do ordenamento jurídico, dizendo o direito não regulamentado no caso concreto, o Supremo Tribunal Federal está apenas cumprindo o seu papel, fornecendo uma prestação jurisdicional efetiva, sem interferência nos outros Poderes.

Como decorrência lógica, concluímos, por outro lado, que não cabe conferir efeito *erga omnes* à decisão do mandado de injunção, sob pena de ferir o princípio da divisão de Poderes, na medida em que não cabe ao Supremo Tribunal Federal elaborar normas gerais e abstratas, mas apenas viabilizar o exercício dos direitos constitucionalmente garantidos no caso concreto.

Vimos que a discussão acerca das decisões dos mandados de injunção acalenta as discussões sobre o chamado ativismo judicial, que é uma maior interferência do Poder Judiciário no espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. E constatamos que nos casos em que o Supremo Tribunal Federal decidiu mandados de injunção com efeitos *erga omnes* houve ativismo judicial, pois ele elaborou normas gerais e abstratas, competência típica do Legislativo, sem estar autorizado pela Constituição da República para tanto.

Vimos também que a questão por trás do ativismo judicial é a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para interferir nas esferas do Poder Legislativo e do Poder Executivo, na medida em que seus Ministros não são eleitos pelo povo como os Senadores, Deputados, Vereadores, Presidente, Governadores e Prefeitos. Isso porque as normas jurídicas devem refletir da melhor forma possível a real vontade do povo, uma vez que todo o poder dele emana, nos termos do parágrafo único, do artigo primeiro da Constituição da República de 1988.

Destacamos que existem mecanismos hábeis a aumentar a legitimidade das decisões do Judiciário, que já vem sendo utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, as

audiências públicas, na medida em que a participação dos interessados nas decisões permite uma maior aproximação entre as decisões judiciais e a vontade do povo soberano. Concluimos, entretanto, que esses mecanismos não tem o condão de autorizar a formulação de normas gerais e abstratas pelo Supremo Tribunal Federal sem que haja autorização constitucional para tanto.

Por fim, concluimos que não se pode desprezar a regra da coisa julgada, cláusula pétreia, frise-se, sob o pretense argumento de não ferir a divisão de Poderes. Isso porque se, nos mandados de injunção, o Supremo Tribunal Federal se limitar a dizer o direito no caso concreto, não ocorrerá o ativismo judicial e, conseqüentemente, o princípio da divisão de Poderes e a legitimidade democrática da decisão estarão garantidos. Por isso, concluimos que a coisa julgada não deve ser relativizada no mandado de injunção, admitindo-se como legítima apenas aquela que confere efeito *inter partes*.

Ora, possibilitar a relativização da coisa julgada do mandado de injunção em função de norma posterior exigiria relativizar a coisa julgada em todas as decisões judiciais em que ocorresse integração do ordenamento jurídico, o que sequer é cogitado pela doutrina ou pela jurisprudência, tamanho seu absurdo.

Assim, concluimos pela pertinência da regulamentação do mandado de injunção, de modo que as dúvidas acerca de sua finalidade, legitimidade passiva e decisão se tornem mais claros tanto para o cidadão quanto para os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Verificamos que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda não está consolidada, pendendo ora pela corrente concretista individual e ora pela corrente concretista geral. Entretanto, concluimos que a única corrente que respeita plenamente o Pós-positivismo e o Estado Democrático de Direito é a corrente concretista individual, o que deve ser a tendência de consolidação da jurisprudência, já que a doutrina majoritária, extremamente bem fundamentada, é nesse sentido.

Diante do exposto, em síntese, a presente dissertação objetivou identificar as perspectivas para o mandado de injunção no Brasil, levando-se em consideração a jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal. Nesse ponto, apontamos como perspectiva as decisões em que o Supremo Tribunal Federal disse o direito no caso concreto, utilizando-se de meios permitidos para a integração de lacunas, em especial as decisões de mandados de injunção versando sobre o direito de aposentadoria especial, na medida em que apenas nessas decisões o acesso à Justiça foi plenamente observado.

A presente dissertação objetivou também verificar a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para integrar o ordenamento jurídico brasileiro, com efeito *erga omnes*, por meio do mandado de injunção, inclusive na hipótese de ausência de qualquer legislação versando sobre o direito constitucionalmente assegurado. Quanto a isso, concluímos que o fato de o Supremo Tribunal Federal colmatar a lacuna do ordenamento jurídico no caso concreto, em mandado de injunção, não fere a divisão de Poderes, na medida em que ele apenas viabiliza o exercício dos direitos constitucionalmente assegurados no caso concreto, mesmo na ausência de qualquer legislação versando sobre o direito constitucionalmente assegurado. Por outro lado, concluímos que não cabe ao Supremo Tribunal Federal conferir efeito *erga omnes* à decisão em mandado de injunção, sob pena de ferir o princípio da divisão de Poderes, considerando que a Constituição não lhe autorizou a elaborar normas gerais e abstratas por meio do mandado de injunção.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Regulamentação do mandado de injunção. In: Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 5, 2011/2012. Disponível no domínio eletrônico <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/current>> Acesso em 08/05/2012.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Armadilhas constitucionais: estudo sobre a regulamentação do mandado de injunção sob a perspectiva das relações entre Legislativo e Judiciário. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 5, 2011/2012. Disponível no domínio eletrônico <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/current>> Acesso em 08/05/2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora UNB, 1998.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3, ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (coord). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

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

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COELHO, João Gilberto Lucas. Processo Constituinte, Audiências Públicas e o nascimento de uma nova ordem. In: Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna. BACKERS, Ana Luiza; DE AZEVEDO, Débora Bitiah; DE ARAÚJO, José Cordeiro. (Org.). Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. (Série coleções especiais. Obras comemorativas n. 3).

CRETELLA JÚNIOR, José. *Os writs na Constituição de 1988: Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Habeas Corpus, Ação Popular*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

DANTAS, Ivo. *Mandado de injunção: guia teórico e prático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. I. Teoria Geral do Direito Civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2012

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Mandado de Injunção: Do Formalismo ao Axiologismo? O que mudou? Uma Análise Crítica e Reflexiva da Jurisprudência do STF. In: *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo. Belo Horizonte: Forum, 2011.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. Da teoria à crítica: Princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um Instrumento de Efetividade da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e "habeas data"*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Mandado de Injunção: Suas finalidades, efeitos da decisão concessiva e coisa julgada, partes e procedimento. *In: Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 5, 2011/2012. Disponível no domínio eletrônico <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/current>> Acesso em 08/05/2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O Mandado de Injunção finalmente terá sua lei. *In: Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 3, 2009/2010. Disponível no domínio eletrônico <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/issue/current>> Acesso em 08/05/2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 48.