

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO

GABRIEL CARVALHO DE ASSIS

**MANDADO DE INJUNÇÃO:**

**A viabilidade da eficácia geral do provimento judicial do STF**

JUIZ DE FORA

2010

**GABRIEL CARVALHO DE ASSIS**

**MANDADO DE INJUNÇÃO:**

**A viabilidade da eficácia geral do provimento judicial do STF**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, na área de concentração em Direito Constitucional Processual, sob a orientação do prof. Frederico Augusto d'Ávila Riani.

JUIZ DE FORA

2010

**GABRIEL CARVALHO DE ASSIS**

**MANDADO DE INJUNÇÃO:**

**A viabilidade da eficácia geral do provimento judicial do STF**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data da apresentação: 24/11/2010

Banca Examinadora:

FREDERICO AUGUSTO D'ÁVILA RIANI

ALINE ARAÚJO PASSOS

MÁRCIO CARVALHO FARIA

## RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar a viabilidade da atribuição de eficácia geral à decisão concessiva de mandado de injunção prolatada pelo Supremo Tribunal Federal. A partir da análise dos aspectos mais relevantes do instituto e da metodologia concretista recentemente empregada pelo Supremo, defendemos que este deve uniformizar sua jurisprudência em torno da teoria concretista geral. Assim, o provimento judicial deve reconhecer o estado de omissão inconstitucional alegado no mandado de injunção, certificar o direito do impetrante, apresentar uma regulamentação supletiva provisória para viabilizar o exercício do direito obstaculizado e ordenar a sua aplicação ao caso concreto e aos casos análogos. Para tanto, demonstramos a insubsistência de supostos óbices à extensão *erga omnes* da regulamentação, ao revelar a compatibilidade da tese com os princípios da separação dos poderes, do devido processo legal e da reserva legal, com o novo papel do Judiciário no Estado Social e com a tendência de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade. Paralelamente, argumentamos que a concessão de eficácia geral à decisão privilegia a isonomia entre os titulares do mesmo direito, favorece a economia processual, e proporciona maior efetividade e força normativa ao texto constitucional.

**PALAVRAS-CHAVES:** Mandado de Injunção. Provimento Judicial. Regulamentação Supletiva. Eficácia Geral. Viabilidade.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>ASPECTOS MAIS RELEVANTES DO MANDADO DE INJUNÇÃO.....</b>	<b>9</b>
2.1	Origem.....	10
2.2	Finalidade.....	12
2.3	Objeto de incidência.....	13
2.4	Requisitos para a impetração.....	15
2.5	Legitimidade ativa.....	17
2.6	Legitimidade passiva.....	19
2.7.	Competência.....	23
2.8	Procedimento.....	25
2.9	O provimento judicial segundo a doutrina.....	26
<b>3</b>	<b>A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF EM RELAÇÃO AO PROVIMENTO JUDICIAL.....</b>	<b>30</b>
3.1	A posição não-concretista.....	31
3.1.1	Fundamentos do voto do relator do MI n.º 107-3-DF – Questão de Ordem....	32
3.1.2	Críticas aos fundamentos da decisão.....	33
3.2	A adoção pontual e parcial da teoria concretista individual nas formas intermediária e direta.....	37
3.3	A consolidação da postura concretista.....	43

3.3.1	O concretismo individual - o caso da aposentadoria especial dos servidores públicos.....	43
3.3.2	O concretismo geral - o caso do direito de greve dos servidores públicos.....	46
3.4	A indefinição sobre os limites da postura concretista da Corte.....	50
4	<b>A VIABILIDADE DA EFICÁCIA GERAL DO PROVIMENTO JUDICIAL DO STF EM MANDADO DE INJUNÇÃO.....</b>	<b>52</b>
4.1	A compatibilidade com a atual concepção de separação dos poderes.....	56
4.2	A função positiva do Judiciário no Estado Social.....	66
4.3	Um instrumento de tutela do direito subjetivo e do direito objetivo.....	68
4.4	A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade.....	72
4.5	A força vinculativa da decisão do STF e a viabilidade da reclamação constitucional.....	76
4.6	A ausência de afronta ao princípio do devido processo legal e da reserva legal.....	77
5	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>80</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>84</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Completados 22 anos de vigência, o mandado de injunção ainda não tem uma legislação específica que disponha sobre a sua natureza, o seu procedimento, as legitimidades ativa e passiva, o objeto de proteção, a coisa julgada e os limites do conteúdo e da eficácia de seu provimento judicial.

Em razão da falta de regulamentação de seu procedimento e de suas características genuinamente brasileiras, que impedem o recurso do direito comparado, o mandado de injunção sempre foi rico em controvérsias e teve seu desenvolvimento atrelado à evolução do pensamento doutrinário e jurisprudencial.

Com efeito, os precedentes jurisprudenciais tiveram grande influência e relevância no desenvolvimento dos contornos dessa garantia, notadamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), órgão competente para julgar as omissões imputadas, entre outros, ao Congresso Nacional e à Presidência da República, maiores responsáveis pelas lacunas do ordenamento constitucional brasileiro.

Durante muito tempo, porém, o mandado de injunção ficou inefetivo, sem contribuir para a aplicabilidade do texto constitucional, pois o STF adotou postura conservadora e receosa, acreditando estar protegendo o princípio da separação dos poderes e outros dogmas jurídicos e políticos.

Com a permanência da omissão regulamentadora dos poderes públicos no decorrer dos anos, e, conseqüentemente, com as obstinadas críticas doutrinárias à postura jurisprudencial do STF, que caminhava a passos largos para uma omissão judicial, a nossa Corte Maior modificou seu entendimento, a partir da renovação da composição de ministros.

Em agosto de 2007, o STF aplicou pela primeira vez a teoria concretista individual ao julgar a omissão na regulamentação do direito dos servidores públicos à aposentadoria especial, no MI n.º 721-7-DF. Concedeu ao impetrante uma norma subsidiária para viabilizar o exercício do direito obstaculizado pela ausência de norma regulamentadora.

Poucos meses depois, a Corte Suprema finalizou o julgamento de três mandados de injunção coletivos referentes ao direito de greve dos servidores públicos, MI n.º 670-9-ES, 708-0-DF e 712-8-PA. Nas decisões, determinou-se a aplicação a todo funcionalismo público do país da norma supletiva formulada. A utilização da regulamentação não ficou restrita aos impetrantes.

Com essas decisões, o STF, finalmente, afastou-se da criticada postura não-concretista, para consolidar a postura concretista no provimento judicial do mandado de injunção. A decisão deixou de ser apenas declaratória da omissão para tornar-se constitutiva, viabilizando a fruição do direito constitucional a partir da concessão de regulamentação supletiva provisória.

Assim, o Supremo realimentou as expectativas de uma maior efetivação do mandado de injunção, através de uma integração normativa mais detalhada, com sinais, inclusive, de possíveis extensões da eficácia da decisão. Todavia, o STF precisa rever algumas posições que não condizem com a nova postura integrativa de suas decisões, a exemplo da vedação de inclusão no polo passivo da pessoa pública ou privada passível de sofrer os efeitos da integração normativa.

Nessa conjuntura, é importante compilar os entendimentos formulados até hoje sobre os contornos do instituto, analisando especificamente os reflexos das controvérsias relacionadas aos limites da eficácia do provimento judicial na evolução jurisprudencial do STF, para, ao final, demonstrar a plena viabilidade da extensão geral da regulamentação supletiva formulada pela Corte.

## 2 – ASPECTOS MAIS RELEVANTES DO MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção é uma garantia processual-constitucional inédita no direito brasileiro, prevista no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), para os casos em 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.

Erigido como instrumento de obtenção da eficácia de normas constitucionais dependentes de regulamentação, o indicado *writ* é espécie de ação constitucional disponibilizada para a situação de omissão normativa dos Poderes Públicos que inviabilize o exercício de direitos assegurados pela Carta Magna.

Neste sentido, o mandado de injunção é instrumento hábil a assegurar a produção dos efeitos principais de normas constitucionais não auto-aplicáveis quando o órgão estatal responsável pela edição do ato normativo complementar não o fizer. Essa finalidade lhe dá especial importância na concretização dos direitos e garantias fundamentais, núcleo intangível da Lei Fundamental.

Flávia Piovesan<sup>1</sup> observa bem essa função:

Revela-se o mandado de injunção como verdadeiro instrumento de realização do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, previsto pelo art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988.

No entanto, o mandado de injunção tornou-se a figura mais polêmica entre os novos institutos da CF/88, pela indefinição com que foi tratado, sendo que a maior dificuldade para a sua interpretação deriva, essencialmente, de o constituinte não ter

---

<sup>1</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 142.

definido a sua finalidade, diversamente do que fez com os demais instrumentos afins, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança e o *habeas data*.<sup>2</sup>

Por isso, doutrina e jurisprudência divergiram desde a promulgação da CF/88 sobre as reais características do instituto, controvérsias que se acentuaram na medida em que não se editava uma legislação específica sobre o assunto.

A seguir, os aspectos mais relevantes do mandado de injunção.

## 2.1 – ORIGEM

Converge a doutrina ao reconhecer que o mandado de injunção é um instituto genuinamente brasileiro, com características singulares e sem antecedentes no direito nacional. Essa constatação, naturalmente, levou diversos constitucionalistas de escol a debruçarem-se na investigação da fonte inspiradora do legislador constituinte de 1988.

Mesmo após profundo estudo comparado realizado por diversos autores, verifica-se até hoje certa divergência acerca da inspiração legislativa do novo *writ* em institutos previstos nos ordenamentos alemão, italiano, francês, português, e, sobretudo, inglês e norte-americano.

Nessa linha, boa parte dos estudiosos do assunto<sup>3</sup> enxerga as raízes do nosso mandado de injunção - mesmo que de forma remota - no *writ of injunction* do direito anglo-americano, que se baseia no juízo de equidade conferido ao Poder Judiciário para a resolução de situações sem previsão legal, através da expedição de ordens judiciais de fazer, não-fazer e reparar danos.

---

<sup>2</sup> GRECO FILHO, 1989, apud Parecer da Procuradoria-Geral da República no MI n.º 107-3-DF, 1990, p. 12 (STF).

<sup>3</sup> Entre outros, José Afonso da Silva (1989), Hélio Tornaghi (1998), Vicente Greco Filho (1989) e Diomar Ackel Filho (1988) (MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 49-53)

Para outro grupo de doutrinadores, no entanto, o novo instituto brasileiro é totalmente singular inclusive perante os ordenamentos alienígenas, assemelhando-se apenas na denominação com o *writ of injunction*, já que este tem um campo de incidência bem mais amplo, destinando-se a coibir abusos de órgãos públicos e particulares.<sup>4</sup>

Com efeito, embora a discussão seja apenas teórica e sem conseqüências práticas, a melhor posição é a que reconhece a peculiaridade e a novidade do nosso mandado de injunção sem estabelecer associação com previsões de ordenamentos estrangeiros.

A nosso sentir, parece que, antes de qualquer transplante jurídico de instituto alienígena admirado pela comunidade jurídica brasileira, a criação dessa nova ação constitucional deriva da preocupação do Poder Constituinte em garantir às pessoas um instrumento direto de combate à omissão dos Poderes Constituídos na implementação dos programas constitucionais, considerando a natural instabilidade das instituições no curso da redemocratização e as diversas previsões de regimes anteriores que restaram inexecutáveis pela inércia estatal em regulamentá-las.<sup>5</sup>

Por essas razões, a previsão de uma medida judicial concreta para solucionar a omissão normativa estatal esteve presente em todo o percurso da Assembléia Nacional Constituinte e, antes mesmo dela, no seio da Comissão “Afonso Arinos”, instituída no Governo Sarney para apresentar um anteprojeto de Constituição<sup>6</sup>, como

---

<sup>4</sup> Entre os defensores desse entendimento, Celso Ribeiro Bastos (1990), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990), Alcântara Machado (2004), Ives Gandra da Silva Martins (1989), Roberto Pfeiffer (1999). Por todos, explicitando as diferenças com o instituto anglo-americano, Cretella Jr: “No direito norte-americano, inglês e nos direitos de família do *commow law*, o *writ of injunction* é a ordem jurídica da Corte de Justiça, que proíbe pessoa – ou grupo de pessoas – de praticar determinada ação, ou que ordena que certa ordem seja realizada. (...) Em suma, no direito inglês e norte-americano, o *writ of injunction* equivale, ou tem a natureza, da antiga ação cominatória do direito brasileiro. É determinação do Poder Judiciário ao particular, consistindo em um *facere*, ou em um *non facere*.” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Remédios Constitucionais**: na doutrina e na jurisprudência do STF e STJ. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 75)

<sup>5</sup> “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, inglês, português e alemão -, trata-se, em verdade, de flor nativa, sem similar preciso no direito comparado.” (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003)

<sup>6</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 48.

resposta aos anseios da comunidade jurídica brasileira em garantir a efetividade das normas constitucionais.

## 2.2 – FINALIDADE

Nessa conjuntura, o referido *writ* foi criado com a finalidade de viabilizar o exercício de direitos assegurados desde logo pela Constituição, mas dependentes de regulamentação para sua fruição, e, conjuntamente com a ação de inconstitucionalidade por omissão, atacar a síndrome da inefetividade das normas constitucionais incidente nas pretéritas Constituições do Brasil.

Considerando a tradicional classificação de José Afonso da Silva<sup>7</sup> sobre a aplicabilidade e a efetividade das normas constitucionais, o mandado de injunção é uma medida judicial destinada a revestir de eficácia um direito de conteúdo concreto previsto em norma constitucional de eficácia limitada, aquela que não produz todos os seus efeitos essenciais com a simples entrada em vigor, pois o legislador constituinte não estabeleceu uma normatividade suficiente, deixando para o legislador ordinário ou outro órgão do Estado a sua concreção normativa.

Neste sentido, qualquer pessoa que seja titular de um direito estatuído constitucionalmente e não saiba a maneira de exercê-lo, por causa da inexistência da disciplina normativa, pode pleitear ao Judiciário a formulação de uma regulamentação supletiva provisória que confira imediata aplicabilidade ao texto constitucional e viabilize a fruição do direito.

---

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. 2. t. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.88-166.

### 2.3 – OBJETO DE INCIDÊNCIA

Em relação aos direitos passíveis de proteção pelo mandado de injunção, diverge a doutrina em concepções mais ou menos amplas, a partir da interpretação das locuções empregadas no inciso LXXI, do art. 5º, da Carta Magna.

Segundo a didática lição de Carlos Augusto Alcântara Machado<sup>8</sup>, existem três correntes sobre o tema: a restritiva, a intermediária e a abrangente. A elas podemos acrescentar outra que denominamos superampliativa.

A corrente restritiva<sup>9</sup> aduz que o *writ* alcança apenas os direitos relacionados à nacionalidade, à soberania política e à cidadania, porquanto entende que a especificação positivada após a locução “prerrogativas” limita o objeto de proteção. Assim, estariam garantidos apenas os direitos, liberdades e prerrogativas previstos nos Capítulos I, III e IV do Título II da Constituição (art. 5º e arts. 12 a 16), excluindo-se, por exemplo, do campo de incidência os direitos sociais.

A corrente intermediária<sup>10</sup>, por sua vez, alarga um pouco o objeto do *writ*, para abranger todos os direitos consagrados no Título II da Constituição, sejam individuais, coletivos, sociais, ou alusivos à nacionalidade, à soberania e à cidadania, sob o fundamento de que a expressão “direitos e liberdades constitucionais” remonta às clássicas declarações de direitos individuais, devendo ser interpretada, sob o prisma do constitucionalismo moderno e seu forte conteúdo social, para incluir os direitos sociais e coletivos consignados naquele excerto da Carta Magna.

O posicionamento abrangente<sup>11</sup>, ao contrário, não acolhe qualquer tipo de restrição ao campo de incidência do instituto, sustentando, neste sentido, que todos

<sup>8</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 70.

<sup>9</sup> Defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006).

<sup>10</sup> Celso Ribeiro Bastos (1997), Hely Lopes Meirelles (2010) e J.J Calmon de Passos (1989).

<sup>11</sup> Alcântara Machado (2004), Celso Agrícola Barbi (1990) e Roberto Pfeiffer (1999). Por todos, as lúcidas observações 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 (...). Note-se que dificilmente ocorrerá um caso de impetração de mandado de injunção para asseguramento de liberdades constitucionais, haja vista que elas se traduzem, normalmente, numa abstenção Poder Público, ou seja, em hipóteses em que omissão é o comportamento devido. Semelhantemente se passa com as *prerrogativas* referidas, em sua grande parte regidas por normas

os direitos enunciados na Constituição, em normas cuja eficácia dependa de normatização ulterior, são passíveis de tutela pelo mandado de injunção. Esse é o entendimento consolidado no STF, na síntese do Min. Moreira Alves:

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 (MI n.º 107-3-DF – Questão de Ordem)<sup>12</sup>

Completando as interpretações existentes, há uma posição superampliativa<sup>13</sup> segundo a qual o objeto do *mandamus* abrange todos os direitos e liberdades previstos diretamente na Constituição e as “prerrogativas inerentes à nacionalidade, cidadania e soberania, ainda que não diretamente contempladas no texto constitucional, e sim em alguma norma de nível hierárquico inferior.”<sup>14</sup>

De acordo com a maioria da doutrina, não merecem acolhimento os argumentos das correntes restritiva e intermediária. A uma, porque, por uma simples interpretação gramatical do inciso LXXI do art. 5º, percebe-se que a conjunção “e” separa as expressões “direitos” e “liberdades constitucionais” da locução “prerrogativas”, o que demonstra a intenção de adicionar uma terceira espécie ao objeto do *mandamus* e não de restringi-lo. Assim, a menção “à nacionalidade, à soberania e à cidadania” especifica tão somente a expressão “prerrogativas”, não alcançando os direitos e liberdades constitucionais. A duas, porque no inciso examinado não há qualquer restrição quanto ao objeto da ação, devendo-se, em sede de interpretação de garantias fundamentais, utilizar o método ampliativo, que mais estenda a proteção constitucional.

---

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.” (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 250)

<sup>12</sup> Acórdão unânime do Pleno do STF, MI n.º 107-3-DF-QO, rel. Min. Moreira Alves, j. 23/11/1989, *DJ* de 21/09/1990.

<sup>13</sup> Sustentada por Barbosa Moreira (1989), Willis Santiago Guerra Filho (1989) e Rodrigo Mazzei (2006).

<sup>14</sup> BARBOSA MOREIRA, 1989, apud PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 59.

A necessidade de se interpretar ampliativamente a nova garantia processual constitucional serve também para embasar a adoção da corrente superampliativa por este trabalho. Com efeito, a interpretação constitucional não deve considerar inúteis as palavras da lei. A mesma conjunção “e” - analisada pelos doutos defensores da corrente abrangente - separa “prerrogativas” da qualidade de “constitucionais”, não exigindo, por isso, que as vantagens inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania estejam previstas diretamente na Carta Magna, embora tenham que refletir anseios expostos nela.

