

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*

Direito Constitucional

KARINE ANDRÉA ELOY BARROSO

**O MANDADO DE INJUNÇÃO E A SUA NOVA
INTERPRETAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA
SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Brasília-DF

2012

KARINE ANDRÉA ELOY BARROSO

**O MANDADO DE INJUNÇÃO E A SUA NOVA
INTERPRETAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA
SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Monografia apresentada para conclusão
do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em
Direito Constitucional.

Orientador: Alexandre Kruehl Jobim

Brasília-DF

2012

KARINE ANDRÉA ELOY BARROSO

**O MANDADO DE INJUNÇÃO E A SUA NOVA
INTERPRETAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA
SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título em direito Constitucional, no Curso
de Pós –Graduação Lato Sensu do Instituto
brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/___, com
menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Alexandre Kruehl Jobim

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, a razão da minha existência. E a minha família, especialmente ao meu marido, Frederico, e a minha filha, Catarina, cujo amor e apoio têm sido essenciais em minha vida.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo primordial apresentar um estudo acerca do mandado de injunção, instrumento previsto no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, onde será abordado todos os seus aspectos gerais, bem como será traçada uma linha evolutiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, passando pela “não concretista” à “concretista”, segundo a doutrina e fazer um paralelo desta última posição com o princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Carta Magna. A análise do princípio da separação dos poderes permitiu conferir sua flexibilidade moderna, pois a doutrina atual define o referido princípio como simples divisão formal de funções do Estado ou princípio estrutural de organização do Poder Político. Isso quer dizer que as funções estatais de administrar, legislar e julgar são atribuídas a cada um dos poderes da República, de forma primordial, mas não exclusiva, podendo ser exercida de forma compartilhada pelos demais. A ideia do compartilhamento das funções estatais dar-se-ia da seguinte forma: as funções estatais de administrar, legislar e julgar pertenceriam prioritariamente e sem monopólio ao poder executivo, legislativo e judiciário, respectivamente, todavia, qualquer um dos poderes poderia exercer de forma secundária a função do outro, quando houver omissão de um deles. Com esse entendimento, o princípio da separação dos poderes não é mais interpretado de maneira fechada e estanque, de modo que as decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos Mandados de Injunções ns 670, 708, 712 e 721, que criaram a norma para o caso concreto, ante a inércia do Poder Legislativo, não representa ofensa àquele princípio. As conclusões obtidas foram possíveis através da aplicação do método dedutivo e comparativo.

Palavras-Chave: Normas Constitucionais. Mandado de Injunção. Eficácia. Princípio da Separação dos Poderes.

ABSTRACT

This work aims to present a major study on the writ of injunction, act provided in art. 5, paragraph LXXI of the Federal Constitution of 1988, which all general aspects will be approached as well as an evolutionary line of decisions of the Supreme Court will be traced, going through "no Concrete" to "Concrete", and a comparison of this last position with the principle of separation of powers, provided for in art. 2 of the Constitution will be made. The analysis of the principle of separation of power allowed a modern flexibility, for current doctrine defines this principle as a mere formal division of functions of the State or a structural principle of organization of political power. This means that the state functions of administering, legislating and judging are assigned to each of the branches of government, essentially but not exclusive, and may be performed by any other power. The idea of sharing the state functions would work as follows: the state functions to administer, legislate and judge would belong primarily to the executive, legislative and judicial branches, respectively, however, each power could perform the other functions as a secondary work. With this new approach, the principle of separation of powers is no longer interpreted as strict, so that the decisions rendered by the Supreme Court that made rules for the concrete case, related to the judgment of the writ of injunctions 670, 708, 712 and 721, do not represent any offense to that principle. Conclusions were obtained by applying the deductive and comparative method.

Keywords: Constitutional rules. Writ of Injunction. Effectiveness. Principle of Separation of Powers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUA EFETIVIDADE	10
1.1 Efetividade das normas constitucionais.....	10
2 MANDADO DE INJUNÇÃO	17
2.1 Abordagem conceitual.....	17
2.2 Antecedentes Históricos e o Direito Comparado	18
2.3 Objeto.....	23
2.4 Requisitos.....	27
2.5 Legitimidade.....	29
2.5.1 Legitimidade ativa.....	29
2.5.2 Legitimidade passiva.....	31
2.6 Procedimento.....	34
2.7 Competência.....	37
2.8 Decisão e os seus efeitos.....	39
3 MANDADO DE INJUNÇÃO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.	50
3.1 Linhas gerais sobre o princípio da separação dos poderes.....	50
3.2 A atividade ativa do Poder Judiciário e a judicialização da política.....	60
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto traçar um panorama geral acerca do mandado de injunção, bem como fazer um histórico sobre as principais decisões emitidas pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo-se um paralelo com o princípio da separação dos poderes, com a finalidade de demonstrar que o mencionado instituto evoluiu e tornou-se um instrumento de eficácia mandamental bastante eficaz na concretização dos direitos fundamentais.

Sabe-se que a Constituição de 1988 inovou ao contemplar o Mandado de Injunção, o que não havia ocorrido nas Cartas anteriores. Esta Constituição, denominada “Constituição Cidadã” trouxe um instrumento importantíssimo no sentido de viabilizar a justiça, principalmente pela possibilidade de, com ele, impedir que a inércia do poder constituinte derivado impeça e efetivação do exercício de direitos por ela consagrados, estabelecendo-se em seu art. 5º, inciso LXXI, como a ação adequada para proteger o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, bem como as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando inviabilizados pela falta de uma norma regulamentadora.

Desde que a Constituição Federal foi promulgada, a corte Suprema, órgão com a competência de interpretar a constituição do país, perfilhava o entendimento de que o mandado de injunção era uma ação, cujo objeto era tão somente reconhecer a inércia/mora do Poder Legislativo em editar o regulamento reclamado pelos autores.

Essa posição foi denominada segundo o doutrinador Alexandre de Moraes de não-concretista, na medida em que competia ao Tribunal apenas declarar a omissão da norma regulamentadora de preceitos constitucionais, não se entregando qualquer prestação jurisdicional concreta às partes postulantes, em clara obediência ao princípio da Separação dos Poderes, consagrado no art. 2º da Constituição Federal.

Sucedeu que em 2007, o STF modificou o seu entendimento acerca do tema, quando do julgamento dos mandados de Injunção n 670, 708 e 712, que discutiam o direito de greve dos servidores públicos e do Mandado de Injunção 721, que discutia a aposentadoria especial, passando a adotar uma posição concretista

ou mandamental, isso significa que: na inexistência da norma, ao Tribunal caberá editar a norma regulamentadora faltante, como forma de preservar o exercício dos direitos e liberdades previstas na Carta Magna.

Todavia, muito se discute acerca dessa nova conotação dada ao mandado de injunção, sobretudo à luz do princípio da separação dos poderes.

Nesse passo, o presente trabalho busca ainda fazer uma pesquisa acerca do princípio da separação dos poderes, desde a sua criação com Montesquieu até sua conotação nos dias atuais. Com relação a esse aspecto, a análise da teoria dos “freios e contrapesos” também será essencial para demonstrar que a eficácia mandamental do mandado de injunção está concretizada e não fere a essencial daquele princípio.

Vê-se, assim, que o referido tema reveste-se de grande repercussão jurídica, política, econômica e social, bem como possui enorme relevância para o cidadão, que não pode ser privado do seu direito, ante a inércia do poder público.

1. NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUA EFETIVIDADE

1.1 Efetividade das normas constitucionais

Para que as normas constitucionais sejam efetivas e concretizadas é importante que se compreenda a diversidade dos efeitos produzidos.

Primeiramente, é preciso mencionar que os atos jurídicos geralmente são analisados apenas em três planos distintos: quanto à sua existência, validade e eficácia. No plano de existência, tal ato existirá no ordenamento jurídico quando se verificar estarem presentes seus elementos constitutivos, tanto aqueles que são aplicáveis a qualquer ato jurídico, quanto os que sejam pressupostos específicos da sua categoria.

Ultrapassada esta primeira análise, examina-se a validade do ato, com a verificação da conformidade de seus elementos constitutivos com os requisitos necessários para a sua perfeição. Uma norma é válida se produzida em conformidade com as que disciplinam o procedimento de sua criação e delimitam o seu conteúdo.

Veja-se, a propósito, o entendimento do doutrinador Marcelo Novelino acerca do tema em foco¹:

A validade traduz uma relação de conformidade entre a norma inferior e a superior (“fundamento de validade”). Uma norma é válida se produzida em conformidade com as que disciplinam o procedimento de sua criação e delimitam o seu conteúdo, como ocorre com as leis em relação à constituição. Quando se diz que uma norma é válida até a declaração de sua inconstitucionalidade, o termo “validade” está sendo utilizado no sentido de obrigatoriedade da observância daquela norma, não no sentido de pertinência desta a um sistema.

Por último, analisa-se o ato jurídico conforme sua eficácia, que é sua aptidão para produzir os efeitos que lhe são próprios. Uma norma é eficaz quando capaz de produzir efeitos ou de ser aplicada, ou seja, que possua a capacidade de realizar a regulamentação proposta.

¹ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4 ed. Editora Método. 2010. p. 124.

Além dos planos de juridicização, é necessário ainda analisar o ato jurídico conforme a sua efetividade. A efetividade está relacionada à produção concreta de efeitos. Uma norma é efetiva quando cumpri sua finalidade e a função social para a qual foi criada. Concernente ao tema, as lições de Luís Roberto Barroso:

A efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.²

Ainda sob os ensinamentos de Luís Roberto Barroso:

“a idéia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo dos últimos tempos. Ligada ao fenômeno da juridicização da Constituição, e ao reconhecimento da sua força normativa merece capítulo obrigatório na interpretação constitucional. Os grandes autores da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter a máxima efetividade ante as circunstâncias de cada caso.”³

Destarte, efetiva será a norma jurídica que consiga concretamente produzir seus efeitos no mundo dos fatos. É análise, portanto, concernente à observação do resultado produzido pela norma jurídica, diante da realidade fática a que se propõe modificar.

Em princípio, toda norma jurídica deve ser dotada de efetividade, porquanto “o Direito existe para realizar-se”⁴. É incoerente a ideia da existência de uma norma jurídica, cuja publicação se dá após rigoroso processo legislativo e que envolve, certamente, a mobilização de todo um contingente administrativo, com reuniões, gastos do erário público, estudos de viabilidade e impacto, pareceres técnicos e jurídicos, entre outros, sem a produção dos efeitos a que se propõe realizar.

² BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. São Paulo: Renovar. 2003, p. 85.

³ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3. ed. Editora Saraiva. 1999, p. 235.

⁴ Ob. cit. p. 87.

Em se tratando das normas constitucionais e sabendo-se que a Constituição de um Estado é sua lei fundamental, porque regula a sua estruturação política, a organização de seus órgãos, disciplina o exercício dos poderes públicos e estabelece os direitos, garantias e deveres dos cidadãos, a questão é peculiar.

Isso porque as Constituições são vistas na atualidade como redefinidoras das relações políticas e sociais de determinada sociedade, por regularem o exercício do poder, impondo diretrizes para a atuação estatal e vinculando os poderes públicos. É o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado⁵, não se resumindo apenas ao seu aspecto fático ou econômico ou puramente normativo-jurídico, nem se podendo admitir que elementos sociológicos e ideológicos não possam interferir em seu conceito.⁶

Desse modo, é possível fazer uma afirmação categórica no sentido de que não existem normas constitucionais que não sejam eficazes. Nessa linha, precisa são as palavras de Marcelo Novelino: “em outros tempos, a ineficácia imediata das normas constitucionais era a regra, sendo a Constituição considerada um conjunto de preceitos dependentes de uma legislação ordinária superior para a sua aplicação. Este entendimento de outrora se encontra superado pela concepção de que não existem normas constitucionais desprovidas de eficácia”.⁷

Hodiernamente, não se verifica a ausência total da eficácia das normas constitucionais, muito embora seja reconhecida a existência de diferentes graus de eficácia, conforme a densidade normativa outorgada pelo legislador constituinte. A força normativa da Constituição refere-se à efetividade plena das normas contidas na Carta Magna de um Estado, portanto, toda norma Constitucional deve ser revestida de um mínimo de eficácia, sob pena de figurar “letra morta em papel”.

Vejamos o que o renomado doutrinador português Canotinho assevera sobre a força normativa da Constituição, *verbis*:

Segundo o **princípio da força normativa** da constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 40.

⁶ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 62.

⁷ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**, 4. ed. Editora Método, 2010, p.124.

prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.⁸

Com relação aos direitos, liberdades e prerrogativas dos cidadãos assegurados na Constituição, pelo carácter de supremacia das normas constitucionais sobre todas as outras normas jurídicas é que se têm estes por protegidos contra o arbítrio ou eventuais abusos do Poder Público, cabendo ao intérprete extrair a máxima eficácia dessas normas. Contudo, tais normas também podem ser atingidas pelo fenómeno da inefetividade.

Sobre esse tópico, é importante colacionar aqui a classificação das normas constitucionais realizada por José Afonso da Silva. Para este autor, quanto à sua aplicabilidade, tais normas podem ser divididas em: normas constitucionais de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada. As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que:

[...] desde a entrada em vigor da Constituição, produzem ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.⁹

Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em que:

[...] o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.¹⁰

Normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas de “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade”¹¹.

⁸ CANOTILHO. J.J Gomes. **Direito Constitucional**, 7. ed. Almedina. 2000, p. 1226.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2000, p.101.

¹⁰ Ob. cit., p. 116.

¹¹ Ob. cit., p. 118.

Estas normas se subdividem ainda em: normas de princípio institutivo e normas de princípio programático.

