



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

Raphael Menezes do Nascimento

A Ação de Mandado de Injunção na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Brasília
2012

Raphael Menezes do Nascimento

**A Ação de Mandado de Injunção
na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Dr. Alvaro Ciarlini

Brasília

2012

NASCIMENTO, Raphael Menezes do.

A Ação de Mandado de Injunção na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal/Raphael Menezes do Nascimento. Brasília: UniCEUB, 2012.

65 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília- UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Alvaro Ciarlini

Àqueles que lutam para que o significado de Direito seja
cada vez mais próximo ao de Justiça.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por me ajudar a transpor todos os obstáculos que apareceram. Aos meus pais, Heloísa Menezes e Itagiba Nascimento, pelo amor, paciência, educação e valores. À minha família por todo suporte e compreensão na minha ausência. Aos meus colegas de faculdade. À Rayanne Illis, por toda amizade, apoio e momentos de descontração. Ao meu orientador, Alvaro Ciarlini, pelos ensinamentos que não se restringirão à academia. À minha companheira, Jacqueline Menez, cujo amor, cuidado e atenção me fizeram chegar até aqui.

*“A omissão de quem pode e não auxilia o povo
é comparável a um crime que se pratica contra
a comunidade inteira.”*

- Chico Xavier

Raphael Menezes do Nascimento

**A Ação de Mandado de Injunção
na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Dr. Alvaro Ciarlini

Brasília, de de 2012

Banca Examinadora

Prof. Dr. Alvaro Ciarlini
Orientador

Examinador

Examinador

RESUMO

O instituto do Mandado de Injunção tem por objetivo a proteção do indivíduo contra uma omissão legislativa que o impede de exercer seus direitos. Inicialmente procura estabelecer a diferença deste *writ* com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão para depois, a partir de análise feita sobre jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verificar quais são os seus efeitos possíveis. Tais efeitos variam entre apenas notificar o Congresso Nacional e concretizar o direito pleiteado. Analisa-se a consequência de cada uma das posições confrontando o equilíbrio da separação de poderes e a judicialização das políticas com a garantia dos direitos subjetivos do indivíduo dependentes de norma regulamentadora.

Palavras chave: Mandado de injunção. Supremo Tribunal Federal. Omissão legislativa. Inconstitucionalidade. Separação de poderes. Direitos e liberdades. Constituição Federal.

ABSTRACT

The Writ of Injunction aims to protect the citizens against some legislative omission that prevents them from exercising their rights. Initially the author looks for establish the difference between this writ and the Direct Action of Unconstitutionality by Omission. Then, from the analysis of the Supreme Court jurisprudence, he examines its possible effects which vary from only notify the Congress to implement the right required. He analyzes the consequences of each position, confronting the balance of the powers separation and the public policies judicialization against the citizens' rights guarantee which dependent on regulatory norm.

Keywords: Writ of Injunction. Supreme Court. Legislative omission. Unconstitutionality. Powers separation. Rights and freedoms. Federal Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O Mandado de Injunção na Constituição Federal de 1988	12
1.1 Conceito e Cabimento do Mandado de Injunção	12
1.2 Distinções entre Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	14
1.3 Normas Constitucionais que Devem ser Regulamentadas	17
2 As Consequências das Decisões do Mandado de Injunção	21
2.1. A Concentração das Decisões Políticas no Judiciário	21
2.2. A Inconstitucionalidade da não Regulamentação das normas Constitucionais ..	27
2.3. A Necessidade de Solução no Caso Concreto como Garantia do Exercício de Direitos Constitucionais	30
3 A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	37
3.1. Julgamentos do Supremo Tribunal Federal em Cada Posicionamento	37
3.2. Direito de Greve dos Servidores Públicos (MIs 670, 708 e 712).....	47
3.3. Os Efeitos da Decisão em Mandado de Injunção	54
3.3.1. Efetividade da Constituição Federal.....	55
3.3.2. Efeitos <i>erga omnes</i> no Mandado de Injunção	58
3.3.3. A Legitimidade do Judiciário para Concretizar os Direitos Constitucionais	60
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é mostrar como se apresenta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação aos efeitos do Mandado de Injunção (MI), que nos primeiros anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 era essencialmente apenas notificar o Congresso Nacional de sua inércia, e aos poucos foi evoluindo, porém ainda não pacífica, para dar efeitos constitutivos garantindo desde logo os direitos pleiteados.

Como o resultado da ação de Mandado de Injunção toca em um tema sensível que envolve diversas questões, como o direito subjetivo previsto na constituição, a separação de poderes, o silêncio eloquente do legislador, o direito de emissão da norma, dentre outros, não se pretende, com este trabalho de graduação, solucionar todos esses problemas que até então não foram respondidos nem pelo Supremo Tribunal Federal, nem pelos maiores doutrinadores que influenciam o direito brasileiro. Assim, nos limitaremos a discutir os efeitos do Mandado de Injunção e suas consequências, sendo que as perguntas abertas a partir daí poderão ser tratadas posteriormente em um trabalho de pós-graduação.

O primeiro capítulo conceitua o *writ* estudado e procura distinguir da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Também tenta delimitar quais as normas constitucionais que devem ser regulamentadas e, conseqüentemente, que seriam passíveis de questionamento por meio do Mandado de Injunção em caso de omissão legislativa.

Doutrinadores entendem que as diferenças entre os dois institutos são que o MI quanto ao pressuposto é a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; quanto ao objeto é garantir o exercício dos direitos e liberdades citados; quanto aos legitimados é qualquer titular dos direitos; a competência para julgamento, em âmbito federal, pode ser o STF, TSE ou STJ; e quanto aos efeitos é *inter partes*.

Já a ADIN por omissão, quanto ao pressuposto é a falta de lei que torne efetiva qualquer norma constitucional; quanto ao objeto é provocar o órgão legislativo competente, dando-lhe ciência para adoção das medidas necessárias; quanto aos legitimados, são os mesmos previstos na Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme o art. 103 da Constituição Federal; quanto a competência para julgamento é somente do STF; e quanto aos efeitos é *erga omnes*.

Na definição das normas que podem ser objeto de Mandado de Injunção encontramos aquelas de caráter limitado, segundo a classificação de José Afonso da Silva, as quais definem direitos que carecem de norma regulamentadora que completem seu conteúdo e permitam o exercício.

No segundo capítulo discute-se as consequências das decisões do Mandado de Injunção nos dois sentidos, em dar efeitos constitutivos ou apenas notificar o legislativo de sua omissão, a partir da efetividade da Constituição Federal e a viabilização do exercício dos direitos e garantias por ela estabelecidos.

Ao dar efeitos constitutivos, discute-se a possibilidade de haver uma superconcentração das decisões políticas no Poder Judiciário, ou um excesso de judicialização das políticas. Passando pelos possíveis prejuízos que um “ativismo” judicial poderia gerar, ocasionando um desequilíbrio na separação de poderes, ou funções estatais, ao ter uma expansão do Poder Judiciário.

Por outro lado, se não garantir os direitos por meio do Mandado de Injunção, o indivíduo não teria meios de se proteger contra essa omissão legislativa inconstitucional, que não lhe provê os meios de exercer seus direitos constitucionalmente estabelecidos.

No capítulo final é realizada uma análise dos julgados precedentes do Supremo Tribunal Federal confrontando os argumentos e posições aventadas, desde o conservadorismo dos primeiros anos em apenas notificar o Congresso Nacional da sua mora, até as mudanças paulatinas que ocorreram ao longo da

última década onde se iniciou o movimento de dar efeitos constitutivos ao Mandado de Injunção.

Percebe-se que no início houve uma resistência muito grande por parte do STF em dar efeitos constitutivos, por ser um novo instituto jurídico e que poderia exacerbar os poderes do Judiciário, preferiu-se manter uma posição mais tímida e apenas declarar a inércia do Legislativo.

A jurisprudência do Supremo, contudo, permaneceu vacilante, ora indicando uma evolução, ora regredindo ao conservadorismo inicial. Bem como, tomando decisões esparsas no sentido de estabelecer prazo para que o Congresso Nacional elabore a norma faltante.

Depois de mais de vinte anos de promulgação da Constituição Federal de 1988 com muitas normas permanecendo sem regulamentação, o STF viu-se forçado a mudar sua jurisprudência. Nesse sentido, analisamos o caso do direito de greve dos servidores públicos, de grande repercussão e que expressa essa mudança jurisprudencial.

A partir das posições veiculadas nesses julgamentos, tentamos estabelecer como o *writ* do Mandado de Injunção deve ser entendido, principalmente quanto aos seus efeitos no sentido de concretizar os direitos previstos na Constituição Federal e torná-la uma realidade social.

1 O MANDADO DE INJUNÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1.1 Conceito e Cabimento do Mandado de Injunção

A Constituição Federal de 1988 inseriu no ordenamento jurídico brasileiro importantes remédios para proteção ante a omissão legislativa, dentre eles o Mandado de Injunção, objeto do presente estudo.

O Mandado de Injunção está previsto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal dessa forma:

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

[...]

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

Dessa definição constitucional tiramos importantes conclusões: primeiro, é um direito fundamental, protegido inclusive como cláusula pétrea, como previsto no art. 60, §4º, inc. IV; segundo, é utilizado para viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; por último, o que inviabiliza o exercício de tais direitos e liberdades é falta de norma regulamentadora, não é qualquer ação ou omissão, e sim a ausência normativa.

Helly Lopes Meirelles destaca que o objeto do Mandado de Injunção é “[...]a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou

coletivos, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania”.¹

O jurista complementa destacando os pressupostos para o cabimento do mandado de injunção, que são a existência de um direito constitucional relacionado a liberdades fundamentais, nacionalidade, soberania ou cidadania, e a falta de norma regulamentadora que impeça ou prejudique o exercício desse direito.

Assim, não é qualquer omissão legislativa que é atacada por mandado de injunção, somente aquelas que prejudiquem o exercício de direitos constitucionais fundamentais, mesmo que tal conceito seja amplo, ainda mais em uma Constituição analítica e extensa como a brasileira.

O Mandado de Injunção difere nesse ponto do mandado de segurança, pois esse é uma ação de caráter mais genérico, utilizado para evitar o ataque direto ou a lesão a um direito, enquanto aquele é somente por ausência normativa e de direitos específicos.

Quanto à competência para processar e julgar o Mandado de Injunção, em âmbito federal, a Constituição atribui competência ao Superior Tribunal de Justiça quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da Administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal, o qual tem competência quando a falta de norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, dos Tribunais Superiores ou do próprio STF, ou do Congresso Nacional e suas casas legislativas.

Justamente tal competência que será o objeto de estudo, pois é onde reside a maior problemática da competência precípua e constitucional do Supremo Tribunal Federal julgar e processar a omissão do exercício da função precípua do Congresso Nacional.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 31. Ed. atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p 258.

1.2 Distinções entre Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

O conceito de Mandado de Injunção ainda pode gerar dúvidas sobre o seu objeto, pois a seguinte conclusão é natural: se o que impede o exercício do direito é a ausência normativa, então o que estarei buscando com tal ação é atacar o vício da omissão normativa. Contudo, tal interpretação é equivocada, pois o que se busca com o Mandado de Injunção é o exercício do direito, independentemente da norma, como bem pontuado por Jorge Hage:

O Mandado de Injunção não visa à defesa da objetiva do ordenamento jurídico, não tem por objeto o vício omissivo em si, não constitui forma de controle concentrado de constitucionalidade, nem busca reprimir a omissão do Legislativo, nem muito menos, a omissão de medidas materiais a cargo do Executivo. Seu objetivo é tão somente a viabilização, pelo órgão judiciário, por meio da sentença, do exercício de um direito obstado pela ausência de uma norma regulamentadora. O que vale dizer que, depois de julgado procedente o Mandado de Injunção, a situação de omissão normativa do Poder Legislativo pode, naturalmente, perdurar inalterada, pois não é o Mandado de Injunção o instrumento processual adequado para solucionar essa questão – esta, sim, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.²

Ou seja, o autor do Mandado de Injunção tenta viabilizar somente o exercício do direito e não provocar a atividade legislativa do órgão omissor.

Por outro lado, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) por Omissão tem por finalidade atacar a ausência normativa, no intuito de forçar a atividade legislativa pelo órgão competente para produzi-la. A ADIN por Omissão foi concebida no intuito de dar maior integridade, efetividade, à Constituição Federal.

A ADIN por Omissão faz parte do sistema de controle de constitucionalidade concentrado, sendo julgado privativamente pelo Supremo Tribunal Federal, Corte Suprema responsável pela guarda da Constituição Federal, que deve protegê-la tanto quando é atacada, quanto quando suas normas não são efetivadas, não é dada a aplicabilidade desejada pelo Poder Constituinte Originário.

² HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p 118.

Apesar de parecerem claras as diferenças entre os dois institutos, sendo firmemente pontuadas pela maior parte da doutrina, o Supremo Tribunal Federal não tem sido pacífico em sua jurisprudência nessa diferenciação, conforme será demonstrado no decorrer do presente trabalho, aproximando as soluções e os efeitos das referidas ações, o que ensejou a problemática ora estudada.