Pensar o contrário resulta em revestir de inutilidade a parte final do inciso LXXI, uma vez que as normas constitucionais relativas à nacionalidade, à soberania e à cidadania são, em sua grande maioria, auto-aplicáveis, sem necessidade de regulamentação complementar.<sup>15</sup>

Por qual motivo, então, negar a utilização do mandado de injunção para a proteção das prerrogativas desse gênero previstas em normas infraconstitucionais cuja plena eficácia dependa ainda de uma providência normativa do Poder Público? Qual a desvantagem em acolher essa ampliação? Muito pelo contrário, tal concepção privilegia a sobrevida futura do novo remédio constitucional<sup>16</sup>, possibilitando maior efetividade dos direitos cívicos, especialmente os relativos à matéria eleitoral, que, muitas vezes, dependem da edição pelo tribunal especializado de atos normativos complementares à legislação infraconstitucional.

#### 2.4 - REQUISITOS PARA A SUA IMPETRAÇÃO

A admissibilidade do mandado de injunção depende da demonstração de três requisitos pelo impetrante: (I) a titularidade de direito ou liberdade constitucional ou

---

<sup>15</sup> Assim reconhece Pfeiffer, que defende a corrente abrangente. (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 59)

<sup>16</sup> Renegar a ampliação do objeto de incidência confere um caráter ainda mais transitório ao mandado de injunção, tendo em vista a natural e gradual implementação da ordem constitucional e a diminuta utilização da ação para efetivar as liberdades constitucionais, já que estas dependem, precipuamente, de uma abstenção estatal e não de um comportamento positivo.

prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania, consagrado em norma de eficácia limitada<sup>17</sup>; (II) a ausência total ou parcial de regulamentação da norma não auto-aplicável; e (III) a inviabilização do exercício desse direito, liberdade ou prerrogativa, em razão da falta de regulamentação.<sup>18</sup>

Deste modo, o impetrante precisa demonstrar o nexo causal entre a inviabilização da fruição de direito, liberdade ou prerrogativa de que é titular e a falta da norma complementar que deveria disciplinar a forma de seu exercício.

Por norma regulamentadora deve-se compreender aquela de qualquer grau hierárquico com caráter geral e abstrato, como “lei complementar, ordinária, regulamento, resolução, portaria, decisões administrativas normativas - desde que sua ausência inviabilize um direito constitucional.”<sup>19</sup>

Tal abrangência deriva da análise do art. 105, I, “h”, da Constituição Federal, que, disciplinando a competência do Superior Tribunal de Justiça, indica como possível responsável pela emissão da norma órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta.

Portanto, o *writ* é cabível para viabilizar o exercício de direito previsto em norma de eficácia limitada, inefetivada pela ausência total ou parcial de regulamentação, e não para alegar o descumprimento de norma auto-aplicável, requerer o respeito a regulamentação já existente, disciplinar relações jurídicas decorrentes de medida provisória, ou buscar uma interpretação mais justa para uma norma regulamentadora.<sup>20</sup>

Ademais, predomina o entendimento de que tanto a ausência total como a parcial de norma regulamentadora autoriza o ajuizamento do mandado de injunção.<sup>21</sup> A omissão parcial, nas considerações de Gilmar Mendes<sup>22</sup>, envolve

<sup>17</sup> Quando o autor do mandado de injunção for legitimado extraordinário, a exemplo do Ministério Público, bastará a demonstração da existência do direito.

<sup>18</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.78.

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 252

<sup>20</sup> Segundo o entendimento do STF e da maioria da doutrina, também não cabe o mandado de injunção para requerer o complemento de norma infraconstitucional. No entanto, entendemos de forma diversa quando a norma infraconstitucional estabelecer prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, conforme as razões expostas no final do tópico anterior sobre o objeto de incidência.

<sup>21</sup> Neste sentido, o MI n.º 542-SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 29/08/2001, DJU 28/06/2002 (STF).

a execução parcial ou incompleta de um dever constitucional de legislar, que se manifesta seja em razão do atendimento incompleto do estabelecido na norma constitucional, seja em razão do processo de mudança nas circunstâncias fático-jurídicas que venha a afetar a legitimidade da norma (inconstitucionalidade superveniente), seja, ainda, em razão de concessão de benefício de forma incompatível com o princípio da igualdade

Diante dessas considerações, haverá situação de prejudicialidade para o prosseguimento da injunção se, durante sua tramitação, for editada a providência normativa necessária para a efetividade do direito outorgado.<sup>23</sup>

## 2.5 - LEGITIMIDADE ATIVA

É parte legítima para impetrar o mandado de injunção individual a pessoa física ou jurídica titular do direito inviabilizado pela omissão do Poder Público em editar a providência normativa regulamentadora.<sup>24</sup>

A questão é pacífica na doutrina e na jurisprudência do STF, exigindo-se apenas que o impetrante demonstre o preenchimento dos três pressupostos supracitados.

Revela-se possível, neste passo, a substituição e a representação processual por sindicatos e entidades associativas, para viabilizar o exercício de direito individual de seus filiados, nos termos dos artigos 5º, XXI<sup>25</sup>, e 8º, III<sup>26</sup>, da CF/88.

---

<sup>22</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.1148.

<sup>23</sup> O STF se manifestou sobre o assunto no MI n.º 288-6 – DF. No MI n.º 102-2 – PE, p. ex., reconheceu a perda do objeto da injunção em razão da superveniência de medida provisória regulamentando a participação nos lucros da empresa (art. 7º, XI, da CF/88). No entanto, conforme assinalado anteriormente, o STF entende que não cabe mandado de injunção para que sejam regulados os efeitos consumados de medida provisória não convertida em lei.

<sup>24</sup> Segundo Raquel Bruno Anastácio, “há quem reconheça até mesmo, a exemplo do que se dá com o mandado de segurança, legitimidade ativa dos entes despersonalizados e universalidades patrimoniais (espólio, herança jacente, massa falida)” (ANASTÁCIO, Raquel Bruno. **Mandado de Injunção: em busca da efetividade da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2003). Neste sentido, Gregório Assagra de Almeida (2007, p. 634) e Alcântara Machado (2004, p. 98).

Por outro lado, surgiu uma dúvida inicial acerca da possibilidade de mandado de injunção coletivo, haja vista a inexistência de específica previsão legal. No entanto, a sua viabilidade foi logo acolhida, posto que o mandado de injunção está inserido no capítulo “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” da Constituição e o art. 24, parágrafo único, da Lei n.º 8.038/90, determina a aplicação das normas do mandado de segurança enquanto não editada lei específica regulando o mandado de injunção.

Neste sentido, consolidou-se a jurisprudência do STF em conferir legitimidade ativa aos partidos políticos, às associações e aos sindicatos, para a impetração de mandado de injunção coletivo<sup>27</sup>, por analogia ao inciso LXX, do art. 5º, da CF/88, que trata do mandado de segurança coletivo. Essa é a lição exposta na ementa da decisão do STF no MI n.º 361-RJ:

EMENTA: I - MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: ADMISSIBILIDADE, POR APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 5º, LXX, DA CONSTITUIÇÃO; LEGITIMIDADE, NO CASO, DE ENTIDADE SINDICAL DE PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS, AS QUAIS, NOTORIAMENTE DEPENDENTES DO CRÉDITO BANCÁRIO, TÊM INTERESSE COMUM NA EFICÁCIA DO ART. 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO, QUE FIXOU LIMITES AOS JUROS REAIS. (...) <sup>28</sup>

Ademais, é flagrante a legitimidade do Ministério Público nos casos envolvendo direitos difusos<sup>29</sup> e coletivos previstos no diploma constitucional, tendo

<sup>25</sup> “Art. 5º - (...) XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;”

<sup>26</sup> “Art. 8º - (...) III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”

<sup>27</sup> Cumpre observar que, em relação às associações e aos sindicatos, deverá haver pertinência temática entre o direito discutido na injunção coletiva e as suas finalidades institucionais.

<sup>28</sup> Acórdão do Pleno do STF, rel. Min. Néri da Silveira, rel. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 08/04/1994, *DJU* 17/06/1994. Igualmente na jurisprudência do STF, os Mandados de Injunção n.º 20-DF, 73-DF, 102-PE e 342-SP.

<sup>29</sup> Flávia Piovesan, em posição isolada, considera inviável o cabimento do mandado de injunção para dar efetividade a direitos difusos. Segundo ela, “caso se admitisse a tutela também de direito difuso, o instrumento do mandado de injunção estaria, até certo ponto, a se confundir com o instrumento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Isto é, caberia, em julgamento de mandado de injunção, a elaboração da norma regulamentadora geral e abstrata.” (PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003) Com a devida vênia, este não é o melhor entendimento, pois em ação de inconstitucionalidade por omissão não há

em vista o disposto no art. 129, III, da CF/88<sup>30</sup> e no art. 6º, VIII, da Lei Complementar Federal n.º 75/93<sup>31</sup>.

Mais ampla é a legitimidade atribuída por Gregório Assagra de Almeida (2007, p. 634)<sup>32</sup>, que defende a aplicação das regras previstas no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) e no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/84), que compõem o denominado microssistema do processo coletivo.

Esse entendimento pauta-se no princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, previsto no art. 83 do CDC, e leva à inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados ativos. Todavia, a nosso ver, os incisos II e III do referido art. 82 não serão aplicados, já que os entes federativos e seus órgãos de administração direta ou indireta não são titulares dos direitos, mas sim responsáveis pela sua efetividade, o que os torna, ao contrário, potenciais legitimados passivos do mandado de injunção coletivo ou individual.<sup>33</sup>

## 2.6 - LEGITIMIDADE PASSIVA

Diversamente da legitimidade ativa, o exame da legitimidade passiva desperta considerável divergência na doutrina e na jurisprudência, pois sua definição está

---

elaboração de norma supletiva e, como se verá no presente trabalho, a medida mais eficaz é a extensão *erga omnes* da decisão concretista no *writ* examinado.

<sup>30</sup> “Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público: (...) III – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.”

<sup>31</sup> “Art. 6º - Compete ao Ministério Público da União: (...) VIII – promover outras ações, nelas incluída o 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, quando difusos os interesses a serem protegidos.” Este dispositivo também se aplica aos Ministérios Públicos Estaduais em razão da regra de extensão disposta no art. 80 da Lei Federal n.º 8.625/93.

<sup>32</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 634.

<sup>33</sup> O STF não admite impetração de mandado de injunção por pessoa pública de direito público. Vide MI n.º 395-5-PR e MI n.º 537-SC. No entanto, o Min. Gilmar Mendes, em seu voto no MI n.º 725-0-RN, sinalizou a possibilidade da mudança desse entendimento de acordo com o caso concreto.

intimamente relacionada com a concepção adotada sobre os efeitos da decisão em mandado de injunção – objeto das maiores controvérsias.

Segundo os límpidos ensinamentos de Luís Roberto Barroso<sup>34</sup>, existem três correntes sobre o tema.

Para uma minoria doutrinária, somente o órgão, a autoridade ou a entidade responsável pela elaboração da norma complementar tem legitimidade passiva, pois apenas ao ente estatal pode ser imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos.<sup>35</sup> Esse entendimento, que se baseia nas regras constitucionais de competência e no suposto caráter mandamental do mandado de injunção, é o consagrado no STF:

Em face da natureza mandamental do mandado de injunção (...), ele se dirige às autoridades ou órgãos públicos que se pretendem omissos quanto à regulamentação que viabiliza o exercício dos direitos e liberdades constitucionais (...), não se configurando, assim, hipótese de cabimento de litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos públicos que deverão, ser for caso, elaborar a regulamentação necessária, e particulares que, em favor do impetrante do mandado de injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora, quando vier esta, em decorrência de sua elaboração, a entrar em vigor (MI n.º 323-8-DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 08/04/1994, *DJU* 09/12/1994)<sup>36</sup>

Diversamente, pelo entendimento da grande maioria da doutrina, no polo passivo da ação deve estar a pessoa pública ou privada que irá sofrer o ônus do implemento do direito disciplinado na decisão judicial, em respeito às garantias do devido processo legal. Para alguns, somente a pessoa a quem caberá a observância da regulamentação suplementar deverá responder à demanda.<sup>37</sup> Segundo o

---

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 255-259.

<sup>35</sup> Clèmerson Clève (1995, p. 252), Hely Lopes Meirelles (2010, p. 329) e Alexandre de Moraes (2010, p. 174).

<sup>36</sup> É a jurisprudência esposada, p. ex., nos MI n.º 288-6-DF, MI n.º 502-8-SP e no AgRgMI n.º 561-8-SP.

<sup>37</sup> É o entendimento, p. ex., de Gregório Assagra de Almeida (2007, p. 638), Sérgio Bermudes (apud MACHADO, 2004) e Flávia Piovesan (2003, p.145-147). Para Pfeiffer, ao se admitir esta posição, geralmente adotada por quem defende o mandado de injunção com natureza condenatória, com efeitos apenas incidentais da regulamentação subsidiária, poderia “o Poder Judiciário, sempre que entendesse necessário, intimar o órgão moroso para que esclarecesse se efetivamente houve ou não a regulamentação do direito ou fornecesse cópias do teor dos projetos de lei ou estudo em andamento. Entretanto, seria esta uma faculdade do órgão jurisdicional competente, que somente o

segmento dominante, deve haver um litisconsórcio passivo com o órgão omissor na edição da norma regulamentadora.<sup>38</sup>

Considerando o melhor ensinamento de que o objeto do mandado de injunção é o suprimento da norma faltante, ou seja, de que a natureza de sua decisão deve ser constitutiva, mostram-se razoáveis apenas as duas últimas correntes.<sup>39</sup>

O princípio do devido processo legal impõe que seja oportunizada àquele sobre o qual possam repercutir os efeitos de uma decisão judicial a participação no contraditório e a possibilidade de influir no convencimento do órgão julgador. Neste sentido, deve-se permitir que o obrigado à satisfação do direito intervenha no feito,

buscando a regulamentação mais favorável a seus interesses, ou até mesmo impedi-la, apresentando em suas informações argumentos que, acatados, acarretariam na improcedência do mandado de injunção ou em sua extinção sem julgamento do mérito<sup>40</sup>

Paralelamente, entendemos que o órgão omissor<sup>41</sup> também deve compor o polo passivo, por ser o responsável pela inviabilização da fruição do direito<sup>42</sup> e para que informe sobre a existência da regulamentação protestada ou sua eventual edição no decorrer da ação. Além disso, poderá auxiliar a regulamentação provisória a ser formulada pelo Judiciário ao indicar os projetos de lei existentes sobre a matéria ou os estudos já desenvolvidos.<sup>43</sup>

Com efeito, a primeira posição sobre a legitimidade passiva era coerente com a antiga jurisprudência do STF de apenas declarar a omissão inconstitucional sem

---

faria quando entendesse importante para ter acesso a maiores subsídios para o julgamento.” (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 177)

<sup>38</sup> É a posição, dentre outros, de Alcântara Machado (2004, p. 101), Roberto Pfeiffer (1999, p. 180), Randolpho Gomes (1989) e Carlos Velloso (1991).

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.257.

<sup>40</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p.180.

<sup>41</sup> Note-se que nos casos de iniciativa privativa de lei do Presidente da República, quando a inefetividade do direito derivar da sua omissão em encaminhar o projeto de lei ao Congresso, será aquele a parte legítima para ocupar o pólo passivo.

<sup>42</sup> A legitimação passiva do órgão omissor não pode ter por fundamento as regras de competência estabelecidas nos artigos 102, I, “q”, e 105, I, “h”, da CF/88. A indicação nestes dispositivos dos órgãos incumbidos da regulamentação serve como técnica de distribuição de competência entre órgãos jurisdicionais e não para definir a legitimação passiva do *writ*. É a posição de Flávia Piovesan (2003, p. 146).

<sup>43</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 189.

formular a normatização supletiva.<sup>44</sup> No entanto, como veremos no Capítulo 3, a nova composição de ministros do STF consolidou a posição concretista da decisão do mandado de injunção, ou seja, que a decisão deve reconhecer a omissão e formular a norma supletiva.

Com essa elogiada alteração jurisprudencial, torna-se indevido e ultrapassado, *data venia*, o afastamento processual da pessoa pública ou privada que deverá cumprir a regulamentação suplementar emitida na decisão judicial. Aguarda-se que o STF adéque o seu posicionamento sobre a legitimidade passiva do mandado de injunção à sua nova jurisprudência, consistente na viabilização do exercício do direito através da formulação de norma regulamentadora provisória.

Ademais, não nos parece correta a restrição do pólo passivo do mandado de injunção sob o fundamento de ter ele natureza mandamental, principalmente na época da antiga jurisprudência do STF sobre o conteúdo do provimento judicial.

Sem dúvidas, a comunicação ao órgão moroso sobre a ausência da norma e a necessidade de se providenciar a sua edição, na realidade, não significa uma ordem do Judiciário para que a norma seja editada<sup>45</sup>, pois a manutenção da inércia não gera qualquer consequência para o órgão responsável, e o caráter mandamental do ato depende da potencialidade coercitiva de quem o expediu.

Dessa forma, em relação ao órgão omissor a natureza da decisão judicial será apenas declaratória, já que o Judiciário não pode obrigar órgão de outro Poder a legislar. A natureza mandamental estará presente na parte da decisão que ordene à pessoa pública ou particular o cumprimento da regulamentação subsidiária formulada.

---

<sup>44</sup> Naquele tempo, minoritariamente, já defendiam o litisconsórcio passivo os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio, por coerência ao entendimento de que a decisão judicial deveria trazer a regulamentação reclamada para aplicação no caso concreto.

<sup>45</sup> O erro na atribuição desse caráter mandamental pelo STF foi apontado por Luís Roberto Barroso (2003, p. 258): “no fundo – *data maxima venia* – o erro de concepção na posição majoritária da Suprema Corte é precisamente, a atribuição de natureza mandamental ao instituto”; e por Gregório Assagra de Almeida (2007, p. 639): “A eficácia mandamental de determinado provimento decorre e tem que decorrer da necessidade do direito material ventilado, independentemente da legitimidade passiva.” Diversamente, Hely Lopes Meirelles (2010, p. 330) defende o caráter mandamental por entender que a concessão do mandado de injunção implica na expedição de uma ordem judicial para que o órgão omissor regulamente o direito.

## 2.7 - COMPETÊNCIA

Com efeito, a Constituição concentrou nos tribunais superiores - especialmente no STF - a competência para a apreciação da maior parte das omissões, ao discipliná-la preliminarmente em quatro artigos: art. 102, I, “q”, e II, “a”; art. 105, I, “h”; e art. 121, § 4º, V.

O art. 102, I, “q”, confere atribuição originária ao STF para julgar o *mandamus* quando a edição da norma faltante for de responsabilidade 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. Além disso, o mesmo artigo, no seu inciso II, “a”, prevê a competência recursal da Corte para julgar em recurso ordinário o mandado de injunção indeferido em única instância pelos Tribunais Superiores.