Normas de princípio institutivo, para o mesmo autor:

[...] são aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.¹²

As normas programáticas, conforme aqui já mencionado, são as que veiculam disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados, objetivando estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público. Assim, em resumo, o objeto do Mandado de Injunção seria aquelas normas constitucionais que exijam uma normatividade posterior para sua aplicabilidade.

Quanto às normas programáticas, embora estas não criem direitos subjetivos que possam ser materializados por meio de ações positivas, fazem nascer um direito subjetivo negativo de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos contrários às suas determinações.

Neste ponto, vale a pena também mencionar a tipologia das normas constitucionais apresentada por Luís Roberto Barroso classificadas segundo seu objeto. Segundo tal classificação, as normas constitucionais poderiam ser divididas em três grupos: normas constitucionais de organização, definidoras de direito e programáticas.¹³

As normas constitucionais de organização, também referidas como “normas de estrutura ou de competência”, são aquelas que contêm o arcabouço da organização política do Estado, instituindo seus órgãos, definindo suas competências e determinando as formas e processos de exercício do poder político. Tais normas têm um caráter instrumental e se dirigem, normalmente, aos Poderes de Estado e seus agentes, o que não significa necessariamente que não possam gerar efeitos na esfera jurídica dos indivíduos.

¹² Ob. cit., p. 126.

¹³ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 94-97.

As normas constitucionais definidoras de direitos são aquelas que definem os direitos fundamentais dos indivíduos submetidos à soberania estatal, neles compreendido os direitos políticos, os direitos individuais, os direitos sociais, e os direitos difusos. Estas normas criam direitos subjetivos para os seus beneficiários, os quais podem exigir sua materialização, por via judicial, do Estado ou de qualquer outro destinatário da norma.

E, por fim, as normas constitucionais programáticas, que são as que veiculam disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados, objetivando estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público. Tais normas se dirigem aos órgãos estatais e, embora não criem direitos subjetivos que possam ser materializados por meio de ações positivas, fazem nascer um direito subjetivo negativo de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos contrários aos seus ditames.

Pois bem. Quando ocorre a inércia de prerrogativas constitucionais, surge o que se denomina de síndrome da inefetividade das normas constitucionais, fenômeno que acarreta o esvaziamento do conteúdo de tais normas.

Essa síndrome ocorre quando o Poder Público ou órgão administrativo que tem por obrigação regulamentar as normas constitucionais de eficácia limitada se mantém inerte.

É justamente no âmbito das normas constitucionais de eficácia limitada que se insere o mandado de injunção. Nesse sentido o doutrinador Pedro Lenza¹⁴:

Os dois requisitos constitucionais para o mandado de injunção são:

Norma constitucional de **eficácia limitada**, prescrevendo direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (...)

Destarte, no caso de não ser editada a norma faltante para dar eficácia à norma constitucional limitada, o mandado de injunção tem se tornado uma garantia constitucional importantíssima no combate a essa inefetividade, em razão, sobretudo

¹⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. Editora Saraiva, 2011. p.950.

da sua nova conotação como um instrumento de eficácia mandamental na concretização dos direitos fundamentais: Nesse sentido:

“EMENTA: Mandado de injunção. Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5.º 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, § 4.º, 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, § 1.º, da Lei n. 8.213/91” (MI 758, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 1º.07.2008, Plenário, DJE de 26.09.2008).

2. MANDADO DE INJUNÇÃO

2.1 Abordagem conceitual

É sabido que a Constituição de um Estado de Direito consiste no estabelecimento dos direitos fundamentais dos cidadãos, com as suas respectivas garantias.

Em especial, a Constituição Federal de 1988 traz um vasto rol de direitos e garantias fundamentais em seu Título II, contidos em cinco capítulos que os subdividem em: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

Apesar do estatuído no seu art. 5º, § 1º, do texto constitucional, muitos desses direitos, dependem da adequada regulamentação do legislador ordinário para que possam ser usufruídos por seus beneficiários. Desse modo, a falta de norma para garantir a eficácia social necessária a estes direitos acaba por inviabilizar seu exercício, assegurado constitucionalmente.

Nesse contexto reside o Mandato de Injunção, garantia constitucional prevista no capítulo dedicado aos direitos individuais e coletivos, sob o Título II, relativo aos direitos fundamentais, especificamente no art. 5º, inciso LXXI:

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

[...]

LXXI – conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.¹⁵

Trata-se de uma ação constitucional, de caráter civil e de procedimento específico, instituída como forma de se estabelecer um controle da efetividade das normas constitucionais instituidoras de direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania ou à cidadania. Segundo Alexandre de Moraes:

¹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 328.

Resta perguntar como o Mandado de Injunção ou ação constitucional de defesa perante omissões normativas é um passo significativo no contexto da jurisdição constitucional das liberdades. Se um Mandado de Injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras atuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o “rochedo de bronze” da incensurabilidade do silêncio, então o Mandado de segurança logrará seus objetivos.¹⁶

Essas são as lições do doutrinador Uadi Lammego Bulos, acerca do tema:

O mandado de injunção é o meio processual constitucional de que dispõe o indivíduo para exercer prerrogativas, direitos e liberdades constitucionais inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, impedidos de exercício por falta de norma regulamentadora.

Daí o seu objetivo: tornar as normas constitucionais auto-aplicáveis, aptas a garantir o gozo de qualquer direito privado, coletivo, difuso, individual homogêneo, político, econômico e social etc.¹⁷

Conforme pode se perceber da doutrina acima citada o Mandado de Injunção é um instrumento importante para tornar as normas constitucionais auto-aplicáveis.

2.2 Antecedentes Históricos e o Direito Comparado

Alguns autores vêem no Mandado de injunção algumas características de outros modelos existentes no direito comparado. Entretanto, há outros autores, como Luís Roberto Barroso, que o vê como uma construção genuinamente brasileira:

No tocante às suas origens, é bem de ver que o Mandado de Injunção foi concebido como remédio para uma dramática patologia nacional: o descrédito da Constituição causado pela inércia do legislador. E muito embora autores eminentes tenham vislumbrado influência de ordenamentos jurídicos diversos – norte-americano,

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 164.

¹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Saraiva, 2008, p. 597.

inglês, português e alemão – trata-se, em verdade, de flor nativa, sem similar preciso no direito comparado.¹⁸

José Afonso da Silva¹⁹, contudo, atribui a inspiração do mandado de injunção ao *writ of injunction* do direito inglês, que posteriormente foi incorporado ao direito norte-americano.

Sobre a Injunção no Direito Comparado, traz-se à colação a lição de Carlos Augusto Alcântara no que tange ao *injunction* do Direito Anglo-Americano:

O vocábulo *injunction* designa, conforme registro do *The constitution law dictionary*, uma ordem que se traduz numa proibição (vedação de atos violadores do direito) ou na determinação de ação específica (ordenar prática de ato cuja omissão viola o direito), proporcionando, caso descumprida, uma típica situação de desacato à Corte (*contempt of court*) que possibilita a decretação de prisão da pessoa que desconsidera a ordem judicial.²⁰

Ocorre que os institutos são, na verdade, instrumentos diferenciados, assemelhando-se apenas na nomenclatura. A *injunction* inglesa não tem a finalidade de suprir omissões inconstitucionais, haja vista que no seu sistema normativo não há supremacia formal constitucional, é um instrumento que impõe um não-fazer, é uma ordem judicial dirigida à abstenção de fazer ou de continuar a fazer algo causador de um dano irreparável, ao passo que o *mandado de injunção* objetiva o exercício de direitos constitucionais inviabilizados por falta de regulamentação.

Situação semelhante é a do *ingiunzione* do direito italiano, que está inserido no regime processual como instituto voltado à decisão condenatória mais célere do que o estatuído para o procedimento ordinário.

Para o referido autor, a *ingiunzione*, instituto do direito processual civil e tributário (*ingiunzione fiscale*) italiano, teria como finalidade “[...] obter decisão condenatória de forma mais simples que a do processo ordinário, podendo, ainda,

¹⁸ *Ibidem*, p. 248.

¹⁹ “O mandado de injunção é um instituto que se originou na Inglaterra, no séc. XIV, como essencial remédio da Equity”.:(Curso de Direito Constitucional Positivo, 16 ed. p.448).

²⁰ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção, um instrumento de efetividade da Constituição**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 45-47.

ser utilizado como uma forma especial de se exigirem créditos tributários sem ter que recorrer a um título executivo.”²¹

Novamente, verifica-se que apesar da similitude entre os nomes, os instrumentos são diferentes entre si.

Há ainda a *injonction* do Direito Francês, que também é instrumento que se diferencia do mandado de injunção, e o qual tem aplicação distinta, de acordo com ramo do direito em que fosse manejada, conforme menciona o citado autor:

[...] poderá ser utilizada no direito administrativo francês, que é uma ordem de fazer, expedida por um juiz contra uma pessoa pública; no direito civil francês, sendo uma ordem dada às partes em certas circunstâncias, inclusive a advogados e procuradores da Corte de Apelação, para provocar a pontualidade dos mesmos e, ainda, no processo civil. Neste último caso, por meio da Injunção pode-se cobrar pequenos créditos civis e comerciais, obrigando o devedor a pagar, dentro de um processo por demais simplificado. Aqui, mais uma vez, constata-se a presença do chamado procedimento monitório (*injonction de payer*) [...].²²

No Direito Alemão, há a chamada *Verfassungsbeschwerde*, segundo a qual:

[...] o Tribunal Constitucional decide sobre a pretensão de ter sido o cidadão prejudicado pelo poder público em seus direitos fundamentais ou em direitos constitucionais expressamente indicados, desde que não haja meio processual ordinário de proteção.²³

As características deste instituto foram expostas, inclusive, no voto do Ministro Moreira Alves, em Questão de Ordem no Mandado de Injunção nº. 107-0/DF:

Aliás, na Alemanha, em que, como acentua FRIEDRICH JÜLICHER (*Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile beigesetzgeberischem Unterlassen*, § 1, 1, p.11), a jurisprudência da Corte Constitucional, alterando sua posição inicial, admite a utilização da *Verfassungsbeschwerde* – que é um instrumento processual constitucional para a defesa dos particulares contra violação a seus direitos fundamentais ou assemelhados, desde que esgotadas as instâncias ordinárias, salvo a possibilidade de prejuízo grave e

²¹ Ibidem.

²² Ibidem.

²³ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção, um instrumento de efetividade da Constituição**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 46.

irreparável – contra a omissão inconstitucional do legislador, não se arroga essa corte o poder de substituir-se ao Legislativo, como salienta FRIESENHAN (La Giurisdizione Costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca, Trad. CERVATI, p. 88) [...].²⁴

Carlos Augusto Alcântara expõe, ainda, a Ação de Inconstitucionalidade de Omissão do Direito Português: “o efeito do reconhecimento de omissões legislativas pelo Tribunal Constitucional é, tão-somente, dar conhecimento da inconstitucionalidade ao órgão competente.”²⁵

Conforme se pôde observar dos institutos acima mencionados há que se observar que não há identidade entre os mesmos, o que torna o mandado de Injunção instrumento de construção genuinamente brasileira, na linha do entendimento esboçado pelo doutrinador Luís Roberto Barroso.

Como já dito alhures, o Mandado de Injunção surgiu na Constituição Federal de 1988, apresentado originalmente por iniciativa do Senador Virgílio Távora. Antonio Lima de Souza retrata todo o processo de instituição do Mandado de Injunção, nos seguintes termos:

[...] ainda no início dos trabalhos do Congresso Constituinte, o senador Virgílio Távora apresentou uma sugestão de norma constitucional nos seguintes termos: “Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á Mandado de Injunção, observado o rito processual estabelecido para o Mandado de segurança”.

Semelhante redação foi dada a outra sugestão de norma constitucional, assinada pelo senador Ruy Bacelar. No relatório da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, o deputado Darcy Pozza assim escreveu: “Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm a aplicação imediata. Conceder-se-á Mandado de Injunção para garantir direitos nela assegurados, não aplicados em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requeridos em qualquer juízo ou tribunal, observadas as regras de competência da lei processual”.

Após os acordos já citados por Bisol, este acolheu o Mandado de Injunção em seu relatório, onde consta: “Art. 34 - Conceder-se-á Mandado de Injunção, observado o rito processual do Mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania”.

Na Comissão de Sistematização, foram feitas algumas alterações no texto, como a que retirou a referência ao rito processual do Mandado

²⁴ Ibidem.

²⁵ ALCÂNTARA, Carlos Augusto. Ob. Cit.p.47.

de segurança, proposta pelo senador Fernando Henrique Cardoso e acatada no segundo substitutivo por Bernardo Cabral, que condicionou a aplicabilidade do instituto ao “rito processual previsto em lei complementar”.

De qualquer forma, a adoção do instituto nos substitutivos mereceu elogios e sua inclusão no projeto de Constituição final da Comissão de Sistematização acabou sendo consagrada graças a um destaque do senador Euclides Scalco (PMDBPR).

O Mandado de Injunção foi aprovado em primeiro turno no plenário da ANC em 10.2.88, juntamente com o capítulo dos direitos individuais.

[...] Durante todo este percurso, houve pequenas modificações de redação, inclusive com a retirada de qualquer referência a procedimento, e o Mandado de Injunção acabou sendo aprovado com a redação que vingou na Constituição (art. 5º, LXXI).

Antes da Constituição de 1988, portanto, não havia a existência do Mandado de Injunção no ordenamento jurídico brasileiro, o que significa dizer que, antes, direitos que não eram regulamentados pela inércia legislativa não eram passíveis de serem acionados e cobrados. A inserção desse “remédio constitucional” na Carta Magna de 1988 torna concreta a Lei Maior, onde estão presentes direitos, liberdades e prerrogativas diversas.

Assim, dispõe o art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal brasileira:

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.