Pontualmente as principais diferenças entre ADIN por Omissão e Mandado de Injunção são:

Quanto ao pressuposto da primeira é a ausência de norma que torne efetiva norma constitucional, da segunda, falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A ADIN por Omissão tem por objeto provocar o Órgão Legislativo competente, dando-lhe ciência para adoção das providências necessárias para suprir a omissão, a elaboração da norma, já o Mandado de Injunção, garantir o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania que estejam impedidos por falta de norma regulamentadora, sendo que tal norma pode ser infraconstitucional ou infralegal.

Os legitimados para propor a ADIN por Omissão, são os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade previstos no art. 103 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I – o Presidente da República;
- II – a Mesa do Senado Federal;
- III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal
- V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI – o Procurador-Geral da República;
- VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O legitimado para propor o Mandado de Injunção é qualquer titular de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, seja pessoa física ou jurídica.

Já o legitimado passivo da ADIN por Omissão é o órgão competente pela edição da norma que torne efetiva a norma constitucional, no Mandado de Injunção o legitimado passivo é qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada que seja responsável pela edição do ato normativo que torne viável o exercícios dos referidos direitos e liberdades.

A competência para julgamento na ADIN por Omissão é somente do Supremo Tribunal Federal, conforme disposto no art. 102, inc. I, alínea “a” da Constituição Federal. No Mandado de Injunção a competência para julgamento, em âmbito federal, pode ser do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, q, CF/88), do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, h, CF/88) e do Tribunal Superior Eleitoral (art. 121, §4º, V, CF/88).

Por fim, e uma das principais diferenças, é que o efeito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é *erga omnes* valendo para todos os legitimados, independentemente se foram sujeitos ativos na referida ação, já o efeito do Mandado de Injunção é *inter partes*, aproveitado somente por quem propôs a ação.

Conforme será detalhado adiante, a aproximação dos dois institutos pelo Supremo Tribunal Federal se deve pela semelhança do sujeito passivo, no caso o Congresso Nacional, o direito buscado, que está previsto constitucionalmente, e os efeitos não constitutivos dado ao Mandado de Injunção, assim como na ADIN por omissão.

1.3 Normas Constitucionais que Devem ser Regulamentadas

Antes de prosseguir na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é necessário identificar quais as normas constitucionais necessitam ser regulamentadas pelo Congresso Nacional, ou seja, quais são objetos do Mandado de Injunção.

Há diversas formas de classificar e identificar as normas constitucionais sugeridas pela vasta doutrina, entretanto a classificação mais comumente adotada e, principalmente, utilizada pelo STF é a, quanto à sua eficácia, proposta por José Afonso da Silva.

Para o referido autor, as normas constitucionais dividem-se em normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; e de eficácia limitada, que podem ser declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípio programático. Tracemos as principais características de cada para diferenciá-las.

Normas de eficácia plena são aquelas completas no que determinam, ou seja, contém todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta, são de aplicabilidade imediata por serem dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. Assim, segundo José Afonso da Silva, são de eficácia plena as normas que:

[...] contenham vedações ou proibições; b) confirmam isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, por que já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.³

³ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 101

Dessa forma, o referido autor conceitua normas constitucionais de eficácia plena como sendo:

[...] aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.⁴

As normas de eficácia contida têm aplicabilidade imediata e direta, assim como as de eficácia plena, tendo eficácia independentemente da ação do legislador ordinário, ou seja, sua eficácia não está condicionada à edição de uma norma posterior. Entretanto, sua aplicabilidade pode ser contida, limitada pela legislação ordinária, tendo em vista o interesse público. José Afonso da Silva conceitua tais normas como:

[...] aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.⁵

Normas constitucionais de eficácia limitada, de aplicabilidade mediata e indireta, o que significa dizer que para terem efetividade é necessário uma ação posterior do poder público. Tais normas subdividem-se em definidoras de princípio programático e definidoras de princípio institutivo.

As normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípio programático, segundo José Afonso da Silva, são:

[...] aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.⁶

⁴ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101.

⁵ Idem. Ibidem. p. 116

⁶ Idem. Ibidem. p. 138

Portanto, as normas definidoras de princípio programático definem linhas de atuação do Poder Público a fim de atingir os objetivos do Estado, não somente por meio da atuação legislativa, mas também administrativa e jurisdicional. Em tese, não são exigíveis jurisdicionalmente, de forma a obrigar uma determinada atuação ou comportamento dos órgãos públicos por meio da sentença.

Normas de eficácia limitada definidoras de princípio institutivo caracterizam-se pelo fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação. Para que o jurisdicionado possa exercer tal direito de forma plena, é necessário que o legislativo elabore a lei determinando de que forma tal direito será exercido. Ou nas palavras de José Afonso da Silva que melhor conceitua:

[...] aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei.⁷

Tais normas possuem uma determinada eficácia naquilo que seus elementos autônomos permitem, principalmente no que tange a legislação preexistente à promulgação da Constituição, de tal forma que não recepção aquelas normas que lhe são contrárias e recepcionam aquelas que são compatíveis, nesse caso dando aplicabilidade plena. Além disso, outro efeito mínimo que tais normas possuem é o de impedir que se legisle contrariamente ao seu comando, preservando os direitos constitucionais.

O problema que se instala aqui é justamente a falta de legislação que dê aplicabilidade às normas de eficácia limitada definidoras de princípio institutivo, pois a Constituição Federal prevê que legislação infraconstitucional regulamentará determinado direito, mas não determina prazo ou sanção caso perdure a omissão legislativa.

Diante disso, a doutrina discute se há inconstitucionalidade por omissão, se o Legislativo está obrigado a expedir a norma, ou se está no âmbito de sua independência definir a conveniência e oportunidade para exercer sua função.

⁷ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 126

Passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ainda persiste vários dispositivos constitucionais de eficácia limitada sem a devida normatização, o que vem gerando um desconforto na sociedade e nas instituições democráticas. Da mesma forma, gera uma oscilação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que antes, nas ações que buscavam suprir a omissão legislativa, se limitava apenas a notificar o Congresso Nacional, e agora passa a propor novas soluções, concretizando o direito do autor.

2 AS CONSEQUÊNCIAS DAS DECISÕES DO MANDADO DE INJUNÇÃO

2.1. A Concentração das Decisões Políticas no Judiciário

A separação dos poderes, ou separação de funções estatais, trazida por Montesquieu não é suficiente para responder a diversas questões de ordem prática, principalmente quando se tem em contraposição o princípio do *check and balances*. Isso porque, apesar desse princípio tentar corrigir eventuais falhas de sobreposição de um dos poderes ou até mesmo do absolutismo em virtude da separação, a tarefa de identificar quando o sistema de freios e contrapesos está sendo aplicado e quando um “poder” está invadindo a esfera de atuação de outro é extremamente problemática.

Sabemos que a separação de funções estatais não é absoluta, primeiro porque o poder é uno e indivisível pertencente ao Estado, o que existe é apenas uma especialização funcional entre as instituições democráticas. Segundo que para assegurar a independência funcional é necessário que cada órgão detentor de sua função precípua exercite outras funções atípicas, pertencente aos demais, para evitar a ingerência de uns nos outros. Por último, esse exercício de funções atípicas é necessário para assegurar o equilíbrio entre os poderes, o que é preconizado pelo sistema de freios e contrapesos, pois a medida que duas instituições concorrem para o exercício de uma determinada função, uma tende a limitar a outra.

A dificuldade está em saber justamente quais são os limites tanto do exercício absoluto de uma determinada função, quanto da invasão de uma instituição na função de outra. Parte dos constitucionalistas entende que o limite está nos direitos fundamentais do indivíduo e da soberania popular. Posto que uma das funções da Carta Magna é limitar o poder estatal ante aos direitos dos cidadãos, enquanto esses direitos não estiverem sido violados e a soberania popular, a mesma que limitou o poder do Estado com o seu poder constituinte originário, estiver sendo respeitada qualquer prejuízo que eventualmente possa vir a ocorrer é mínimo.

É percebido, entretanto, que o “Poder” Judiciário vem ganhando uma preponderância sobre as demais instituições democráticas, pois acaba por dar a decisão última em praticamente qualquer questão, inclusive sobre a atuação administrativa do Executivo e a constitucionalidade do Processo Legislativo.

A primeira vista, no Brasil poderíamos atribuir tal preponderância há fragilidade das demais instituições, que têm sua credibilidade enfraquecida perante a população em face dos escândalos políticos. Porém, isso seria uma conclusão precipitada, com argumentação frágil e pouco valor científico, posto que essa expansão do “Poder” Judiciário é um fenômeno mundial que atinge as mais diversas democracias, desde as mais maduras até as mais recentes, como observado por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder em *“The Global Expansion of Judicial Power”*. Nessa obra os autores atribuem tal expansão a judicialização das políticas públicas, como podemos depreender do texto abaixo:

[...] ao falar de expansão global do poder judiciário, nos referimos à infusão da tomada de decisão judicial e procedimentos dos tribunais dentro das arenas políticas onde antes não se encontravam. Para resumir, nos referimos à judicialização das políticas.⁸ (*tradução livre do acadêmico*)

Complementam afirmando que os principais fatores que contribuem para tal expansão são:

[...] a política de direitos, um sistema de grupos de interesse e uma oposição política ciente dos meios judiciais para atender seus interesses, partidos fracos ou governos de coalização frágeis em instituições com liderança majoritárias para bloqueio político, suporte público inadequado, pelo menos em relação ao judiciário, e a delegação às cortes da autoridade de criar decisões em certas áreas políticas tudo contribui para a judicialização das políticas.⁹ (*tradução livre do acadêmico*)

O que se pode depreender do trecho acima é que, em uma democracia, onde paradoxalmente temos uma “ditadura” da maioria, o judiciário é

⁸ TATE, C. Neal & VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press: 1995. p. 14.

⁹ Idem. *Ibidem*, p. 33.

tido como uma solução para garantir os direitos das minorias, como complementado por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder em seguida:

[...] independentemente da existência de uma lei formal de direitos, a aceitação do princípio de que a pessoa ou as minorias têm direitos que podem ser aplicadas contra a vontade das maiorias putativo parecem muito propensos a aumentar a importância política desses – os juízes – cuja localização geralmente institucional torna mais fácil para eles fazerem regras que favorecem as minorias sobre as maiorias.¹⁰ (*tradução livre do acadêmico*)

Além disso, o judiciário, por meio da sentença, concretiza as políticas públicas prometidas pelo Executivo e Legislativo, assim afirmam:

Funcionando tanto como consequência e causa possível da incapacidade das instituições majoritárias para fazer políticas públicas eficazes são as atitudes do público de massa e da elite em direção ao executivo, legislativo e judiciário. Quando o público e os líderes de grupos de interesse e das principais instituições econômicas e sociais visualizam as instituições majoritárias imobilizadas, atuando em causa própria, ou até mesmo se corrompendo, não é de surpreender que estariam de acordo com a política de decisões de órgãos judiciais, que têm reputação de especialização e retidão, a legitimidade tanto ou mais como a do Executivo e Legislativo. Essa tendência só deve ser acelerada quando são concedidos às instituições judiciais mais respeito ou legitimidade do que outras instituições governamentais.¹¹ (*tradução livre do acadêmico*)

O problema é saber até quando é saudável essa expansão ou preponderância do judiciário para a sociedade democrática. Diante dessa questão, citamos alguns riscos da concentração das decisões políticas nas mãos dos juízes.

Ao defender o direito das minorias o juiz não poderia prejudicar a decisão democrática da maioria e gerar uma instabilidade social maior? Em uma situação hipotética, imaginemos uma determinada religião que se utiliza de drogas alucinógenas ilícitas para cultuar suas deidades, e por meio de uma ação o Judiciário lhes garantam o direito de se utilizar de tal substância em nome da liberdade religiosa prescrita pela Constituição Federal. Em consequência, há um grande aumento de seguidores dessa religião com o único intuito de utilizar licitamente tal substância, gerando um grande prejuízo social pelo aumento

¹⁰ Idem. Ibidem. p. 30.

¹¹ Idem. Ibidem. p. 31

significativo de dependentes químicos. É apenas uma situação hipotética para ilustrar as consequências que poderiam ser geradas por uma decisão judicial, não democrática, não debatida pelo Legislativo, onde se encontram os representantes do povo, sem adentrar no mérito se o caso é constitucional ou se haveria a possibilidade do Judiciário decidir de tal forma.

Por outro lado, quem defenderia as minorias em uma democracia que a vontade das maiorias prevalece? Ou quem garantiria os direitos dos cidadãos, com a urgência necessária, nos casos em que não se pode esperar o moroso processo legislativo, ou ainda mais moroso processo para se obter a vontade política do Executivo? Ou ainda, quem garantiria a efetividade da Constituição Federal, promulgada pelo poder constituinte originário, se se deixasse à livre escolha do Executivo e Legislativo a oportunidade de fornecer os direitos “X” ou “Y” nela previstos?