O art. 105, I, “h”, por sua vez, estabelece a competência originária do STJ para julgar a injunção quando a norma faltante for de atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, ressalvados os casos de competência do STF e dos órgãos das Justiças Militar, Eleitoral, Trabalhista e Federal. A especificação das atribuições dos órgãos das justiças especializadas deve ser feita por lei infraconstitucional, segundo os artigos 113, 121 e 124, parágrafo único, da CF/88.

Além do STF, a nossa Lei Fundamental previu diretamente competência recursal apenas da Justiça Eleitoral, ao dispor, em seu art. 121, § 4º, V, que caberá recurso de decisão denegatória do *writ* proferida por Tribunal Regional Eleitoral, demonstrando, aliás, que, a despeito de existir certa concentração da competência nos tribunais superiores, é possível o processamento do mandado de injunção em tribunal de segunda instância.

A partir da análise desses artigos, a quase unanimidade da doutrina considera que a competência foi fixada em razão da pessoa, através da identificação do órgão

estatal responsável pela edição da norma regulamentadora. É o entendimento sedimentado na Suprema Corte, na Questão de Ordem do MI n.º 107-3-DF, considerado o *leading case* sobre o instituto:

a competência para o processamento e julgamento do mandado de injunção é fixada ratione personae, ou seja, em razão da condição dos Poderes, órgãos, entidades ou autoridades a que seja imputada a omissão regulamentadora, o que, segundo a técnica processual, se dá quando essas pessoas estão em causa, participando, portanto, da relação jurídica processual, na defesa de interesse jurídico.

De maneira diversa e isolada, entende Roberto Pfeiffer<sup>46</sup> que as regras de competência foram estabelecidas primordialmente em razão da matéria, tendo em vista as ressalvas feitas no art. 105, I, “h”, prevendo o afastamento da competência do STJ nas matérias afetas às Justiças Militar, Eleitoral e Trabalhista.

Desse modo, sustenta que, para se definir o órgão jurisdicional competente, deve-se investigar a matéria versada na norma que precisa de regulamentação, pois se matéria for, por exemplo, trabalhista será a Justiça do Trabalho o órgão competente e não o STJ. Do mesmo modo, no caso de assuntos militares e eleitorais.

No entanto, em que pese a profundidade do estudo despendido pelo autor, confunde-se ele ao não observar que a competência do STF também afasta a do STJ, mas simplesmente em razão de o órgão omissor ser um dos elencados no art. 102. Nesse caso, não importa a matéria. Se a matéria for eleitoral e o órgão omissor for o Congresso Nacional, a competência será do STF, em razão da pessoa.

Dessa forma, a nosso ver, há, na verdade, um critério misto de definição de competência: primordialmente, em razão da pessoa, e, subsidiariamente, em razão da matéria. Em primeiro lugar, deve-se examinar se a elaboração da norma é dever de algum dos órgãos ou autoridades indicados no art. 102, I, “h”. Em caso positivo, a competência será do STF. Em caso negativo, deve-se observar se o dever é de órgão, entidade ou autoridade federal e sobre qual a matéria se trata.

---

<sup>46</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 132.

Por outro lado, em razão do critério da CF/88 de atribuir competência residual aos Estados-membros, consignado no parágrafo primeiro do seu art. 125, predomina o entendimento de que as Constituições Estaduais, respeitando as disposições supracitadas, podem regular a competência dos respectivos Tribunais e juízes de primeiro grau para o processamento de mandado de injunção referente à omissão de órgãos estaduais e municipais.<sup>47</sup>

## 2.8 - PROCEDIMENTO

No tocante ao procedimento, de acordo com o art. 24, parágrafo único, da Lei n.º 8.038/90, deve-se observar no mandado de injunção o rito do mandado de segurança, atualmente previsto na Lei n.º 12.016/09, enquanto não for editada lei específica regulamentando o instituto.<sup>48</sup>

Destarte, na lição de Roberto Pfeiffer<sup>49</sup>, “exige-se que os fatos narrados estejam provados de plano, sendo certos e incontroversos, demonstrados inequivocamente por documento” anexado à petição inicial, para que esta seja considerada apta e o processo possa prosseguir de forma célere, sem a possibilidade de dilação probatória.

Outra divergência surge a respeito da possibilidade de liminar em mandado de injunção. O STF fixou posição contrária à sua concessão por considerá-la

---

<sup>47</sup> Contra essa possibilidade apenas J. J. Calmon de Passos (1989). Segundo estudo de Alcântara Machado, todos os Estados-membros disciplinaram a questão. A maioria conferindo competência apenas ao Tribunal de Justiça e alguns, também, ao juiz de primeira instância. (MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 85-93)

<sup>48</sup> A despeito da aplicação analógica das regras do rito do mandado de segurança ao mandado de injunção, entende-se que este não é sucedâneo daquele, posto que o primeiro baseia-se em norma vigente e o segundo, na ausência da norma pertinente. Outrossim, entende-se que não se aplica ao mandado de injunção o prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança. (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 329)

<sup>49</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p.144.

incompatível com a natureza dessa ação constitucional<sup>50</sup>. Todavia, esse entendimento foi formulado na época em que a Corte conferia mera natureza declaratória à decisão, sem a expedição da norma supletiva. Atualmente, com a evolução de sua jurisprudência, a viabilidade da concessão de liminar pode e deve ser reexaminada.

## 2.9 – O PROVIMENTO JUDICIAL SEGUNDO A DOUTRINA

A natureza, o conteúdo e os efeitos do provimento judicial do mandado de injunção geram as principais controvérsias na doutrina e na jurisprudência, com mais implicações sobre a efetividade dessa garantia constitucional processual.

Neste tópico, limitar-se-á a mencionar as teorias existentes na doutrina sobre o alcance da decisão judicial concessiva do mandado de injunção. A evolução da jurisprudência do STF – a mais paradigmática sobre o tema – e as críticas endereçadas a cada teoria serão exploradas no capítulo seguinte.

A doutrina geralmente divide-se em três grandes correntes<sup>51</sup> sobre o alcance do provimento, a Não-Concretista, a Concretista e a Intermediária ou Mista.

A corrente Não-Concretista, baseada na Teoria da Subsidiariedade<sup>52</sup>, defende que na decisão cabe ao Poder Judiciário somente declarar a inconstitucionalidade da omissão e, conseqüentemente, cientificar o órgão inerte para a adoção das

---

<sup>50</sup> Assim, vedou-se a aplicação por analogia do art. 7º, II, da Lei n.º 1.533/51 (hoje substituído pelo art. 7º, III, da Lei n.º 12.016/06). Essa é a lição extraída dos MI n.º 283-5-DF, 292-4-DF, 500-1-SP, 462-5-MG, 486-2-RJ e 516-8-SP. Ao contrário, defendendo a viabilidade da liminar, Hely Lopes de Meirelles: “Se tal medida é cabível para a defesa de direito individual ou coletivo amparado por lei ordinária, com mais razão há de ser para proteger os direitos e prerrogativas constitucionais asseguráveis pelo mandado de injunção, desde que ocorram os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.” (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 328)

<sup>51</sup> Neste trabalho, utilizaremos uma combinação das nomenclaturas empregadas por Alexandre de Moraes (2010, p. 177) e Regina Quaresma (apud MAZZEI, 2006, p. 155).

<sup>52</sup> O nome da teoria vem do entendimento de que o mandado de injunção equivale a uma via subsidiária à ação de inconstitucionalidade por omissão, diferindo apenas na legitimidade ativa. (MAZZEI, Rodrigo. **Mandado de injunção**. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2005, p. 156)

providências necessárias à regulamentação. Para alguns, a natureza da decisão seria meramente declaratória, pois haveria simples comunicação da inércia, e para outros, a natureza seria mandamental, pois haveria verdadeira ordem judicial dirigida à autoridade impetrada.

Por essa teoria, o órgão julgador não deve formular uma regulamentação subsidiária, em respeito ao princípio da separação dos poderes e tendo em vista que a decisão em mandado de injunção não pode ir além daquela prevista para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.<sup>53</sup>

A corrente Concretista, ao contrário, defende a natureza constitutiva do provimento judicial do mandado de injunção, entendendo que Judiciário deve reconhecer a omissão inconstitucional e, em seguida, criar uma solução transitória para o exercício do direito inviabilizado pela ausência total ou parcial de regulamentação. Ela subdivide-se em Geral e Individual, no tocante aos limites dos efeitos da norma supletiva criada pelo Judiciário.

Segundo a Concretista Geral (Teoria da Independência Jurisdicional), em seu provimento judicial “o Poder Judiciário deve regulamentar o modo do exercício do direito com eficácia *erga omnes*. Dessa maneira, para tal corrente, a regulamentação subsidiariamente proferida será válida também para casos análogos ao do impetrante.”<sup>54</sup>

Para a Concretista Individual (Teoria da Resolutividade), a solução criada para provisoriamente reger o exercício do direito tem eficácia limitada às partes do processo, isto é, pode ser gozada apenas pelo impetrante da ação individual ou pelos substituídos processualmente na ação coletiva.

Dentro dessa subcorrente, que conta com o maior número de adeptos na doutrina, é possível apontar duas vertentes: aquela que exige do órgão julgador a concessão da norma supletiva e sua imediata aplicação ao caso concreto, em decisão que poderá “*declarar* nulo um ato, *constituir* uma nova relação jurídica,

---

<sup>53</sup> Na doutrina, é defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que equipara os efeitos do mandado de injunção aos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão; e por Hely Lopes Meirelles (2010, p. 330), para o qual, se o órgão julgador não puder julgar o caso concreto sem a norma regulamentadora, deve expedir uma ordem dirigida à autoridade impetrada para que providencie a regulamentação. Daí, dizer que a decisão judicial não concretista tem caráter mandamental.

<sup>54</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p.100.

*condenar* alguma prestação (v.g. pecuniária) ou mesmo emitir uma ordem, um *mandamento* para se faça ou não alguma coisa”<sup>55</sup>; e outra que limita a atuação do órgão julgador à formulação da norma supletiva para o caso concreto, sem, porém, aplicá-la ao litígio, pois o mandado de injunção estaria vinculado à existência anterior de um processo, cujo prosseguimento tenha sido obstado em virtude da ausência de regulamentação do direito constitucional alegado. Para essa segunda vertente, o mandado de injunção deve ser uma ação incidental de controle de constitucionalidade, que só pode ser admitida se o direito subjetivo do impetrante tiver sido certificado em outro processo.<sup>56</sup>

A corrente Intermediária, por sua vez, propugna que o Judiciário, ao prover o mandado de injunção, deve, inicialmente, assinalar prazo ao órgão inerte para providenciar a regulamentação da norma. Persistindo o estado de omissão normativa ao final do período estipulado, o Judiciário fixa as condições de exercício do direito, com eficácia *inter partes* ou *erga omnes*.

Normalmente, os doutrinadores classificam a tese Intermediária como uma subcorrente da posição Concretista Individual, por associá-la ao posicionamento do Ministro Néri da Silveira, que dessa forma a defendia no STF<sup>57</sup>. Todavia, a corrente Intermediária representa uma combinação da corrente Não-Concretista com a Concretista e não necessariamente com a Concretista Individual, pois nada impede que a regulamentação subsidiária fixada após o transcurso *in albis* do prazo concedido ao órgão omissor tenha extensão *erga omnes*. Inclusive, esta é a tese defendida por Vicente Greco Filho<sup>58</sup>, para o qual deve ser dada oportunidade de

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 260.

<sup>56</sup> Distinção explicada por Rodrigo Mazzei (2006, p. 158). Posicionam-se a favor da prolação de uma decisão condenatória: Luís Roberto Barroso (2003), José Afonso da Silva (1990), Barbosa Moreira (1990). Isolado na defesa da vinculação a um processo anterior, J. J. Calmon de Passos (1991) limita o conteúdo da decisão à simples edição da regra regulamentadora, sem que órgão competente para o julgamento do mandado de injunção possa aplicá-la imediatamente à lide entre as partes.

<sup>57</sup> “(...) Adoto a posição que considero ‘intermediária’. Entendendo 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 constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito ‘In:concreto’ (...)” (Min. Néri da Silveira, em pronunciamento na 7ª sessão extraordinária realizada em 16/03/1995, DJU de 04/04/95)

<sup>58</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 108, nota 8.

elaboração da norma ao poder competente antes de o STF formular uma regulamentação com eficácia geral.

Estas são, basicamente, as teorias comumente elencadas pelos estudiosos do tema. No próximo capítulo será analisada a evolução da jurisprudência do STF, conjuntamente com as críticas às teorias adotadas, tendo em vista a grande e importante influência desta Corte para a efetividade da nova garantia constitucional.

### **3 - A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF EM RELAÇÃO AO PROVIMENTO JUDICIAL**

Conforme alhures salientado, as decisões do STF, de natural importância para a análise de qualquer matéria constitucional, tiveram acentuada relevância no estudo sobre o mandado de injunção, principalmente no tocante à natureza, ao conteúdo e aos efeitos de seu provimento judicial, aspectos mais polêmicos e importantes do instituto.

Ao lado da inexistência de previsão expressa sobre o teor do provimento judicial do *mandamus*, o modo de distribuição de competência para seu processamento e julgamento favoreceu ainda mais a responsabilidade da Suprema Corte pela plena eficácia da nova garantia fundamental trazida pela CF/88. É que a grande maioria das omissões inconstitucionais é de responsabilidade do Congresso Nacional, seguido do Presidente da República, e deve ser julgada pelo STF, nos termos do art. 102, II, “q”.

Nesse quadro, a grande expectativa da comunidade jurídica pela efetivação do novo *writ* foi depositada na interpretação do STF, que, em virtude de sua posição de uniformizador da interpretação constitucional, deveria dirimir as divergências doutrinárias decorrentes da singularidade do instituto e agravadas pela ausência de regulamentação legal do inciso LXXI, do art. 5º.

Em razão disso, neste capítulo, será analisada a evolução da jurisprudência da nossa mais alta Corte a respeito do conteúdo e alcance da decisão concessiva em mandado de injunção - matérias mais significativas para a sua eficácia -, focalizando os julgados mais representativos da mudança de orientação, com as respectivas críticas.

### 3.1 - A POSIÇÃO NÃO-CONCRETISTA

Durante quase duas décadas, o mandado de injunção foi considerado no STF uma simples ação constitucional declaratória, em cuja decisão concessiva o Poder Judiciário poderia apenas declarar a mora legislativa e recomendar ao órgão omissor a edição da norma faltante, nos moldes da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. No máximo, quando o mandado de injunção envolvesse direito constitucional oponível contra o Estado, poderia ser determinada a suspensão dos processos judiciais ou administrativos passíveis de causar dano ao impetrante. É o entendimento fixado na Questão de Ordem do MI n.º 107-3-DF<sup>59</sup>, relatado pelo Min. Moreira Alves:

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

Esse julgado, considerado o *leading case*<sup>60</sup> a respeito dos contornos do instituto, embasou a postura não-concretista do STF no julgamento de inúmeros

<sup>59</sup> Pleno do STF, j. 23/11/1989, DJ de 21/09/1990.

<sup>60</sup> Na questão de ordem suscitada nesse processo vários outros pontos controversos sobre o instituto foram discutidos, a exemplo da sua auto-aplicabilidade (motivo inicial da questão de ordem), do objeto de incidência e da legitimidade *ad causam*.

mandados de injunção impetrados posteriormente,<sup>61</sup> a despeito das persistentes e contundentes críticas formuladas pela doutrina.<sup>62</sup>

Como se vê, o STF rejeitou a competência normativa atribuída claramente pelo legislador constituinte ao Poder Judiciário, ao considerar que o mandado de injunção não legitimaria a veiculação de provimentos normativos destinados à substituição da faltante norma regulamentadora sujeita à competência, não exercida, dos órgãos públicos. O mandado de injunção não poderia ser o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes, tendo em vista que o desempenho de funções normativas seria incompatível com a atividade jurisdicional.<sup>63</sup>

### 3.1.1 – Fundamentos do voto do relator do MI n.º 107-3-DF – Questão de Ordem

O voto do Min. Moreira Alves, relator do famigerado julgado, traz diversos argumentos para a adoção da posição não-concretista e a contestação do concretismo individual ou geral.

Primeiramente, o princípio da separação dos poderes, estatuído no art. 2º e petrificado pelo art. 60, § 4º, III, da CF/88, impediria que o Poder Judiciário providenciasse uma integração normativa mesmo que provisória, pois este só poderia atuar legislativamente em casos expressos na Constituição, em relação a matérias que lhe são vinculadas.

---

<sup>61</sup> A título de exemplificação: MI n.º 330-1-DF, MI n.º 377-7-SP, MI n.º 387-4 e MI n.º 423-3-DF.

<sup>62</sup> Sobre o julgado que passou a ser considerado o maior precedente sobre o tema, diz Marcelo Cattoni: “Esse julgado (...) consagra não somente uma interpretação inadequada da separação dos poderes, como, em razão de uma compreensão da norma jurídica reduzida à regra, não reconhece ao ordenamento o seu caráter principiológico, carente não somente de concreção legislativa, mas também jurisdicional, pois cada uma dessas distintas tarefas cumpre papel próprio e específico no processo de possibilitar que a liberdade e a igualdade que reciprocamente nos reconhecemos tenham garantida a chance de se enraizarem em nossa vida concreta cotidiana de tal sorte a efetivamente regerem as expectativas de comportamento internalizadas e por nós compartilhadas.” (apud FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Remédios Constitucionais**: na doutrina e na jurisprudência do STF e STJ. Salvador: JusPODIVM, 2010, p.88).

<sup>63</sup> Considerações feitas pelo Min. Celso de Mello no julgamento do MI 107-3-DF.

Paralelamente, a decisão obtida por meio do mandado de injunção, em cujo processo se discute interesse particular, não poderia ir além daquela oriunda da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), ação que dá origem a processo abstrato, no qual se discute interesse público. Como não houve autorização para o STF legislar supletivamente no art. 103, § 2º, da CF/88, isso não seria possível por meio do mandado de injunção. O contrário levaria ao “absurdo” de o STF não poder fazer em sede de ADO aquilo que órgão judiciário de hierarquia inferior pode fazer em sede de mandado de injunção.

Ademais, o mandado de injunção seria uma ação mandamental, que, segundo a doutrina alemã, destinar-se-ia à obtenção de um mandado dirigido a outro órgão do Estado por meio de uma sentença judicial. A objeção de o STF não poder atuar coercitivamente contra órgão estatal omissor, caso esse não adotasse a recomendação, não seria empecilho à atribuição dessa natureza, por tal situação também ocorrer na ADO.

Lado outro, se o novo *writ* se destinasse à integração normativa, a Constituição não teria fixado a competência para seu julgamento em razão do órgão omissor, pois o sujeito da lide seria outro, uma pessoa pública ou privada obrigada a respeitar a regulamentação.

Nessa linha, a limitação da decisão à declaração da mora e à recomendação de sua solução seria a única hipótese viável, pois a possibilidade da integração normativa levaria a uma diversidade de regulamentações individuais do mesmo texto constitucional quando a análise da omissão fosse de competência de juízes de primeiro grau ou Tribunais Regionais.