A ausência de normas regulamentadoras pode, sem dúvida, prejudicar a efetivação de direitos constitucionalmente consagrados. Também Henrique Savonitti Miranda entende que a Constituição Federal não pode ser vista como “um repositório de boas intenções, que possam restar indefinidamente inaplicáveis”.²⁶

Assim entendido, volta-se a atenção para o objeto do Mandado de Injunção.

²⁶ MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 289.

2.3 Objeto

O Mandado de Injunção, segundo Celso Ribeiro Bastos, destina-se a obter sentença que “declare a ocorrência da omissão legislativa, com a finalidade que se dê ciência ao órgão omissor dessa declaração para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade”.²⁷

Segundo o Min. Moreira Alves, o Mandado de Injunção “é ação mandamental que se propõe contra a autoridade, órgão ou Poder omissos no regulamentar a Constituição, nos casos nela previstos como dando margem à utilização desse instrumento processual [...]”.²⁸

Da leitura das citações acima, percebe-se que há quem considera o Mandado de Injunção apenas em seu caráter declaratório, como é o caso de Celso Ribeiro Bastos, enquanto outros, como Moreira Alves, antevê seu caráter mandamental.

Na linha de entendimento do Ministro Moreira Alves, o Min. Marco Aurélio, relator do Mandado de Injunção nº. 721/DF, assim assevera:

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 conseqüências da inércia do legislador.²⁹

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 243.

²⁸ ALVES, Moreira. Apud BASTOS, Celso Ribeiro. Ob. Cit.p 244

²⁹ Disponível em: < <http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Constitucional/doutconst72.html>. Acesso em: 27.04.2012.

Também o Ministro Celso de Mello considera a importância do Mandado de Injunção para a sociedade brasileira. Perguntado sobre a questão, respondeu o Ministro:

Concordo com a sua afirmação. O ativismo judicial é um fenômeno mais recente na experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. E porque é um fenômeno mais recente, ele ainda sofre algumas resistências culturais, ou, até mesmo, ideológicas. Tenho a impressão, no entanto, de que, com a nova composição da Corte, delineia-se orientação tendente a sugerir, no plano da nossa experiência jurisprudencial, uma cautelosa prática de ativismo judicial destinada a conferir efetividade às cláusulas constitucionais, que, embora impondo ao Estado a execução de políticas públicas, vêm a ser frustradas pela absoluta inércia – profundamente lesiva aos direitos dos cidadãos – manifestada pelos órgãos competentes do Poder Público. Impõe-se, desse modo, que o Supremo dê passos decisivos não só a propósito da plena restauração do Mandado de Injunção, mas, igualmente, evolua em outros temas constitucionais de grande relevo e impacto na vida do Estado e dos cidadãos.³⁰

Perscrutando as diversas opiniões antes citadas, verifica-se que alguns ministros da Suprema Corte passaram a ter um olhar diferenciado acerca do mandando de injunção, notadamente sob a vertente de ser um instrumento eficaz na concretização de direitos fundamentais, na medida em que se tornou uma ação constitucional de natureza **mandamental**, destinada a integrar a regra constitucional desprovida de eficácia, pela ausência de norma que assegure a ela o vigor pleno.

Outra importância do Mandado de Injunção reside na possibilidade que ele concede ao Poder Judiciário de criar o direito. Tal afirmação, num primeiro momento, poderia levar ao entendimento de que se estaria subvertendo o princípio da separação de poderes, onde ao Poder legislativo cabe legislar. Ocorre que, segundo Aragon, o Estado-Juiz (Judiciário) tem o dever de verificar se o direito existe, determinar o sentido da norma aplicável e compatibilizá-la ao fato sob julgamento.³¹

Para tanto, segundo o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Este

³⁰ MELLO, Celso de. Entrevista concedida a Márcio Chaer, sob o título “Supremo Constituinte: Juízes devem ter papel mais ativo na interpretação da lei” para o site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/42712,1>> . Acesso em: 25 Out. 2007.

³¹ ARAGON, Célio da Silva. Mandado de Injunção. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto125>>. Acesso em: 27 abr. 2012.

princípio foi inserido na ordem jurídica brasileira exatamente para atender uma nova realidade normativa constitucional, “plena de valores até então inexistente, a exemplo dos direitos coletivos e difusos”.³²

Assim, esclarece Célio da Silva Aragon:

O instituto não subverteu o princípio da separação dos poderes, ou determina uma inversão ou invasão de tarefas do Legislativo ao Judiciário. O ordenamento constitucional determinou esta competência ao Poder Judiciário. Face à disposição da Injunção, o juiz tem o dever, uma vez atendidos os dispositivos da impetração, traduzidos em seus pressupostos, de conceder a ordem, sob pena de responsabilidade funcional. O fato incontestável está na possibilidade atribuída ao Poder Judiciário de criar o direito, entendida esta criação, nos moldes a atender o pedido formulado na inicial desta ação constitucional, desde que logicamente atendidos os seus pressupostos.³³

Para o citado autor, outra importância do Mandado de Injunção é possibilitar a criação de uma norma individual, de acordo com o caso concreto, para a efetivação de um direito já consagrado constitucionalmente.³⁴

Sobre o tema em foco, o doutrinador Alexandre de Moraes assevera que:

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento do Mandado de Injunção assemelham-se às da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, **mas tão só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo de caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade** por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade. Assim, sempre haverá a necessidade de lacunas na estrutura normativa, que necessitam ser colmatadas por lei ou atos normativos (por exemplo: ausência de resolução do Senado Federal no caso de estabelecimento de alíquota às operações interestaduais. CF, art. 155, §2º).³⁵ (destaque nosso)

Flavia Piovesan³⁶, por sua vez, aponta três correntes doutrinárias a respeito do objeto do mandado de injunção. De acordo com a primeira corrente a

³² Ibidem.

³³ ARAGON, Célio da Silva. Mandado de Injunção. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto125>>. Acesso em: 27 abr.2012

³⁴ Ibidem.

³⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 164 e 165.

³⁶ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.137.

parte final do art. 5º, LXXI, ao se referir a prerrogativas “inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, restringe o alcance da expressão “direitos e liberdades constitucionais” a estes bens jurídicos, essa é a corrente mais restritiva. A segunda corrente restringe a expressão “direitos e liberdades constitucionais” aos direitos e garantias fundamentais do Título II do texto constitucional. Por último, a terceira corrente sustenta que os direitos, liberdades e prerrogativas do mandado de injunção não são apenas as constantes no Título II da Carta Maior, que se refere aos direitos e garantias fundamentais, mas quaisquer direitos, liberdades e prerrogativas, previstos em qualquer dispositivo da Constituição, tendo em vista que inexistente qualquer restrição no art. 5º, inciso LXXI, do texto constitucional.

Defende essa terceira corrente, o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, conforme se vê:

(...) Desse modo, poderíamos concluir que os bens sob tutela no mandado de injunção são os direitos de embasamento constitucional, inclusive os inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania³⁷.

É importante ressaltar ainda que o Mandado de Injunção se destina a suprir a omissão apenas de normas constitucionais, consoante pode ser observado do Mandado de Injunção nº 527:

O Supremo Tribunal Federal – **por entender que o Mandado de Injunção não se destina a viabilizar suposta prerrogativa decorrente de convenção internacional** – negou trânsito a esse writ constitucional, havendo ainda enfatizado que a norma inscrita no art. 7º do ADCT/88 não reclama, para efeito de sua incidência a edição de qualquer norma reguladora de direito” (MI nº. 527, Rel Min. Octávio Gallotti, DJ 09/11/1998) (gifei)

Muito se discute se cabe mandado de Injunção quando a omissão legislativa for parcial. Flávia Piovesan³⁸ afirma que será possível quando a norma ofender o princípio da isonomia, o que ocorreria ante a exclusão legal de benefício.

Ainda sobre esse tópico é preciso asseverar que havendo lei, independe de ela satisfazer ou não os ditames constitucionais, não há que se falar em omissão,

³⁷ CARVALHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 19. ed. Lúmen Júris Editora, 2008, p. 927.

³⁸ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.137.

motivo pelo qual nesse caso não se configurará hipótese de cabimento de Mandado de Injunção.

Nessa linha de intelecção, é o entendimento do doutrinador Alexandre de Moraes, senão vejamos:

Não caberá, portanto, mandado de injunção para, sob a alegação de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, pretender-se a alteração de lei ou ato normativo já existente, supostamente incompatível com a Constituição ou para exigir-se uma certa interpretação à aplicação da legislação infraconstitucional, ou ainda para pleitear uma aplicação “mais justa” da lei existente.³⁹

2.4 Requisitos

Os requisitos do Mandado de Injunção encontram-se previstos no próprio texto do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal. Em primeiro lugar, deve existir a omissão do legislador em regular uma previsão constitucional. O Texto legal faz menção à ausência de norma regulamentadora. Cabe, aqui, uma interpretação *lato sensu*, do que seja norma regulamentadora, ou seja, além dos atos do legislativo, devem estar incluídos os atos administrativos concretos. Nesse sentido Dirley Cunha:

É abrangente de atos administrativos concretos e fatos administrativos, pois a ausência de uma ordem de serviço (ato administrativo concreto) para a implementação de um determinado serviço público (fato administrativo) pode, fatalmente, inviabilizar o exercício de um direito fundamental, como aqueles que carecem de providências matérias do poder público (...). E a omissão dessas providências consiste indubiosamente na falta de norma regulamentadora. (...) Seu conceito alcança toda medida necessária para tornar viável um direito fundamental.⁴⁰

Em segundo lugar, tal omissão deve inviabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania

³⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 165.

⁴⁰ CUNHA JR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**- Teoria e prática. 4. Ed. Bahia: Jus Podium, 2010, p. 124/125.

e à cidadania. Tal inviabilidade deve ser a causa da omissão legislativa. Este ponto é objeto de divergências doutrinárias, conforme já observado no subtítulo do Objeto do Mandado de Injunção. Sob outra vertente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que o Mandado de Injunção tem seu alcance restrito aos direitos inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, não alcançando, portanto, outros direitos previstos no texto constitucional, como, por exemplo, os direitos sociais.⁴¹

Para Celso Ribeiro Bastos, embora o Mandado de Injunção só tenha cabimento quando a falta de norma regulamentadora impeça o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, no texto constitucional brasileiro os direitos e liberdades constitucionais abrangem não apenas os direitos e deveres individuais, mas também os coletivos e os sociais.⁴²

Entretanto, como já enfatizado anteriormente, o doutrinador Machado defende um alcance maior deste instituto:

Analisando o dispositivo constitucional que consagrou o Mandado de Injunção, verifica-se, até por interpretação gramatical, que a conclusão relacionada ao objeto de incidência do remédio constitucional jamais poderá ser na linha de raciocínio daqueles que defendem o seu reduzido campo de atuação. Com efeito, estabelece o preceito em tela que será concedido Mandado de Injunção sempre que a norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania. Ora, percebe-se que o legislador constituinte, ao utilizar as expressões 'nacionalidade', 'soberania', e 'cidadania', assim o fez, ligando-as tão-somente ao termo 'prerrogativas'. A conjunção aditiva 'e' ressaltada no parágrafo anterior separa de um lado 'direitos e liberdades', e de outro 'prerrogativas'. Foi um reforço de abrangência. O seu objetivo, portanto, é assegurar, como visto, o exercício de qualquer direito ou liberdade constitucional. Esta a *voluntas legislatoris* e a *real mens legis*.⁴³

Há que se ressaltar que, o mesmo autor colaciona o seguinte entendimento contido no voto do Ministro Relator Moreira Alves, exarado no julgamento do Mandado de Injunção nº. 107-DF:

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 276-277.

⁴² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 242.

⁴³ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara e outros. **Ações Constitucionais. Mandado de Segurança, Hábeas Data, Mandado de Injunção, Hábeas Corpus e outros instrumentos de garantia**. São Paulo: Millennium, 2007, p. 148.

[...] a mesma razão que justifica a concessão do Mandado de Injunção aos direitos e garantias previstos nesse art. 5º, existe com relação aos outros direitos e garantias constitucionais (inclusive os sociais) cujo exercício seja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora.⁴⁴

Vale a pena mencionar, ainda, a lição de Luís Roberto Barroso:

Como não há cláusula restritiva, estão abrangidos todos os direitos constitucionais, sejam individuais, coletivos, difusos, políticos ou sociais. Aliás, é precisamente no campo dos direitos sociais que se registram os principais casos de omissão legislativa, como, v.g., o tema da participação dos trabalhadores nos lucros das empresas. Note-se que dificilmente haverá um caso de impetração de Mandado de Injunção para asseguração de liberdades constitucionais, haja vista que elas se traduzem, normalmente, numa abstenção do Poder Público, ou seja, em hipóteses em que a omissão é o comportamento devido. Semelhantemente se passa com as prerrogativas referidas, em sua grande parte regidas por norma de eficácia plena, que prescindem de regulamentação. A rigor técnico, direitos e liberdades já englobam todas as situações jurídicas ativas ou de vantagem, pelo que se tornou ocioso o acréscimo que se fez para a inclusão das prerrogativas.⁴⁵

Na seqüência, segue-se, fazendo a análise da legitimidade.

2.5 Legitimidade

2.5.1 Legitimidade ativa

Legitimado ativo para o mandado de injunção é o titular do direito instituído e definido da Constituição Federal.⁴⁶

O autor do Mandado de Injunção deverá ser o beneficiário do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional cujo exercício encontra-se inviabilizado devido à inércia do legislador. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Injunção nº. 595-AgR, manifestou o seguinte entendimento:

Somente tem legitimidade ativa para a ação o titular do direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela

⁴⁴ Ibidem, p. 150.

⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 250.