Na crítica ao atual sistema de “Separação de Poderes”, Bruce Ackerman, em *“The New Separation of Powers”* faz considerações acerca da revisão judicial em um sistema de parlamentarismo restrito pregado pelos adeptos do Liberal *Laissez-Faire*, onde julgam que as crises de governabilidade não prejudicariam o *status quo* atual da sociedade. Entretanto, a separação de poderes poderia facilitar a plena autoridade do governo e possibilitando que coloque em prática o seu programa de poder violando os direitos fundamentais. Nesse ponto, Bruce Ackerman afirma que seria importante ter uma limitação do parlamento por meio da revisão judicial, como transcrevemos abaixo:

Por outro lado, os adeptos do “laissez-faire” podem muito bem ser chocados por outras características estruturais do sistema. Como vimos, quando a separação de poderes se muda para o modo de plena autoridade, os vencedores podem violar os direitos fundamentais quando tentam correr em alta velocidade para consolidar seu programa antes da próxima eleição. Uma vez que eles aprovarem os seus direitos – destruindo iniciativas pela lei, pode não ser tão fácil de revogá-las, mesmo se seu programa opressivo gerar uma reação na próxima eleição. Além disso, a separação do poder legislativo tende a minar a lógica da separação funcional – ameaçando a aplicação imparcial do Estado de Direito pelos hiperpoliticado tribunais e burocratas. [...]

Talvez, então, a melhor esperança para o “laissez-faire” liberal é o parlamentarismo limitado? Afinal, este modelo autoriza um tribunal constitucional a operar como um guardião da linha de frente dos direitos fundamentais através do exercício de revisão judicial. Apesar de o tribunal poder falhar neste trabalho, não é mais sábio que deixá-lo aos eleitores para repreender os tiranos aspirantes na próxima eleição? Se este apelo ao povo é bem sucedido, o novo governo estará em condições de varrer a tirania embrionária sem encontrar as resistências geradas pelo “checks and balances” de uma constituição ao estilo americano.¹² (*tradução livre do acadêmico*)

Ao abordar o ativismo liberal, Ackerman critica a tese pregada por seus adeptos de que a solução para as violações dos direitos fundamentais, ou até mesmo uma possível tirania do governo, estaria na própria população que se rebelaria diante dessa situação. Contudo, os governantes para vencer as próximas eleições favoreceriam os ricos e escolarizados e os pobres e sem escolaridade teriam poucas chances de manifestar sua insatisfação, pois a injustiça gera fraqueza política. Nesse sistema a possível solução seria uma justiça distributiva, que suportaria os interesses dos “movimentos sociais”, mas que é bloqueada pela tradicional tripartição de poderes, pois mesmo que uma Corte Constitucional realmente queira garantir os direitos fundamentais, o Judiciário não teria capacidade orçamentária para transformar os direitos positivos em realidades sociais, nas palavras de Ackerman:

Liberais ativistas reconhecem, [...], que o governo não tem o monopólio sobre a tirania e que os cidadãos podem ser facilmente privados de seu direito de nascer à liberdade pela ignorância, pobreza e preconceito. Porque governamentais do “nativismo”, pode ameaçar esses interesses fundamentais, o liberal ativista terá uma visão ainda mais escura da sistemática de impasses gerados por uma separação de poderes no estilo americano Presidente e Congresso.

Ele não vai, no entanto, encontrar totalmente satisfatória o modelo do parlamentarismo limitado. Seu problema será bastante diferente da dos partidários do “laissez-faire”. Em vez de celebrar as virtudes do impasse legislativo, o ativista está preocupado com a estranha habilidade de legislaturas eleitas para tolerar as injustiças arraigadas do status quo e considerar alguns novos usos da separação de poderes como um remédio potencial.

O problema é um ciclo vicioso em que a injustiça gera fraqueza política. Porque os políticos democráticos estão interessados em

¹² ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. Cambridge: Harvard Law Review, Vol. 113, nº 3. 2000. p. 718.

ganhar as eleições, eles serão os primeiros a notar que as vítimas da ignorância, da pobreza e do preconceito em geral, têm dificuldade em mobilizar-se para a efetiva ação política. Aliás, um dos mais claros erros do marxismo era oferecer um cenário em que a mão invisível do mercado milagrosamente leva o proletariado a levantar-se e revolucionar o sistema.

[...] Embora possa ser possível, de vez em quando, a realização dos movimentos populares pela justiça social, a maioria dos políticos geralmente maximizam suas chances de reeleição dando maior peso aos interesses dos ricos e escolarizados. Neste ponto óbvio leva o ativista liberal a considerar um novo uso para a separação de poderes. Durante os raros momentos de mobilização popular, ele deveria instar a construção de um “ramo da justiça distributiva”, organizado para suportar os retrocessos previsíveis da normalidade política democrática.

Infelizmente, o pensamento tradicional separacionista bloqueou a consideração construtiva desta possibilidade. [...] Dentro deste quadro familiar, a criação constitucional dos chamados “direitos positivos” para o bem estar econômico e social ameaça tornar-se um exercício de futilidade. Porque os pobres e sem instrução raramente vão estar em posição de expressar seus interesses políticos com grande efeito, uma legislatura e executivos democraticamente eleitos, muitas vezes, por sua vez fazem ouvidos surdos ao apelo constitucional pela a justiça distributiva – deixando a execução de qualquer mandato textual de “direitos positivos” à mercê do poder judiciário. Mesmo que um tribunal constitucional esteja disposto a levar a sério tais garantias textuais, os juízes não teriam a capacidade de remediar a ordem das dotações orçamentais necessárias para grandes transformações dos “direitos positivos” em realidades sociais. No final do dia, as “garantias” constitucionais do bem-estar social, não valeriam o papel em que foram escritas.¹³

Diante das considerações de Ackerman, percebe-se a importância de se ter um judiciário ativo para assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos ante a um sistema de Separação dos Poderes que pode permitir a utilização das instituições democráticas para garantir um programa de poder que atropela os direitos fundamentais dos cidadãos, mas esse mesmo sistema impede que se tenha uma revisão judicial ampla e efetiva para aplicação dos direitos positivados na Constituição.

¹³ ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. Cambridge: Harvard Law Review, Vol. 113, nº 3. 2000. p. 720

2.2. A Inconstitucionalidade da não Regulamentação das normas Constitucionais

O controle de constitucionalidade quando a Carta Magna é atacada, ou contrariada, é de amplo conhecimento e aplicação na doutrina e jurisprudência. Os países democráticos que possuem uma constituição escrita e rígida geralmente possuem uma corte constitucional, que tem como atribuição principal proteger a constituição contra atos ou normas que lhe sejam contrários.

Não diferente desse modelo, no Brasil temos o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal que julga originariamente as ações de controle concentrado de constitucionalidade contra normas que sejam incompatíveis com a Lei Maior.

A questão colocada é se a inconstitucionalidade ocorre somente quando a Constituição Federal é contrariada ou também quando ela não é aplicada. Ou seja, há inconstitucionalidade somente na ação legislativa ou também na sua omissão?

Como explanado no item 1.3, existem diversos direitos na Constituição, de caráter limitado, que necessitam de regulamentação para que sejam exigíveis, na falta dessa, sua aplicação é restrita, impossibilitando o exercício do direito previsto.

O atual momento histórico do Brasil indica o prejuízo social que a falta de regulamentação gera. Com mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal, existem diversos dispositivos sem normatização impedindo o exercício do direito pelos cidadãos. O que gera uma instabilidade e até mesmo insegurança jurídica aos jurisdicionados. Como, por exemplo, o caso do direito de greve dos servidores públicos.

Esse caso será detalhado mais à frente, mas de início podemos pontuar a instabilidade social na forma como a greve é exercida, desde a sua deflagração até períodos e quantitativos mínimos de servidores que devem continuar exercendo suas atividades, a ser contrabalanceado pelo princípio da supremacia do

interesse público e da continuidade do serviço público. A insegurança jurídica fica a cargo da incerteza que a categoria de servidores tem em saber se a sua greve é legal ou não, sendo que isso é declarado pelo Judiciário cuja jurisprudência varia constantemente de categoria para categoria, de período para período.

Diante disso, faz-se necessário repetirmos a questão: existe a inconstitucionalidade somente contra a atuação positiva do legislador contrária à Constituição Federal, ou é inconstitucional também a sua omissão que não dá a sua aplicabilidade com a maior plenitude possível? Jorge Hage Sobrinho escreveu a pergunta da seguinte forma:

[...] se a atuação positiva do legislador encontra limites substantivos implícitos na Constituição, por que não haveriam de ser também contrários ao ordenamento e juridicamente reprováveis determinados comportamentos omissivos do legislador?¹⁴

Fica evidente a retórica na pergunta do Professor no sentido de que “sim”, a omissão também é juridicamente reprovável e deve ser protegida pelo judiciário. O Guardião da Constituição – a Suprema Corte, como acentua José Joaquim Gomes Canotilho:

O Tribunal Constitucional [...] não se pode furtar à tarefa de guardião da Constituição, apreciando a constitucionalidade política normativamente incorporada em actos dos órgãos de soberania. Por outras palavras: o Tribunal Constitucional assume, ele próprio, uma dimensão normativo-constitutiva do compromisso pluralístico plasmado na Constituição.¹⁵

Guardar a Constituição não para que ela permaneça “intocada”, inviolada, mas também para que ela seja respeitada e sirva como instrumento efetivo de garantia dos direitos subjetivos aos cidadãos. Em análise com maior profundidade, há desrespeito aos direitos do cidadão tanto quando se tenta retirar aquele que ele já exerce, quando não se fornece os meios de praticar aqueles que já são garantidos pela Constituição Federal. O efeito final é o mesmo: impossibilidade de seu exercício. Nas palavras de Canotilho:

¹⁴ HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 228.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 681.

[...] as normas constitucionais consagradoras de direitos 29onsequênc, sociais e culturais, modelam a dimensão objectiva através de duas formas: (1) imposições legiferantes, apontando para a obrigatoriedade de o legislador actuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos [...] (2) fornecimento de prestações aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjectiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições constitucionais.¹⁶

E, mais adiante, complementa:

[...] as normas de legislar acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas imposições legiferantes, cujo não cumprimento poderá justificar, como já se referiu, a inconstitucionalidade por omissão.¹⁷

A omissão inconstitucional se justifica pelos objetivos da própria Constituição Federal: a garantia dos direitos do cidadão enquanto nesta condição e a limitação do poder do Estado. Se o poder constituinte originário estabeleceu um direito ao jurisdicionado já nasce para este o direito subjetivo, mesmo que de forma limitada, pendente de regulamentação. Da mesma forma, a limitação estatal deve ser entendida nos dois sentidos, não somente a positiva, no sentido de não cometer atos que extrapolem os direitos subjetivos dos cidadãos, como também na negativa, de a omissão perdurar indefinidamente sem permitir o exercício de tais direitos. Nesse sentido, leciona Jorge Hage:

Não se cuida aí de um direito genérico e abstrato à emanção de normas jurídicas, mas sim de que existe, para o Legislador, um dever específico de legislar sobre determinada matéria, quando a Constituição expressamente o prevê, após conceder um direito novo, investindo, portanto, o cidadão, em duas espécies de direitos: o direito subjetivo material de que se trate, e o direito subjetivo público (procedimental, se se quiser) à regulamentação legal.¹⁸

Assentado com clareza a existência da omissão legislativa inconstitucional e o direito do cidadão em agir, bem com a necessidade da tutela jurisdicional contra tal omissão, a discussão e problemática acentuada na doutrina está no limite da amplitude e profundidade da atuação do Judiciário no caso concreto.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 476.

¹⁷ Idem. Ibidem. p. 482.

¹⁸ HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 70.

2.3. A Necessidade de Solução no Caso Concreto como Garantia do Exercício de Direitos Constitucionais

Tendo como foco o exercício de direitos constitucionais, posto que, como já explanado anteriormente, a finalidade do nosso objeto de estudo, Mandado de Injunção, é permitir o exercício desses direitos e não atacar o vício legislativo em si, é necessário analisar a necessidade da intervenção judicial no caso da omissão legislativa que impossibilite o exercício dos direitos contidos em normas constitucionais de eficácia limitada.

Independentemente da omissão legislativa inconstitucional, o cidadão detentor de direitos deve possuir meios de exigí-los e garantir sua imediata prestação pelo poder público. Como já dito anteriormente, uma das funções da Constituição é limitar o poder do Estado perante a sociedade e estabelecer direitos e garantias aos cidadãos. Assim, o limite também deve ser respeitado na via negativa.

Ao ser impedido de exercitar um direito estabelecido na Constituição Federal em uma norma de eficácia plena, o jurisdicionado possui ações jurisdicionais para combater tal ação, como por exemplo, o Mandado de Segurança, que lhe garantam o seu exercício ou para impedir a violação. Sem muitas variações, também ocorre violação quando é impedido de exercitá-lo por falta de norma regulamentadora. Por ação ou omissão o exercício do direito está sendo impedido. Portanto, se há meios jurídicos de se combater a ação, há necessidade de se combater a omissão. Corroborando com tal entendimento, Jorge Hage escreve:

[...] se torna mais patente que a omissão dessa norma infraconstitucional é impeditiva do exercício de um direito já concedido (já conferido ao cidadão) pela Constituição. Logo, se estará com tal omissão, inequivocamente ofendendo um direito, tal ofensa ao direito, a toda evidência, não pode deixar de ser reconhecida como questão também jurídica (e não somente “política”) a merecer, assim, a correspondente tutela jurisdicional.¹⁹

O problema se instaura por essa omissão ser legislativa, e como função típica de um ramo do Estado, o judiciário não poderia em tese obrigar a

¹⁹ HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 46.

exercer essa função. Mas como iniciado, o Mandado de Injunção não se prestaria para combater tal omissão legislativa e sim garantir o exercício do direito.