### 3.1.2 – Críticas aos fundamentos da decisão

*Data venia*, não têm razoabilidade os argumentos expostos. Primeiramente, porque o princípio da separação dos poderes não tem um formato definitivo vinculado às feições concebidas nos movimentos revolucionários ocorridos na

Europa nos séculos XVII e XVIII. A teoria da separação dos poderes precisa ser relida mais como uma distribuição de funções, que alia a proteção do indivíduo contra os abusos do autoritarismo e a garantia da efetividade da intervenção estatal na vida social por meio de um controle recíproco entre os poderes.<sup>64</sup>

Ademais, o mandado de injunção e a ADO são ações constitucionais diferentes, com seus próprios objetivos e meios de combater a omissão normativa. Limitar o alcance da nova garantia fundamental só porque o legislador restringiu o alcance da ADO significa considerar atécnico e incoerente o sistema constitucional, que teria criado dois institutos para a mesma finalidade, diferindo apenas na legitimidade ativa.

Com efeito, há várias diferenças entre o mandado de injunção e a ADO, restando como semelhança apenas o fato de as duas ações comporem o sistema de controle de inconstitucionalidade por omissão. O mandado de injunção só pode ser impetrado em razão da ausência de **norma** regulamentadora, enquanto que a ADO, mais abrangente, abarca a falta de qualquer **medida** (ações administrativas ou providências materiais) que impeça a efetividade de norma constitucional; a legitimidade ativa do mandado de injunção pode ser do titular do direito obstaculizado, de sindicatos, associações, partido político e Ministério Público, conforme sua natureza individual ou coletiva, ao passo que na ADO a legitimidade ativa está limitada aos entes elencados no art. 103 da CF/88; a competência para o julgamento da injunção depende da verificação do órgão omisso e da matéria versada, sendo que na ADO a competência é somente do STF.

Não é crível que, com todas essas diferenças, o constituinte tenha criado duas ações com a mesma finalidade. No caso da ADO, o § 2º do art. 103 define expressamente que a decisão deve conter a declaração da mora e a recomendação de providências para o seu saneamento, ao passo que no caso da injunção, ao contrário, não há menção expressa ao conteúdo do provimento judicial. Entretanto, a interpretação teleológica do inciso LXXI do art. 5º permite dizer que a decisão em mandado de injunção deve viabilizar o exercício de direito ou liberdade constitucional ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, obstaculizado

---

<sup>64</sup> A relação do mandado de injunção com o princípio da separação dos poderes está detalhada no tópico 4.1 do capítulo seguinte.

por falta de norma. E qual é a decisão que melhor viabiliza esse exercício? Com certeza é aquela que prevê uma regulamentação supletiva que permita o exercício do direito e não a que apenas certifica a omissão. Na realidade, o exercício do direito não é viabilizado com uma decisão apenas declaratória.

Neste sentido, as sábias considerações de Rodrigo Mazzei<sup>65</sup>

Se a lei diz que cabe mandado de injunção quando a omissão legislativa torna inviável algum direito constitucional abstratamente previsto, **é necessário que a tutela jurisdicional corresponda a ação judicial que torne o exercício viável**. Isso porque, se fosse para o autor permanecer na situação em que se encontrava no momento anterior ao da sentença, seria mais razoável ele permanecer inerte, em vez de preocupar-se em demonstrar seu interesse processual (*destaque nosso*)

De outro lado, o mandado de injunção não pode ser considerado uma ação mandamental se a sua decisão se limitar a declarar a omissão e a cientificar o órgão responsável por ela. O caráter mandamental do ato depende da possibilidade de seu emitente impor ao destinatário o seu cumprimento. O Judiciário, ao contrário, não tem meios de obrigar outro poder estatal a editar um ato normativo. E nem poderia, em respeito ao princípio da independência e harmonia dos poderes. A decisão será mandamental somente perante a pessoa pública ou privada que tenha que cumprir a regulamentação formulada pelo Judiciário.

Outro argumento equivocado é o que associa a legitimidade passiva às normas de competência para o processamento do *writ*. A referência aos órgãos omissos nas normas de competência revela apenas uma técnica de distribuição da apreciação da ação e não uma definição sobre a legitimidade *ad causam*. Não há associação entre regras de competência e regras de legitimidade passiva. A legitimidade passiva decorre do direito material e do conteúdo do provimento judicial.

Por essas considerações, pode-se dizer que a antiga jurisprudência do STF preferia a defesa de um formalismo antiquado, oriundo de um pensamento liberal-

---

<sup>65</sup> MAZZEI, Rodrigo. **Mandado de injunção**. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2005, p. 170.

conservador que não admite a intervenção do Judiciário na vida social, à defesa da efetividade e do prestígio do texto constitucional.

O mandado de injunção foi criado para conferir ao cidadão um mecanismo de obtenção da efetividade de um direito do qual já é titular, mas que não pode ser exercido em virtude da omissão do órgão público responsável pela sua regulamentação.

Registre-se que a posição não-concretista do STF não contou com a unanimidade de seus quadros. Durante anos, os Ministros Carlos Mário Velloso<sup>66</sup> e Marco Aurélio de Mello propuseram a mudança de atitude da Corte, ressaltando a verdadeira função do mandado de injunção. Lapidares, neste sentido, são os ensinamentos do Min. Marco Aurélio, proferidos no MI n.º 124-SP<sup>67</sup>:

A Suprema Corte não é convocada, com a impetração do mandado de injunção, apenas para certificar que o Congresso Nacional continua omissos. Não! Ela é convocada para lançar no mundo jurídico um provimento que viabilize o exercício do direito previsto constitucionalmente. Buscou-se, com a garantia constitucional do mandado de injunção, conferir instrumentalidade suficiente à eficácia dos direitos previstos na própria Carta. Não posso, portanto, emprestar ao mandado de injunção contornos de verdadeira ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Infelizmente, a manutenção durante anos dessa postura receosa do STF desprestigiou a força normativa da Constituição ao esvaziar uma garantia fundamental criada justamente para impedir que a inércia dos poderes estatais transformasse em letra morta os programas estabelecidos pelo constituinte.

A estatística da quantidade de mandados de injunção distribuídos no STF desde 1990 demonstra as conseqüências nefastas advindas da consolidação do posicionamento não-concretista para o prestígio do instituto. Nos dois anos seguintes ao julgamento do MI n.º 107-3-DF foram distribuídos em média 92 mandados de injunção. De 1992 a 2007, porém, a média decresceu para 28 mandados de injunção

---

<sup>66</sup> O eminente Ministro expôs a sua divergência no próprio MI n.º 107-3-DF: “Sustento a tese no sentido do caráter substancial do mandado de injunção, pelo que faz o mesmo as vezes de norma infraconstitucional ausente e integra o direito ineficaz, ineficaz em razão da ausência da norma regulamentadora (...) mediante o mandado de injunção, o juiz cria, para o caso concreto, a norma viabilizadora do exercício do direito”

<sup>67</sup> Pleno do STF, j. 23/04/2004, DJU 12/11/2004.

por ano. A partir de 2008, ano seguinte à mudança de orientação jurisprudencial, aumentou vertiginosamente a distribuição do *writ*. Em 2008 foram distribuídos 135 e em 2009, 1365.<sup>68</sup> A mudança de orientação resgatou a utilidade do instituto.

### 3.2 - A ADOÇÃO PONTUAL E PARCIAL DA TEORIA CONCRETISTA INDIVIDUAL NAS FORMAS INTERMEDIÁRIA E DIRETA

No ano seguinte à consolidação do entendimento não-concretista no julgamento do MI n.º 107-3-DF, o STF encheu de esperanças a comunidade jurídica ao julgar os Mandados de Injunção n.º 232-1-RJ, 283-5-DF, e 284-3-DF, quando não se limitou a declarar a omissão e recomendar o seu saneamento ao órgão responsável. A Suprema Corte foi além, disponibilizando uma solução para o exercício dos direitos previstos nos artigos 195, § 7º, da CF/88, e 8º, § 3º do ADCT.

Em 1991, o STF julgou o MI n.º 283-5-DF, no qual o impetrante requeria no mérito a viabilização do direito previsto no art. 8º, § 3º, do ADCT<sup>69</sup>, consistente na obtenção de reparação econômica pelos prejuízos advindos do impedimento do exercício de atividade profissional decorrente de determinadas portarias do Ministério da Aeronáutica expedidas no bojo do regime militar de 1964.

Após reconhecer a omissão normativa, o Pleno decidiu por maioria<sup>70</sup> conceder um prazo ao Congresso Nacional para a edição da regulamentação, que se não editada autorizaria o impetrante a ajuizar ação de reparação patrimonial no juízo ordinário, segundo as regras comuns de responsabilidade civil.

---

<sup>68</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse> (acesso em 07/11/10)

<sup>69</sup> “Art. 8º (...) § 3º - Aos cidadãos que forem impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GMS, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GMS será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.”

<sup>70</sup> Os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio defenderam a definição dos critérios para a indenização.

Neste sentido os excertos mais interessantes da ementa do MI n.º 283-5-DF:<sup>71</sup>

Mandado de injunção. Mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, § 3º, ADCT. Deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização perdas e danos. (...) 4. (...) deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável

Para muitos autores esse julgado representou a adoção da postura concretista individual intermediária, pela qual o Judiciário promove uma integração normativa limitada ao caso concreto após o transcurso do prazo estipulado sem a edição da regulamentação.

No final do mesmo ano, no julgamento do MI n.º 284-3-DF<sup>72</sup>, alusivo ao mesmo art. 8º, § 3º, do ADCT, o STF concedeu novamente ao impetrante a possibilidade de ajuizar a indenização no juízo ordinário, prescindindo, porém, de nova comunicação ao Congresso Nacional, tendo em vista a subsistência da omissão apesar do prazo concedido no julgado anterior:

Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional – único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada – e considerando que, embora previamente cientificado no mandado de injunção n.º 283, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova

<sup>71</sup> Acórdão decidido por maioria do Pleno do STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.20/03/1991, DJU 14/11/1991.

<sup>72</sup> Acórdão decidido por maioria do Pleno do STF, rel. Min. Marco Aurélio, j.22/11/1991, DJU 26/06/1992.

comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório

Nesta decisão, o STF teria adotado a posição concretista individual direta ao autorizar o impetrante a ingressar imediatamente no juízo ordinário, pleiteando a reparação patrimonial prevista no art. 8º, § 3º, do ADCT, sem a necessidade do transcurso *in albis* de um novo prazo para a edição da regulamentação.

No ano de 2003, o STF evoluiu um pouco mais, ao julgar o MI n.º 562-RS<sup>73</sup>, referente ao mesmo dispositivo legal, quando autorizou que o impetrante ajuizasse diretamente ação de liquidação no juízo comum, para fixação do *quantum debeatur*, independentemente de sentença de condenação.

Para outros autores, porém, essas decisões representam apenas uma aproximação com a tese concretista, mas não a sua adoção propriamente. Bernardo Gonçalves Fernandes<sup>74</sup> explicita bem esse entendimento:

o STF não decidiu de acordo com a corrente concretista. Adota o Pretório Excelso a corrente não-concretista, porém, afirma que as requerentes (autoras das ações) descritas no referido artigo não vão receber a indenização lá prevista, mas terão o direito a uma Ação Cível de Reparação de Danos de natureza econômica se provado o prejuízo em decorrência da omissão dos Poderes Públicos

<sup>73</sup> “(...) Logo, desnecessária a renovação da notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão, mas que também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção. 2 – Nesse mesmo precedente, acolheu esta Corte proposição do eminente Ministro Nelson Jobim, e assegurou aos impetrantes o imediato exercício do direito de indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da condenação. 3 – Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão judicial. **O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do quantum devido(...).**” (MI n.º 526-RS, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel.ª Acórdão Min.ª Ellen Gracie, DJU 20.02.2003, Tribunal Pleno, p. 260) *(sem destaque no original)*

<sup>74</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Remédios Constitucionais**: na doutrina e na jurisprudência do STF e STJ. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 90-91.

Com efeito, parece-nos que esses julgados, realmente, não representam propriamente uma postura concretista individual, nos moldes defendidos na doutrina, contudo isto não se afirma pelas razões expostas no excerto supracitado. A nosso sentir, a indenização viabilizada nos julgados é a indenização prevista no art. 8º, § 3º, do ADCT e não uma reparação por perdas e danos decorrentes da omissão inconstitucional.

A adoção parcial da corrente concretista individual dá-se em razão de a Suprema Corte não ter formulado uma regulamentação supletiva com os critérios de apuração da indenização devida pela União, deixando para o juízo ordinário a sua definição. O STF deveria ter especificado os critérios a serem observados, subsidiando-se, por exemplo, nos projetos de lei sobre o tema, por ser o único órgão competente para a formulação da regra supletiva, não devendo transferir tal encargo ao juiz ordinário.

Essa crítica foi corretamente lançada pelo Min. Marco Aurélio em seu voto vencido:

Agora vejam a situação *sui generis*: o Tribunal, dizendo-se competente para apreciar o mandado de injunção (...) em vez de atuar de forma concreta e fixar os parâmetros da reparação que serão futuramente disciplinados por lei, transfere essa fixação ao juízo. (...) Divirjo do nobre relator, pois devemos partir para o lançamento, de imediato, de um provimento judicial que revele os parâmetros da reparação de que cogita o texto constitucional.

Diante disso, a decisão do MI n.º 562-RS foi mais correta que as anteriores, porque assegurou ao impetrante o direito de ajuizar diretamente uma ação de liquidação no juízo comum. O STF exerceu sua competência de certificar a existência do direito, tornando desnecessário um novo processo de conhecimento na via ordinária. No entanto, o Supremo deveria ter definido os parâmetros da indenização, pois se o legislador quisesse que fossem aplicadas as regras ordinárias de responsabilidade civil não teria delegado tal determinação à regulamentação posterior. A eficácia limitada do dispositivo reflete o anseio de criação de critérios específicos para a situação.

Assim, em situações que envolvem direito à indenização, o STF deve certificar a titularidade do direito, formular a regulamentação subsidiária e facultar ao impetrante a propositura de liquidação no juízo ordinário - caso as partes não acordem extrajudicialmente o cumprimento da decisão - para a apuração do *quantum* devido, já que a Suprema Corte não é o local adequado para produção de provas e apuração de valores.

Dentro dessa modificação de sua jurisprudência, o STF, na mesma época, apreciou o MI n.º 232-1-RJ<sup>75</sup>, impetrado por entidade beneficente de assistência social que requeria a isenção de contribuição social prevista no art. 195, § 7º, da CF/88<sup>76</sup>, mas inviabilizada por ausência de norma estabelecendo os requisitos para a sua concessão. Abaixo a ementa do julgado:

Mandado de injunção conhecido, em parte e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, parágrafo 7º da Constituição, sob pena de vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida

A maioria dos ministros decidiu que, se a omissão não fosse sanada em seis meses, a norma constitucional deveria ser considerada auto-aplicável para que a isenção pudesse ser gozada.

Também nesse julgado o STF poderia ter ido mais longe, fixando os critérios para a fruição da isenção de contribuição social. O Min. Carlos Velloso, divergindo parcialmente da maioria, defendeu a aplicação analógica dos critérios estatuidos no art. 14, do Código Tributário Nacional. Essa sim seria uma decisão partidária da tese concretista individual, pois concederia uma norma provisória. No caso, o STF limitou-se a considerar auto-aplicável uma norma de eficácia limitada, sem proceder à integração normativa.

---

<sup>75</sup> Acórdão decidido por maioria do Pleno do STF, rel. Min. Moreira Alves, j. 02/08/1991, DJU 27/03/1992.

<sup>76</sup> “Art. 195 (...) § 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.”

Como bem salientou Milton Flaks<sup>77</sup>, em conferência pronunciada nos idos de 1992, o STF, ao julgar os mandados de injunção supracitados, pelo menos, admitiu converter uma norma constitucional de eficácia limitada em norma de eficácia plena e considerou o mandado de injunção hábil para obter a regulamentação de qualquer direito previsto na Constituição, e não apenas dos direitos e garantias fundamentais constantes do seu título II.

Com efeito, esses julgados representaram uma pequena evolução na jurisprudência tímida do STF e um sinal de que o entendimento poderia ser alterado. A decisão não se limitou a certificar a omissão, permitindo, ao invés, que o impetrante pudesse de alguma maneira gozar o direito. Contudo, essa evolução foi circunstancial, sendo acolhida apenas porque a viabilização dos direitos mostrou-se possível sem a necessidade de uma verdadeira integração normativa. A desejada alteração da jurisprudência ainda demoraria a ser efetivada, pois o STF continuou adotando a posição não-concretista nos mandados de injunção referentes a outros dispositivos legais até meados da primeira década do século XXI.

Bem representativa da manutenção da posição não-concretista é a ementa do MI n.º 341-6-SP, julgado em 01 de agosto de 1994:

EMENTA – MANDADO DE INJUNÇÃO. ARTIGO 192 - § 3º DA CONSTITUIÇÃO. JUROS REAIS SUPERIORES A DOZE POR CENTO AO ANO. I. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn n.º 4, decidiu que o § 3º do art. 192 da Constituição Federal não é auto-aplicável. II. Situação de mora do legislador ordinário na atividade de regulamentar a cobrança de juros reais, como previsto no mencionado dispositivo da Carta da República. Mandado de injunção parcialmente deferido, com o reconhecimento da mora do Congresso Nacional e a exortação a que legisle, como manda a Constituição.

---

<sup>77</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 264..

### 3.3 - A CONSOLIDAÇÃO DA POSTURA CONCRETISTA

Atendendo aos reclames da doutrina diante da permanência da inércia do poder público em sanar diversas omissões já declaradas judicialmente, o STF alterou o seu posicionamento, após 20 anos de vigência da Carta Magna de 1988, para adotar efetivamente a posição concretista, tanto individual como geral.

Finalmente, o Supremo retirou o mandado de injunção de certo ostracismo trazido pela posição não-concretista, para transformá-lo em instrumento de plena efetividade do texto constitucional, na defesa de direitos prejudicados pela inércia dos poderes públicos.

A mudança de entendimento só foi possível com a renovação da composição da nossa Corte Suprema, sobretudo a partir de 2003, o que facilitou a ruptura com a conservadora posição de outrora.

#### 3.3.1 - O concretismo individual - o caso da aposentadoria especial dos servidores públicos

A efetiva reformulação da jurisprudência do STF só veio no julgamento do MI n.º 721-7-DF<sup>78</sup>, Rel. Min. Marco Aurélio, em 30/08/2007, impetrado por servidora pública que pleiteava a viabilização do seu direito à aposentadoria especial previsto no art. 40, § 4º, III, da CF/88, em decorrência do exercício de atividade insalubre por mais de 25 anos.

De acordo com este dispositivo, legislação complementar deve estabelecer requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos servidores públicos que exerçam atividades sob condições prejudiciais à saúde ou à integridade física.

---

<sup>78</sup> DJU 30/11/2007

Reconhecendo a inércia do Presidente da República em iniciar o processo legislativo da legislação complementar necessária, o STF julgou parcialmente procedente a ação não apenas para certificar a omissão inconstitucional, mas sim para viabilizar, no caso concreto, o exercício do direito, através da aplicação do art. 57, da Lei n.º 8.213/91, do regime geral de previdência social, que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada.