⁴⁶ (STF: MI nº 373-4, Rel. Min. Célio Borja, DJ de 5/11/1993).

ausência de norma infraconstitucional regulamentadora.” (MI 595-AgR, Rel Min. Carlos Velloso, DJ 23/04/99)

Entretanto, é necessário que se visualize no dispositivo impugnado um verdadeiro direito subjetivo conferido aos impetrantes, conforme já se pronunciou este mesmo Tribunal:

Mandado de Injunção. Condições da ação. Ilegitimidade "ad causam". Suposta provisoriamente a veracidade dos fatos alegados pelo autor, a existência "em abstrato e em hipótese", do direito, afirmado como suporte da pretensão de mérito ou de relação jurídica prejudicial dele, ainda se comporta na questão preliminar da legitimação ativa para a causa: carece, pois, de legitimação "ad causam", no Mandado de Injunção, aquele a quem, ainda que aceita provisoriamente a situação de fato alegada, a Constituição não outorgou o direito subjetivo cujo exercício se diz inviabilizado pela omissão de norma regulamentadora. Advocacia - Geral da União. Procuradores Autárquicos federais. A Constituição não conferiu aos procuradores das Autarquias Federais o direito subjetivo à integração no futuro quadro de advogados da Advocacia-Geral da União. (MI 188/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22-02-1991, p. 15)

Há que se ressaltar a legitimidade das entidades de classe e associações sindicais em caso de substituição processual de seus membros, o que demonstra a possibilidade de ajuizamento de Mandado de Injunção coletivo, embora esta hipótese não esteja prevista expressamente. Tal hipótese é admitida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme os precedentes citados abaixo:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite legitimidade ativa ad causam dos sindicatos para a instauração, em favor dos seus membros ou associados, do Mandado de Injunção coletivo. (MI 102, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 25/10/02)

Entidades sindicais dispõem de legitimidade ativa para a impetração do Mandado de Injunção coletivo, que constitui instrumento de atuação processual destinado a viabilizar, em favor dos integrantes das categoria que essas instituições representam, o exercício de liberdades, prerrogativas e direitos assegurados pelo ordenamento constitucional. (MI 472, Rel Min. Celso de Mello, DJ 02/03/01)

Mandado de Injunção coletivo: admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da Constituição; legitimidade, no caso, entidade sindical de pequenas e médias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancário, têm interesse comum na eficácia do art. 192, parágrafo 3º, da Constituição, que fixou limites aos juros reais.” (MI 361, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17/06/94)

Neste caso, entende-se ser desnecessária a autorização expressa de seus filiados, por aplicação analógica da Súmula nº. 629, do STF, segundo a qual “a impetração de Mandado de Segurança Coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”.

Ainda há que se mencionar que, em caso de interesses difusos e coletivos, conforme previsto no art. 6º, VIII, da Lei Complementar nº. 75/1993, o Ministério Público tem legitimidade para o ajuizamento da ação.

Por derradeiro, merece asseverar que a pessoa jurídica de direito público pode impetrar mandado de injunção. Trata-se de situação distinta daquela do MI coletivo, qual seja, nesta hipótese, a pessoa jurídica de direito público impetraria o MI em nome próprio e tendo por fundamento a falta de norma constitucional que inviabilize, para a entidade de direito público, o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Muito embora exista decisão não admitindo a legitimação ativa da pessoa jurídica de direito público para a impetração do MI (MI537/SC, DJ, 11.09.2001), o STF parece ter superado este entendimento anterior, nos termos do **MI 725**.

No caso concreto enfrentado no MI 725, entendeu o STF, nos termos do voto do relator, Min. Gilmar Mendes, tendo por fundamento o “recurso de amparo” do direito ibero-americano, que: “não se deve negar aos municípios, peremptoramente, a titularidade de direitos fundamentais (...) e a eventual possibilidade de manejo das ações constitucionais cabíveis para sua proteção”.

Desse modo, destacando que as pessoas jurídicas de direito público podem ser titulares de direitos fundamentais, “parece bastante razoável a hipótese em que o município, diante da omissão legislativa inconstitucional impeditiva do exercício desse direito, se veja compelido a impetrar mandado de injunção”(cf. Inf. 466/STF-j.10.05.2007, DJ, 28.05.2007).

2.5.2 Legitimidade passiva

No tocante ao pólo passivo da ação, somente a pessoa estatal poderá ser demandada e nunca o particular (que não tem o dever de regulamentar a CF). Ou

seja, os entes estatais é que são os competentes para regulamentar as normas constitucionais de eficácia limitada, como o Congresso Nacional.

Todavia, dentro desse tema, a matéria sofrerá mutações de acordo com a teoria adotada, segundo ensinamentos de Rodrigo Reis Mazzei⁴⁷. De acordo com o renomado autor: pela teoria da subsidiariedade, o pólo passivo do mandado de injunção deve ser formado apenas pela pessoa estatal a quem é imputada a omissão do ato regulamentador, não existindo necessidade de participação passiva no Writ daquele que, por falta de regulamentação específica, não aplica em favor do impetrante a legislação não regulamentada.

Pela Teoria da resolutividade, a formação do pólo passivo será diferente, pois, em tal situação, o Judiciário criará, para afastar a omissão regulamentadora, norma (judicial) concreta em favor do impetrante, razão pela qual será necessária a presença no pólo passivo da pessoa jurídica (privada ou pública) que irá suportar as consequências com o resultado do mandado de injunção.

Já pela última teoria, chamada de intermediária, se julgado procedente o pedido contido no mandado de injunção, pode o responsável pela omissão regulamentadora sanar o vácuo legal no prazo fixado pelo órgão judiciário, encerrando a controvérsia, ou se a mora não for afastada no prazo assinalado e a decisão indicar que, após a fluência de prazo determinado, passará o impetrante a gozar do direito não regulamentado, estar-se-á ingressando no patrimônio da pessoa (privada ou pública) que irá suportar as consequências do mandado de injunção.

Acerca deste tema, é importante colacionar as duas posições apresentadas por Luís Roberto Barroso⁴⁸:

A primeira é a de que ela recairia sobre a autoridade ou órgão público a que se imputa a omissão, bem como em litisconsórcio necessário, sobre a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da ordem de Injunção. Se, por exemplo, o legislativo federal se omitir em regulamentar um benefício

⁴⁷ Mazzei Rodrigo Reis Et ali. **Ações Constitucionais**. 3. ed. Editora Podivm, 2008, p. 223-224.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 115.

constitucional outorgado aos segurados da Previdência Social, partes passivamente legitimadas seriam o Congresso e o INSS, a quem caberia, em última análise, suportar as conseqüências de eventual desfecho desfavorável ao impetrante.

A segunda posição em relação a esse tema é no sentido de que a legitimação passiva deve recair, *tout court*, sobre a parte à qual cabe prestar a obrigação decorrente da norma a integrar, ficando de fora o órgão que haja quedado inerte. Todavia, mesmo que não figure como parte, parece de todo conveniente que se dê ciência ao responsável pela omissão, que poderá, inclusive, trazer elementos e informações relevantes para a decisão. **O Supremo Tribunal Federal, no entanto, afastando-se das duas correntes acima firmou jurisprudência no sentido de que a legitimação passiva recai somente sobre a autoridade ou órgão omissor, sem incluir a parte privada ou pública devedora da prestação.** (destaque nosso)

Veja-se precedente do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria:

Mandado de Injunção – limite da taxa de juros reais (CF, art. 192, par. 3) – Congresso Nacional e instituição financeira privada – litisconsórcio passivo incabível – ação judicial de cobrança executiva – suspensão cautelar indeferida – decisão inapreciável em sede de agravo regimental – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido do descabimento de agravo regimental contra despacho do relator que aprecia medida liminar em sede de Mandado de Injunção – somente pessoas estatais podem figurar no pólo 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. A natureza jurídico-processual do instituto do Mandado de Injunção – ação judicial de índole mandamental – inviabiliza, em função do seu próprio objeto, a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre particulares e entes estatais. (MI AgR-335/DF, Rel. Min. Celso e Mello, DJ 17/06/1994, p. 15720)

Cabe asseverar ainda que os particulares não possuem legitimidade passiva *ad causam* para o processo injuncional, pois não lhes compete o dever de emanar as normas reputadas essenciais ao exercício do direito vindicado pelos impetrantes, tal competência pertence unicamente ao Poder Público conforme lições emanadas do doutrinador Alexandre de Moraes⁴⁹, na medida em que somente o Poder Público é que terá a legitimidade passiva, ou o órgão que tem a incumbência de deflagrar o processo de formação do ato regulador, nesse caso, será de quem tem a iniciativa, conforme se depreende das lições do renomado doutrinador José dos Santos Carvalho Filho:

⁴⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 166 e 167.

Outro aspecto a ser comentado é o de que não pode figurar como sujeito passivo do mandado de injunção o órgão que não tem a incumbência de deflagrar o processo de formação do ato regulamentador. Por exemplo, se a lei é da iniciativa do Presidente da República, é esta autoridade que deve ser chamada ao processo, e não a Câmara dos deputados ou o Senado Federal, já que estes só podem atuar se o Presidente der início ao Processo Legislativo⁵⁰.

2.6 Procedimento

Embora esteja previsto no ordenamento jurídico brasileiro, desde 1988, o rito específico do Mandado de Injunção, até hoje carece da adequada regulamentação. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que a norma constitucional definidora do Mandado de Injunção é auto-aplicável, pois não depende de norma jurídica que o regule, devendo ser aplicado como seu procedimento, no que couber, o do Mandado de Segurança, conforme exposto a seguir:

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 ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art. 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Judiciário a Declaração de Inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, 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 oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. – Assim fixada a natureza desse Mandado, e ele, no âmbito da competência desta Corte – que está devidamente definida pelo artigo 102, I, 'q' -, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regule, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do Mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do Mandado de Injunção, nos termos do voto do relator. (MI-QO 107/DF, Min. Rel Moreira Alves, DJ 21-09-1990 PP-09782)

⁵⁰ CARVALHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 19. ed, Lúmen Júris Editora, 2008, p. 928.

É importante transcrever o art. 24, parágrafo único, da Lei nº. 8.038/1990, veja-se:

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 corpus*, serão observadas, no que couber, as normas do Mandado de Segurança, enquanto não editada legislação específica.** (destaque nosso)

Daí Alexandre de Moraes asseverar que: “no mandado de injunção, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica, conforme determina o art. 24, §1º, da Lei nº 8.038/90”.⁵¹

Assim, será observado no Mandado de Injunção o procedimento do Mandado de segurança, “no que couber”. Esta última ressalva diz respeito a algumas hipóteses que, devido à natureza do próprio instituto, não poderão ser utilizadas no Mandado de Injunção. Um exemplo delas é a concessão de medida cautelar. Embora haja posição doutrinária em contrário, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que esta é imprópria ao instituto, conforme pode ser verificado no seguinte precedente:

Mandado de Injunção – Liminar. Os pronunciamentos da Corte são reiterados sobre a impossibilidade de se implementar liminar em Mandado de Injunção – Mandados de Injunção nºs 283, 542, 631, 636, 652 e 694, relatados pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Ellen Gracie e por mim, respectivamente. Ação Cautelar – Liminar. Descabe o ajuizamento de ação cautelar para ter-se, relativamente a Mandado de Injunção, a concessão de medida acauteladora. (AC-AgR 124, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12-11-2004 PP-00006)

Na petição inicial, deve o impetrante expressamente apontar o dispositivo constitucional carecedor de regulamentação. Conforme já mencionado, deve a norma estar dependente de regulamentação ulterior, portanto não é cabível a impetração de Mandado de Injunção com base em dispositivo constitucional auto-aplicável:

⁵¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 167.

À exceção do preceito do § 3º, o teor do art. 8º do Ato das Disposições Transitórias da Lei Fundamental veio à balha com eficácia plena, sendo imprópria a impetração de Mandado de Injunção para alcançar-se o exercício de direito nele decorrente (MI 626, Rel Min, Marco Aurélio, DJ 18/06/01)

A norma constitucional pode depender de regulamentação por qualquer um dos instrumentos normativos previstos no art. 59. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, na decisão exarada no Mandado de Injunção 32-8/DF, entendeu que:

Mandado de Injunção por falta de norma regulamentadora **que haveria de constar do Regimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. Sendo este um órgão ou autoridade federal (Constituição, art. 21, III) compete, originariamente, ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, "h") o julgamento do pedido." (MI 32-8/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJU 7/12/1990, p. 14639) (destaque nosso)

Todavia, deve-se ressaltar que ocorrendo a regulamentação da norma objeto de Mandado de Injunção, no decorrer do processo, será decretada a sua extinção, por perda do objeto. Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº. 575-AgR: "Uma vez editada a lei em relação à qual restou apontada omissão, tem-se a perda de objeto do Mandado de Injunção. (MI 575-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26/02/99)

O impetrante deverá demonstrar, ainda, a ocorrência da mora legislativa. Em relação a esta, não é necessário que haja qualquer prazo expresso na Constituição para o exercício do legislador; estará caracterizada quando se verificar decorrido tempo razoável sem que tenha sido realizada a regulamentação necessária da norma constitucional. Tal razoabilidade será analisada considerando-se ainda o relevo da matéria a ser tratada.

É importante mencionar que só a existência da norma regulamentadora tem o poder de afastar a mora do legislador, e, conseqüentemente, a admissibilidade do Mandado de Injunção, mas não a mera pendência de projetos de atos normativos para a sua regulamentação.

Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº. 107-QO:

Mora legislativa: exigência e caracterização: critério de razoabilidade. A mora, que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa, é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da lei fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar. Juros reais (CF, art.192, § 3º) passados quase cinco anos da Constituição e dada a inequívoca relevância da decisão constituinte paralisada pela falta da lei complementar necessária a sua eficácia, conforme já assentado pelo STF (ADI 4, DJ 25/06/93, Sanches), declara-se inconstitucional a persistente omissão legislativa a respeito, para que a supra o Congresso Nacional. Mandado de Injunção: natureza mandamental (MI 107 QO, M. Alves, RTJ 133/11). Descabimento de fixação de prazo para o suprimento da omissão constitucional, quando, por não ser o estado o sujeito passivo do direito constitucional de exercício obstado pela ausência da norma regulamentadora (V.G, MI 283, Pertence, RTJ 135/882), não seja possível cominar conseqüências a sua continuidade após o termo final da dilação assinada.” (MI 361, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17/06/94).