Outra questão a ser dirimida é: o cidadão possui o direito previsto em uma norma constitucional de eficácia limitada? Desdobrando a pergunta: A norma de eficácia limitada é vigente a partir da promulgação da Constituição ou somente quando é regulamentada? Possui ainda alguma eficácia, ou serve como mero esquema e diretriz para elaboração da legislação futura?

Respondendo em ordem inversa, uma norma de eficácia limitada, ou de princípio institutivo, possui uma eficácia mínima naquilo que o seu comando alcança, ou nas palavras de José Afonso da Silva, “*pela configuração de elementos autônomos que contenham*”. Como orientação primeira o referido doutrinador pontua o seguinte a respeito da eficácia dessas normas constitucionais:

[...] se são confirmativas de situação jurídica preexistente, esta permanece reconhecida, como era, até que a lei integrativa lhe imponha a alteração prevista; b) se traçam esquemas novos, revogam normas jurídicas preexistentes, instituidoras de situações contrárias ao princípio nelas consubstanciado, e a situação nova só será validamente configurada com a promulgação da lei integrativa; c) se traçam esquema contrário a situações preexistentes, também invalidam as normas agasalhadoras dessas situações, e a nova situação poderá começar a ser formada com a promulgação da lei integrativa.²⁰

Para exemplificar, e aproveitando que o caso em concreto será estudando com maior profundidade adiante, tomemos o exemplo do art. 37, inc. VII, da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que trata da greve de servidores público nos seguintes termos:

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

[...]

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

²⁰ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 132.

Atualmente essa lei específica ainda não foi produzida, mas segundo a orientação de José Afonso da Silva, caso existisse uma lei anterior à Constituição que regulasse o direito de greve do servidor esta lei permaneceria reconhecida e vigente. Por outro lado, se existisse uma lei anterior que proibisse o exercício do direito de greve, estaria automaticamente invalidada com a promulgação da Constituição Federal, bem como fica proibida a edição de uma lei nova que proíba o seu exercício, ou seja, tais normas possuem eficácia tanto quanto a legislação pretérita, quanto a legislação futura, que a ela devem se conformar. Portanto, o cidadão possui sim o direito previsto naquela norma, no caso exemplificado, os servidores públicos possuem o direito subjetivo à greve, mesmo que dependam de norma regulamentadora para exercê-lo, o seu direito não pode ser anulado por qualquer via. Além disso, a norma tem eficácia naquilo que possam, até onde seu comando alcança independentemente de lei, como princípios e diretrizes.

Muitas das normas de princípio institutivo, contudo, o poder constituinte originário derogou praticamente toda sua aplicabilidade à lei a ser instituída, tornando o exercício do direito praticamente impossível sem que haja a legislação ordinária integradora, como no presente caso, em tal situação somente o judiciário, por meio da sentença, poderia lhe permitir o exercício.

Na linha clássica de conceituação de direito subjetivo, advinda de Chiovenda, na qual cada direito corresponde a um dever de outrem, a partir do momento que a Constituição Federal estabelece um direito ao jurisdicionado, em caráter limitado, surge um dever do Estado legislador em emitir a norma regulamentadora. Em não o fazendo e, em regra, não podendo ser obrigado a fazê-lo, caberá ao Estado juiz a prestar a garantia do exercício.

Nesse ponto, a doutrina se debruça sobre uma discussão interminável quanto ao papel do Judiciário no caso da omissão legislativa. No caso de se atacar o vício legislativo por Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, tal discussão tem motivos justificados, pois envolve questões de profunda problematização como separação de poderes (ou funções estatais), a

obrigatoriedade e exigibilidade da expedição da lei, a consequência ao legislador no caso de persistir omissa após uma decisão judicial que o obriga.

Tal discussão não deveria ser tão problemática no caso do Mandado de Injunção, que tem por objeto o direito e não a omissão legislativa, mas é percebido que se estende à tal instrumento tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Primeiro, porque há uma constante confusão entre os dois institutos (MI e Adin por omissão), segundo porque há uma indagação dos efeitos da decisão em Mandado de Injunção e da sua extensão, se o juiz não estaria sendo um “ativista” (no sentido de ativismo judicial), se não estaria usurpando da função do legislador, ou mesmo minando, boicotando, a atividade legislativa.

Permanecendo com a tese de que o objetivo do Mandado de Injunção é atacar a inviabilidade do exercício do direito por não haver norma regulamentadora, e não a omissão legislativa, e que o efeito da sentença é somente *inter partes* para o caso concreto, entendemos que o Estado juiz deve sim, por meio desse instrumento, garantir o exercício do seu direito, seguindo os parâmetros e diretrizes Constitucionais como limitador em sua sentença.

Ora, se “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e nesse caso estaria normatizando para as partes envolvidas, porque não haveria de decidir, também normatizando para as partes, quando o direito já está previsto na Carta Magna, tendo nela própria os limites da decisão?

A atividade hermenêutica é inerente à prestação jurisdicional do Estado, e sendo ela criativa e inovadora do Direito, já há muito derogada a idéia de que o juiz é um mero aplicador da lei. Na análise de Mauro Cappelletti, que dá notícia Jorge Hage:

[...] quando se fala dos juizes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truismo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária ‘law-making’. Nas palavras de Lord Radcliffe, ‘jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à

questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?'.²¹

O que se discute seriam os limites dessa atividade hermenêutica, e de início, e principalmente no caso do Mandado de Injunção, temos a própria Constituição, nos princípios veiculados em seu texto do início ao fim e as diretrizes estabelecidas pelo próprio dispositivo de eficácia limitada. Nesse sentido, Jorge Hage faz uma análise do trabalho de Marcos Gomez Puente:

Para precisar os limites da atividade hermenêutica, assume que não se pode negar seu caráter essencialmente criativo, integrador e inovador, em certo sentido, mas esclarece que essa criação ou inovação normativa não equivale, necessariamente, ao exercício de uma faculdade política de configuração normativa, e que ela é inerente ao momento de aplicação da norma. Quer ele dizer isso não representa a imposição de uma decisão política nova, mas sim uma nova articulação técnico-jurídica de uma opção política alheia ao intérprete, e até contrária à sua vontade, a qual é possível verificar e deduzir do ordenamento que, junto com as normas, contém também regras de textura aberta, como os princípios e valores jurídicos que permitem realizar essa tarefa.²²

E mais adiante complementa:

[...] a polêmica a cerca dos limites da interpretação jurídica que interessa ao tema da omissão legislativa é a mesma (apenas refletida na outra face do espelho) que há muito tempo vem sendo colocada pelo controle da constitucionalidade das ações do Legislador, e que se pode traduzir na indagação, quiçá insolúvel, que formula, invocando Triepel (Derecho Público y Política): 'até onde pode o Poder ser submetido a regras jurídicas?'

Trata-se, de fato, da eterna disputa entre a Política e o Direito, que impede de fixar com precisão os limites de juridificação do poder.²³

Entre essa disputa política, jurídica e acadêmica está o direito subjetivo não regulamentado do cidadão. Que como já explanado merece proteção jurisdicional seja na ação ou na omissão do poder público. Assim, independente da discussão dos limites da hermenêutica criativa e inovadora do juiz, não encontramos problemas do Judiciário garantir por sentença o seu direito por meio do Mandado de Injunção, por diversos fatores:

²¹ HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 76.

²² Idem. Ibidem. p. 111

²³ Idem. Ibidem. p. 111-112.

a. Os limites da decisão criativa do juiz já estão definidos pelos princípios gerais do direito e pela própria Constituição Federal, tanto em suas normas principiológicas e garantidoras, quanto no próprio comando do dispositivo não regulamentado.

b. A decisão do Mandado de Injunção é *inter partes*, não tendo o caráter genérico da lei que abranja qualquer jurisdicionado que se encontre na situação nela tipificada.

c. Este seria um dos poucos, se não o único, remédio constitucional garantidor do seu direito.

d. A tutela jurisdicional deve existir tanto na ação como na omissão, a Constituição Federal está sendo violada quando não há norma integradora, assim cabe ao Judiciário, guardião da Carta Magna, proceder tal integração objetivando cessar sua violação.

e. O cidadão não pode ficar a mercê da vontade política de quando entender conveniente regulamentar tal direito, pois a depender, e não importando qual é o governo, pode ser que nunca seja conveniente para o poder estatal regulamentar tal direito, por trazer um “encargo” social muito grande.

f. Não impede a atividade legislativa ulterior, que pode ser exercida a qualquer momento e, a analisar caso a caso, revogar os efeitos da sentença proferida.

Passada a discussão a cerca da necessidade de regulamentação por meio de sentença em Mandado de Injunção, cabe analisarmos o papel do Supremo Tribunal Federal quando acionado por esse instrumento. O que a primeira vista poderia ser de simples solução, bastando aplicar os argumentos anteriormente expostos, apresenta-se para nós um problema de tão difícil saneamento quanto a discussão acerca dos limites da inovação da atividade hermenêutica. Isso porque, como analisaremos adiante, o STF: 1. Aproximou muito o instituto do Mandado de Injunção e da ADIN por omissão; 2. Sendo um órgão com jurisdição nacional e

função precípua de guardião da Constituição, suas decisões acabam por vincular, direta ou indiretamente, os demais juízos; 3. A depender da parte litigante e por ter competência constitucional de acionar o STF, essa parte pode estar representando ou substituindo toda a categoria dos jurisdicionados serão atingidos pela lei quando for produzida. 4. Como órgão de cúpula do Estado, cabe ao STF receber as ações contra o órgão de cúpula da função legislativa, o Congresso Nacional, podendo haver uma instabilidade política quando forem ventiladas as questões de separação de funções.

3 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1. Julgamentos do Supremo Tribunal Federal em Cada Posicionamento

Analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, percebemos que quando o Mandado de Injunção é provido em relação a ato normativo a ser editado pelo Congresso Nacional, são levantadas três distintas soluções: 1. Notificação do Congresso de sua mora; 2. Estabelecimento de prazo para que a lei seja editada; 3. Fixação das condições necessárias para o exercício do direito pleiteado.

Observamos que a primeira solução foi a mais comum na primeira década de vigência da Constituição Federal de 1988, por não gerar nenhum desgaste entre o Judiciário e o Legislativo, nem correr o risco daquele fazer as vezes deste. A segunda solução foi muitas vezes ventilada por um ou outro Ministro em seus votos divergentes da maioria, como o Min. Néri da Silveira, mas poucas vezes decidido nesse sentido pela maioria do Plenário. Provavelmente por ser a solução que gerasse maior conflito entre os dois órgãos, pois não se sabe o que aconteceria caso o Congresso não editasse a norma no prazo estabelecido pelo Supremo. Quais seriam as implicações ou sanções. A terceira solução aparentemente vem se tornando mais comum nos últimos anos. Foi veiculada várias vezes nos primeiros anos de vigência da Constituição, entretanto poucas vezes assim decidida. O prazo de mais de 20 anos de promulgação da nossa Carta Magna sem que diversos dispositivos estejam regulamentados está forçando o STF a mudar a sua jurisprudência para dar efetividade às normas constitucionais.

Iniciamos com um acórdão que definiu a natureza do Mandado de Injunção na visão do STF a época. Trata-se do MI 168/RS de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 21/3/1990:

MI 168 / RS – RIO GRANDE DO SUL
MANDADO DE INJUNÇÃO
Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE
Julgamento: 21/03/1990

Parte(s):

IMPTE.(S): HUMAITÁ S/A COMÉRCIO E INDÚSTRIA

ADV.(A/S): MARILIA DE ARAUJO MALLMANN

IMPDO.(A/S): DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM – DNER

IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Ementa:

MANDADO DE INJUNÇÃO. NATUREZA. O MANDADO DE INJUNÇÃO NEM AUTORIZA O JUDICIÁRIO A SUPRIR A OMISSÃO LEGISLATIVA OU REGULAMENTAR, EDITANDO O ATO NORMATIVO OMITIDO, NEM, MENOS AINDA, LHE PERMITE ORDENAR, DE IMEDIATO, ATO CONCRETO DE SATISFAÇÃO DO DIREITO RECLAMADO: MAS, NO PEDIDO, POSTO QUE DE ATENDIMENTO IMPOSSÍVEL, PARA QUE O TRIBUNAL O FAÇA, SE CONTEM O PEDIDO DE ATENDIMENTO POSSÍVEL PARA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO NORMATIVA, COM CIÊNCIA AO ÓRGÃO COMPETENTE PARA QUE A SUPRA. CRÉDITOS JUDICIAIS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: PAGAMENTO PARCELADO (ADCT, ART. 33): FACULDADE DO PODER EXECUTIVO. O ART. 33 DO ADCT DE 1988 NÃO OUTORGOU DIREITO AO CREDOR DA FAZENDA PÚBLICA AO PAGAMENTO PARCELADO NELE PREVISTO, AO CONTRÁRIO, COMO FACULDADE DO PODER EXECUTIVO COMPETENTE, EXTINTA COM O TRANSCURSO DO PRAZO DECADENCIAL DE 180 DIAS SEM DECISÃO A RESPEITO; A OMISSÃO DELA, POR CONSEQUENTE, NÃO DA MARGEM A MANDADO DE INJUNÇÃO.