De acordo com a ementa do MI n.º 721-7-DF:

MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO – DECISÃO – BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei n.º 8.213/91.

Pela primeira vez à unanimidade, o Pleno do STF decidiu adotar a tese concretista individual, aceitando a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário, sem que isso significasse uma ofensa ao princípio da separação dos poderes, nas razões do voto do relator Min. Marco Aurélio:

Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do Legislativo. Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania e cidadania.

A atitude acanhada da Corte quanto ao alcance do mandado de injunção foi finalmente afastada para se reconhecer que a formulação de uma regra supletiva

para a omissão não infringe o princípio da independência e harmonia dos poderes, por ser tal atitude autorizada pela Constituição.

Porém, no entendimento do Min. Marco Aurélio, a compatibilidade da posição concretista com o princípio da separação dos poderes dependia da não formulação de preceito genérico a abarcar todas as situações análogas. Isto é, o referido princípio que outrora obstava uma postura integrativa do STF, neste julgado passou a constituir empecilho somente à posição concretista geral. Não haveria óbices apenas para a concretista individual, pois a Corte estaria realizando a atividade que o Judiciário exerce em todo processo subjetivo, qual seja, dizer a norma jurídica individualizada para o caso concreto.

Essa, todavia, não foi a interpretação proposta pelo Min. Eros Grau em seu voto-vista do mesmo julgado. Considerando que a função estatal, como expressão do aspecto material do poder estatal, deve ser preordenada a finalidades de interesse coletivo e objeto de um dever jurídico, o eminente ministro propôs o afastamento do tradicional critério orgânico de classificação das funções estatais, que as vincula ao órgão que as emana (Legislativo: função legislativa; Executivo: função executiva; Judiciário: função jurisdicional).

Neste sentido, considerou melhor o critério material das funções, do qual surge a idéia de função normativa, de produção das normas jurídicas, que abarcaria tanto a função legislativa de elaboração de textos normativos, como a função regimental e a função regulamentar.

O Judiciário não teria apenas a função normativa de elaboração das normas de seu regimento. A função regulamentar lhe teria sido imposta pela Constituição como dever jurídico no mandado de injunção.

De acordo com essa linha de pensamento, o Poder Judiciário, no mandado de injunção, exerce função normativa regulamentar, interpretando o direito em sua totalidade para produzir a norma supletiva, a qual se incorpora ao ordenamento jurídico, atuando como texto normativo a ser interpretado e aplicado nos casos semelhantes, nos moldes do que acontece com a súmula vinculante.

Neste passo, o Min. Eros Grau, de acordo com o voto que proferiu, em 07/06/2006, como relator do MI n.º 712-PA, concluiu que o STF deveria

regulamentar de modo abstrato e geral o art. 40, § 4º da CF/88, definindo os parâmetros que solucionariam o caso concreto e serviriam para regular todos os casos análogos, visto que uma norma jurídica objetiva conformar o comportamento social de sujeitos associados e não pode ser concedida a um só titular do direito.

Entretanto, o colegiado, infelizmente, não discutiu as boas considerações do Min. Eros Grau em defesa da adoção da tese concretista geral, limitando-se a determinar a aplicação do art. 57 da Lei n.º 8.213/91 ao caso do impetrante, que deveria ingressar na via administrativa para comprovar as demais condições necessárias ao deferimento da aposentadoria especial.

Tal método de decisão foi reproduzido inúmeras vezes nas posteriores ações envolvendo o art. 40, § 4º, da CF/88. Na sessão plenária do dia 15/04/2009, por exemplo, foram julgados 18 mandados de injunção no mesmo sentido, sendo, inclusive, decidido na questão de ordem suscitada pelo Min. Joaquim Barbosa, no MI n.º 795-1-DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, que os ministros poderiam julgar os casos idênticos monocraticamente.<sup>79</sup>

A nosso sentir, seria melhor que o STF tivesse estendido a decisão prolatada no MI n.º 721-7-DF a todos os casos análogos, determinando que todos os entes federativos observassem o art. 57 da Lei n.º 8.213/91 na análise administrativa dos pedidos de concessão de aposentadoria especial de servidores públicos. Tal método de decisão evitaria a posterior proliferação de processos sobre o mesmo tema no Supremo, fadados à concessão da mesma norma supletiva, já que não é possível a fruição de regulamentação diversa por cada titular do mesmo direito constitucional.

### 3.3.2 - O concretismo geral - o caso do direito de greve dos servidores públicos

Em 25/10/2007, o STF, após diversos pedidos de vista, finalizou o julgamento dos Mandados de Injunção coletivos n.º 670-9-ES<sup>80</sup>, 708-0-DF<sup>81</sup> e 712-8-PA<sup>82</sup>, que

---

<sup>79</sup><http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>  
(acesso em 10/10/2010)

<sup>80</sup> Acórdão decidido por maioria pelo Pleno do STF, rel. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ Ac. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJU 31/10/2008

tratavam da falta de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da CF/88.

Com efeito, a Suprema Corte, por maioria, acolheu pela primeira vez a tese concretista geral, determinando a aplicação, no que couber e com os devidos acréscimos, da Lei n.º 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve no setor privado, a todo o funcionalismo público do país, até que a legislação específica seja editada.

A principal divergência no caso deu-se na eficácia da decisão.<sup>83</sup> Os Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski limitaram a decisão à categoria representada pelos sindicatos impetrantes e estabeleceram condições específicas para o exercício das paralisações.

O Tribunal afastou-se da orientação perfilhada anteriormente<sup>84</sup>, de limitar-se à declaração da omissão legislativa, para aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. Além disso, afastou-se da posição acolhida no MI n.º 721-7-DF que restringia os efeitos da decisão ao caso concreto.

Para justificar a mudança radical de posicionamento da Corte, o Min. Gilmar Mendes enfatizou, em voto-vista no MI n.º 670-ES, o enorme tempo de omissão do Congresso Nacional, mantida apesar das diversas comunicações judiciais a respeito da necessidade de o Poder Público cumprir o seu dever de regulamentar o direito, e, principalmente, os prejuízos causados à população por greves ocorridas na época, que, sem controle jurídico, ficaram sujeitas a negociações heterodoxas.

Comungando das mesmas preocupações e alertando para o desprestígio que a manutenção da antiga orientação poderia causar para a Constituição, haja vista a “omissão abusiva” no adimplemento da prestação legislativa imposta, o Min. Celso de Mello, até então, adepto recorrente da tese não concretista, mudou de posição, para interpretar o mandado de injunção como instrumento concretizador das

---

<sup>81</sup> Acórdão decidido por maioria pelo Pleno do STF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJU 31/10/2008

<sup>82</sup> Acórdão decidido por maioria pelo Pleno do STF, rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007, DJU 31/10/2008

<sup>83</sup> Apenas o Min. Maurício Corrêa adotou a posição não-concretista no MI n.º 670-ES.

<sup>84</sup> O STF já tinha julgado anteriormente mandados de injunção sobre o mesmo tema entendendo que o direito não poderia ser exercido antes da edição da lei complementar. Vide MI n.º 20, 485 e 585. Registre-se que o Min. Carlos Velloso, em 02/08/2002, no julgamento do MI n.º 631-MS, defendeu a aplicação no caso concreto da lei de greve dos trabalhadores em geral.

cláusulas constitucionais, apto a impedir a subordinação da Lei Fundamental à vontade ordinária comum.

Nesse quadro e para evitar a ocorrência de uma “omissão judicial”, o STF, nos termos da proposição do Min. Gilmar Mendes, adotou uma moderada sentença de perfil aditivo, aquela geralmente aceita quando integra ou completa “um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução pelo Tribunal incorpora solução constitucionalmente obrigatória.”<sup>85</sup>

Assim, o STF determinou a aplicação analógica de determinados artigos da Lei n.º 7.783/89, excluindo-se aqueles incompatíveis com a regulação da greve no setor público e provendo em outros os acréscimos necessários ao atendimento das peculiaridades do direito.<sup>86</sup>

Ademais, a Corte decidiu fixar parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, para apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores com vínculo estatutário. Por sugestão do Min. Gilmar Mendes, a Corte considerou viável a possibilidade de aplicação das regras de competência insculpidas na Lei n.º 7.701/88 e especificou os órgãos competentes para a apreciação de eventuais dissídios nos contextos nacional, regional, estadual e municipal:

se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da Justiça Federal, ou ainda, abranger mais de uma unidade da Federação, entendo que a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, a, da Lei n.º 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da Justiça Federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º, da Lei n.º 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da Federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também, por aplicação analógica, do art. 6º da Lei n.º 7.701/1988).

---

<sup>85</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Injunção**. Palestra no Instituto Luso-Brasileiro de Direito Constitucional, Lisboa, 28 de janeiro de 2008, p. 140.

<sup>86</sup> “Isto posto, a norma, na amplitude a que ela deve ser conferida no âmbito do presente mandado de injunção, compreende conjunto integrado pelos artigos 1º ao 9º, 14, 15 e 17 da Lei n. 7.783/89, com as alterações necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve nos serviços públicos, que introduzo no art. 3º e seu parágrafo único, no art. 4º, no parágrafo único do art. 7º, no art. 9º e seu parágrafo único e no art. 14.” (voto do relator do MI n.º 712-8-PA, Min. Eros Grau)

Como se vê, o STF, de forma extremamente inovadora, exerceu uma ampla função normativa em mandado de injunção, fixando inclusive regras de competência, tendo em vista o probabilíssimo surgimento de controvérsias sobre a abusividade ou não de futuras greves. Atitude importante para viabilizar o exercício do direito constitucional de greve dos servidores e resguardar a continuidade na prestação dos serviços públicos.

Em virtude dessa preocupação em preservar a prestação contínua dos serviços públicos, os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes ressalvaram, também, a possibilidade de o juízo competente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e mediante solicitação de órgão competente, impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de serviços ou atividades essenciais.

A alegação de desrespeito ao princípio da separação dos poderes foi refutada brilhantemente pelo Min. Eros Grau ao considerar que no mandado de injunção o Judiciário exerce um dever-poder imposto pela Constituição, qual seja, uma função normativa, de produção da norma regulamentadora faltante, de modo abstrato e genérico, como deve ser a produção de toda norma, para aplicação no caso concreto e em todos os casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos:

não há que se falar em agressão à “separação dos poderes”, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada “separação de poderes” provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. (...) A este Tribunal incumbirá (...) remover o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto, norma enunciada como texto normativo, logo sujeito a interpretação pelo seu aplicador. (...) Não se aplica ao direito de greve dos servidores públicos, repito-o, exclusivamente, em sua plena redação, a Lei n. 7.783/89, devendo o Supremo Tribunal Federal dar os parâmetros do seu exercício. Esses parâmetros não de ser definidos por esta Corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, visto que norma jurídica é o *preceito, abstrato, genérico e inovador – tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados – que se integra no ordenamento jurídico* e não se dá norma para um só. (...) No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que faltava

De fato, os julgamentos dos MI n.º 670-9-ES, 708-0-DF e 712-8-PA representaram significativa alteração da jurisprudência do STF sobre mandado de injunção, conferindo-lhe uma eficácia até maior do que a defendida pela maioria da doutrina. O instituto mais polêmico da CF/88 finalmente alcançou a sua finalidade de instrumento de efetivação dos direitos constitucionais, impedindo que a desídia de um órgão público inviabilize as pessoas de exercerem os seus direitos.

Além disso, a decisão trouxe uma leitura correta e atual do princípio da separação dos poderes, com a formulação de verdadeira regulamentação supletiva, e mostrou-se consentânea com o princípio da isonomia e a economia processual, ao estender a sua eficácia a todo funcionalismo público do país, evitando que cada categoria de servidores tenha que impetrar a ação para obter a mesma decisão.

Cumprе ressalvar, entretanto, que, apesar da intenção da maioria dos ministros em adotar a teoria concretista geral, com pretensa eficácia *erga omnes* da regulamentação, a decisão prolatada nos três mandados de injunção coletivos teriam necessariamente eficácia além das partes. É que o art. 103, II, do Código de Defesa do Consumidor, que integra o denominado microssistema processual coletivo, determina que a decisão benéfica sobre direito coletivo *stricto sensu*, como era no caso, deve ter eficácia *ultra partes*.

Por fim, a nosso ver, o STF deveria ter unificado as adequações normativas da Lei n.º 7.783/89 propostas pelos relatores, determinando claramente nos acórdãos quais os artigos e as respectivas alterações que deverão ser observados nos futuros dissídios de greve, para conferir segurança jurídica ao tema e facilitar a função jurisdicional dos juízes e dos tribunais.

#### 3.4 - A INDEFINIÇÃO SOBRE OS LIMITES DA POSTURA CONCRETISTA DA CORTE

A despeito da aplaudida evolução do entendimento do STF sobre o alcance do mandado de injunção, a análise de sua jurisprudência não permite afirmar qual a

posição consolidada para o provimento judicial do *writ*, se a concretista individual ou a concretista geral.

Isto se afirma porque após o julgamento dos mencionados mandados de injunção sobre o direito de greve no serviço público, os quais determinaram a aplicação da Lei n.º 7.783/89, com as devidas ressalvas, a todos os casos análogos, o STF continuou restringindo as decisões de outros mandados de injunção às partes dos processos.

Exemplos disso são os 20 mandados de injunção referentes à aposentadoria especial do art. 40, § 4º, da CF/88, julgados na sessão plenária do dia 02/08/2010, nos termos da decisão do MI n.º 721-7-DF, ou seja, adotando a tese concretista individual.<sup>87</sup>

O STF poderia perfeitamente, no primeiro *writ* seguinte à decisão com eficácia geral sobre o direito de greve, ter determinado a aplicação *erga omnes* das regras de aposentadoria especial previstas na Lei n.º 8.213/91. No entanto, não o fez. Assim, não ficou claro se a extensão da eficácia das decisões sobre o direito de greve representa um novo entendimento sobre o conteúdo do provimento judicial de qualquer mandado de injunção ou só do coletivo.

Além disso, parece que a atribuição de eficácia geral à decisão do mandado de injunção deveu-se muito mais a certa insatisfação da Corte com a inobservância pelo Congresso Nacional das recomendações antes expedidas sobre a matéria e a uma preocupação com a futura repetição dos transtornos sociais causados em greves passadas do que a um novo entendimento sobre o alcance da decisão a ser aplicado em qualquer mandado de injunção.

Dessa forma, resta a dúvida se o STF restringirá a atribuição de eficácia geral aos mandados de injunção coletivos, mantendo a tese concretista individual nos demais casos, ou evoluirá para adotar a teoria concretista geral em todos os mandados de injunção, ou definirá os limites do julgado de acordo com as circunstâncias políticas e sociais que envolverem o direito obstaculizado.

---

<sup>87</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>  
(acesso em 15/10/2010)

#### 4 - A VIABILIDADE DA EFICÁCIA GERAL DO PROVIMENTO JUDICIAL DO STF EM MANDADO DE INJUNÇÃO

Diante da expectativa acerca da definição de qual postura o STF assumirá nos próximos julgados, parece-nos que a melhor solução é a uniformização da jurisprudência da Corte em torno da subcorrente concretista geral, apesar do grande avanço já representado pela adoção da teoria concretista individual no MI n.º 721-7-DF.

A eficácia geral da decisão pode ser aplicada em qualquer caso pelo STF, por beneficiar muito mais pessoas e privilegiar, ainda mais, a efetividade do texto constitucional, sem qualquer prejuízo para terceiros e para a lógica da jurisdição constitucional atual.<sup>88</sup>

Na linha desse entendimento,<sup>89</sup> o prof. José Ignácio Botelho de Mesquita enfrentou o problema dos limites da norma supletivamente formulada pelo Tribunal:

Deverá ela regular apenas o caso concreto submetido ao tribunal, ou abranger a totalidade dos casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos, embora entre sujeitos diferentes? Dentre essas alternativas, é de se optar pela última, posto que atividade normativa é dominada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos submetidos ao mesmo preceito constitucional.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> Registre-se que o Projeto de Lei n.º 4.679/90, baseado no estudo do prof. Botelho de Mesquita, preconiza solução semelhante à deste trabalho, determinando que, além de suprir a falta da norma regulamentadora, o Tribunal ordenará o cumprimento das regras supletivas constantes do acórdão, em todo o território sujeito à norma, estabelecendo o prazo dentro do qual as suas disposições entrarão em vigor. (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 101) Entretanto, tal projeto de lei está apensado ao Projeto n.º 6002/90, o qual está em estágio mais avançado de tramitação no Congresso Nacional e adota a eficácia *inter partes* da decisão do mandado de injunção. (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 948). Esperamos que as recentes decisões do STF sobre o direito de greve dos servidores públicos levem os parlamentares a retomarem a proposição do Projeto n.º 4.679/90.

<sup>89</sup> Posicionam a favor da tese concretista geral: Luiz Flávio Gomes (1989), Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (1999) e Vicente Greco Filho (1989) (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 100-106)

<sup>90</sup> 1989, apud Eros Grau, MI n.º 721-7-DF, p. 23.

Realmente, a extensão *erga omnes* da decisão concessiva do mandado de injunção privilegia o princípio da isonomia, assegurando que todos que estejam em posição análoga a do impetrante possam requerer o exercício de seus direitos, nos termos da normatização supletiva formulada pelo STF.

Assim como o direito constitucional é destinado abstrata e igualmente a todos que preencham os requisitos de sua titularidade, a regulamentação do exercício do direito deve ser destinada a todos os titulares do direito. A norma constitucional criou o direito para a coletividade e a sua plena efetividade depende da possibilidade de todos os titulares exercerem o direito.

Além disso, a eficácia geral observa o princípio da força normativa da Constituição, segundo o qual o intérprete constitucional deve dar prevalência aos pontos de vista que contribuem para uma eficácia ótima da Lei Fundamental, conferindo-lhe máxima aplicabilidade.<sup>91</sup>

Com efeito, de acordo com Konrad Hesse<sup>92</sup>, a Constituição adquire força normativa na medida em que é cumprida a sua pretensão de imprimir ordem e conformação à realidade política e social. E isto só ocorre, a nosso ver, se a regulamentação de um direito tiver eficácia sobre toda a coletividade que dele é titular. A eficácia restrita àquele que provocou o Judiciário não conforma a realidade política e social, caracterizada pela generalidade de relações sociais.

Deste modo, a eficácia geral da decisão é o método que confere mais eficácia social ao texto constitucional, pois viabiliza o exercício do direito de todos os que se enquadram na previsão normativa e não só daquele que ingressou no Judiciário. A impetração de um mandado de injunção não é ato simples e nem barato. O seu sucesso envolve, por exemplo, a contratação de procurador com traquejo em processo constitucional e desenvoltura em Tribunais Superiores, tendo em vista a grande concentração de competência nestes. Não deve ser por outro motivo que a maioria dos mandados de injunção citados na jurisprudência do STF são oriundos do Distrito Federal, onde há mais profissionais especializados na Corte.

---

<sup>91</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 74.