Acerca desse tópico, é preciso trazer a lume a informação de que se encontra tramitando no Congresso Nacional, o projeto de lei nº 6.128, de 2009, de autoria do Deputado Federal Flávio Dino, que disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo.

2.7 Competência

A competência para o julgamento do Mandado de Injunção se estabelece de acordo com a autoridade responsável pela elaboração da norma regulamentadora, isso significa que, a competência será definida conforme seja a autoridade responsável pela edição da norma inexistente.

Algumas regras vêm disciplinadas na própria Constituição Federal de 1988, conforme se depreende, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
[...]

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

[...]

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o "habeas-corpus", o Mandado de segurança, o "habeas-data" e o Mandado de Injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

[...]

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

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

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

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

V - denegarem "habeas-corpus", Mandado de segurança, "habeas-data" ou Mandado de Injunção. (destaques nosso)

Não há previsão constitucional expressa para a competência dos Tribunais Regionais Federais e para os juízes federais. Todavia, o Supremo Tribunal Federal quando do Julgamento do MI 571-SP⁵², entendeu ser da competência da Justiça Federal o julgamento dos mandados de injunção contra entidade federal da administração indireta.

Nos Estados, normalmente a competência para o processo e julgamento de Mandados de Injunção é dos Tribunais de Justiça, contudo esclarece Luís Roberto Barroso:

Não haveria inconstitucionalidade em atribuí-la aos juízes de primeiro grau em determinadas hipóteses, notadamente quando a omissão fosse em relação a norma municipal. Não serão, todavia, hipóteses corriqueiras, pois a natureza dos direitos resguardáveis por Mandado de Injunção normalmente reclamará lei federal.

⁵²Mandado de injunção: omissão normativa imputada a autarquia federal (Banco Central do Brasil): competência originária do Juiz Federal e não do Supremo Tribunal, nem do Superior Tribunal de Justiça: inteligência da ressalva final do art. 105, I, h, da Constituição.(MI 571 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/1998, DJ 20-11-1998 PP-00005 EMENT VOL-01932-01 PP-00041)

2.8 Decisão e seus efeitos

Conforme já mencionado, o Mandado de Injunção carece de regulamentação própria. Portanto, muita especificidade relativa a este instituto se deve à construção jurisprudencial e doutrinária. A natureza jurídica e os efeitos das suas decisões, por exemplo, é matéria que oscila conforme o pensamento jurisprudencial dominante.

Alexandre de Moraes⁵³ apresenta as correntes existentes no Supremo Tribunal Federal acerca da natureza jurídica do Mandado de Injunção e seus efeitos:

Em relação à natureza jurídica da decisão judicial no Mandado de Injunção e seus efeitos, necessário transcrevermos parcialmente o pronunciamento do Ministro Néri da Silveira, que com absoluta clareza resumiu as posições existentes no Supremo Tribunal Federal em relação ao Mandado de Injunção:

Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos Mandados de Injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do Mandado de Injunção nº. 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do Mandado de Injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do Mandado de Injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício dos direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto. É, por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a

⁵³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 170.

Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. Esse tem sido o sentido de meus votos, em tal matéria. De qualquer maneira, porque voto isolado e vencido, não poderia representar uma ordem ao Congresso Nacional, eis que ineficaz. De outra parte, em se cuidando de voto, no julgamento de processo judicial, é o exercício, precisamente, da competência e independência que cada membro do Supremo Tribunal Federal tem, e necessariamente há de ter, decorrente da Constituição, de interpretar o Sistema da Lei Maior e decidir os pleitos que lhe sejam submetidos, nos limites de autoridade conferida à Corte Suprema pela Constituição. (destaque nosso)

Dessa forma, é possível classificar, segundo a doutrina de Alexandre de Moraes, as diversas posições em relação aos efeitos do Mandado de Injunção a partir de dois grandes grupos: concretista e não concretista. Pela posição concretista; presentes os requisitos constitucionais, exigidos para o Mandado de Injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que se sobrevenha regulamentação do poder competente. Essa posição divide-se em duas espécies: concretista geral e concretista individual, conforme a abrangência de seus efeitos.⁵⁴

Pela concretista geral, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Essa posição é pouco aceita na doutrina, pois como ressaltado pelo Ministro Moreira Alves, ao proclamar em sede de Mandado de Injunção, uma decisão com efeitos *erga omnes* estaria o Supremo, juiz ou tribunal que decidisse a Injunção, ocupando a função do Poder Legislativo, o que seria claramente incompatível com o sistema da separação de poderes.

Pela concretista individual, a decisão do Poder Judiciário só produzirá efeitos para o autor do Mandado de Injunção, que poderá exercitar plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional.

Essa espécie, no Supremo Tribunal Federal, se subdivide em duas: direta e intermediária. Pela primeira, concretista individual direta, o Poder Judiciário

⁵⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 170

imediatamente ao julgar procedente o Mandado de Injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor. Assim, os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio entendem que a constituição criou mecanismos distintos voltados a controlar as omissões inconstitucionais, que são a inconstitucionalidade por omissão, inscrita no art. 103 da CF, e o Mandado de Injunção, estabelecido pelo inc. LXXI, art. 5º da mesma Carta. Como afirmado pelo Ministro Marco Aurélio, “sob a minha ótica, o Mandado de Injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, a impetrante”.⁵⁵

Pela segunda, concretista individual intermediária, posição do Ministro Néri da Silveira, após julgar a procedência do Mandado de Injunção, fixa ao Congresso Nacional o prazo de 120 dias para a elaboração da norma regulamentadora. Ao término desse prazo, se a inércia permanecer o Poder Judiciário deve fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor.⁵⁶

Por derradeiro, temos posição não concretista, adotada pela jurisprudência clássica no Supremo Tribunal Federal, que atribuía ao Mandado de Injunção a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público

[...] em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, buscando-se, com essa exortação ao legislador, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do writ como fundamento da prerrogativa que lhe foi outorgada pela Carta Política.

Sendo esse o conteúdo possível da decisão injuncional, não há que se falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente prevista, mas, tão-somente, deverá ser dada ciência ao poder competente para que edite a norma faltante.

Critica-se essa posição por tornar os efeitos do Mandado de Injunção idênticos aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), apesar de serem institutos diversos. Todavia, é importante mencionar que a

⁵⁵ Ob. cit, p. 171.

⁵⁶ Ob. cit., p. 171 e 172.

jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal tem se modificado, assumindo uma posição mais semelhante à concretista geral mencionada por Alexandre de Moraes.

Tal mudança foi registrada por Luís Roberto Barroso:

Após o ímpeto inicial de rejeição às potencialidades do novo remédio constitucional, o Supremo Tribunal Federal parece haver se sensibilizado com a crítica dos doutrinadores e com a discordância dos tribunais inferiores. Deveras, sem acolher plenamente as idéias aqui sustentadas, a Corte evoluiu em relação à sua postura original, que praticamente equiparava o Mandado de Injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A nova visão do Supremo Tribunal começou a se delinear no julgamento de Mandado de Injunção impetrado com fundamento no art 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988. Tal dispositivo prevê que os cidadãos afetados por atos discricionários do Ministério da Aeronáutica, editados logo após o movimento militar de 1964, fazem jus a uma “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”.

A lei não foi editada no prazo previsto. Foi impetrado, assim, o MI 283-5, sob o fundamento de que o exercício de um direito subjetivo constitucional era obstado por tal omissão legislativa. No acórdão, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, decidiu a Suprema Corte que, em substituindo a lacuna legislativa, após o prazo dado para a purgação da mora, seria possível ao titular obter reparação por perdas e danos. O mesmo acórdão cuidou de deixar remarcado que, além de declarar a mora do legislador, o Mandado de Injunção era deferido para: assinar o prazo de 60 dias para que se ultimasse o processo legislativo, inclusive a sanção presidencial; s, ultrapassado esse prazo, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter contra a União, pela via processual adequada, a reparação devida; d) declarar que, prolatada a sentença condenatória, a superveniência de lei não prejudica a coisa julgada, que, entretanto, não impede o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, no que lhe for mais favorável.⁵⁷

É importante registrar aqui, que há alguns julgamentos proferidos no decorrer do ano de 2007 que demonstram uma importante modificação no posicionamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se demonstrará abaixo. É o caso do julgamento do Mandado de Injunção nº. 689,

⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 126-127.

versando sobre a efetividade da norma inscrita no art. 37, VII, da Constituição Federal, em que o Supremo Tribunal Federal havia decidido no seguinte sentido:

MANDADO DE INJUNÇÃO. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA INSCRITA NO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89, QUE REGE O DIREITO DE GREVE NA INICIATIVA PRIVADA, ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. MANDADO DE INJUNÇÃO UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DO MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO-CONHECIMENTO. 1. O acesso de entidades de classe à via do Mandado de Injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. Este Tribunal entende que a utilização do Mandado de Injunção como sucedâneo do Mandado de segurança é inviável. Precedentes. 3. O Mandado de Injunção é ação constitutiva; não é ação condenatória, não se presta a condenar o Congresso ao cumprimento de obrigação de fazer. Não cabe a cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa 4. Mandado de Injunção não conhecido. (MI nº. 689 / 2006, Rel Min. Eros Grau, DJ 18/08/2006)

Essa mesma linha de inteligência pode ser observada no julgamento dos Mandados de Injunção nº. 670, 708 e 712, nos quais se buscava assegurar o direito de greve de alguns servidores públicos, impugnando a omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar o artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, embora não tenha sido por meio de decisão unânime, o STF propôs a aplicação da Lei nº. 7.783/1989 como solução para a omissão legislativa, conforme exposto a seguir:

O Tribunal, por maioria, conheceu do Mandado de Injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº. 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. (MI 670, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ 06/11/2007)

O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do Mandado de Injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº. 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações.” (MI 708, Rel. Min. Gimar Mendes, DJ 06/11/2007)

O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do Mandado de Injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº. 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações.” (MI 712, Rel. Min. Eros Grau, DJ 06/11/2007)

Para o Ministro Celso de Mello:

[...] não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis - a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.⁵⁸

Nos mandados de injunção sobre o direito de greve o Tribunal afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma função típica legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.

Entendeu-se naquela ocasião que, necessitava-se refletir sobre a adoção, como alternativa provisória para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditiva ou modificativa, que em geral são aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora “solução constitucionalmente obrigatória”.

Desse modo, ficou assentado que a disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, no que tange às denominadas atividades essenciais, é especificamente delineada nos artigos 9º a 11º da Lei 7.783/89 e que, no caso de aplicação dessa legislação à hipótese do direito de greve dos servidores públicos, afigurar-se-ia inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro.

⁵⁸ Voto proferido no MI 670 e 712

Nesse diapasão, tendo em conta que ao legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo, tão-somente, dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, admitindo o exercício do direito de greve pelos servidores públicos nos moldes da Lei 7.783/89.

Assim, conforme exposto, o STF alterou drasticamente sua posição em recente julgamento, nos Mandados de Injunção (MI) n. 670, n. 708 e n. 712, impetrados para viabilização do direito de greve aos servidores públicos, reconhecendo a aplicabilidade do art. 9º da CF, conferindo dessa maneira efeitos concretos ao mandado de injunção.

A partir desses julgamentos, a posição vigente no STF passou de declaratória para mandamental, mais comprometida com a efetividade do direito em face da ausência de legislação. Antes a colenda corte só reconhecia a mora do legislador. Agora, com a mudança de rumos, determinou-se, ante o reconhecimento da inércia, a aplicação do direito, que foi o caso da subsunção da Lei de Greve (Lei n. 7.783/89) aos servidores públicos, objeto dos *writs* injuncionais em comento, em estreita ligação com a denominada “teoria dos freios e contrapesos”, reconhecendo a possibilidade do exercício de harmonia na relação entre Poder Judiciário e Legislativo, também mencionada no art. 2.º da CF, em face da instrumentalidade de mecanismos de controle recíprocos.

O mais curioso, porém, no caso do julgamento do direito de greve aos servidores públicos é que as três ações injuncionais citadas foram impetradas por entidades específicas, ou seja, uma do Pará, outra do Espírito Santo e a última do Município de João Pessoa, na Paraíba, e, curiosamente, o STF atribuiu efeitos *erga omnes* em sua decisão, estendendo a funcionalidade do direito de greve não somente aos impetrantes, mas também a todos os outros servidores do País, restando vencidos, nessa parte, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio Mello, que se posicionaram na tradição de o mandado de injunção ter efeitos apenas “inter partes” (*concretista individual*).

No contexto, a clássica visão de ação individual do mandado de injunção perde sua característica, reconhecendo-se o efeito geral ao *writ*. Ou seja, adotou o

STF, no caso, a *posição concretista geral*, defendida pelo doutrinador Alexandre de Moraes, assegurando efeitos *erga omnes*, que poderá ser restringido, excepcionalmente, em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (art. 27 da Lei n. 9.868/99⁵⁹).

Esse, portanto, é o novo perfil dos efeitos do julgamento do mandado de injunção, cuja decisão passa de efeitos *“inter partes”* para concretos gerais (*erga omnes*), estando todos os servidores públicos do País aptos a exercerem o direito de greve, estampado no bojo da Lei n. 7.783/89.