Neste julgamento, o Min. Sepúlveda Pertence define a natureza do Mandado de Injunção, para denegar o pedido, pois o remédio constitucional não autoriza o Tribunal a suprir a omissão legislativa:

É objetivo que transcende de muito as virtualidades do novo remédio constitucional.

O mandado de injunção, assentou o Tribunal, é *“ação outorgada ao titular do direito, garantia ou prerrogativa dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do 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 necessária”* (STF, MI 107 (QO), 23.11.89, Moreira Alves, Boletim 220, p.5).

O mandado de injunção, desse modo, nem autoriza o Tribunal a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, pela edição de ato normativo que lhe faça as vezes, nem, menos ainda, lhe permite

ordenar, de imediato, ato concreto de execução da norma regulamentadora que acaso editasse.

Assim, o entendimento do Tribunal era de que o Mandado de Injunção cumpriria sua missão, única e exclusivamente, ao declarar a inconstitucionalidade por omissão e constatar a mora do órgão competente para editar o ato. Tal entendimento foi seguido em diversos outros acórdãos conseguintes firmando a jurisprudência do Tribunal nesse período.

Outro acórdão que definiu a natureza do Mandado de Injunção e serviu de parâmetro para os seguintes foi MI 107 QO / DF, oportunidade em que o STF reconheceu que o próprio Mandado era de natureza autoaplicável não carecendo de norma que o regulamentasse para que o Tribunal pudesse dele conhecer. Entretanto, entendeu que caberia ao Judiciário somente notificar o Poder omisso para que adote as providências necessárias:

MI 107 QO / DF – DISTRITO FEDERAL
 QUESTÃO DE ORDEM NO MANDADO DE INJUNÇÃO
 Relator(a): Min. MOREIRA ALVES
 Julgamento: 23/11/1989 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Parte(s)

REQTE.: JOSÉ EMÍDIO TEIXEIRA LIMA
 ADVDO.: JOSÉ HENRIQUE PINTO
 REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Ementa

MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO. – EM FACE DOS TEXTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RELATIVOS AO MANDADO DE INJUNÇÃO, E ELE AÇÃO OUTORGADA AO TITULAR DE DIREITO, GARANTIA OU PRERROGATIVA A QUE ALUDE O ARTIGO 5., LXXI, DOS QUAIS O EXERCÍCIO ESTA INVIABILIZADO PELA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA, E AÇÃO QUE VISA A OBTER DO PODER JUDICIARIO A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DESSA OMISSAO SE ESTIVER CARACTERIZADA A MORA EM REGULAMENTAR POR PARTE DO PODER, ÓRGÃO, ENTIDADE OU AUTORIDADE DE QUE ELA DEPENDA, COM A FINALIDADE DE QUE SE LHE DE CIENCIA DESSA DECLARAÇÃO, PARA QUE ADOTE AS PROVIDENCIAS NECESSARIAS, A SEMELHANCA DO QUE OCORRE COM A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSAO (ARTIGO 103, PAR-2., DA CARTA MAGNA), E DE QUE SE DETERMINE, SE SE TRATAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL OPONIVEL CONTRA O ESTADO, A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS OU ADMINISTRATIVOS DE QUE POSSA

ADVIR PARA O IMPETRANTE DANO QUE NÃO OCORRERIA SE NÃO HOUVESSE A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL. – ASSIM FIXADA A NATUREZA DESSE MANDADO, E ELE, NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE – QUE ESTA DEVIDAMENTE DEFINIDA PELO ARTIGO 102, I, 'Q' -, AUTO-EXECUTAVEL, UMA VEZ QUE, PARA SER UTILIZADO, NÃO DEPENDE DE NORMA JURÍDICA QUE O REGULAMENTE, INCLUSIVE QUANTO AO PROCEDIMENTO, APLICAVEL QUE LHE E ANALOGICAMENTE O PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, NO QUE COUBER. QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DA AUTO-APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Voto do relator:

[...] Portanto, em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, e a ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 59, LXXI, dos quais o exercício esta 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 de ciência dessa declaração, para que adote as providencias necessárias, a semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade per omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos referida no final do item anterior deste voto. (*grifo nosso*)

Passando para os julgamentos após a definição da natureza do remédio constitucional em tela, começamos com o julgamento do MI 20/DF de 1994 sobre o direito de greve dos servidores públicos. Tema que foi considerado *leading case* na mudança de jurisprudência do STF ao dar efeitos constitutivos ao MI 708-0/DF em 2007 e que será estudado com detalhes adiante. Assim o acórdão deixa clara a mudança jurisprudencial ocorrida ao decidir de forma diversa o mesmo tema. A decisão de 1994 seguiu o mesmo entendimento dos acórdãos retro citados de que o judiciário não pode normatizar a questão. Como é claro a questão nos limitamos a transcrever somente a ementa:

MI 20 / DF – DISTRITO FEDERAL
MANDADO DE INJUNÇÃO
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 19/05/1994

Parte(s)

IMPTE.: CONFEDERAÇÃO DOS SERVIDORES PUBLICOS DO BRASIL
ADVOGADO: BENEDITO OLIVEIRA BRAUNA

IMPDO. : CONGRESSO NACIONAL

Ementa

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

Como dito no início deste capítulo, a jurisprudência do STF veicula três possíveis efeitos ao deferimento do Mandado de Injunção: mero reconhecimento de mora do legislador; estabelecimento de prazo para o legislador produzir o ato; fixação da forma como o direito será exercido, mesmo sem a norma. Assim reproduzimos o acórdão do MI 470/RJ que apesar da sua decisão final ser no

mesmo sentido de apenas reconhecer a mora do Congresso Nacional, foram defendidas as outras duas posições:

MI 470 / RJ – RIO DE JANEIRO
MANDADO DE INJUNÇÃO
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 15/02/1995

Parte(s)

IMPTE.: CNS NACIONAL DE SERVIÇOS LTDA.
IMPDO.: CONGRESSO NACIONAL.

Ementa

E M E N T A: MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA JURÍDICA – TAXA DE JUROS REAIS (CF, ART. 192, § 3º) – OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL – FIXAÇÃO DE PRAZO PARA LEGISLAR – DESCABIMENTO, NO CASO – WRIT DEFERIDO EM PARTE. – A regra inscrita no art. 192, § 3º, da Constituição, por não se revestir de suficiente densidade normativa, reclama, para efeito de sua integral aplicabilidade, a necessária intervenção concretizadora do Poder Legislativo da União. Inércia legiferante do Congresso Nacional. – O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, ao mesmo tempo em que, estimulando gravemente a erosão da consciência constitucional, evidencia o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelos poderes do Estado. O inadimplemento do dever constitucional de legislar, quando configure causa inviabilizadora do exercício de liberdades, prerrogativas e direitos proclamados pela própria Constituição, justifica a utilização do mandado de injunção. – Não se revela cabível a estipulação de prazo para o Congresso Nacional suprir a omissão em que ele próprio incidiu na regulamentação da norma inscrita no art. 192, § 3º, da Carta Política, eis que essa providência excepcional só se justificaria se o próprio Poder Público, para além do seu dever de editar o provimento normativo faltante, fosse, também, o sujeito passivo da relação de direito material emergente do preceito constitucional em questão. Precedentes.

Neste acórdão o relator, Min. Celso de Mello, entende que existe uma demora demasiada do Congresso Nacional, que é condenável essa inércia dos Poderes constituídos na regulamentação dos direitos, pois fere gravemente a Constituição Federal, mas entende que cabe ao Poder Judiciário apenas reconhecer e notificar a mora do Congresso Nacional, posto que este é o entendimento do jurisprudência da Corte naquele momento, não sendo possível fixar as condições

para o exercício do direito ou estabelecer prazo para que a norma seja editada. Nesse sentido, transcrevemos parte do voto do Min. Celso de Mello:

Decorridos mais de cinco (5) cinco anos contados da promulgação da vigente Carta Política, ainda não se registrou – no que concerne a norma inscrita no art. 192, § 32, da Constituição a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, que se absteve de editar o ato legislativo essencial ao desenvolvimento da pena eficácia jurídica do preceito constitucional em questão.

[...]

O comportamento negativo dos poderes constituídos, que deixam de editar normas regulamentadoras do texto constitucional previstas na própria Constituição, torna inviável – numa típica e perversa relação de causa e efeito – o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas assegurados as pessoas pelo estatuto fundamental.

O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, além de evidenciar o inaceitável desprezo das liberdades públicas pelos poderes do Estado.

[...]

Não obstante atribuisse ao mandado de injunção, desde o meu ingresso neste Tribunal, a relevantíssima função instrumental de superar concretamente os efeitos decorrentes da 43onsequ estatal posição que expressamente assumi nesta Suprema Corte no MI 164, de que fui Relator (DJU de 24/10/89) -, devo reconhecer que a jurisprudência firmada na matéria pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal orientou-se no sentido diverso e claramente restritivo do alcance do writ injuncional.

A jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do MI 107, Rel. Min. MOREIRA ALVES (RTJ 133/11), orienta-se no sentido de proclamar que a finalidade a ser alcançada pela via do mandado de injunção resume-se a mera declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser comunicada ao órgão estatal inadimplente para que este promova a integração normativa do dispositivo constitucional invocado como fundamento do direito titularizado pelo impetrante do writ.

Sendo esse o conteúdo possível da decisão que acolhe a pretensão injuncional, não há de se falar em efeitos concretos dela decorrentes que possam afetar a situação jurídica de terceiros. Assim, torna-se inviável, em sede injuncional, estabelecer condições que impeçam, desde logo, como postula o ora impetrante, a cobrança de importâncias adicionais resultantes do alegado desrespeito à taxa constitucional de juros reais.

Devo observar, de outro lado, Sr. Presidente, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não fixar prazo para o suprimento da omissão estatal, sempre que o exercício do direito material outorgado pela Constituição, não obstante inviabilizado pela 43onsequ do Poder Publico, tiver como sujeito passivo entidades ou pessoas estranhas ao aparelho de Estado (as instituições financeiras, no caso).

[...]

Desse modo, Sr. Presidente, e considerando os precedentes específicos firmados na espécie pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal e que foram acima referidos defiro em parte este pedido, para o exclusivo efeito de (a) reconhecer a mora do Congresso Nacional no adimplemento da obrigação que lhe impôs o art. 192, § 39, da Constituição e (b) comunicar esta decisão ao Poder Legislativo da União, para que supra, no que concerne a matéria em análise, o estado de inércia legislante em que se acha desde 05/10/88.

O Min. Marco Aurélio, acompanhado pelo Min. Carlos Velloso, votou a favor de estabelecer desde já as formas do exercício do direito, mas negou qualquer possibilidade de fixar prazo para que o Poder Legislativo edite a lei:

Senhor Presidente, pensei que com a Carta de 1988 se tivesse corrigido uma deficiência, consoante diz o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, das Constituições pretéritas, principalmente a de 1969, que, expungidos alguns artigos, eram satisfatórias, mas apenas dependiam de algo que viabilizasse o exercício de alguns direitos previstos e que ficaram na dependência de regulamentação. Acreditei, como muitos letrados em Direito, que o inciso LXXI afastaria os efeitos nefastos da mora do Poder Legislativo. Vejo, no entanto, que isso não ocorreu, porquanto esta Corte injunção, a eficácia mandamental, como veio a emprestar, ao mandado de injunção a eficácia de simples ação declaratória e não a própria nomenclatura revela: declaratória da mora do Congresso Nacional, com o pormenor de que, tal como na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se pode, já que o Congresso Nacional não atua no caso, como administrador, impor prazo para que ele legisle. É uma ação 44onsequê desse Poder.

Peço vênia para insistir um pouco mais nessa tese, talvez plantando até uma semente, com aqueles que assim entenderem, com a doutrina, constitucional, explicitando-se o alcance do mandado de injunção. Peço vênia para insistir nessa tese e, em passo seguinte, sinto-me muito a vontade para fixar, no caso concreto, os parâmetros do exercício do direito constitucional, do direito de ver os juros limitados em doze por cento ao ano. Faço-o dizendo que juros reais são juros reais, ou seja, estão representados pelo valor que remunera o capital, expungida, portanto, a quantia referente a reposição do poder aquisitivo.

É como voto na espécie.