<sup>92</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução para o português: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1991, p. 14-15

Paralelamente, há o benefício da economia processual, já que a utilização da tese concretista geral evita que todos os titulares do direito tenham que ajuizar mandado de injunção para exercitá-lo. Outorgar apenas ao impetrante a norma subsidiária levará o Supremo a julgar milhares de mandados de injunção para reproduzir a mesma decisão, desperdiçando um tempo que poderia ser melhor utilizado no cumprimento de suas outras funções.

De outro lado, a decisão com eficácia geral é o método mais eficiente de eliminação da possibilidade de decisões contraditórias, aproveitando a quase absoluta concentração da competência nos tribunais.

Ademais, a técnica de decisão do STF na adoção da teoria concretista individual demonstra a total viabilidade da extensão geral da eficácia da regulamentação. O Supremo, no caso da aposentadoria especial dos servidores públicos, limitou-se a certificar o direito do impetrante e a determinar a observância por analogia do art. 57 da Lei n.º 8.213/91 na regulação do seu exercício. No processo administrativo competente o impetrante deveria comprovar todos os dados fáticos exigidos pela norma concedida para o exercício efetivo do direito.<sup>93</sup> É que não há fase probatória no mandado de injunção e o STF não é o local adequado à produção das provas necessárias ao gozo do direito, a exemplo da perícia da insalubridade.

Como se vê, o Supremo não aplica diretamente a regulamentação criada no caso concreto, mas apenas determina a sua observância pelas partes e pelas autoridades que eventualmente vierem a dirimir um litígio na aplicação da norma.

Os defensores da teoria concretista individual salientam que no mandado de injunção o impetrante visa mais à satisfação do seu direito particular do que a elaboração de uma norma geral, por isso a decisão teria eficácia restrita ao caso concreto. Isso, porém, não retira a viabilidade da eficácia geral. Reconhecemos que o impetrante ajuíza o mandado de injunção para satisfazer direito próprio. No entanto, a satisfação do direito individual passa necessariamente pela anterior

---

<sup>93</sup> Registre-se que o impetrante e o obrigado não terão necessariamente que litigar em instância inferior sobre a aplicação da norma supletiva. Apenas se houver discordância acerca da aplicação da norma ou recalcitrância do obrigado no seu cumprimento é que o impetrante deverá ajuizar a ação adequada. Naturalmente, quando a Administração Pública for a titular do dever correlato ao direito, haverá algum procedimento administrativo para publicizar o ato, ainda que haja a intenção de cumprir a norma.

investigação em tese pelo Judiciário de uma norma apta a regulamentar o direito, que será aplicada em todos os casos idênticos que chegarem à sua apreciação, se for adotada a teoria concretista individual.

Dessa forma, se a norma supletiva terá que ser a mesma para todos os casos idênticos que chegarem ao STF, se a sua efetiva aplicação será realizada em processo posterior na via ordinária - caso as partes não cheguem a um acordo -, por que não determinar na decisão que a norma utilizada no caso concreto seja aplicada a todos os casos análogos? Por que não determinar que os outros titulares do direito possam pleitear diretamente na via ordinária a aplicação da norma supletiva sem precisar ir ao STF? Será que é necessário que cada titular provoque o Supremo para que este apenas reconheça o direito e prolate a mesma decisão? A nosso ver, não.

A observância do princípio da isonomia, da economia processual, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da força normativa da Constituição nos leva a crer que a função do STF em mandado de injunção “deverá ser genérica, de modo a atingir todos aqueles que estejam na situação trazida ao conhecimento do Tribunal pelo primeiro, e que deverá ser o único, mandado de injunção.”<sup>94</sup>

A par disto, os outros titulares do direito poderão ajuizar as tradicionais ações adequadas ao requerimento de cumprimento da norma, a exemplo do mandado de segurança, pois a ausência de regulamentação será suprimida pelo primeiro mandado de injunção.<sup>95</sup>

Deste modo, entendemos que o Supremo, após reconhecer o estado de omissão inconstitucional e certificar a existência do direito do impetrante, deve formular uma regulamentação supletiva genérica, subsidiado por projetos de lei, experiências do direito estrangeiro e pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro, determinando, em seguida, a sua aplicação ao caso concreto e também a todos os casos análogos, nos moldes da integração normativa realizada nos Mandados de Injunção n. 670-9-ES, 708-0-DF e 712-8-PA.

Haverá apenas uma diferença entre aquele que impetrou o mandado de injunção e aquele abrangido pela eficácia geral: o impetrante já terá comprovado a

---

<sup>94</sup> GRECO FILHO, *apud* PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 101.

<sup>95</sup> GRECO FILHO, *apud* PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 101.

titularidade do direito, precisando apenas comprovar na via própria os requisitos estabelecidos em juízo, caso o obrigado se negue a cumpri-los espontaneamente – nesse caso, a pessoa passível de sofrer os efeitos deve participar do pólo passivo do mandado de injunção e do processo administrativo ou judicial consequente; de outro lado, aquele abrangido pela eficácia geral terá que provar a titularidade de seu direito na via própria para depois obter as consequências do seu exercício pautado naquela normatização – nesse caso, a pessoa passível de sofrer os efeitos da decisão participará apenas do procedimento subsequente, pois ocorrerá nele a discussão do direito e de suas consequências.

No entanto, a tese concretista geral sempre foi muito criticada sob a alegação de afronta aos princípios da separação dos poderes, do devido processo legal e da reserva legal, e por converter o mandado de injunção de instrumento de tutela de direito subjetivo em instrumento de tutela de direito objetivo. Essas são as principais críticas direcionadas à tese aqui defendida e, por isso, receberão atenção especial nos próximos tópicos.

#### 4.1 – A COMPATIBILIDADE COM A ATUAL CONCEPÇÃO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da independência e harmonia dos poderes, gravado no art. 2º da CF/88<sup>96</sup>, embasou o acolhimento ou a rejeição das diferentes teses sobre o alcance do mandado de injunção.

A jurisprudência inicial do STF, contrária à formulação da regra supletiva provisória para superar o estado de omissão inconstitucional, era justificada pela exigência de respeito à separação das funções legislativa e jurisdicional em órgãos distintos. O Judiciário, detentor da função jurisdicional, não poderia criar a norma

---

<sup>96</sup> “Art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

faltante nem para o caso concreto. Apenas o Legislativo teria legitimidade e capacidade para criar normas jurídicas.

A doutrina, majoritariamente a favor da tese concretista individual, criticou ferrenhamente esse posicionamento do Supremo, por entender que a formulação pelo Judiciário de uma norma provisória para o caso concreto não feriria tal postulado, constituindo, na verdade, o natural exercício de sua função judicante, de prolatar a norma jurídica individualizada para o caso concreto sob sua apreciação. Haveria usurpação de função legislativa pelo Judiciário apenas se este lançasse na decisão uma norma abstrata e geral, atribuição restrita ao Legislativo.<sup>97</sup>

No entanto, *data maxima venia*, tais interpretações estão contaminadas por dogmas ultrapassados acerca da organização político-estatal e não compreendem da melhor maneira o objetivo do mandado de injunção e o sentido da concepção atual de distribuição de funções estatais.

A idéia de tripartição de poderes é bastante antiga e tem referências na obra “Política” de Aristóteles.<sup>98</sup> O histórico filósofo identificou a existência de três funções estatais - a legislativa, a executiva e a de julgamento - que deveriam ser exercidas por um único centro de poder.

Todavia, embora a menção à matéria esteja presente na Antiguidade, não havia qualquer preocupação com a limitação do poder. Apenas na Modernidade a discussão ganhou impulso e influenciou de forma determinante a organização do sistema político dos Estados.

Os principais autores da leitura moderna do tema são John Locke (1632-1704), na obra “Segundo Tratado de Direito Civil”, analisando o sistema político inglês, e Montesquieu (1689-1755), na obra “Do Espírito das Leis”, observando a crise do Absolutismo na França.

---

<sup>97</sup> Bem representativas dessa idéia são as palavras de Flávia Piovesan: “no mandado de injunção não há transferência do encargo de legislar para o Poder Judiciário, posto que não cabe ao Judiciário elaborar normas gerais e abstratas, mas tão somente tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais no caso concreto. O Poder Judiciário assume assim, embora em dimensões mais alargadas, sua função típica e própria, qual seja a função jurisdicional, respondendo satisfatoriamente ao caso concreto.” (PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003)

<sup>98</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008

Montesquieu, o autor mais referenciado no estudo sobre o tema, por ter melhor sistematizado a separação dos poderes como forma de governo e limitação do poder estatal, percebeu que o poder tende a corromper aquele que o exerce sem limites. Para evitar a concentração de poder e a tirania estatal, propôs que as três funções indicadas por Aristóteles fossem exercidas por órgãos independentes e especializados. Daí surgiu a tripartição dos poderes: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

Essa sistematização, que partia da utopia de um órgão próprio para cada função, pressupondo que a rígida separação das funções geraria um automático controle recíproco do exercício do poder estatal, estava totalmente influenciada pelo contexto histórico vivido na Europa nos séculos XVII e XVIII: a oposição aos regimes monárquicos absolutos e a ascensão da classe burguesa. A insatisfação social com as restrições impostas pelos regimes absolutistas centralizou a teoria política na investigação da melhor maneira de impedir a concentração e o exercício arbitrário do poder, para garantir as liberdades individuais contra a tirania estatal.<sup>99</sup>

Com efeito, a construção teórica da divisão orgânica e especializada das funções estatais transformou-se em lema da burguesia, que lutava no Parlamento para aumentar seu poder e acabar com os empecilhos criados pelas arbitrariedades do regime monárquico. Com o implemento da Revolução Francesa, a instauração da fase Liberal do Estado alicerçou-se no modelo de tripartição dos poderes, que, assim, ganhou força de dogma e se espalhou pela Europa como requisito para organização de um Estado Constitucional.<sup>100</sup>

Nesse cenário, dominado pelo liberalismo absoluto, consagrou-se a supremacia do Parlamento e da lei, como expressões da vontade da nação, restando ao Judiciário uma menor importância, restrita à garantia das liberdades individuais. Era fundamental que o Estado fosse mínimo e não interferisse na vida social.

Até o século XIX, esse modelo de separação de poderes sobreviveu sem a necessidade de aperfeiçoamentos, pois as Constituições ainda limitavam-se a trazer disposições gerais sobre a organização estatal, não lhes sendo reconhecida

---

<sup>99</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, p. 211.

<sup>100</sup> Vide a sua inserção no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, condicionando a existência do Estado Constitucional à previsão da separação de poderes.

normatividade suficiente para produzir efeitos diretamente. O Parlamento ditava os rumos do Estado em nome da nação, não se admitindo qualquer controle judicial sobre a constitucionalidade das leis.

No entanto, mostrou-se inviável a independência completa entre os poderes, pois cada um deles poderia exercer suas funções arbitrariamente, sem qualquer controle. Dessa percepção surgiu o entendimento de que os poderes deveriam atuar coordenadamente, em harmonia, com funções típicas ou preponderantes e também funções atípicas ou excepcionais.

A propósito dessa evolução da interpretação sobre a organização das funções estatais, são claras as lições de Celso Ribeiro Bastos<sup>101</sup>:

O esquema rígido, pelo qual uma dada função corresponderia a um único respectivo órgão, foi substituído por outro onde cada poder, de certa forma, exercita as três funções jurídicas do Estado: uma de caráter prevalente e as outras duas a título excepcional ou em caráter meramente subsidiário daquele.

Além disso, como o liberalismo garantia liberdade somente a um grupo restrito de privilegiados, intensificando as desigualdades sociais, o Estado foi deixando de ser liberal para ser social ao longo do século XX, o que alargou o conteúdo da Constituição e intensificou a força de suas normas. O Estado foi chamado a intervir mais na vida social, levando à ampliação das atribuições e da importância do papel do Executivo e, sobretudo, do Judiciário. Passou-se a admitir paulatinamente o controle judicial da atividade legislativa.

O novo papel exigido do Estado, de intervenção eficiente na resolução de problemas econômico-sociais, reclamou a substituição do modelo inicial de “separação” por outro de “distribuição” de funções que se interpenetram e complementam em busca do bem comum.

Dentro dessa evolução de compreensão do papel do Estado e do modelo de distribuição de funções estatais, surgiu na doutrina americana a idéia de controle recíproco entre os poderes, mais conhecido como sistema de freios e contrapesos

---

<sup>101</sup> 1995, *apud* MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 123.

ou *checks and balances*. Cada poder passou a ter ingerência legítima nas funções dos outros poderes, em situações específicas previamente delimitadas pela Constituição, como forma de garantir o equilíbrio e a harmonia necessária à realização do bem da coletividade.

Apesar dessas transformações, o modelo rígido e estanque de separação das funções estatais, erigido a dogma no século XVIII, continuou sendo reproduzido doutrinariamente sem acompanhar as novas realidades. É essa visão ultrapassada da distribuição do exercício do poder estatal que fundamentou e fundamenta a restrição do alcance do mandado de injunção nas duas primeiras décadas de sua existência.

É preciso ver que, nos tempos atuais, a rígida separação orgânica do exercício das funções está totalmente superada em virtude da diversidade de funções atribuídas ao Estado e da crescente necessidade de uma satisfatória interlocução entre elas para o alcance da eficiência. Neste sentido, as lições de Dalmo Dallari<sup>102</sup>,

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.

Corroborando esse entendimento de que atualmente é necessária uma interpenetração de funções, principalmente por meio de um controle recíproco entre os órgãos estatais, aduz Roberto Pfeiffer<sup>103</sup> que

não se pode conceber o princípio da harmonia dos Poderes como o de uma separação estrita, em que haveria uma esfera de funções exclusivas, sem nenhuma espécie de ingerência mútua. Tanto isso é verdade que a pedra de toque do sistema é a função de controle que cada um dos poderes exerce sobre os demais, fiscalizando o modo como cada uma desempenha suas funções prevaletentes.

<sup>102</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 222.

<sup>103</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 107.

Complementando, Ana Cândida da Cunha Ferraz<sup>104</sup> esclarece qual o limite da interferência de um poder na função típica de outro poder:

a interferência de um poder sobre outro somente será admissível, em tese, quando vise a realizar a idéia-fim, seja **para impedir abusos do poder**, seja para propiciar real harmonia no relacionamento entre os poderes, seja ainda **para garantir as liberdades e assegurar o pleno exercício das funções próprias.** (*destaque nosso*)

Na linha dessa nova orientação, a CF/88 adotou um modelo de distribuição de funções que inclui a independência, a harmonia e a coordenação das atividades dos órgãos estatais, através da atribuição de funções típicas e atípicas a cada poder, e o sistema de freios e contrapesos, com a previsão de ingerências excepcionais e limitadas de um poder sobre as funções de outro, sem que haja sobreposição entre eles.

Por exemplo, o Chefe do Poder Executivo Federal exerce função legislativa (atípica) ao expedir preceitos de natureza geral e abstrata por meio de medidas provisórias e leis delegadas, com possibilidade, inclusive, de criação de direitos novos (art. 62 da CF/88); pode contrapor a atividade legislativa do Congresso Nacional ao vetar uma norma (art. 66 da CF/88); e indica os Ministros do STF (art. 84, XIV, da CF/88). Já o Poder Legislativo Federal exerce função jurisdicional (atípica) no julgamento de crimes de responsabilidade imputados a determinadas autoridades (art. 52, I, II, e parágrafo único, da CF/88); pode sustar o andamento de ação penal oferecida contra um de seus membros (art. 53, § 3º, da CF/88); e pode aprovar ou não a escolha de Ministro do STF pelo Presidente da República. O Poder Judiciário, por sua vez, exerce função legislativa quando elabora seus regimentos internos e função administrativa quando organiza o provimento de seus cargos (art. 96, I, “a” e “c”, da CF/88).

É nessa conjuntura do sistema de freios e contrapesos, composto de hipóteses limitadas e excepcionais de ingerência de um poder nas funções do outro, em prol da coletividade, que o mandado de injunção foi criado, como um mecanismo

---

<sup>104</sup> 1994, p. 14, *apud* PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 107.

de controle pelo Judiciário da inatividade dos outros poderes, com o fim de preservar a força do texto constitucional e efetivar os direitos das pessoas.

Ressalte-se que nas normas que contêm os direitos passíveis de impetração de mandado de injunção há verdadeiro dever constitucional de regulamentar e não discricionariedade do Poder Público. Assim, o mandado de injunção atua como forma de controle sobre um dever constitucional e não sobre uma discricionariedade de outro poder.

O Poder Judiciário é chamado a atuar para impor a prevalência de objetivos estatais estatuídos pela Carta Magna que não podem ser transformados em letra morta pelo inadimplemento funcional do órgão que a deveria cumprir. A competência para regulamentar o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional é antes de tudo, não se esqueça, um método escolhido para a melhor consecução dos fins estatais.

A integração normativa produzida pelo órgão judicial competente, ao invés de representar uma usurpação de função normativa, cumpre o objetivo primordial da separação de poderes de impedir o exercício abusivo do poder estatal, também manifestado quando o seu detentor descumpre uma obrigação imposta pela Lei Fundamental, fonte de legitimação do próprio exercício do poder.

Sobre a legitimidade do Judiciário em efetivar o comando constitucional inobservado pelo órgão omissor, Derly Barreto e Silva Filho<sup>105</sup> assevera:

Compete aos Poderes Constituídos, inseparavelmente, a efetivação, no mundo fático, das normas constitucionais. A todos eles incumbe este dever. E o cumprem integrados em objetivo (fim), mas independentes em sua consecução (meio). Todavia, a independência dos Poderes Constituídos não permite que um ou mais deles se abstenham de fazer o que estão constitucionalmente adstritos. Na falta de atuação destes, principalmente do Legislativo e do Executivo (aos quais cabe ditar o destino social, político e econômico do País), o Judiciário, mediante a ordem de injunção, deverá cumprir o objetivo estabelecido pela norma constitucional e atuar como Poder Integrado de objetivação dos fins, e, não, como Poder Independente de consecução dos meios.

Ademais, ao conceder o mandado de injunção o Judiciário não está exercendo uma função criadora de direito inexistente, pois “a fonte do direito

---

<sup>105</sup> 1991, p. 44, *apud* PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

subjetivo do impetrante não é a regulamentação procedida subsidiariamente pelo juiz; é, sim, a própria regra constitucional.”<sup>106</sup> O Judiciário utiliza criativamente o ordenamento jurídico para implementar um direito positivado na Constituição.

Nessa linha, não subsiste a afirmação de que a emanação de uma regulamentação transformaria o juiz em legislador, pois como bem observa Dalmo Dallari<sup>107</sup>

ao conceder o mandado de injunção o juiz já dispõe de uma norma de direito positivo, que é o artigo da Constituição reconhecedor do direito ou da prerrogativa, devendo apenas complementá-lo para viabilizar a aplicação ao caso que lhe for submetido

De outro lado, o modelo de separação dos poderes é determinado pela Constituição, a qual é a fonte de legitimação das funções dos órgãos estatais, inclusive, da função do Judiciário de suprir provisoriamente a regulamentação do exercício de um direito não regulamentado. Assim, o Judiciário, ao criar a regulamentação faltante, não está usurpando uma função do Legislativo, mas, sim, exercendo um “múnus” que a Carta Magna lhe conferiu para uma situação excepcional e delimitada, com o fim de proteger os cidadãos da inércia estatal.