Assim, pode-se concluir que o STF vem consagrando a teoria concretista geral.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal adotou posição privilegiando o caráter mandamental do Mandado de Injunção, em decisão exarada no MI nº. 721:

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. 8.213/1991. (MI nº 721, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 30/11/2007)

Decisão bem diferente da anteriormente exarada no MI nº. 444:

Direito Constitucional e Processual Civil. Mandado de Injunção. Servidores autárquicos. Escola Superior de Agricultura de Lavras - ESAL (autarquia federal sediada em Lavras, Minas Gerais). Aposentadoria especial. Atividades insalubres. Artigos 5., inc. LXXI, e 40, par. 1., da Constituição Federal. 1. O par. 1. do art. 40 da C.F.

⁵⁹ Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

apenas faculta ao legislador, mediante lei complementar, estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", ou seja, instituir outras hipóteses de aposentadoria especial, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. **2. 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. 3. Descabimento do Mandado de Injunção, por falta de possibilidade jurídica do pedido, em face do disposto no inc. LXXI do art. 5. da C.F., segundo o qual somente e de ser concedido Mandado de Injunção, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes a nacionalidade, a soberania e a cidadania. 4. Mandado de Injunção não conhecido.** Votação unânime. (MI nº. 444, Rel Min. Sydney Sanches, DJ 04/11/1994) (destaque nosso)

Observa-se, assim, que a jurisprudência está passando a reconhecer o caráter mandamental do mandado de injunção, atribuindo às suas decisões efeitos concretos, na medida em que materializa o direito pleiteado pelo impetrante.

Recentemente, foi veiculado no Informativo nº 632⁶⁰ o início do julgamento de um conjunto de mandados de injunção, ante a ausência de regulamentação do art. 7º, XXI, da CF, relativo ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

⁶⁰ O Plenário iniciou julgamento conjunto de mandados de injunção em que se alega omissão legislativa dos Presidentes da República e do Congresso Nacional, ante a ausência de regulamentação do art. 7º, XXI, da CF, relativamente ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço ("Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;"). Na espécie, os impetrantes, trabalhadores demitidos sem justa causa após mais de uma década de serviço, receberam de seu empregador apenas um salário mínimo a título de aviso prévio. O Min. Gilmar Mendes, relator, ao reconhecer a mora legislativa, julgou procedente o pedido. Inicialmente, fez um retrospecto sobre a evolução do Supremo quanto às decisões proferidas em sede de mandado de injunção: da simples comunicação da mora à solução normativa e concretizadora. Destacou que, no tocante ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, o Min. Carlos Velloso, em voto vencido, construiu solução provisória fixando-o em "10 dias por ano de serviço ou fração superior a 6 meses, observado o mínimo de 30 dias". Aduziu, entretanto, que essa equação também poderia ser objeto de questionamento, porquanto careceria de amparo fático ou técnico, uma vez que a Constituição conferira ao Poder Legislativo a legitimidade democrática para resolver a lacuna. O Min. Luiz Fux acrescentou que o art. 8º da CLT admitiria como método de hetero-integração o direito comparado e citou como exemplos legislações da Alemanha, Dinamarca, Itália, Suíça, Bélgica, Argentina e outras. Apontou, ainda, uma recomendação da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre a extinção da relação trabalhista. Por sua vez, o Min. Marco Aurélio enfatizou que o critério a ser adotado deveria observar a proporcionalidade exigida pelo texto constitucional e propôs que também se cogitasse de um aviso prévio de 10 dias — respeitado o piso de 30 dias — por ano de serviço transcorrido. O Min. Cezar Peluso sugeriu como regra para a situação em comento que o benefício fosse estipulado em um salário mínimo a cada 5 anos de serviço. O Min. Ricardo Lewandowski, por seu turno, mencionou alguns projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional. Diante desse panorama, o relator acentuou a existência de consenso da Corte quanto ao provimento do writ e à necessidade de uma decisão para o caso concreto, cujos efeitos, inevitavelmente, se projetariam para além da hipótese sob apreciação. Após salientar que a

No curso dos debates em torno dos Mandados de Injunção nºs 943, 1010, 1074 e 1090, os ministros observaram que a Suprema Corte deveria manter o avanço em relação às decisões anteriores de omissão legislativa, em que ao invés de apenas advertir o Congresso Nacional sobre a necessidade de regulamentar o respectivo dispositivo invocado, estabeleceria a regra para o caso, até o Congresso regular a questão.

Ainda no curso dos acalorados debates no STF, foi rememorado os dois precedentes importantes em que a Corte, com base em parâmetros já existentes, estabeleceu regras para vigerem, enquanto não houver regulamentação legislativa sobre a questão, quais sejam, o MI 721, que tratou da omissão legislativa relativa ao parágrafo 4º do artigo 40 da CF, que confere o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre, tendo o STF adotado como parâmetro o sistema do Regime Geral de Previdência Social (artigo 57 da Lei 8.213/1991), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada.

O outro precedente citado no aludido debate foi o MI 708, no qual, a Suprema Corte solucionou a omissão legislativa, em relação ao direito de greve do servidor público, determinando a aplicação das regras vigentes para o setor privado- Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989- até que seja efetivada a regulamentação do dispositivo constitucional, previsto no art. 37, inc. VII, da CF.

No caso dos Mandados de Injunção acerca da omissão do aviso prévio proporcional, o Congresso Nacional, ante a iminência da Corte regular a questão, terminou por editar, em 11 de outubro de 2011, a Lei n. 12.506, que regulamentou a questão.

Conforme visto, ao decidir dar efeitos concretos ao Mandado de Injunção, suprimindo a norma faltante para o exercício dos direitos e garantias constitucionais, o STF modificou a posição que vinha seguindo até então. Com isso, O Tribunal

mudança jurisprudencial referente ao mandado de injunção não poderia retroceder e, tendo em conta a diversidade de parâmetros que poderiam ser adotados para o deslinde da controvérsia, indicou a suspensão do julgamento, o qual deverá prosseguir para a explicitação do dispositivo final. MI 943/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 22.6.2011. (MI-943) MI 1010/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 22.6.2011. (MI-1010) MI 1074/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 22.6.2011. (MI-1074) MI 1090/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 22.6.2011. (MI-1090).

terminou expandindo o seu âmbito de atuação, passando a exercer uma função tradicionalmente associada ao poder legislativo, que é a de criar as normas que vão reger a sociedade. Ao adotar essa posição, questiona-se se o STF está ferindo o princípio da separação dos poderes e usurpando função que é do poder legislativo?.

3. AS RECENTES DECISÕES DO SUPREMO X PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

3.1 Linhas gerais sobre o princípio da separação de poderes

O princípio da separação dos poderes exerceu enorme influência sobre as constituições no mundo e especialmente sobre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabeleceu no artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Em linhas gerais da doutrina acerca do aludido princípio, afirma-se que o mesmo surgiu no âmbito da Ciência Política e foi consagrado por Montesquieu, no capítulo VI, livro XI, da obra “O Espírito das Leis” (1748). Nessa construção teórica, a grande preocupação era a salvaguarda da liberdade e o afastamento da tirania por meio da limitação do poder absolutista do Estado mediante a distribuição das funções típicas do poder político em órgãos distintos.

Apesar de referida doutrina já ter sido esboçada na antiguidade por Aristóteles que, em sua obra “A Política”, havia vislumbrado a divisão das funções estatais em legislativo, executiva e administrativa, coube a Montesquieu, autor francês, a sistematização da teoria da separação de poderes na concepção que hoje conhecemos: Legislativo, Executivo e Judiciário⁶¹.

Na conceituação original do autor teríamos o poder legislativo responsável pela elaboração de leis; o “poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes” (executivo) responsável pela política externa e pela promoção da segurança e, por fim, o “poder executivo das coisas que dependem do direito civil” (judiciário)

⁶¹ Há aqueles que divergem da orientação clássica dominante sobre a tríplice divisão de funções. Oswaldo Aranha Bandeira de Melo propõe uma classificação dual das funções do Estado em função administrativa e jurisdicional. Explica que a função legislativa e executiva correspondem a uma mesma faculdade do Estado, qual seja realização e integração da ordem social e, por isso, comporiam a função administrativa. Argumenta que a função administrativa (poder político) garantiria a integração da ordem jurídica, mediante seu estabelecimento e sua atuação. A função jurisdicional (poder jurídico) asseguraria a reintegração da ordem jurídica, dizendo o direito para resolução do conflito e afirmação do direito vigente. Em que pese ambas se sirvam do direito, a função administrativa tem o direito como instrumento para sua atividade, enquanto que a função jurisdicional tem o direito como sua razão própria de ser, como objeto final. Aduz ainda que, somente harmonicamente conjugados, os poderes legislativo e executivo levaria a efeito a função pública. Ademais, menciona ainda que outros autores, como dividem as funções estatais em normativa e executiva. Esta última reuniria funções administrativa e jurisdicional, como formas diversas de execução da lei. (*in*, Princípios Gerais de direito administrativo. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, pp. 26 a 33).

com a incumbência de punir os crimes e julgar as pendências entre os particulares.⁶² Na concepção de Montesquieu, o poder judiciário seria neutro, nulo: "*Dos três Poderes de que falamos, o de julgar é de certo modo nulo. Não restam senão dois*"⁶³. Veja-se, a propósito, trecho da sua obra.⁶⁴

Existe em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.

A limitação ao poder estatal trazida pela teoria da separação de poderes de Montesquieu trouxe importante avanço para as liberdades individuais e, por essa razão, serviu de fonte inspiradora para documentos históricos como, por exemplo, a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, primeira constituição escrita a acolher integralmente a doutrina de Montesquieu.

Com efeito, importante aspecto da doutrina da separação de poderes repousa na ideia de que cada poder possua um titular próprio, impedindo-se que as funções típicas de Estado se reúnam em um único titular. A finalidade é impedir que o poder se torne tirano, preservando-se o exercício das funções de legislar, julgar e executar.⁶⁵

A repartição dos poderes tem como principal objetivo impedir as mais variadas formas de autoritarismo, tendo em vista que os poderes devem ser harmônicos e independentes entre si.

Por conta disso, Montesquieu propôs a divisão do estado em três poderes, cada qual detendo funções **típicas e distintas**.

⁶²Curiosamente a construção teórica partiu de um juízo equivocado sobre a Constituição da Inglaterra, optante do regime parlamentarista, em que inexistia uma separação de poderes estatais na forma idealizada pelo próprio Montesquieu, mais afeiçoado ao regime presidencialista. Segundo BONAVIDES, tratou-se de um "glorioso equívoco" (in **Teoria Geral de Estado**, 8ª edição, revista e atualizada, Editora Malheiros, 2010, p. 271 e 290).

⁶³ *O espírito das leis*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 173.

⁶⁴ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Editora Nova Cultural. 1997, p. 201.

⁶⁵Loewenstein, já desde o século XVIII, entendia o princípio da separação de poderes como simples distribuição de poderes (in Dallari, ob. cit. p. 219).

Entende-se por funções típicas aquelas em que cada um dos Poderes exerce de forma independente e autônoma, não necessitando, conseqüentemente, de intervenção ou de qualquer auxílio para o desempenho a contento de suas funções. Novamente valiosas são as lições de José Afonso da Silva:

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 lhes 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 seus regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que ao Chefe do Executivo incumbe a organização da administração pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos.⁶⁶

Segue também, a lição de Paulo Bonavides⁶⁷, que ao comentar a obra de Montesquieu, destaca a separação dos poderes como forma de se garantir a liberdade do cidadão:

a liberdade política, como artigo constitucional, requer indispensavelmente a técnica separatista, seu principal ponto de sustentação. O regime de separação complementa de tal modo aquele conceito de liberdade política do cidadão que Montesquieu assinala categoricamente dever o governo organizar-se segundo tais preceitos que nenhum cidadão possa temer outro cidadão. A separação dos Poderes é, pois, o remédio Supremo.

Dessa forma, por intermédio da divisão dos poderes, a liberdade individual de cada ser humano seria observada e garantida.

Voltando aos contornos tracejados por Montesquieu⁶⁸, como forma de manter-se o equilíbrio, nenhum poder poderia sobrepor-se ao outro. Em resumo, o poder freia o poder, não se permitindo que um se sobreponha ao outro.

⁶⁶ DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. Editora Malheiros, 1999, p. 114.

⁶⁷ BONAVIDES Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2010, p. 291.

⁶⁸ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**". São Paulo: Editora Nova Cultural. 1997, p. 209

Hodiernamente, contudo, o princípio da separação dos poderes tem um enfoque diferente de outrora. Se antes, uma divisão rígida de funções garantia a liberdade do cidadão com a limitação do poder autoritário e soberano do Estado, hoje, entretanto, a sociedade evoluída, que já possui a liberdade garantida, reclama pela implementação dos direitos sociais, por meio de uma atuação positiva do Estado.

Essa atuação positiva do Estado muitas vezes vai necessitar de uma maior interação entre os poderes, ou até mesmo, a interferência de um sobre o outro, trazendo novos contornos sobre o princípio da separação dos poderes, especialmente, no que toca ao conceito de independência.

Nessa linha, o doutrinador José Afonso da Silva menciona que a ampliação da atividade estatal e as novas formas de relacionamento entre órgãos políticos (mais complexas) não se coadunam com a rigidez estanque da separação de poderes idealizada, chegando a mencionar que estaríamos próximos a um sistema de “colaboração de poderes”⁶⁹.

Diferente não é o pensamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o qual leciona sabiamente que:

Em realidade, essa tripartição não tem o rigor necessário para ser acarretada como científica. De fato, é fácil mostrar que as funções administrativas e jurisdicionais têm no fundo a mesma essência, que é a aplicação da lei a casos particulares. A distinção entre ambas pode estar no modo, no acidental, portanto, já que substancialmente não existe. Por outro lado, a função legislativa não esgota a edição de regras gerais e impessoais. Tradicionalmente inclui-se na função administrativa o estabelecimento de regulamentos, cujo conteúdo são também regras gerais e impessoais.⁷⁰

Ressalta também o professor Dallari⁷¹, que o atual cenário exige maior atuação do Estado, com significativa ampliação de sua esfera de atuação, incompatível com o lento processo legislativo e formas burocráticas de atuação.