Em parte, o Min. Néri da Silveira acompanhou o Min. Marco Aurélio, entendeu que o Poder Judiciário pode dar solução ao caso concreto, mas somente após decorrido o prazo estabelecido pelo próprio Judiciário para que o Congresso Nacional produza a lei:

Tenho, entretanto, considerado que, precisamente porque mandamental a natureza do mandado de injunção, quando o Supremo Tribunal Federal reconhece a mora do Congresso Nacional, na edição de norma necessária ao exercício do direito constitucionalmente consagrado, a Corte deve fixar um prazo para o Congresso legislar. Com isso, resolve-se, a meu ver, a grande dificuldade que se tem apontado. Não cabe, decerto, ao Poder Judiciário substituir-se, desde logo, ao Poder Legislativo e fazer a lei. Então, o Supremo Tribunal Federal comunica que o Legislativo se encontra em mora e fixa-lhe um prazo para que conclua o processo legislativo, isto é, edite a lei. Se, nesse prazo, o Poder Legislativo não fizer a lei, impende existir uma consequência pelo não cumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal. Como se resolve isso? Reconheço legitimidade ao requerente do mandado de injunção para voltar ao Supremo Tribunal Federal, com reclamação, no sentido de que a lei não se elaborou, o acórdão deste órgão não foi respeitado, não sendo admissível compreender que aresto da Suprema Corte, em matéria jurisdicional, não tenha eficácia, não comporte um tipo de efetividade na execução do que nele se contem. Disso resulta que, conhecendo da reclamação do autor, o Tribunal há de prover sobre o caso concreto, isto é, viabilizar ao cidadão o exercício de um direito que a Constituição lhe assegura. Não é possível admitir que medida constitucional, inserida entre os direitos e garantias do cidadão, fique sem consequências, porque o Poder, obrigado pela Lei Maior a praticar um ato, entenda de não atender a sua obrigação. Com o conhecimento da reclamação, garante-se, no caso concreto, ao requerente uma prestação jurisdicional devida. Assim sendo, estou de acordo com o grupo minoritário no sentido de que o Supremo Tribunal Federal pode resolver o caso concreto. A Constituição quer que o Poder Judiciário, diante de uma omissão que não é superada por parte do Poder Legislativo, assegure o exercício do direito ao cidadão requerente. O STF resolve o pedido daquele que, tendo um direito constitucionalmente previsto, não o pode exercer porque o Congresso Nacional não quer, *ad exemplum*, editar a lei. O Poder Judiciário garante uma consequência a sua provisão constitucional, assim resolvendo o caso concreto, quando possível, com respeito a independência dos Poderes e ao direito ou prerrogativa dos cidadãos, que não pode, pura e simplesmente, ser desprezado, no Estado de Direito Democrático, porque a autoridade ou órgão público competente entende de não lhe dar condições de exercício desse direito.

Tem sido nesse sentido meu voto, comunicando ao Congresso Nacional e fixando o prazo de 120 dias para a conclusão do processo legislativo.

Esse acórdão caracteriza bem as posições adotadas na Suprema Corte, apesar de apenas recentemente estarmos experimentando uma mudança jurisprudencial evidente quanto aos efeitos do Mandado de Injunção, percebe-se que durante toda a sua existência, desde a Constituição Federal de 1988, o entendimento nunca foi pacífico, tornando a jurisprudência vacilante.

Nesse sentido, apresentamos o acórdão referente ao MI 232/RJ DE 1991, onde o STF já havia decidido por estabelecer prazo para o Congresso Nacional legislar, mostrando como a jurisprudência é instável.

MI 232-1/RJ – RIO DE JANEIRO
MANDADO DE INJUNÇÃO
Relator(a): Min. MOREIRA ALVES
Julgamento: 02/08/1991

Parte(s):

REQUERENTE: CENTRO DE CULTURA PROF. LUIZ FREIRE.

REQUERIDO: CONGRESSO NACIONAL.

Ementa:

Mandado de injunção. – Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no §7º do artigo 195 da Constituição Federal.

- Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional.

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

O Min. Marco Aurélio é veemente contra ao STF estabelecer prazo para que o Congresso Nacional legisle, como nos termos do seu voto no MI 361-1/RJ, ao mesmo tempo em que deixa claro como o Supremo aproximou a ADIN por omissão ao Mandado de Injunção ao dar efeitos não constitutivos a este, *in verbis*:

Senhor Presidente, em relação mesmo à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não cabe determinar prazo ao Congresso Nacional para legislar. O preceito somente cogita da fixação de prazo quando a omissão seja de órgão administrativo:

“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder Competente para a adoção das providências necessária” – mera ciência, sem se assinar prazo, sem se fixar prazo – “Em se tratando”, aí sim, “de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias”.

Não posso, Senhor Presidente, fixar um prazo para posteriormente surgir um impasse, caso não seja observado pelo Congresso Nacional, numa atividade precípua, uma atividade que é política do Poder Legislativo, e a decisão do Supremo Tribunal Federal cair no vazio, ser motivo de descrédito para a atuação da própria Corte.

Continuo, Senhor Presidente, convicto de que o inciso LXXI tem um alcance superior àquele até aqui assentado. Visa, na verdade, ao exercício de direitos previstos na Constituição Federal.

Apesar de todos os acórdãos aqui apresentados serem do começo da década de 90, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal continuou inconstante até recentemente.

Resta-nos verificar o entendimento no sentido de dar efeitos constitutivos ao Mandado de Injunção, fato que está sendo consolidado nos últimos anos. Para tanto, analisaremos os Mis 670, 708 e 712 que tratam do Direito de Greve dos Servidores Públicos, que foi o caso mais emblemático dessa evolução jurisprudencial.

3.2. Direito de Greve dos Servidores Públicos (Mis 670, 708 e 712)

Em 25 de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal julgou três Mandados de Injunção impetrados por sindicatos diversos pleiteando o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

Previsto no art. 37, inc. VII, da Constituição Federal, o direito de greve dos servidores públicos necessita de norma regulamentadora para ser exercido, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Sendo que até o presente momento tal norma não foi editada gerando insegurança jurídica, divergências jurisprudenciais, desgaste entre a Administração Pública e os seus servidores.

Antes da solução adotada pelo STF, os servidores não tinham embasamento para exercer seu direito de greve, sendo algumas vezes permitido pelos tribunais, outras vezes totalmente proibido, outras com limitações. Sindicatos sofreram multas e retaliações que não eram isonômicas em nenhum sentido, nem quanto ao valor, ao momento, ou aos motivos.

Infelizmente, todos esses fatos não foram suficientes para sensibilizar o Congresso Nacional a editar a lei que sanasse a situação, nem mesmo as diversas notificações do Supremo quando decidia por efeitos não constitutivos aos Mis impetrados anteriormente. Com isso, finalmente em 2007 o STF deu efeitos constitutivos, ordenando aplicar aos servidores públicos, no que couber, o direito de greve dos trabalhadores privados.

Os efeitos dessa decisão tem importância em dois sentidos: o primeiro, permitir que os servidores públicos exerçam o direito lhes concedido pela Constituição Federal; o segundo, uma mudança sólida na jurisprudência do STF, em finalmente revestir de força e utilidade do *writ* em estudo. Sólida, mas até então não pacífica, pois apesar de cada vez mais surgirem decisões constitutivas, esse entendimento ainda hoje não é unânime e nem sempre é a decisão final da Corte.

Passamos então a analisar os votos proferidos nos referidos acórdãos, iniciando pelo voto do Min. Maurício Corrêa no MI 670/ES, do qual foi relator. Nesse voto, percebe-se ainda a resistência em ir contra a jurisprudência firmada para dar efeito constitutivos, mantendo-se o posicionamento de mero reconhecimento da mora.

MI 670 / ES – ESPÍRITO SANTO
MANDADO DE INJUNÇÃO
Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA
Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES
Julgamento: 25/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Parte(s)

IMPTE.: SINDICATO DOS SERVIDORES POLICIAIS CIVIS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SINDPOL
ADVDS.: HOMERO JUNGER MAFRA E OUTRO
IMPDO.: CONGRESSO NACIONAL

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (RELATOR):

A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que o julgamento do mandado de injunção tem como finalidade verificar se há mora, ou não, da autoridade ou do Poder de que depende a elaboração de lei regulamentadora do Texto Constitucional, cuja lacuna torne inviável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas asseguradas pela Carta Federal.

2. Ocorre que não pode o Poder Judiciário, nos limites da especificidade do mandado de injunção, garantir ao impetrante o direito de greve. Caso assim procedesse, substituir se ia ao legislador ordinário, o que extrapolaria prevista na Constituição. Também não lhe para que o Congresso Nacional aprove legislativa, nem anular sentença judicial, o âmbito da é facultado a respectiva convolvendo o competência fixar prazo proposição mandado de injunção em tipo de recurso não previsto na legislação processual.

4. Relativamente à lacuna da norma regulamentadora do dispositivo constitucional em questão, assinalo que pedido idêntico já foi apreciado por esta Corte, a qual reconheceu a mora do Congresso Nacional quanto à elaboração da Lei Complementar a que se refere o art. 37, VII, da Constituição. Comunicação ao Congresso Nacional e ao Presidente da República (MI 438-GO, Néri da Silveira, DJ 16/06/95). No mesmo sentido, o MI 485-MT, de que fui relator, DJ 23/08/02.

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

O voto do Min. Gilmar Mendes, como relator do MI 708-0/DF, traz o entendimento majoritário que se formaria para decisão dos três casos expostos no sentido de que cabe ao Poder Judiciário garantir o direito pleiteado. O eminente relator inicia seu voto relembrando a jurisprudência do Tribunal no sentido não constitutivo, ou seja, de mera notificação do Poder omissor, bem como a aproximação entre os institutos do Mandado de Injunção e a ADIN por omissão:

[...] A partir do precedente firmado no MI nº 107/DF, de relatoria do Min. Moreira Alves, o STF constatou que o mandado de injunção afigurava-se adequado à realização de direitos constitucionais que dependiam da edição de normas de organização, sob pena do esvaziamento do significado desses direitos.

Todavia, o Tribunal deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas. Tanto a decisão a ser proferida no processo de controle abstrato da omissão, quanto a

decisão que reconhece a inconstitucionalidade da omissão no mandado de injunção têm caráter obrigatório ou mandamental. As duas ações são destinadas a obter uma ordem judicial dirigida a um outro órgão do Estado.

[...]

A equiparação dos efeitos das decisões proferidas no mandado de injunção e no controle abstrato da omissão configura um elemento essencial da construção desenvolvida pelo Tribunal. Até porque a simples constatação de que a decisão proferida nesses processos tem caráter impositivo para os órgãos legiferantes não legitima, necessariamente, outras consequências jurídicas consideradas pelo acórdão como simples consectário desse caráter obrigatório, tais como a obrigação de suspender os processos que tramitam perante autoridades administrativas ou tribunais. Esses efeitos somente se mostram compreensíveis em face da suposição de que a decisão proferida no controle abstrato da omissão, por se tratar de um processo objetivo deve ser dotada de eficácia erga omnes.

Em seguida, aponta as evoluções jurisprudenciais ocorridas na Suprema Corte, inicialmente com a estipulação de prazo, se esquivando de “assumir a função de legislador”:

Após esse leading case, todavia, esta Corte passou a promover alterações significativas no instituto do mandado de injunção, conferindo-lhe, por conseguinte, conformação mais ampla do que a até então admitida.

No Mandado de Injunção nº 283/DF (DJ 14.11.1991), de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados.

[...]

No Mandado de Injunção nº 232/RJ, da relatoria do Ministro Moreira Alves (DJ 27.3.1992), o Tribunal reconheceu que, passados seis meses sem que o Congresso Nacional editasse a Lei referida no art. 195, §7º, da Constituição Federal, o requerente passaria a gozar a imunidade requerida.

[...]

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

Finalmente, na análise pretérita da jurisprudência, o Min. Gilmar Mendes relembra acórdãos em que foi assegurado o exercício do direito ao requerente, independente da atuação do Congresso Nacional:

As decisões proferidas nos Mandados de Injunção nº 283 (Relator: Sepúlveda Pertence), 232 (Relator: Moreira Alves) e 284 (Relator: Celso de Mello) sinalizam uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial.

Assim, no caso relativo à omissão legislativa quanto aos critérios de indenização devida aos anistiados (art. 4º do ADCT), o Tribunal entendeu que, em face da omissão, os eventuais afetados poderiam dirigir-se diretamente ao juiz competente que haveria de fixar o montante na forma do direito comum (Cf., nesse sentido, MI nº 562-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003; e MI nº 543-DF, Rel. Min. Octavio Gallotiti, DJ 24.5.2002). Em outro precedente relevante, considerou-se que a falta de lei não impedia que a entidade beneficente gozasse da imunidade constitucional expressamente reconhecida (Cf. MI nº 679, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002).

Ao justificar sua tese de que naquele caso em específico o Supremo Tribunal Federal deveria garantir o direito de greve dos servidores, o Min. Gilmar Mendes chama a atenção pelos prejuízos causados pela não regulação desse direito.

Na oportunidade, ressalta a questão que talvez seja o principal motivo de até então não haver a edição da norma, que é nenhum dos dois lados, Governo e Sindicatos, ficaria satisfeito com uma regulação do direito. O Governo por entender que “criaria” o direito de greve, que até então seria “proibido” por não haver a lei autorizadora. Os sindicatos representantes dos servidores, por entender que qualquer norma que partisse do Congresso limitaria demasiadamente o exercício do direito de greve.

Independente dos motivos, o Min. Gilmar Mendes conclama a necessidade de regulação para cessar os prejuízos gerados pelas greves sem qualquer tipo de limitação, e finalmente modificar a jurisprudência no sentido de regulamentar por meio de normas análogas. Pois, além da absurda omissão legislativa, a insistência do Supremo Tribunal Federal em apenas notificar o Congresso Nacional já se configura uma espécie de “omissão judiciária”, que não garante o direito do requerente prejudicado.

A não-regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito. Estou a lembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos.

Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões desta Corte. Comungo das preocupações quanto à não-assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não-atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de “omissão judicial”.

Assim, tanto quanto no caso da anistia, essa situação parece exigir uma intervenção mais decisiva desta Corte.