De acordo com as lúcidas lições de Ana Paula de Barcellos<sup>108</sup>,

não há, na realidade, um modelo absoluto e acabado de separação de poderes que deva ser dogmaticamente aceito por todos os países, fora do qual se estaria violando o princípio da separação. Ao contrário, a observação demonstra que cada país organiza um modelo próprio de separação de poderes, tendo em vista suas necessidades, sem apego maior às formulações clássicas, cunhadas nos séculos XVIII e XIX

Por essas considerações, a separação de poderes não deve representar um obstáculo lógico ao controle pelo Judiciário das omissões inconstitucionais praticadas pelo Poder Público, mas sim o seu fundamento.

<sup>106</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 111.

<sup>107</sup> 1993, p. 434, *apud* PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 111.

<sup>108</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, p. 216-217.

O legislador constituinte criou o mandado de injunção como instrumento de combate à síndrome da infetividade das normas constitucionais, verificada nas Constituições pretéritas, e de realização do princípio da imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, inserido no § 1º do art. 5º, da CF/88. O mandado de injunção surgiu, assim, de uma necessidade da ordem jurídica brasileira, no ínsito do modelo de separação de poderes adotado pela CF/88.

A integração normativa realizada pelo Judiciário em sede de mandado de injunção é totalmente legítima, pois visa a efetivar direitos subjetivos constitucionais, cuja proteção é o fim último da própria separação dos poderes. Em vez de representar uma inobservância do princípio, significa um mecanismo de controle recíproco de funções tendente a preservar os direitos do cidadão.

Sem dúvidas, os direitos do homem não são protegidos com a manutenção do estado de omissão inconstitucional, representativo do desrespeito a um comando constitucional pelo órgão estatal que o deveria cumprir. Esse abuso do poder estatal acaba por condicionar a vontade do Poder Constituinte à vontade do Poder Constituído e deve ser combatido em respeito à força normativa da Constituição.

Por isso, o mandado de injunção, como remédio constitucional apto a minimizar os efeitos decorrentes da omissão inconstitucional, deve ser considerado um instrumento de contenção da arbitrariedade no exercício do poder estatal, o fim primordial do princípio da separação dos poderes.

Além disso, não se está dizendo que se deva atribuir ao Judiciário, por meio de um controle de constitucionalidade, a capacidade de legislar e aplicar a sua norma sem que possa ser controlado por outro Poder. No mandado de injunção não há essa possibilidade, pois o órgão omissor poderá a qualquer momento cumprir o seu dever normativo e editar a regulamentação exigida pela Constituição, substituindo aquela criada provisoriamente pelo Poder Judiciário.

Nessa linha, não há usurpação da função normativa de nenhum órgão estatal pelo Poder Judiciário, mas sim o exercício anômalo constitucionalmente autorizado de uma função normativa, condicionado à demonstração de certos requisitos e direcionado ao cumprimento da Lei Fundamental.

A nosso ver, o princípio da separação dos poderes, como um instrumento a serviço de uma organização política harmônica e não como um valor em si mesmo, merece uma releitura consentânea com a nova postura que se exige do Estado. O Poder estatal é uno e indivisível e as funções por ele legitimadas objetivam o bem-estar social do país. Em razão disso, a concretização das garantias constitucionais não deve ser suplantada pela antiquada vinculação de uma função a um órgão, como se este fosse soberano. A função é antes de tudo estatal e o órgão que a exerce um veículo do poder estatal.

Hodiernamente, o modelo constitucional e social da organização político-estatal deve cuidar harmonicamente de dois aspectos: do *poder* e das *funções*. Quanto ao primeiro, para fortalecer as instituições democráticas e seu controle interno e externo, enraizando no próprio ímpeto da interrelações dos órgãos estatais o empecilho ao exercício absoluto da autoridade estatal. Quanto ao segundo, priorizar a eficiência do Estado, o cumprimento dos princípios e programas constitucionais, para que à liberdade de não ser tolhido por um Governo ditatorial alie-se a liberdade criada pela oportunidade de fruir isonomicamente os direitos concedidos pela norma fundamental.

Nesse passo, a tese concretista individual, embora também revista de efetividade o mandado de injunção no controle judicial da inconstitucionalidade por omissão, o faz em menor medida, somente garantindo o exercício do direito antes inviabilizado a um de seus titulares. Todas as outras pessoas que seriam igualmente beneficiadas caso a regulamentação exigida existisse continuarão sem poder exercer o direito se não impetrarem o *mandamus* para obter a mesma decisão, apesar de todas as dificuldades que envolvem o ajuizamento de uma ação como essa num Tribunal Superior.

Renegar a extensão da viabilização da fruição de direitos constitucionais a todos os seus titulares é renegar um dos fins primordiais do Estado: a igualdade jurídica, no sentido do gozo idêntico dos direitos civis e políticos. E, ainda, renegar o fim acrescentado pela teoria solidarista: igualdade de todos os indivíduos nas condições iniciais da vida social.

Destarte, a formulação pelo Judiciário da regulamentação faltante com eficácia *erga omnes* é plenamente consentânea com o princípio da harmonia e

independência dos poderes adotado pela CF/88, com a contemporânea feição social do Estado e a conseqüente postura ativa e criativa atribuída ao Poder Judiciário.

#### 4.2 - A FUNÇÃO POSITIVA DO JUDICIÁRIO NO ESTADO SOCIAL

Com a crise do Estado Liberal, cujo excesso de individualismo inviabilizava a redução das injustiças sociais, ganhou espaço a defesa de um Estado mais social, não limitado à preservação das liberdades individuais, mas também presente na construção da sociedade do bem-estar, através do cumprimento de diretrizes básicas estabelecidas na Constituição que o rege.

Anteriormente, o Poder Público protegia os direitos liberais clássicos através de um não fazer. Agora, o Estado Social precisa ir além, intervindo na ordem social para promover os valores constitucionais.

Naturalmente, com a postura mais ativa do Estado na persecução de programas constitucionais, as atribuições de todos os Poderes aumentaram. O Poder Judiciário, responsável pela guarda da legalidade e do respeito à Constituição, teve ampliado seu papel no controle das funções dos outros Poderes.

Neste sentido, as lições de Rui Medeiros<sup>109</sup>:

a reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal. Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a proposta omissão de medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessário a intervenção activa do Tribunal Constitucional.

Com efeito, a nossa Constituição “Cidadã” de 1988 acolheu o modelo social de Estado ao prever tantos direitos de conteúdo prestacional, relacionados com a ordem social, difusa e coletiva. Porém, ciente das deficiências no exercício do poder estatal, alargou o controle de constitucionalidade por ação e ainda criou dois instrumentos (MI e ADO) para o controle de constitucionalidade por omissão.

---

<sup>109</sup> *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Injunção**. Palestra no Instituto Luso-Brasileiro de Direito Constitucional, Lisboa, 28 de janeiro de 2008, p. 140.

Nessa nova ordem, requer-se um Poder Judiciário mais ativo, mais social e politicamente mais responsabilizado, com atuação diversa daquela desempenhada na égide das Constituições liberais. O Poder Judiciário converteu-se em poder responsável por uma justiça substancial que consagre o valor da igualdade material, tendo como parâmetro obrigatório e vinculante a efetivação dos direitos fundamentais.<sup>110</sup>

Cappelletti<sup>111</sup> explica com precisão essa expansão das atividades do Poder Judiciário no Estado Social:

Este é caracterizado pela expansão sem precedentes da competência e, assim, dos poderes do Estado legislador e administrador. Por conseqüência, também a exigência do controle judiciário da atividade do Estado tornou-se sempre mais aguda e urgente. Daí, o fato de que o âmbito do processo cresceu bem além dos limites tradicionais da lide essencialmente 'privada', envolvendo esta apenas sujeitos privados, estendendo-se muito seguidamente a lides comprometedoras dos poderes políticos do Estado. Justiça administrativa e Justiça constitucional tornaram-se, assim, componentes sempre mais importantes do fenômeno jurisdicional, freqüentemente confiadas a novas e altamente 'criativas' cortes administrativas e constitucionais. (...) Bem se pode dizer, em conclusão, que as responsabilidades (no sentido de poderes) processuais e substanciais dos juízes expandiram-se extremamente nas sociedades modernas.

É dentro desse panorama que o mandado de injunção deve ser interpretado, como um instrumento apto a contribuir com o processo de realização da igualdade material, permitindo que todas as pessoas possam exercer a titularidade de um direito constitucional e impedindo que a inércia de um órgão estatal reduza a força normativa da Constituição.

Embora defenda a teoria concretista individual, Flávia Piovesan ressalta bem a relação da eficácia do mandado de injunção com o novo papel do Judiciário no Estado Social:

<sup>110</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 174.

<sup>111</sup> *Apud* PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 174.

a eficácia do mandado de injunção implica na incorporação, por parte dos órgãos aplicadores do direito, em particular por parte do Poder Judiciário, da lógica do Estado de Bem-Estar Social. Vale dizer, é este o modelo de Estado fixado pela ordem constitucional de 1988, que está a exigir da cultura jurídica a incorporação de conceitos transformadores.<sup>112</sup>

Assim, é legítima e necessária a integração normativa em sede de mandado de injunção, pois o Poder Judiciário, como parcela do Poder uno do Estado e veículo dos fins estatais, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade diante do retardamento excessivo de outro poder no cumprimento de obrigações constitucionais, sob pena de transformar-se em partícipe de uma ofensa à Constituição.

#### 4.3 - UM INSTRUMENTO DE TUTELA DO DIREITO SUBJETIVO E DO DIREITO OBJETIVO

Uma das principais críticas à adoção da teoria concretista geral é feita pela professora Flávia Piovesan<sup>113</sup>, segundo a qual a elaboração da norma regulamentadora faltante pelo Judiciário “importaria em converter o mandado de injunção, de instrumento de tutela de direito subjetivo em instrumento de tutela do direito objetivo.”

Para a eminente constitucionalista, a defesa do direito objetivo diante da omissão inconstitucional deve ser realizada através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, reservando-se, assim, o mandado de injunção para a remoção do obstáculo ao exercício do direito subjetivo do impetrante.

---

<sup>112</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 171.

<sup>113</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148.

Nessa linha, com o desiderato de embasar a limitação *inter partes* do alcance do mandado de injunção, a doutrinadora propõe uma analogia com os instrumentos de controle de inconstitucionalidade por ação:

no âmbito deste controle, enquanto a via de ação direta de inconstitucionalidade preocupa-se em sanear a ordem jurídica, afastando do sistema toda e qualquer lei ou ato normativo inconstitucional, (...), na via de exceção ou defesa, sob a perspectiva do direito subjetivo, objetiva-se afastar do caso concreto a incidência de norma inconstitucional que implique em violação a direito subjetivo, permitindo, assim, a restauração do direito. Deste modo, só há como compreender a via de ação direta de inconstitucionalidade sob o enfoque do direito objetivo, ao passo que a via de exceção ou defesa só se faz compreensível sob o enfoque do direito subjetivo. (...) De fato, sob a mesma lógica, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão só pode ser interpretada sob o enfoque do direito objetivo, enquanto o mandado de injunção só se faz compreensível sob o enfoque do direito subjetivo<sup>114</sup>

Em que pese a enorme sabedoria da eminente professora, não merece acolhimento a sua posição, pelos vários motivos que serão expostos a seguir.

Em primeiro lugar, cumpre observar que a atribuição de eficácia *erga omnes* ao provimento judicial do mandado de injunção não leva ao desamparo o direito subjetivo do impetrante. Muito pelo contrário, a regulamentação estendida a casos análogos é criada inicialmente para viabilizar o exercício do direito subjetivo para o qual se pede proteção no *writ*.

Com efeito, a remoção do obstáculo ao exercício do direito subjetivo do impetrante consiste justamente na formulação de uma regulamentação subsidiária que afaste a omissão estatal e permita a fruição imediata e efetiva do direito estatuído constitucionalmente. Mesmo que não se aceite a extensão da solução para casos semelhantes, não se pode negar que a efetivação do direito apenas no caso concreto depende da formulação da referida regulamentação.

Neste passo, a extensão *erga omnes* da normatização supletiva formulada em sede de mandado de injunção individual não significa deixar o direito subjetivo do

---

<sup>114</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.149.

impetrante sem uma solução imediata na própria decisão. Na verdade, o escopo inicial da ação continua sendo a proteção do direito subjetivo. Defende-se somente que o Judiciário, após tutelar o direito do impetrante, aproveite a oportunidade para determinar a observância em situações análogas da mesma solução criada para o caso concreto, privilegiando a economia processual e a isonomia dos titulares do mesmo direito.

Assim, atribuir eficácia geral à decisão concessiva de um mandado de injunção individual significa a tutela concomitante da ordem jurídica objetiva e do direito subjetivo posto sob a apreciação do órgão julgador.

Em segundo lugar, a analogia proposta acima não se mostra consentânea com o significado dos atributos tradicionais dos modelos de controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro, posto que não observa as corretas características do mandado de injunção.

Como é cediço, o ordenamento brasileiro adota o sistema judicial misto de controle de constitucionalidade, ou seja, a junção do modelo difuso, segundo o qual qualquer órgão do Judiciário, ao analisar um caso concreto, pode afastar a aplicação de uma norma por considerá-la incompatível com a ordem constitucional; com o modelo concentrado, quando o controle é exercido por um órgão judicial com competência exclusiva para julgar a matéria constitucional.

O controle pode ser abstrato/objetivo, quando a inconstitucionalidade é examinada em tese, visando a depurar o ordenamento de normas tidas como inconstitucionais e sem necessidade de dar solução a um caso concreto; e concreto/subjetivo, quando a solução da questão de constitucionalidade surge como condição de solução de um caso concreto, como prejudicial do mérito.

Normalmente, associa-se o caráter abstrato/objetivo do controle ao modelo concentrado e o caráter concreto/subjetivo ao modelo difuso. No entanto, essa vinculação é equivocada, pois, a despeito de existirem mais instrumentos de controle de constitucionalidade com tal associação de características, nada impede que haja controle concentrado e concreto, bem como difuso e abstrato.

Por exemplo, o incidente de argüição de inconstitucionalidade perante os tribunais, previsto no art. 97 da CF/88 e nos arts. 480 a 482 do CPC, é um

instrumento de controle difuso e abstrato, pois realizado por qualquer tribunal em análise em tese da inconstitucionalidade. De outro lado, a ADI interventiva é exemplo de controle concentrado e concreto, já que apenas o STF tem competência para apreciar a ofensa concreta a princípios constitucionais sensíveis (art. 36, III, CF/88).

Outra exceção à regra geral é o próprio mandado de injunção, um instrumento de controle de constitucionalidade concreto e, de certa forma, concentrado. Com efeito, referido *writ* tem como objeto principal um caso concreto cuja solução condiciona-se ao prévio reconhecimento e à posterior superação da inconstitucionalidade por omissão, e sua apreciação é de competência exclusiva de determinados órgãos judiciais a partir da análise do órgão estatal responsável pela inércia normativa e da matéria envolvida.

Embora a competência para apreciação dessa ação seja distribuída em mais de um tribunal, via de regra, cada omissão inconstitucional será analisada de forma privativa por um determinado órgão do Judiciário, de acordo com as normas constitucionais de competência. A concentração da apreciação de cada omissão em um determinado órgão jurisdicional só será excetuada nos casos em que a Constituição Estadual preveja competência dos juízes de primeira instância. No mais, cada omissão será analisada exclusivamente por um determinado tribunal, competente em razão do órgão omissor e da matéria versada.

Ademais, o mandado de injunção é uma espécie de controle de constitucionalidade direto ou por via de ação e não incidental ou por via de exceção, pois representa não um incidente processual surgido em ação diversa anteriormente proposta para outro fim, mas, sim, uma ação própria destinada à remoção do obstáculo criado pela omissão inconstitucional.

Dessa forma, não subsiste a restrição do enfoque do mandado injunção à proteção do direito subjetivo com fundamento na sua equiparação com a via de exceção do controle de constitucionalidade por ação. Como visto, tanto o mandado de injunção como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão são exercidos por via de ação apreciada diretamente e exclusivamente pelo órgão judicial competente. Por isso, a mesma lógica não pode ser transplantada para os instrumentos de controle da omissão constitucionalidade.

Na verdade, a interpretação atual dos controles concentrado e difuso de constitucionalidade por ação, serve, ao contrário, para demonstrar a total pertinência e viabilidade da extensão geral da eficácia do provimento judicial constitutivo do mandado de injunção prolatado pelo STF.

De acordo com as inovações legislativas dos últimos anos e a novel jurisprudência do STF, não se reproduz mais a separação estanque entre processo subjetivo e processo objetivo no que tange a seus objetivos e limites. Está em curso no Brasil a denominada abstrativização do controle concreto de constitucionalidade.

#### 4.4 - A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

O propalado fenômeno da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade decorre da incorporação de características e institutos típicos do controle abstrato ao controle concreto de constitucionalidade, promovida por alterações na legislação e na jurisprudência do STF.

A Emenda Constitucional (EC) n.º 45/04 desencadeou diversas modificações neste sentido. Seguindo a tendência de aumento da importância dos precedentes do STF, acrescentou o art. 103-A à CF/88, consagrando a possibilidade de edição de súmula vinculante pelo STF, após reiteradas decisões sobre uma mesma questão constitucional, prolatadas em sede de controle difuso de constitucionalidade, geralmente em recurso extraordinário.

Igualmente, acrescentou o § 3º ao art. 102 da CF/88, prescrevendo que a admissibilidade do recurso extraordinário depende da demonstração da repercussão geral da questão constitucional discutida, o que, de certa maneira, representa uma análise em tese dos efeitos de uma norma em controle difuso.

Nessa linha de abstração, a Lei n.º 11.418/06 disciplinou a repercussão geral nos arts. 543-A e 543-B do CPC. Segundo o § 5º do art. 543-A, a decisão que negar

a existência de repercussão geral valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que poderão ser indeferidos liminarmente. Já o § 6º do mesmo artigo faculta a participação de terceiros (*amicus curiae*) na análise da repercussão geral. Ou seja, é possível a extensão dos efeitos de uma decisão em controle difuso a outros processos e a utilização de um instituto típico do controle abstrato.

De outro lado, o art. 543-B instituiu o incidente de análise de repercussão geral por amostragem para os casos de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, quando o tribunal de origem deverá selecionar um ou mais recursos paradigmas para análise no STF, enquanto os demais ficam sobrestados. Caso a existência da repercussão geral seja negada, todos os recursos sobrestados serão considerados inadmitidos. É outro grande exemplo da objetivação do controle difuso, segundo as lições de Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha<sup>115</sup>:

O incidente para a apuração da repercussão geral por amostragem é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC e ADPF, e de profundo *interesse público*, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem-número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. É mais uma demonstração do fenômeno de “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade das leis

Paralelamente às modificações legislativas, a jurisprudência do STF fornece diversos exemplos dessa transformação, senão vejamos.