⁶⁹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. Editora Malheiros, 1999, p. 113.

⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.136.

⁷¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 219.

Ainda segundo Dalmo Dallari instrumentos de delegação de poderes e de transferência constitucional de competências constituem tentativas artificiais de flexibilização ao princípio da separação de poderes. E conclui dizendo⁷²:

Como fica evidente e a experiência tem comprovado, tais soluções são artificiais, pois mantêm uma organização sem manterem o funcionamento que determinou sua criação. Na verdade, as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. É necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos.

Nessa linha de intelecção cabe também trazer à colação o pensamento dos doutrinadores Mendes, Coelho e Branco acerca do tema⁷³:

“... o princípio da separação dos poderes nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam”.

Nesse contexto de “modernização”, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder executivo, como as nossas medidas provisórias- que são editadas com força de lei- **bem assim a legislação judicial, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é freqüente a criação de normas de caráter geral como as sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade...**” (grifei)

Assim, os ensinamentos antes mencionados são unânimes em afirmar que o princípio da separação dos poderes não pode ser interpretado de maneira estanque, devendo sê-lo de forma hermenêutica para fins de adequação ao texto constitucional.

De fato, no texto constitucional encontra-se fundamento para que um poder atue na esfera de competência do outro, através do exercício de atividades

⁷² Ob. Cit, p.220

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO Inocêncio Mártires, BRANCO Paulo Gustavo Gonet- **Curso de Direito Constitucional**, 4. ed .Editora Saraiva, 2009, p.178.

atípicas, o que antes não poderia ser feito à luz da teoria clássica do princípio da separação de poderes.

Sobre esse tópico, faz-se necessário trazer à baila o entendimento de José Afonso da Silva, que ao dissertar sobre a exceção ao princípio da separação dos poderes, discorre:

As constituições anteriores estabeleciam o princípio da divisão dos poderes, especificando que era vedado a qualquer dos poderes delegar atribuições, e quem fosse investido na função de um deles não poderia exercer a de outro, salva as exceções nelas previstas. Essas especificações realmente são desnecessárias, até porque a Constituição, agora como antes, estabelece incompatibilidades relativamente ao exercício de funções dos poderes (ar. 54), e porque os limites e exceções ao princípio decorrem de normas que comporta pesquisar no texto constitucional.⁷⁴

Conforme afirmado pelo doutrinador supracitado, o próprio texto constitucional já relativiza o princípio da separação dos poderes, trazendo diversas possibilidades de intervenção de um poder pelo outro, através do exercício de atividades atípicas, o que se convencionou chamar de teoria dos “freios e contrapesos”, pelo qual os atos gerais, praticados exclusivamente pelo poder legislativo, consistentes na emissão de regras gerais e abstratas, **limita** o poder executivo, que só pode agir mediante atos especiais, decorrentes da norma geral. Para coibir a exorbitância de qualquer dos poderes de seus limites e competências, dá-se a ação fiscalizadora do poder judiciário.⁷⁵

Acerca do tema, veja-se a baliza trazida pela Suprema Corte:

EMENTA: Separação e independência dos Poderes: freios e contrapesos: parâmetros federais impostos ao Estado membro. I. Os

⁷⁴ DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. Editora Malheiros, 1999, p. 115

⁷⁵ “O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos*. Segundo essa teoria os atos que o estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são atos especiais. Os **atos gerais**, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência”(Dallari, Dalmo de Abreu, Elementos de Teoria Geral do Estado. 30. ed .Editora Saraiva. 2011. p. 218)

mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os "freios e contrapesos" admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes. II. Conseqüente plausibilidade da alegação de ofensa do princípio fundamental por dispositivos da L. est. 11.075/98-RS (inc. IX do art. 2º e arts. 33 e 34), que confiam a organismos burocráticos de segundo e terceiro grau do Poder Executivo a função de ditar parâmetros e avaliações do funcionamento da Justiça: medida cautelar deferida. (ADI 1905 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/1998, DJ 05-11-2004 PP-00005 EMENT VOL-02171-01 PP-00008 LEXSTF v. 26, n. 312, 2005, p. 77-92)

Desse modo, deve-se interpretar a teoria dos freios e contrapesos como mecanismo previamente estabelecido na Constituição de controle recíproco entre os poderes.

Como exemplos da aplicação da aludida teoria, extraídos do texto constitucional, podemos citar a possibilidade do Poder Executivo editar medidas provisórias com força de lei, vetar as leis produzidas pelo Congresso Nacional, nomear os membros do Poder Judiciário, o Poder Legislativo de rejeitar o veto do Executivo, julgar o Presidente da República no processo de *impeachment*, o Poder Judiciário de estabelecer seu regimento interno e organizar o seu quadro de servidores.

Na lição de Canotilho⁷⁶, o princípio da separação de poderes é um princípio estrutural da organização do poder político (princípio estrutural-conformador do domínio político) na perspectiva de uma repartição vertical e horizontal de funções e de competências.

Entende-se por repartição vertical o aspecto do princípio da separação de poderes que delimita as competências e as relações de controle segundo critérios territoriais (competências dos estados central, regionais e locais), ao passo que a repartição horizontal significa a classificação tradicional das funções dos órgãos de soberania em legislação, execução e jurisdição.

Ainda nas lições emanadas do doutrinador de Coimbra, dessume-se que para ele não importa tanto a natureza do ato, se legislativo, judicial ou administrativo,

⁷⁶ CANOTILHO. J.J Gomes. **Direito Constitucional**, 7 ed. Almedina, 2000, p. 556.

mas sim, se **pode ser feito** por aquele órgão e se é realizado de **forma legítima**, desde que não interfira no **núcleo essencial do poder político**. Vejamos importante trecho do autor⁷⁷:

O que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima.

A justeza de uma decisão pode justificar uma compartimentação de funções não coincidentes como uma rígida separação orgânica. O exercício de poderes administrativos pelo parlamento (ex.: funções de polícia pelo seu presidente), o exercício de funções legislativas pelo Governo (cfr. CRP, art. 198º), o exercício de funções administrativas pelo juiz, são apenas exemplos de ordenação funcional não coincidente com arquétipos apriorísticos e que só nos contextos constitucionais concretos deve ser explicada. **A sobreposição das linhas divisórias de funções não justifica, por si só que se fale de «rupturas de divisão de poderes».** Estas rupturas ou desvios do princípio da divisão de poderes só são, porém, legítimos se e na medida em que não interfiram com o núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes.

(...)

A adequação funcional pressupõe que o órgão ou órgãos de soberania é, do ponto de vista estrutural, constitucionalmente idôneos e adequados para o exercício de funções que, a título específico ou primários, lhes são atribuídas (ex.: a Assembléia da República é um órgão adequado para legiferar; o Governo é um órgão apto para executar e administrar; os tribunais estruturam-se de forma a exercer com racionalidade a função jurisdicional). **Os autores falam mesmo a este propósito de «estrutura orgânica funcionalmente justa».** (destaquei)

Por derradeiro, Canotilho prossegue sua exposição elencando critérios de ordenação das funções estatais que, segundo ele, seriam “modelos” do balanceamento (*cheks and balances*), do núcleo essencial e da justiça funcional (ou justeza funcional). O primeiro é o conhecido modelo **de freios e contrapesos** que visa estabelecer um controle recíproco entre os poderes e um sistema de interferências entre eles para encontrar o equilíbrio necessário e prevenir desvio e arbítrio⁷⁸. Os outros dois critérios seriam o da justeza funcional que parte da ideia de

⁷⁷ Ob. cit., pp. 251, 252 e 558.

⁷⁸ Através da atribuição a um órgão ou grupo de órgãos de uma função específica fundamental, visa-se obter o velho desiderato do equilíbrio de poderes e de um governo moderado, tal como Montesquieu o definiu impressivamente: “Pour qu’on NE pûisse pás abuser Du pouvoir Il fault que,

que a separação de poderes pressupõe uma estrutura orgânica funcionalmente adequada e o critério do núcleo essencial, que seria a pedra angular na ordenação das funções do Estado, na medida em que preconiza a delimitação de espaços intangíveis de cada poder e veda-se a atribuição de funções materiais que resultem o esvaziamento do papel desempenhado por outro poder.

Embora esses dois últimos critérios sejam de uma importância ímpar, o critério fundamental que está sendo objeto de desenvolvimento nesse trabalho como mecanismo justificável de interferência do Poder Judiciário, ante uma omissão do Poder legislativo, é o primeiro eleito por Canotilho, qual seja: o sistema de freios e contrapesos.

Isso porque, o Supremo Tribunal Federal passou, gradativamente, a aplicar a teoria dos “freios e contrapesos”, como fundamentação de seus julgados em caso de omissão do Poder legislativo, sem que isso configure ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Embora a Constituição reconheça e assegure a separação dos poderes, tal princípio poderá ser visto sobre outra vertente, a fim de que não acarrete a violação de direitos e garantias fundamentais, ou afete a liberdade, a cidadania ou a soberania popular, ante a inércia de um dos Poderes. Para tanto, é importante que haja uma cooperação flexível entre os eles.

É justamente em virtude dessa flexibilidade entre os poderes, necessária para assegurar a prevalência dos direitos fundamentais, que o mandado de injunção pode representar um eficaz instrumento de efetividade da Constituição Federal.

par la disposition des choses, Le pauvoir arrê Le pouvoir: (De E'Espitir des Lois, 1748, Livro XI, Cap. IV).

Esta idéia de governo moderado centrada no balanço e controlo recíproco de poderes configura-se e concretiza-se de forma diversa nos vários ordenamentos constitucionais, mas fundamentalmente os esquemas são os seguintes: (1) complexo sistema de corresponsabilidades e interdependências dado que, por ex., entre nós, na função legislativa não participa apenas a AR, pois, por um lado, os actos legislativos carecem de promulgação e assinatura do PR (arts. 134 e 136) e de referenda do Governo (art. 140.), e, por outro lado, a AR não tem o monopólio da legiferação, cabendo ao governo fazer atos com valor legislativo como são os decretos-leis 9Ar. 198); (2) um sistema de balanço em que a escolha, nomeação e manutenção de vontade de outros órgãos (por ex., a nomeação e manutenção do Governo depende de AR e PR, a AR pode ser dissolvida pelo PR); (3). O sistema de freios e de balanços constitucionalmente estabelecido aponta para a ilegitimidade de qualquer deslocação de peso funcional conducente a um cesarismo presidencial, a absolutismo parlamentar ou a uma autocracia do governo. (CANOTILHO. J.J Gomes. **Direito Constitucional**, Almedina, 7ª ed. 2000, p. 558-559)

Conforme se pôde observar ao longo desta explanação, o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento sobre os efeitos do Mandado de Injunção, de modo que passou a atuar de forma política nessas ações, criando a norma que faltava para a implementação dos direitos constitucionais.

Quando do julgamento dos MIs 670, 708, 712 pela Corte Especial, as decisões foram dotadas de eficácia concretistas, tornando o instituto injuncional fonte normativa.

Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal terminou por assentar o pensamento de que o Judiciário não só pode como deve exercer atividades políticas; **primeiro** porque, com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, este Poder deve assumir uma posição mais ativa para garantir a implementação dos direitos constitucionalmente previstos, **segundo** porque, não existe uma distribuição tão rígida e estanque das funções estatais.

O Doutrinador Paulo Bonavides assevera que “as instituições estatais se renovam e passam a adquirir novas funções, ficando paralisadas pelo espaço restrito de ação que lhes é concedido pelo princípio da separação dos poderes”. Destarte, para o autor, embora o princípio da separação dos poderes tenha previsão constitucional, a leitura estanque do mesmo não se encontra compatível com o progresso democrático contemporâneo.⁷⁹

Assim, na medida em que a sociedade se moderniza e passa a clamar pela implementação dos direitos sociais esse princípio da separação dos poderes precisava ser interpretado de forma mais suave, pois o Juiz não pode eximir-se de aplicar o direito, alegando lacuna da lei. Ademais, a força normativa da constituição impõe que os direitos nela estabelecidos possam produzir eficácia.

Por isso, o Poder Judiciário foi adquirindo um poder político cada vez maior e passou a exercer o papel de garantidor dos direitos previamente previstos na constituição.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.157-158.

3.2 A atividade ativa do Poder Judiciário e a Judicialização da Política

Em que pese esse avanço, toda essa expansão do Poder Judiciário ao normatizar o direito, ante a inércia do Legislativo, está sendo denominada pela doutrina de judicialização da política.

Por meio dos ensinamentos de Luís Roberto Barroso⁸⁰, a judicialização da política não é a mesma coisa que o ativismo judicial. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Segundo o mesmo doutrinador a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Uma parte da doutrina defende veementemente que essa atividade ativa do Poder Judiciário acaba por fazer tábula rasa dos princípios do Estado Democrático de Direito e da Separação dos Poderes.

⁸⁰ Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista>. Acesso em: 28.04. 2012.

Antoine Garapon⁸¹ assevera em sua obra alguns percalços que a passagem de discussão da democracia do Poder Legislativo para o Judiciário pode ocasionar, *verbis*:

“(...) a dimensão coletiva do político desaparece. O debate judiciário individualiza as obrigações: a dimensão coletiva certamente se expressa aí, porém de maneira incidental. Ela encoraja um engajamento mais solitário que solidário. Com essa forma mais direta da democracia, o cidadão-suplicante tem a impressão de melhor controlar sua representação. Ele reivindica, na verdade, ser mais ativo, capaz de decidir seu próprio destino, e não aceita mais se envolver numa luta coletiva”.