Os argumentos do Min. Gilmar Mendes aparentam demonstrar que pela excepcionalidade da situação, naquele caso específico o STF deveria decidir de forma diferente, não que seja necessária uma mudança na sua jurisprudência para que dali em diante começasse a dar soluções constitutivas para todo caso que seja provido. Diferentemente, o Min. Ricardo Lewandowski, em seu voto vista no MI 708, diz que STF deve alterar o seu entendimento quanto aos efeitos do Mandado de Injunção, como mostra a sua evolução jurisprudencial:

Em julgamentos anteriores sobre o mesmo tema, manifestei meu entendimento de que é chegada a hora desta Corte avançar no sentido de conferir maior efetividade ao mandado de injunção, dando concreção a um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais concebidos pelo constituinte originário.

E essa é visivelmente a tendência do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência acerca do instituto vem evoluindo de forma firme e progressiva, como, aliás, demonstra o voto do eminente Ministro Gilmar Mendes, Relator deste mandado de injunção.

É bem verdade que, no passado, ainda no início dessa evolução jurisprudencial, os limites assinalados pelo Supremo à decisão judicial em mandado de injunção foram objeto de críticas por parte de alguns doutrinadores, que os consideravam excessivamente angustos. Mas esses limites foram sendo paulatinamente ampliados. [...]

Porém, apesar de querer dar efeitos constitutivos à ação em debate, o Min. Lewandowski nega a aplicação análoga da Lei nº 7.783/89 por trazer inconvenientes indesejáveis ao setor público:

Em julgamentos anteriores, manifestei minha preocupação em aplicar a Lei 7.783/89 à greve dos servidores públicos, porquanto tal solução, segundo me pareceu, poderia acarretar alguns inconvenientes, os quais menciono a seguir.

Primeiramente, entendo, com o devido respeito pelos que pensam diferentemente, que a saída encontrada para conferir efetividade ao art. 37, VII, da Carta Magna, permitindo o exercício do direito de

greve aos servidores públicos nos termos da Lei 7. 783/89, tal como alertou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, no pronunciamento acima destacado, representaria indevido recurso à analogia.

Com efeito, a analogia foi definida por Norberto Bobbio como o “procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante”. O referido autor assentou, contudo, que esse método, para que seja validamente empregado, pressupõe que haja, entre as duas hipóteses, uma semelhança relevante.

Concessa 53onse, não vislumbrei, na oportunidade, semelhança relevante entre a greve na esfera pública e a greve no âmbito privado que autorizasse o recurso à analogia. Embora ambas as situações refiram-se ao fenômeno social “greve”, consistente na paralisação das atividades de determinado setor laboral, em face de reivindicações não atendidas, as distinções que as separam são maiores do que os pontos comuns que as aproximam, a começar do regime jurídico diferenciado ao qual estão submetidos os seus protagonistas.

Por fim, o Min. Ricardo Lewandowski retoma os argumentos que por anos impediram que o STF concedesse efeitos constitutivos às decisões sobre Mandado de Injunção, quais sejam, a separação de poderes e a impossibilidade do judiciário “legislar” no lugar do Poder Legislativo:

Pareceu-me, também, naquele momento, que a solução de aplicar-se a Lei 7.783/89 ao caso sob exame, ainda que com algumas modificações pontuais, representaria um avanço indevido do Judiciário em seara atribuída a outro Poder, não havendo o que diferenciasse tal decisão de uma típica função legislativa.

Observei, então, que ao Poder Legislativo compete expedir normas de caráter geral e abstrato para regular determinadas situações ocorrentes na realidade fenomênica, não me parecendo legítimo que esta Corte, a pretexto de viabilizar o exercício de direito fundamental por parte de determinada pessoa ou grupo de pessoas, no âmbito do mandado de injunção, pudesse expedir regulamentos para disciplinar, em tese, tal ou qual situação, ou adotar diploma normativo vigente aplicável a situação diversa. Tal risco parecia-me ainda mais preocupante caso se pretendesse emprestar eficácia *erga omnes* à decisão, como aventado à oportunidade.

Em uma tentativa de evitar essa invasão demasiada do Poder Judiciário na seara legislativa, mas também garantir o direito do pleiteante, evitando o esvaziamento do conteúdo constitucional, o Min. Ricardo Lewandowski vota no sentido da não aplicação análoga da Lei nº 7.783/89, mas traça, no seu próprio voto, princípios que deveriam ser aplicados ao direito de greve, e também propõe que a decisão não tenha eficácia *erga omnes*, como uma lei expedida pelo Congresso

Nacional teria, e sim seja aplicada somente para os servidores representados pelo sindicato que está pleiteando.

Tal pensamento foi seguido pelos Min. Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que restaram vencidos, sendo que a decisão final foi da aplicação análoga da Lei nº 7.783/89, com efeito *erga omnes*.

3.3. Os Efeitos da Decisão em Mandado de Injunção

Como vimos nos trechos dos votos anteriores, existem basicamente três teses quanto aos efeitos do Mandado de Injunção quando provido, podendo haver pequenas variações caso a caso:

1. Mera notificação ao Poder Legislativo da sua mora;
2. Estabelecimento de prazo para que o Poder Legislativo elabore a norma. Não cumprido o prazo, aí sim o Judiciário concede efeitos constitutivos;
3. Conceder efeitos constitutivos, definindo a forma de exercício do direito. A variação aqui está em ter efeitos *erga omnes* ou apenas *inter partes*.

Apenas notificar o Poder Legislativo da sua mora foi a tese adotada por muitos anos pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente com o receio de invadir a seara de outro Poder. Não podendo obrigá-lo a exercer sua função precípua e política, assim como ninguém poderia obrigar o Supremo a julgar este ou aquele processo primeiro, por exemplo. Ferindo claramente a separação de poderes, ou de funções estatais.

Argumenta-se também que o Judiciário não poderia se revestir dos poderes dado ao Congresso Nacional e legislar, normatizar a situação levada a seu conhecimento por meio do Mandado de Injunção. Da mesma forma, ao invadir a esfera de atuação de outro órgão estaria desequilibrando a separação de poderes, minando a atuação do Legislativo.

A questão, porém, que fica entre esses argumentos de preservação do equilíbrio entre poderes é: como fica o direito do jurisdicionado? Se não for por Mandado de Injunção como será possível o exercício de um direito constitucionalmente previsto, mas ainda não regulamentado?

É sob esse ponto de vista, de garantir os direitos do cidadão e dar efetividade à Constituição Federal, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem alterando no sentido de dar efeitos constitutivos ao Mandado de Injunção, ou seja, regulamentar o direito pleiteado na ação.

3.3.1. Efetividade da Constituição Federal

O Supremo Tribunal Federal, se firmando como Corte Constitucional, tem o dever de proteger, resguardar a Constituição Federal. Segundo a lição de Carl Schmitt, apresentada por José Afonso da Silva, Constituição "...só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.)..."²⁴. Este é o que a doutrina chama de conceito político de Constituição. Assim, para Schmitt, conteúdo constitucional é aquilo que se refere à:

- a. Direitos fundamentais;
- b. Estrutura do Estado;
- c. Organização dos Poderes.

Como decisão política fundamental do Poder Constituinte Originário, a Constituição estabelece direitos ao próprio povo soberano. Tais direitos são principalmente limitadores da atuação Estatal, que estabelecem o que Poder Público pode ou não fazer na interferência da vida dos cidadãos. Também restringe a sua atuação quando determina uma obrigação de fazer do Estado para prover os direitos fundamentais.

Sendo instituída pelo Poder Constituinte Originário e limitadora da atuação do Estado, a Constituição Federal é dotada de supremacia. Caso não fosse,

²⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. Ed. Ver. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 40.

a soberania do poder popular estaria ameaçada, podendo ser facilmente alterada para expandir a interferência do Estado nos direitos individuais, chegando a ser violados, limitados e impedidos de serem exercitados.

Justamente essa supremacia da Constituição que permite o controle de Constitucionalidade pelo Poder Judiciário. No caso em particular do Supremo Tribunal Federal, atuando como guardião da constituição, impede que atos que lhe sejam contrários continuem a existir em nosso ordenamento jurídico, justamente mantendo a sua integridade e a proteção dos direitos fundamentais nela estabelecidos, bem como a estrutura do Estado e a organização dos poderes.

O STF atua também no viés da interpretação constitucional, não somente anulando atos, mas provendo-os de eficácia, só que a luz da Constituição Federal. Interpretação conforme a Constituição.

Para manter sua eficácia, entretanto, a Constituição deve ser protegida não somente contra a ação do Estado, mas também contra a sua omissão. Ao definir direitos, a Constituição estabeleceu alguns que para serem exercitados é necessária sua regulamentação, a edição de uma lei que estabeleça a forma como deverá ser exercido. Sem essa lei, o direito constitucionalmente previsto é ineficaz, não permitindo que o indivíduo ou a sociedade o exercitem.

Se por um lado o Estado não pode editar atos que impossibilitem o exercício de um direito que esteja previsto na Constituição, cabendo ao Supremo Tribunal Federal expurgá-los do ordenamento jurídico, por outro lado, o Estado não pode ficar inerte sem prover os meios necessários para que o cidadão o exerça. Da mesma forma, o STF deve atuar para que esse direito seja eficaz.

A supremacia da Constituição Federal deve ser respeitada tanto na ação quanto na omissão. Se o cidadão tem várias formas de se proteger da ação inconstitucional do Estado, seja por via incidental ou concentrada, ele deve ter meios de se proteger também da omissão. E que outro meio senão o Mandado de Injunção, além da ADIN por omissão.

Esvaziar o conteúdo dos efeitos do Mandado de Injunção não garantindo o direito pleiteado, apenas notificando o Congresso Nacional da sua omissão, não traz nenhum resultado satisfativo ao jurisdicionado. O Legislativo já sabe que está omissos, não é necessário que o Judiciário o notifique, muito menos é disso que o cidadão necessita. O que ele precisa é exercer o direito, e a mera notificação não lhe trará tal direito. O cidadão não pode ficar a mercê do Estado para que tenha seu direito exercitável.

O argumento de que caso o Supremo Tribunal Federal dê uma sentença constitutiva estará invadido a área de atuação de outro Poder não tem procedência ao se avaliar o binômio ação/omissão sob o mesmo enfoque. O processo legislativo prevê várias formas de controles preventivos de constitucionalidade, desde a avaliação do parlamentar autor do projeto de lei que entende a sua constitucionalidade. Durante o processo, o projeto passa por diversas verificações de conformidade da constitucionalidade, como as comissões temáticas e a Comissão de Constituição e Justiça. Por fim, na sanção presidencial, o Chefe do Executivo pode vetá-lo se entender pela sua inconstitucionalidade, ao sancionar, portanto, entende que é constitucional.

Mesmo depois de todo esse processo e controle de constitucionalidade do texto da lei feito no âmbito da atuação política dos outros dois poderes, o Supremo Tribunal Federal tem a legitimidade, praticamente inquestionável, de declarar que a lei é inconstitucional, retirando-a do ordenamento jurídico. Ou seja, o STF interfere na atuação política e precípua dos outros órgãos, dizendo que a decisão deles não é válida.

Portanto, não há diferença essencial quando o STF provê efeitos constitutivos ao Mandado de Injunção, pois da mesma forma que ele declara que a atuação do Poder Legislativo foi equivocada na ação e que não pode mais perdurar aquela situação, ao concretizar o direito por meio do Mandado de Injunção, está declarando o mesmo, que a omissão do Legislativo é equivocada e que a situação não perdurará, garantindo o direito ao jurisdicionado, enquanto o Poder Legislativo permanecer omissos. Somente com essa atuação positiva do Supremo Tribunal

Federal é que a Constituição Federal terá efetividade, não permitindo nem a ação ou omissão Estatal que vai contra o seu texto.

3.3.2. Efeitos erga omnes no Mandado de Injunção

No início deste trabalho estabelecemos a diferença entre o Mandado de Injunção e a ADIN por omissão, sendo que uma das principais seria quanto ao alcance dos seus efeitos, que são *inter partes* naquele e *erga omnes*. Contudo, vimos no caso do direito de greve dos servidores públicos foi dado efeito *erga omnes* para os Mandados de Injunção impetrados, aproximando mais uma vez esses dois institutos.

Analisando esse ponto dos votos proferidos no MI 708, temos a posição do Min. Gilmar Mendes, que foi relator do caso, e seu voto foi seguido pela maioria que se formou, onde explicitamente sustenta que não há diferença fundamental entre os dois institutos aqui contrapostos:

Essa ação mandamental exige a edição de ato normativo por parte do Poder Público. O processo de controle da omissão, previsto no art. 103, § 2º, da Constituição, é abstrato, e, consoante a sua própria natureza, deve a decisão nele proferida ser dotada de eficácia *erga omnes* [Cf. MI nº 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 133, p. 11 (38-9)].

Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, o constituinte pretendeu conferir aos dois institutos significado processual semelhante, e assegurou às decisões proferidas nesses processos idênticas consequências jurídicas. A garantia do exercício de direitos prevista no art. 5º, LXXVI, da Constituição, pertinente ao mandado de injunção, não se diferencia, fundamentalmente, da garantia destinada a tornar efetiva uma norma constitucional referida no art. 103, §2º, da Constituição, concernente ao controle abstrato da omissão (Cf. MI no 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 133, p. 11 (38-9)).