A Min. Ellen Gracie ressaltou o processo de redefinição do recurso extraordinário no julgamento do Agravo Regimental n.º 375.011, através do qual proveu recurso extraordinário que não preenchia o requisito do prequestionamento, com o fim de dar efetividade a posicionamento do STF sobre questão constitucional decidida em outro recurso extraordinário, sob o fundamento de que a força normativa da Constituição seria fragilizada se o Supremo permitisse a manutenção de decisões divergentes sobre o mesmo tema em instâncias inferiores.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meio de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Vol. 3. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 340.

<sup>116</sup> Informativo n.º 365 do STF.

Em 2004, o STF julgou o RE n.º 298.694, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido. Assim, o Supremo admitiu uma causa de pedir aberta no recurso extraordinário, nos moldes do que ocorre nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

No julgamento do RE 197.917/SP, o STF declarou inconstitucional um artigo da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela/SP que estabelecia uma proporcionalidade de vereadores superior à prevista no art. 29, IV da CF/88. Acolhendo sugestão do Min. Gilmar Mendes, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) editou uma resolução determinando a observância em todos os municípios da interpretação fixada naquele julgado pelo STF. Essa resolução foi alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade rejeitadas pelo Supremo sob o fundamento de que o TSE, ao expandir a interpretação constitucional, submeteu-se ao princípio da força normativa da Constituição. Ou seja, o STF corroborou a extensão *erga omnes* de decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade.

Ademais, o STF admitiu a possibilidade de sustentação oral de *amicus curiae* - instituto próprio do controle abstrato - em recurso extraordinário, quando a matéria for relevante, em virtude da objetivação do processo constitucional concreto.<sup>117</sup>

No julgamento do HC n.º 82.959, o STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, da Lei n.º 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos crimes hediondos, com a eficácia *ex nunc*, modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade prevista no art. 27 da Lei n.º 9.868/99 (Lei da ADI/ADC). Mais uma vez, o STF aplicou instituto originário do controle concentrado de constitucionalidade no controle difuso.

Além disso, o STF iniciou o julgamento da Reclamação n.º 4335/AC, em que se pede a cassação de decisão que não admitiu a progressão de regime prisional para condenado em crime hediondo, sob o fundamento de desrespeito ao posicionamento consolidado pela Corte no HC n.º 82.959. Os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau manifestaram-se pela procedência da reclamação, determinando a extensão *erga omnes* da decisão. Isto é, defenderam o cabimento

---

<sup>117</sup> É o entendimento constante no RE n.º 416827/SC e no RE n.º 415454/SC, rel. Min. Gilmar Mendes (Informativo n.º 402 do STF)

da reclamação constitucional para preservar a autoridade de decisão do STF proferida em sede de controle difuso. Infelizmente a reclamação não foi julgada definitivamente, pois o Min. Ricardo Lewandowski está com vista do processo desde 19/04/07. No entanto, as manifestações dos eminentes ministros já indicam uma possível transformação da jurisprudência.

Como se vê, as principais modificações têm ocorrido no recurso extraordinário, principal mecanismo de controle difuso do nosso sistema, que, de tradicional feição subjetiva, tem sido transformado em instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, com o fim de conferir maior efetividade às decisões.

Neste sentido, as lições lançadas por Gilmar Mendes no Processo Administrativo n. 318.715/STF, que culminou na edição da Emenda n. 12 ao Regimento Interno do STF:

O recurso extraordinário “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (...). A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos”<sup>118</sup>

Atualmente, percebe-se um aumento da importância dos precedentes judiciais do STF, com a efetivação de seu papel de guardião da Constituição Federal, através da prolação de decisões cada vez mais objetivas, imperativas e abrangentes. Casos concretos vêm sendo utilizados para a defesa da ordem constitucional objetiva, em decisões que transcendem as partes envolvidas na lide, influenciando e até mesmo vinculando decisões futuras de outras instâncias.

---

<sup>118</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil:** meio de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Vol. 3. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 345.

Desse modo, há na verdade uma aproximação entre os modelos abstrato e concreto de controle de constitucionalidade, não subsistindo mais a separação estanque e rígida entre processo objetivo e processo subjetivo. Um dos instrumentos mais típicos do controle difuso e concreto – recurso extraordinário - está incorporando diversas características do controle concentrado e abstrato, com o objetivo de fortalecer os precedentes do STF - órgão máximo na jurisdição constitucional brasileira – e, conseqüentemente, prestigiar a força normativa da Constituição e proporcionar mais economia e celeridade processual.

Esse panorama serve para demonstrar que a extensão *erga omnes* da decisão em mandado de injunção está longe de ser algo contrário ao sistema controle de constitucionalidade. Se a abstrativização do processo constitucional vem sendo permitida em sede de controle difuso no STF, por que não a admitir em mandado de injunção, no qual há um controle muito mais concentrado da constitucionalidade?

#### 4.5 - A FORÇA VINCULATIVA DA DECISÃO DO STF E A VIABILIDADE DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Conforme salientado anteriormente, o mandado de injunção é um mecanismo de controle de constitucionalidade por omissão, via de regra, concentrado, pois cada omissão só poderá ser julgada por um determinado órgão judicial.

Dessa forma, a norma provisória criada pelo STF deverá ser observada em todas as instâncias judiciais ou administrativas em que o direito por ela regulamentado for discutido. Ou seja, a decisão terá força vinculativa na delimitação do exercício do direito do impetrante e de todos os outros titulares, se houver extensão geral da eficácia da regulamentação supletiva. Assim, propõe-se aqui que seja conferida ao provimento judicial do mandado de injunção a força vinculativa própria das decisões proferidas em controle concentrado.

Neste passo, se a autoridade jurisdicional se recusar a aplicar a norma criada pelo STF ou aplicá-la de forma diversa da definida no julgado do mandado de injunção, caberá o ajuizamento de reclamação constitucional, pois esta é cabível para preservar a autoridade das decisões do Supremo, segundo o art. 102, I, "I", da CF/88. Tanto as pessoas que participaram do processo do mandado de injunção como aquelas abrangidas pela eficácia geral da decisão podem ajuizar a reclamação se a norma não estiver sendo cumprida por autoridade judicial.

Caso a desobediência à norma venha de autoridade administrativa obrigada perante o direito, não caberá reclamação, mas sim mandado de segurança ou simples execução do julgado, por exemplo, pois ela terá sido parte no processo. Esse é o entendimento que extraímos das considerações de Alexandre Moreira Tavares dos Santos:

no STF e no STJ não é função do órgão colegiado, mediante processo de reclamação, executar e fazer executar as decisões do tribunal que forem desrespeitadas por qualquer parte do processo, seja ela um particular ou uma autoridade administrativa.<sup>119</sup>

#### 4.6 - A AUSÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA RESERVA LEGAL

Outra objeção à atribuição de eficácia geral à regulamentação supletiva formulada por intermédio do mandado de injunção seria a afronta aos princípios do devido processo legal e da reserva legal, uma vez que geraria obrigações a terceiros não participantes do processo, sem fundamentação legal.

É provável que digam que a eficácia geral do provimento judicial desrespeitará o devido processo legal quando o direito não tiver que ser prestado sempre pela mesma pessoa. É que, nessa situação, as várias pessoas passíveis de surtir os

---

<sup>119</sup> *Apud* DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: meio de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Vol. 3. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 473.

efeitos da fruição do direito não teriam a oportunidade de participar do processo do mandado de injunção, mas, mesmo assim, sofreriam os efeitos da decisão, o que infringiria o princípio do devido processo legal, informado pelo princípio do contraditório.

No entanto, este argumento não subsiste. Antes de tudo, porém, cumpre reforçar que defendemos a formação de um litisconsórcio passivo no mandado de injunção entre o órgão omissor e a pessoa estatal ou particular passível de suportar os efeitos da decisão no caso concreto sob apreciação.

Feita essa ressalva, podemos afirmar que em nenhuma hipótese haverá afronta ao princípio do devido processo legal. Primeiramente, em relação ao eventual obrigado perante o exercício do direito do impetrante não haverá problema se ele for incluído no polo passivo do *writ*. Sendo ele notificado, poderá participar do contraditório, contestando o direito alegado pelo impetrante e opinando pela formulação da regulamentação que lhe for mais favorável.

Definida a integração normativa pelo STF, a pessoa obrigada a cumpri-la ficará abrangida pela coisa julgada da certificação do direito do impetrante. Assim, não poderá mais discutir a existência ou não do direito. Contudo, caso não aceite cumprir a regulamentação supletiva espontaneamente, ainda terá a possibilidade de discutir os limites do exercício do direito na ação judicial proposta pelo titular do direito. Como se vê, as garantias processuais do eventual obrigado não serão prejudicadas.

Em relação às pessoas que não participaram do processo do mandado de injunção, por serem obrigadas perante outros titulares do direito, que não o impetrante, também não há supressão das garantias processuais. Decidindo pela procedência do mandado de injunção, a Corte limitar-se-á a formular a regulamentação supletiva provisória e determinar a sua observância no caso concreto e em todas as situações análogas.

Desse modo, a decisão facultará ao impetrante a provocação da via ordinária, caso a pessoa obrigada não aceite cumprir a regulamentação, para que discuta diretamente os limites do exercício do direito - já certificado pela decisão do STF - a partir da comprovação dos dados fáticos necessários.

Para que os outros titulares do direito possam usufruir a mesma regulamentação, terão que provocar a via ordinária para requerer, primeiro, o reconhecimento do direito e, conseqüentemente, a aplicação da regulamentação. Neste caso, a pessoa passível de sofrer os efeitos da fruição do direito comporá o polo passivo do processo ordinário, podendo contestar o direito do autor e defender a aplicação que lhe for mais favorável da regulamentação supletiva.

Por isso, aplicando a eficácia geral, o STF não estará gerando efeitos na esfera de quem não participou do processo, mas, sim, estabelecendo as bases normativas que deverão ser comprovadas pelos outros sujeitos do direito na via própria, onde as pessoas responsáveis pelo respectivo dever poderão efetivar o contraditório.

De outro lado, não haverá afronta ao princípio da reserva legal estatuído no art. 5º, II, da CF/88<sup>120</sup>, porque as outras pessoas que não participaram do processo não serão obrigadas a fazer algo sem fundamentação legal. Muito pelo contrário, a fundamentação da obrigação é constitucional. É a norma constitucional de eficácia limitada, que prevê o direito dependente de regulamentação, a fonte de criação da obrigação para a pessoa. O Poder Judiciário não cria direito novo por meio do mandado de injunção. Apenas integra normativamente um direito já assegurado pela Carta Magna. Assim, o princípio da reserva legal estará resguardado pela norma que estatuiu o direito e pelo inciso LXXI do art. 5º que autoriza o Poder Judiciário a formular supletivamente a regulamentação faltante.

---

<sup>120</sup> “Art. 5º (...) II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

## 5 – CONCLUSÃO

Conforme observado, os caminhos da efetividade constitucional foram definitivamente abertos pelo Supremo, com os recentes julgados sobre a aposentadoria especial e a greve dos servidores públicos.

Infelizmente, a tese não-concretista demorou a ser superada na jurisprudência do STF, relegando o mandado de injunção à ineficácia durante seus primeiros vinte anos de existência. Todavia, a evolução das decisões foi intensa nos últimos anos e o tema voltou a despertar atenção.

Com certeza, é a teoria concretista que cumpre a verdadeira finalidade do mandado de injunção: a viabilização de direitos subjetivos constitucionais sem regulamentação e a atenuação dos efeitos da omissão inconstitucional.

Nessa toada, consideramos que a teoria concretista geral é a melhor tese a ser adotada pelo STF. A decisão concessiva do mandado de injunção deve determinar a aplicação da regulamentação supletiva ao caso do impetrante e a todas as situações idênticas.

A finalidade do mandado de injunção de efetivar o texto constitucional e os direitos constitucionais sem regulamentação legal só é plenamente alcançada se todos os titulares do direito puderem exercê-lo de forma isonômica, algo que a extensão da eficácia da decisão pode promover. Por isso, pode-se dizer que a eficácia geral privilegia muito mais a máxima efetividade da Constituição, reforça a sua normatividade, respeita o princípio da isonomia e proporciona economia processual.

Por outro lado, não subsiste a alegação de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Este princípio deve ser lido de acordo com uma visão contemporânea e não liberal-clássica. Atualmente, a teoria da separação dos poderes revela muito mais uma distribuição de funções, que alia a proteção do indivíduo contra os abusos do autoritarismo e a garantia da efetividade da intervenção estatal na vida social, por meio de um controle recíproco entre os poderes. O mandado de injunção é justamente um mecanismo de controle recíproco contra o exercício abusivo do poder que se faz presente na omissão normativa.

Além disso, a modelo de separação dos poderes deve ser analisado de acordo com cada ordem constitucional. Cada Constituição disciplina à sua maneira e de acordo com as suas necessidades o modelo de distribuição das funções estatais. E, por isso, o mandado de injunção é totalmente compatível com o princípio da independência e harmonia dos poderes, pois a Constituição o criou justamente para atender a uma necessidade própria da ordem jurídica brasileira: o combate ao histórico problema da inefetividade das normas constitucionais. Há autorização expressa, excepcional e delimitada para o exercício da função normativa pelo Judiciário, não uma usurpação de atribuição de outro órgão.

Ademais, o papel mais ativo do Poder Judiciário é consequência natural da concepção social do Estado. As atribuições dos poderes aumentaram, pois o bem-estar social não pode ser alcançado com a simples abstenção dos órgãos estatais. O Estado deve agir para diminuir as desigualdades sociais e construir políticas públicas de qualidade para o cidadão.

Nesse quadro, o Poder Judiciário adquiriu novas responsabilidades, sendo constantemente chamado a controlar constitucionalmente o desempenho dos outros poderes no exercício de suas funções. É nessa conjuntura que o mandado de injunção deve ser interpretado, como instrumento destinado a realizar a igualdade material na sociedade, impedindo que a desídia ou a má-fé de alguns agentes públicos no (des)cumprimento das funções estatais prejudique os cidadãos.

A Constituição não criou o *writ* sob análise para que o Judiciário exerça a sua natural função judicante em cada caso concreto, como querem fazer parecer alguns defensores da teoria concretista individual. O Judiciário formula, sim, norma genérica no mandado de injunção, porque o caso é de exercício de função anômala, no âmbito do sistema de freios e contrapesos dos poderes estatais.

A atribuição desse caráter ao *mandamus* não significa deixar ao léu o direito subjetivo do impetrante. O STF deve determinar a observância da norma supletiva na concessão do direito do impetrante. A tutela do direito subjetivo permanece sendo perseguida e efetivada com a eficácia geral. Há somente a inclusão da tutela do direito objetivo, que, essencialmente, proporciona a viabilização de mais direitos subjetivos.

Dessa forma, atualmente, não vige mais uma separação estanque e rígida entre processos subjetivos e objetivos. Há uma tendência de aproximação dos sistemas de controle de constitucionalidade destinada a dar mais rapidez e eficácia à jurisdição constitucional. Os resultados do mandado de injunção não devem ser limitados só porque a ADO produz poucos efeitos. O importante é a persecução da máxima efetividade do texto constitucional. Aliás, é para isso que servem os institutos, para serem meios de obtenção da eficácia constitucional e não para serem fins de si mesmos.

Frise-se, ainda, que não há desrespeito ao princípio do devido processo legal ou a qualquer outra garantia processual. Aqueles que não participaram do processo poderão discutir no juízo a existência do direito e os limites de aplicação da norma supletiva. Apenas será necessária a participação do possível obrigado pelo direito do impetrante no pólo passivo do mandado de injunção, já que neste a decisão certificará a existência do direito em definitivo.

De outro lado, também não há afronta ao princípio da reserva legal, pois a obrigação correlata ao exercício do direito decorre de previsão constitucional. A decisão judicial apenas concede uma regulamentação subsidiária para possibilitar o exercício daquele direito que já estava positivado. Não há criação de direito novo.

Paralelamente, a metodologia concretista do Supremo demonstra a total viabilidade da adoção da tese da independência jurisdicional. A nossa Corte Maior pode perfeitamente estender a regulamentação supletiva, pois a sua decisão não vai além da determinação de observância da integração normativa para a fruição do direito. O Supremo não entra nos detalhes da aplicação da norma ao caso concreto, por não ser essa a função de um tribunal constitucional. Uma eventual discussão sobre a aplicação da norma deve ser feita em processo de conhecimento com ampla possibilidade de produção de provas.

Neste passo, a norma provisória criada pelo STF deverá ser observada em todas as instâncias judiciais ou administrativas em que o direito por ela regulamentado for discutido. A decisão terá força vinculativa e seu eventual descumprimento pelo órgão jurisdicional inferior legitimará o ajuizamento de reclamação constitucional, com o fim de preservar a autoridade da decisão da Corte.

Destarte, por todos os motivos expostos no presente trabalho, consideramos que a eficácia geral da decisão do mandado de injunção é totalmente viável na jurisdição constitucional atual do Supremo, principalmente considerando a tendência de abstrativização dos instrumentos de controle concreto de constitucionalidade, sendo, com certeza, o método de decisão com mais benefícios a oferecer.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ANASTÁCIO, Raquel Bruno. **Mandado de Injunção: em busca da efetividade da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2003

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar: 2002

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. rev. amp.. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira; SOUSA, José Péricles Pereira de. **A objetivação do controle difuso na ordem jurídica brasileira**. In: Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Vol. 6. Curitiba: Unibrazil, 2009.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meio de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Vol. 3. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

\_\_\_\_\_. **O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro.** In: NOVELINO, Marcelo. Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade. 3. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Remédios Constitucionais:** na doutrina e na jurisprudência do STF e STJ. Salvador: JusPODIVM, 2010

FRANCO, Neila Ribeiro. **Mandado de Injunção coletivo: um instrumento processual de tutela dos direitos difusos. 2007.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução para o português: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1991, p. 14-15

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção:** um instrumento de efetividade da Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MAZZEI, Rodrigo. **Mandado de injunção.** In: DIDIER JR., Fredie (org.). Ações constitucionais. Salvador: Juspodivm, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Mandado de Injunção**. Palestra no Instituto Luso-Brasileiro de Direito Constitucional, Lisboa, 28 de janeiro de 2008.

MIRANDA, Sandra de Mello Carneiro. **O provimento judicial do mandado de injunção. 2005**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010.

NETO, Eurico Bitencourt. **Mandado de injunção na tutela de direitos sociais**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

OLIVEIRA, Sandra Ramos de. **As forças que atuam na concretização da Constituição: uma análise da atuação dessas forças no Poder Judiciário a partir do julgamento do Mandado de Injunção n.º 107. 2007**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2007.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

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

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

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. 2. t. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

SOUZA, Cybelle Rodrigues de. **Influência das regras de "common law" através do controle difuso e abstrato de constitucionalidade**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. v. 15, n. 1, 2007, p. 177-201. Disponível em: <<http://www.trt13.jus.br/engine/principal.php>>. Acesso em: 10/10/2010.