Assevera também, Cappelletti que essa atividade de judicialização traz alguns riscos tais como: dificuldade de se avaliar a discricionariedade administrativa e legislativa, quando isso depender de conhecimentos especializados ou de técnicas sofisticadas, a inefetividade do controle jurisdicional, principalmente em relação às decisões que impliquem em atividade continuada da administração, e por último a legitimação democrática dos membros do Judiciário, na medida em que não são eleitos pelo povo.⁸²

Nessa linha de preservação e fomento, a doutrina aponta três objeções podem ser opostas ao ativismo judicial. As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

A primeira delas é a de que os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos pelo povo. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República ou do Congresso, eleitos pela vontade popular, é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. Por essa objeção o Judiciário não teria legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo.

⁸¹ GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião de promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 49

⁸² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999. Revista da AJURIS. Porto Alegre, ano XII, n. 33, 169-182, março, 1993.

A segunda crítica gira em torno da politização da justiça. O que se tem entendido por politização da Justiça é que nesse campo haveria uma expansão funcional que ultrapassaria o jurídico e se direcionaria ao político. Assim, haveria o caráter político no momento em que o juiz deixa de decidir com base nos parâmetros legais e constitucionais para se basear em critérios ideológicos, pessoais e partidárias.

A terceira e última crítica recorrente diz respeito aos limites da capacidade institucional do Judiciário e, muitas vezes, à incapacidade de seus membros de avaliarem os efeitos sistêmicos que determinadas decisões podem produzir. Juízes exercem suas competências, cujo objeto é a solução de casos concretos, de conflitos de interesses entre partes determinadas, falta-lhes conhecimento técnico para tratar questões que envolvam políticas públicas, repercussões orçamentárias.

Pelos motivos citados anteriormente é que muitos doutrinadores defendem que essa atividade ativa do Poder Judiciário nas decisões acerca do Mandado de Injunção acaba por ofender o princípio da Separação dos Poderes.

Noutro diapasão e, *a contrário sensu*, rico são os ensinamentos do doutrinador Luiz Roberto Barroso⁸³:

.... Direito é política, proclamava ceticamente a teoria crítica do Direito, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação. Apesar do refluxo das concepções marxistas na quadra atual, é fora de dúvida que já não subsiste no mundo contemporâneo a crença na idéia liberal-positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade absoluta do intérprete. Direito não é política. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica. Não é possível ignorar, porém, que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa.

A ambigüidade refletida no parágrafo anterior impõe a qualificação do que se entende por política. Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da

⁸³ Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista>. Acesso em 28. 04. 2012

realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.

Evidentemente, Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. O facciocismo é o grande inimigo do constitucionalismo. O banqueiro que doou para o partido do governo não pode ter um regime jurídico diferente do que não doou. A liberdade de expressão de quem pensa de acordo com a maioria não pode ser protegida de modo mais intenso do que a de quem esteja com a minoria. O ministro do tribunal superior, nomeado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude a priori de nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo. Uma outra observação é pertinente aqui. Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.

Quando se debateu a criação do primeiro tribunal constitucional na Europa, Hans Kelsen e Carl Schmitt travaram um célebre e acirrado debate teórico acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição. Contrário à existência da jurisdição constitucional, Schmitt afirmou que a pretensão de judicialização da política iria se perverter em politização da justiça. No geral, sua profecia não se realizou e a fórmula fundada no controle judicial de constitucionalidade se espalhou pelo mundo com grande sucesso. Naturalmente, as advertências feitas no capítulo anterior não de ser levadas em conta com seriedade, para que não se crie um modelo juriscêntrico e elitista, conduzido por juízes filósofos.

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos,

sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia...” (grifei)

Ademais, se, diante da falta de uma norma regulamentadora, o jurisdicionado vai ao Poder Judiciário solicitar a proteção de um direito, o mesmo objetiva, não o reconhecimento formal de que seu direito está ameaçado pela inércia do Poder Legislativo, mas sim a proteção efetiva daquele direito.

Destarte, as situações configuradoras de omissões desarrazoadas, negligentes e inconstitucionais refletem um comportamento estatal que deve ser repellido.

Nesse sentido, o entendimento de Pedro Lenza⁸⁴:

(...) Por todo o exposto, parece-nos que, diante da **inércia** não razoável do legislador, o Judiciário, em **postura ativista**, passa a ter elementos para suprir a omissão, conforme se verificou nos vários exemplos, fazendo com que o direito fundamental possa ser realizado.

Não se pode admitir que temas tão importantes, como o direito de greve dos servidores públicos, por exemplo, possam ficar sem regulamentação por mais de 20 anos. O Judiciário ao agir, **realiza direitos fundamentais**, e, nesse sentido, as técnicas de controle de omissões passam a ter efetividade.(...)

Essa a nova perspectiva. Não se incentiva um Judiciário a funcionar como legislador positivo no caso da existência de lei, mas, havendo falta de lei e sendo a inércia **desarrazoada, negligente e desidiosa**, dentro dos limites das técnicas de controle das omissões, busca-se a efetivação dos direitos fundamentais, seja pelo mandando de injunção (MI), seja pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). (Grifos extraídos do original).

Além disso, é preciso ter em mente que nem sempre essa atividade ativa do Poder Judiciário representará ofensa ao princípio da separação dos poderes. No julgamento dos MIs 670, 708 e 712, um dos argumentos levantados em alguns dos votos foi o de que as funções estatais de administrar, legislar e julgar são atribuídas a cada um dos Poderes da República, podendo ser exercida de forma compartilhada por meio do exercício das funções atípicas, conforme já asseverado antes.

⁸⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. Editora Saraiva. 2011, p. 955.

Daí porque o Ministro Carlos de Brito ter defendido a tese, quando do julgamento do aludido MI 670, de que a formulação da norma nas ações de Mandado de Injunção é uma imposição constitucional. Asseverou o ministro que “(...) *o Mandado de Injunção, seja individual, seja coletivo, é uma ação constitucional, mas uma ação que se inscreve no sistema de freios e contrapesos para favorecer, justamente o Poder Judiciário*”⁸⁵.

Ademais, considerando-se que a decisão do Poder Judiciário no Mandado de Injunção presta-se a criar a norma faltante para tornar efetivo o direito pleiteado no caso concreto e unicamente para a parte postulante, não se criando norma geral e abstrata, atividade que é típica do Poder Legislativo, não haveria usurpação de função e conseqüentemente ofensa ao princípio da separação dos poderes.

In casu, o núcleo essencial do poder político do Legislativo de elaborar normas gerais e abstratas restaria preservado, como bem enfatizou o Ministro Carlos Brito, conforme se depreende da passagem abaixo:

O Poder Judiciário não estará legislando, absolutamente, não estará decidindo erga omnes; estará se debruçando sobre direitos que lhe são postulados em concreto e decidindo para o caso concreto, atento às especificidades dele e renunciando a qualquer tentativa de incursão pelos domínios de transcendência dos fundamentos ou dos motivos determinantes da decisão. (voto do Ministro Carlos Brito no MI 670.

Assim, a criação da norma pelo Judiciário, quando do julgamento dos Mandados de Injunção, não desrespeita o princípio da separação dos poderes, pois a norma é criada unicamente para decidir a questão concreta, entregando ao postulante a prestação pretendida que, ao fim e ao cabo, é função típica e reservada àquele Poder.

Veja-se, ainda, as conclusões emitidas pelo Observatório da Jurisdição Constitucional⁸⁶ acerca do tema vertente:

⁸⁵ Voto no MI 670

⁸⁶ OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. Brasília: IDP, Ano 5, 2011/2012. ISSN 1982. Disponível em: <http://www.portal.de.periódicos.idp.edu.br/index.php/observatório/article/viewFile/594/398>. Acesso em 28 Abr. 2012.

Após muitos anos de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, assentou o Supremo Tribunal Federal que a concessão da ordem de injunção implica formulação de disciplina normativa para o caso concreto, a princípio com abrangência limitada aos impetrantes. Ainda que não se esteja diante de atividade legislativa, tanto sob o prisma formal, quanto sob o prisma material, não se há de negar que a atuação do Poder Judiciário em sede de mandado de injunção afasta-se do padrão clássico de solução de litígios por meio da aplicação do direito posto, na medida em que, para a colmatação da lacuna de legislação *in concreto*, exige-se dose de criatividade (e, *ipso facto*, de discricionariedade) bem maior do que aquela pressuposta em toda e qualquer decisão judicial. Portanto, se não há incompatibilidade visceral entre o mandado de injunção e o princípio da separação de poderes, é preciso impedir que a garantia constitucional, já de per si fator de estímulo ao ativismo judicial, seja desvirtuada em relação à sua vocação natural, que é a de servir de instrumento de concreção do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Diante disso convém asseverar que com a evolução jurisprudencial do mandado de injunção verificada ao longo desta explanação, e a concepção atual do princípio da separação dos poderes, vem se desenvolvendo uma forma de tornar efetivos os direitos do cidadão, sendo o mandado de injunção um instrumento essencial e importante.

CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 trouxe um importante instrumento de controle da inefetividade das normas constitucionais – o Mandado de Injunção. Trata-se de instrumento que consigna verdadeiro controle popular sobre a atuação do Poder Legislativo, na medida em que permite ao próprio beneficiário do direito constitucional cujo exercício esteja impedido pela lacuna legislativa, reivindicar seu cumprimento por meio de uma decisão judicial.

Entre as dificuldades de aplicação do instituto, embora o STF já tenha declarado que o Mandado de Injunção é auto-aplicável, destaca-se a falta de regulamentação própria, o que o torna alvo de construções doutrinárias e jurisprudenciais oscilantes de acordo com o posicionamento predominante em uma determinada época.

Em um primeiro momento, este remédio constitucional foi destinado à mera função declaratória da omissão legislativa inconstitucional. Atualmente, defende-se que o Poder Judiciário está, no Mandado de Injunção, vinculado pelo dever-poder de formular supletivamente a norma regulamentadora faltante, pois ao juiz compete decidir o caso concreto de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Com essa nova feição, verifica-se um avanço jurisprudencial acerca da matéria, observando-se uma maior concretude do instituto, especialmente em situações que, pela semelhança, permita a complementação da norma constitucional omissa através da aplicação ao caso concreto de outras normas já em vigor no ordenamento jurídico, como, por exemplo, quando o STF determinou a aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos.

Por meio dessa nova interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, busca-se tornar efetiva a Lei maior, na medida em que o Poder Judiciário viabiliza no caso concreto, o exercício do direito, da liberdade e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, ou melhor, de quaisquer direitos fundamentais esboçados na Carta Magna.

Vislumbra-se, portanto, a partir deste novo entendimento da Corte, uma seqüência de decisões que torna o mandado de injunção um instrumento de eficácia mandamental, que assegura, ao cidadão, não só a garantia, mas o exercício pleno do direito omitido, pela falta de norma regulamentadora.

Contudo, a nova postura do Supremo Tribunal Federal, no sentido de modificar leis e criar novos direitos, tem sido considerada por muitos operadores do direito como ativismo judicial. Isto tem levado a diversas reações por parte daqueles que não consideram legítima essa interferência da Corte nas atividades do Poder Legislativo, sobretudo, críticas severas por esta posição ofender o Princípio da Separação dos Poderes.

Ocorre que, conforme visto, o texto constitucional estabelece, pela delegação de funções atípicas, por meio da aplicação da teoria dos freios e contrapesos, a possibilidade de, ante a inércia de um Poder, o outro buscar ferramentas para suprir a aplicação do texto constitucional. Ademais, a força normativa da Constituição impõe que as suas normas sejam dotadas de eficácia, isso significa dizer que um poder poderá compelir o outro a respeitar a vontade política do constituinte originário, zelando-se para que a Carta Magna não se transforme em mero “pedaço de papel formal”, sem nenhuma aplicação prática em prol da sociedade.

Conforme já foi dito no decorrer desta explanação, tramita no Congresso Nacional, o projeto de Lei n 6.128/2009, fruto da importante e brilhante evolução dos efeitos da decisão concessória do mandado de Injunção, o que se espera que o instituto possa continuar a ser um instrumento valioso de efetividade das normas constitucionais, perante a omissão do Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS

- ARAGON, Célio da Silva. **Mandado de injunção**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=125>>. Acesso em: 27 abr. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3. ed. Editora Saraiva, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização. Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista>. Acesso em 28. 04. 2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BIZERRA, Vitor Manoel Sabino Xavier. **Direito Constitucional**. Brasília: Fortium, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999. Revista da AJURIS. Porto Alegre, ano XII, n. 33, 169-182, março, 1993.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 19ª edição, lúmen júris editora, 2008.
- CUNHA JR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade- Teoria e prática**. 4. Ed. Bahia: Jus Podium, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia. O guardião de promessas**. Rio de janeiro: Revan, 1999.
- GULAR, Vyviany Viana Nascimento de Azevedo. **Controle de Constitucionalidade**. Brasília: Fortium, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Ed. 15. Editora Saraiva. 2011.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção, um instrumento de efetividade da Constituição**. São Paulo: Atlas, 1999.

MAZZEI Rodrigo Reis. **Ações Constitucionais**. 3 ed. Editora Podivm, 2008.

MEDEIROS, João Bosco. **Redação Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MELLO, Celso de. **Entrevista concedida a Márcio Chaer, sob o título “Supremo Constituinte: Juízes devem ter papel mais ativo na interpretação da lei”** para o site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/42712,1>> . Acesso em: 25 Out. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira , COELHO Inocêncio Mártires, BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, Editora Saraiva, 4ª edição, 2009.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Brasília: Senado Federal, 2006.

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

NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Editora Método.2010

OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. Brasília: IDP, Ano 5, 2011/2012. ISSN 1982. Disponível em: <http://www.portal.de.periodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/594/398>. Acesso em 28 Abr. 2012.

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

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

VIEIRA, Liliâne dos Santos. **Pesquisa e Monografia Jurídica na Era da Informática**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.