As decisões proferidas nesses processos declaram a mora do órgão legislante em cumprir dever constitucional de legislar, compelindo-o a editar a providência requerida. Dessarte, a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão residiria no fato de que, enquanto o primeiro destina-se à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico [Cf. MI nº 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 133, p. 11(38-9)].

O Tribunal deixou assente que de sua competência para dar a omissão do legislador, no mandado de injunção, decorria, igualmente, a faculdade de determinar a suspensão dos processos administrativos ou judiciais e de suspender determinadas medidas ou atos administrativos. Poder-se-ia assegurar, assim, ao impetrante a possibilidade de ser beneficiado pela norma que viesse a ser editada. A equiparação dos efeitos das decisões proferidas no mandado de injunção e no controle abstrato da omissão configura um elemento essencial da construção desenvolvida pelo Tribunal. Até porque a simples constatação de que a decisão proferida nesses processos tem caráter impositivo para os órgãos legiferantes não legitima, necessariamente, outras consequências jurídicas consideradas pelo acórdão como simples consectário desse caráter obrigatório, tais como a obrigação de suspender os processos que tramitam perante autoridades administrativas ou tribunais. Esses efeitos somente se mostram compreensíveis em face da suposição de que a decisão proferida no controle abstrato da omissão, por se tratar de um processo objetivo, deve ser dotada de eficácia erga omnes.

Como exposto pelo Min. Ricardo Lewandowski no MI 708, a concessão de efeito *erga omnes* reforça ainda mais as razões e preocupações daqueles que entendem que não se pode dar efeitos constitutivos ao Mandado de Injunção, posto que cabe ao Legislativo expedir normas criadoras de direitos e deveres de caráter geral e abstrato, dando efeito *erga omnes* ao Mandado de Injunção, a sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal estaria se aproximando dessa função legislativa.

Por outro lado, não dando efeito *erga omnes* ocasionará uma repetição de processos com o mesmo pedido e o STF tendo que dar sempre a mesma decisão. Conforme pondera o Min. Joaquim Barbosa no mesmo MI 708:

Quanto aos efeitos da decisão que será tomada nesta assentada, comungo das preocupações externadas pelo eminente ministro Lewandowski, sobre a impossibilidade de se conferir efeitos erga omnes. Isto sem ignorar, por outro lado, a preocupação sobre a repetição de feitos semelhantes.

O eminente Min. Joaquim Barbosa vota no sentido de não dar eficácia erga omnes, e propondo como solução para evitar a repetição de processos a utilização de outro instituto que tem por objetivo justamente impedir a sobrecarga no STF:

Mas tenho reservas sobre a natureza objetiva que se quer conferir ao mandado de injunção. Nesse sentido, ponho-me de acordo com as restrições manifestadas pelos Ministros Ricardo Lewandowski e

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

“Ofende o direito constitucional de greve dos servidores públicos decisão judicial que julgue ilegal a greve e que tenha por único fundamento a inexistência de lei específica a que se refere o art. 37, VII, da Constituição Federal.”

Com essa solução proposta, realmente nos parece que o simples argumento de evitar a repetição de feitos não é suficiente para conceder efeitos erga omnes, não se pode simplesmente alterar a natureza do instituto para evitar consequências desagradáveis. Para evitar tais consequências, a mera edição da súmula vinculante bastaria.

Aqueles que entendem que se pode dar efeitos *erga omnes* ao Mandado de Injunção deverá seguir entendimento semelhante do Min. Gilmar Mendes, que a diferença fundamental entre os dois institutos (Adin por omissão e MI) está no fato de haver ou não o interesse jurídico, e que a Constituição Federal pretendeu desde o início dar os mesmos efeitos aos dois institutos.

3.3.3. A Legitimidade do Judiciário para Concretizar os Direitos Constitucionais

Outro argumento que é fortemente veiculado quando se contraria a possibilidade do Supremo Tribunal Federal estabelecer a forma de como o direito será exercido ao deferir o Mandado de Injunção, é que o Judiciário estaria legislando, exercendo uma atividade que é de outro poder. Tal argumento é complementado com outros dois pontos. Primeiro, que essa atuação poderia minar a função do legislativo, pois se o direito já está garantido pelo Judiciário, diminuiria ainda mais a pressão sobre o Legislativo, bem como a necessidade de expedir a norma regulamentadora. Segundo, seria a judicialização da política, onde as decisões judiciais conduzem a forma de aplicação e condução da política, trabalho que deveria ser feito pelo Legislativo e Executivo.

Esse ponto de vista é criticado por Hans Kelsen, em sua obra “Jurisdição Constitucional”, pois quem o defende parte do pressuposto que há uma contradição essencial entre funções jurisdicionais e políticas, posto que cabe ao legislativo exercer a política e ao judiciário aplicar o ordenamento criado pelo legislador, como depreendemos do trecho abaixo:

Tal concepção, contudo, é falsa, porque pressupõe que o exercício do poder esteja encerrado dentro do processo legislativo. Não se vê, ou não se quer ver, que ele tem sua continuação ou até, talvez, seu real início na jurisdição, não menos que no outro ramo do executivo, a administração.

[...]

O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder.²⁵

Assim, não há impedimento para o Judiciário tomar decisões políticas, pois seria da sua própria natureza, a medida que o legislador intencionalmente é generalizante. Nas decisões sobre a constitucionalidade da lei esse princípio é aplicado sem interferir na competência política dos demais órgãos.

Entender que o judiciário não pode de forma alguma “legislar”, é tão equivocado quanto o antigo pensamento da Escola da Exegese que entendia que o papel do jurista era de ser mero aplicador da lei.

A lei não pode prever todas as situações possíveis em seus mínimos detalhes, devendo o juiz interpretar a sua aplicação no caso concreto. A jurisdição, como é da sua própria natureza, diz o direito ao caso que lhe é proposto, devendo regular a relação jurídica com base na lei e na constituição. Como a situação não é totalmente prevista na legislação a atuação do jurista será, como disse Kelsen, tão forte quanto for a generalização da lei editada. Sendo que a própria Lei de Introdução às Normas do Direito do Brasileiro autoriza essa atuação discricionária do juiz, e não poderia ser diferente:

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

²⁵ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 240.

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

Na insistência em permanecer omissa, o legislador está sendo o mais generalizante possível, abrindo espaço então para o judiciário ser o mais concretizador e atuante possível.

Quanto a possibilidade da ação do judiciário mitigar a atividade legislativa, também é um argumento de pouca força, pois a qualquer momento o Legislativo pode editar a lei faltante e criar uma nova situação jurídica, diferentemente da determinada na decisão. Além disso, o judiciário atua estabelecendo condições mínimas para o exercício do direito, devendo existir uma lei que preveja todas as suas formas.

Exemplo claro disso é o próprio direito de greve dos servidores públicos, que mesmo com a aplicação análoga da Lei nº 7.783/89 não resolveu em sua plenitude o problema em tela, pois como analisado nos votos, a decisão não agradou nem sindicatos nem governo. Além disso, existe a preponderância dos princípios do interesse público e da continuidade do serviço público, os quais continuam sendo questionados no judiciário a cada greve, não diminuindo de forma alguma a necessidade da lei ser editada.

Portanto, a atuação do judiciário se legitima, pois é da própria natureza da jurisdição concretizar o direito previsto na legislação. No caso da omissão inconstitucional o direito já está previsto na própria Constituição Federal, e para dar efetividade é necessário que o judiciário o garanta enquanto o legislativo não atua.

CONCLUSÃO

Nos primeiros anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal manteve-se firme na posição de que caberia a ele apenas notificar o Congresso Nacional de sua mora para que tome as providências necessárias em sede de Mandado de Injunção. Isso era praticado com o temor de não interferir na vida política das casas legislativas, bem como não usurpar sua função.

Realmente há de se refletir sobre as consequências do Poder Judiciário conceder efeitos constitutivos ao Mandado de Injunção, para não haver um desequilíbrio entre as funções estatais, bem como uma superconcentração das decisões políticas no judiciário, sendo que essencialmente tais decisões devem ser tomadas pelos outros dois ramos.

O Chefe do Executivo e os membros do Legislativo são democraticamente eleitos de acordo, em tese, com seu programa de governo, sua ideologia e suas propostas de políticas públicas. Ao judicializar tais políticas, estaria retirando o seu caráter democrático de discussões, pois entregaria a decisão final à função estatal onde os membros não são eleitos. Também, poderia haver uma mitigação das atribuições dos demais órgãos, posto que suas decisões políticas estariam sempre a mercê da decisão judiciária, podendo não ter qualquer eficácia.

Além disso, cabe ao Legislativo expedir normas gerais e abstratas que criem direitos e obrigações, e em um Mandado de Injunção julgado pelo Supremo Tribunal Federal em face da mora do Congresso Nacional, ao dar efeitos constitutivos e *erga omnes*, estaria gerando as mesmas consequências de um ato do Legislativo.

Essa atuação proativa do Judiciário é, contudo, um fenômeno global que cada vez mais vem ganhando legitimidade. Mesmo que as decisões não sejam democráticas, no sentido de ter uma ampla discussão entre os representantes do povo diretamente eleitos, o Judiciário é o que está mais próximo de fazer com que se cumpra a Constituição Federal, promulgada pelo Poder Constituinte Originário,

que, no caso do Brasil, espera a mais de vinte anos para ver as normas de caráter institutivo e programáticas serem realidade. O judiciário, por meio da sentença, está determinando que se cumpra a Constituição e trazendo os direitos e garantias nela previstos para a realidade social.

O Judiciário também vem estabelecendo um equilíbrio para a democracia ao garantir os direitos das minorias. Se na democracia prevalece a vontade da maioria, então a jurisdição está sendo responsável por garantir os direitos das minorias, que muitas vezes podem ter dificuldade de se articular politicamente para ter voz diante dos grupos majoritários.

Tudo isso vem contribuindo para essa expansão do poder do Judiciário. Principalmente por diversas vezes ser a única forma encontrada para que a Constituição seja cumprida, é que a sociedade vem cada vez mais legitimando essa atuação proativa do Judiciário.

Pela limitação da capacidade econômica do Estado, sem entrar no mérito do jogo de interesses, corrupção e outros problemas políticos que pode haver, nem sempre é possível cumprir com celeridade o direcionamento que a Constituição dá para as políticas públicas. Entretanto, não se justifica a omissão legislativa diante da regulação de um direito estabelecido na constituição. O que contribui ainda mais para a legitimidade do Poder Judiciário em concretizar esse direito.

O cidadão não pode ficar a mercê da vontade política do Legislativo em elaborar a norma. Ainda mais quando se trata de direito constitucionalmente estabelecido, o qual em uma via concede o direito ao cidadão, e na outra cria a obrigação do legislador expedir a norma.

Basta entender que tanto na ação como na omissão pode haver inconstitucionalidade. Se há injuridicidade quando o Legislador produz uma norma que vai contra a Constituição Federal, e nesse caso é pacífico o entendimento de que o Judiciário é legítimo para atuar anulando tal ato, também há vício quando não se produz a norma que a Lei Maior determinou sua produção. Nos dois sentidos a

Constituição está sendo violada, e portanto o Supremo Tribunal Federal deve atuar também na omissão legislativa.

Com base nisso, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se alterando ao longo do tempo a fim de garantir os direitos dos indivíduos, pois o abuso na omissão legislativa em não regulamentar várias matérias após mais de vinte anos de Constituição Federal, já se tornou um encargo insuportável para a sociedade.

Os argumentos de que o Judiciário não pode fazer as vezes do legislativo e que se deve evitar a interferência na atividade precípua daquele poder tornam-se frágeis a partir do entendimento de que é da natureza da própria jurisdição colmatar lacunas no ordenamento jurídico. Se o legislador deixou uma lacuna completa, cabe ao judiciário colmatá-la completamente. Além disso, ao declarar a inconstitucionalidade uma lei, o judiciário já legitimamente interfere nas decisões políticas do Legislativo ao afirmar que sua decisão por expedir uma determinada norma é inválida.

Pela perspectiva da eficácia constitucional, não se pode esvaziar o Mandado de Injunção para dar-lhe efeitos meramente declaratórios da omissão, pois: 1. O *writ* não teria qualquer utilidade; 2. A Constituição deve ter o máximo de eficácia possível, para se tornar uma realidade social; 3. É praticamente o único meio que o indivíduo tem de se proteger da omissão legislativa inconstitucional.

Portanto, a fim de proteger o indivíduo da inércia do Legislativo, é que o Judiciário é legítimo para conceder efeitos constitutivos ao Mandado de Injunção e garantir o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Sem tal remédio, tanto a efetividade da Constituição como os direitos dos cidadãos estariam ameaçados.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. Cambridge: Havard Law Review, Vol. 113, nº 3. 2000.
- BACHA, Sergio Reginaldo. Mandado de Injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- HAGE, Jorge. Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 31ª Ed. atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- QUEIROZ, Cristina. Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- ROTHENBEURG, Walter Claudius. Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito: (A Perda de Competência Como Sanção à Inconstitucionalidade Por Omissão). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SCHMITT, Carl. O guardião da constituição (Der Huter der Verfassung), tradução de Geraldo Luiz de Carvalho Neto, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 4º ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, Kelly Susane Alflen da. Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.
- TATE, C. Neal & VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power. Nova York: New York University Press, 1995.