



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

DIOGO BARBOSA E SILVA

**AS POTENCIALIDADES DO MANDADO DE INJUNÇÃO: O
CONTROLE INTEGRAL DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS**

Salvador
2017

DIOGO BARBOSA E SILVA

**AS POTENCIALIDADES DO MANDADO DE INJUNÇÃO: O
CONTROLE INTEGRAL DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia

Salvador
2017

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

D591 Silva, Diogo Barbosa e.

As potencialidades do mandado de injunção: o controle integral das omissões inconstitucionais / Diogo Barbosa e Silva. – Salvador/BA: D.B. Silva, 2017.
159 f.

Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017.

1. Mandado de injunção. 2. Omissões inconstitucionais. 3. Direitos fundamentais. I. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. II. Bahia, Saulo José Casali. orient. III. Título.

CDD - 342.0281

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática com os dados
fornecidos pelo(a) autor(a).

DIOGO BARBOSA E SILVA

**AS POTENCIALIDADES DO MANDADO DE INJUNÇÃO: O
CONTROLE INTEGRAL DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, aprovada pela seguinte banca examinadora:

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Saulo José Casali Bahia (orientador)
Universidade Federal da Bahia

Professor Pós-Doutor Dirley da Cunha Júnior
Universidade Federal da Bahia

Professora Doutora Janaína Lima Penalva da Silva
Universidade de Brasília

Salvador, 31 de março de 2017.

*Por Ele e para Ele é tudo que faço, ao Deus vivo, Rei, companheiro e
amigo.
Ao meu Pai, fonte integral de inspiração, sertanista da alma humana
e desbravador do caminho que tenho a honra de trilhar.
À minha Mãe, professora da arte de sorrir e abrir portas.
À Calú (in memoriam), guardiã da criança que mora em mim.*

AGRADECIMENTOS

Nas veredas da pesquisa, a maior parte do caminho é percorrida na solidão dos quartos e gabinetes, nada se interpõe entre a mesa e o escritor. Todavia, apesar do isolamento físico, o plano anímico do estudioso é povoado pelas contribuições científicas dos professores e colegas, pelas manifestações de carinho dos familiares e amigos mais próximos, bem como pela saudades daqueles que o labor tenaz nos condenou a um afastamento, felizmente temporário.

A estes e às instituições que colaboraram para este trabalho, em seguida, expresso minha sincera gratidão.

À minha noiva Débora, companheira dentro e fora da Universidade, desde os primeiros dias da graduação até hoje, depositária do amor genuíno que fecunda a lavra de sonhos que cultivamos juntos. Assim também, agradeço aos seus familiares pelo carinho e pelas orações que, muitas vezes, serviram de amparo.

Aos meus irmãos Marcos e Ludmila e minha avó Fany, pela torcida entusiasmada, pelo porto seguro sempre aberto a me receber e confortar e por acreditarem em mim e neste trabalho.

Ao meu orientador, Professor Saulo José Casali Bahia, pela maneira simples e eficaz com que me conduziu no tempo em que estive sob sua tutela. Do início até o fim, foi fonte de valiosos ensinamentos e dos suprimentos de compreensão, de sabedoria, de tranquilidade e de incentivo, essenciais para o enfrentamento das dificuldades típicas das viagens ao desconhecido.

Ao Professor Dirley da Cunha Júnior, cujas lições alimentam minha afinidade pelo Direito Constitucional desde a graduação, pela disponibilidade em contribuir com esta dissertação, mediante indicações bibliográficas e esclarecimentos sobre a argumentação adotada.

À Professora Janaína Lima Penalva da Silva, pela disponibilidade em compor a banca avaliadora e auxiliar na construção do produto final deste trabalho.

Ao Professor Miguel Calmon Dantas, conselheiro e apoiador, inspirador na perseguição da efetividade constitucional, pelas conversas repletas de generosidade e atenção, pela habilidade e confiança no treinamento recebido durante o tirocínio docente e, especialmente, pela amizade que perpassa os muros da academia.

Ao Professor Adhemar Bento Gomes Filho, pelas primeiras lições constitucionais e pela extensão dos cuidados fraternos dedicados desde o início da graduação.

Ao Professor Geovane Mori Peixoto, pelas discussões proveitosas nos seminários de pesquisa e nos encontros casuais nos corredores da Faculdade de Direito.

Ao Professor Rodrigo Padilha, pelas preleções claras e entusiasmadas que contribuíram para as primeiras reflexões sobre o mandado de injunção.

À Professora Marize Pitta, pelo auxílio cordial e preciso na correção e formatação do texto.

À amiga Ana Maria Pereira de Souza, pela atenção, pela paciência e pelos conselhos que encorajaram e facilitaram esta caminhada.

Aos confrades do Núcleo Duro do PPGD, por consubstanciarem refúgio perene de amizade, de solidariedade, de descontração e de frutíferas discussões jurídicas e ordinárias. A melhor herança que se leva no final deste ciclo.

Ao escritório Chezzi Advogados, representado pelo Dr. Bernardo Chezzi, pelo apoio irrestrito.

À Denise Machado, pela solidariedade e suporte psicológico no momento mais difícil desta caminhada.

Aos amigos e colegas da UCSAL, da 14ª Vara Federal SJ/BA, da EMBASA, da Igreja Batista São que, de perto ou de longe torciam pelo êxito desta empreitada.

Aos alunos da turma de Direito Constitucional da UFBA, pelo respeito e aplicação durante as aulas do tirocínio, bem como pelas palavras encorajadoras que vivificam minha caminhada como docente.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, com especial distinção aos docentes e funcionários do Programa de Pós-graduação em Direito, pela calorosa acolhida e pela estrutura disponibilizada para o desenvolvimento das atividades do mestrado. De certo, nestes dois anos, pude comprovar a tradição de um ambiente heterogêneo, aberto à livre expressão e engajado na missão de contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

À Biblioteca da Faculdade Baiana de Direito, qualificada não só pela preciosidade do seu acervo, repleto de obras raras que muito contribuíram para esta pesquisa, mas também pela gentileza e prestatividade do seu corpo funcional.

“Se os homens fossem anjos, não seria necessário haver governos.

Se os homens fossem governados por anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos.

Ao constituir-se um governo – constituído por homens que terão autoridade sobre os outros homens – a grande dificuldade está em que se deve primeiro habilitar o governante a controlar o governado e, depois, obrigá-lo a controlar-se a si mesmo.”

(James Madison, The Federalist Papers)

SILVA, Diogo Barbosa e. **As potencialidades do mandado de injunção: o controle integral das omissões inconstitucionais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

RESUMO

Este trabalho pretendeu analisar o instituto jurídico do mandado de injunção em seus diversos aspectos, com o fito de demonstrar sua aptidão para o combate de todas as modalidades de omissões inconstitucionais. Para tanto, a importância da pesquisa foi demarcada a partir da descrição do cenário de crise de eficácia constitucional, especialmente no campo da realização dos direitos insculpidos em normas programáticas. Em seguida, perpassou-se pelos elementos conceituais e pela origem da ação injuncional, de modo a subsidiar sua essência concretizadora. Ademais, adentrou-se nos seus meandros processuais, enfatizando os dois pilares de sustentação à completude do *writ*: a abrangência do campo de atuação deste remédio constitucional e, principalmente, as possibilidades dos efeitos derivados, em face da necessidade de efetivação de direitos fundamentais inviabilizados pela inércia estatal. Por fim, a recente Lei 13.300/2016 foi avaliada, observando os influxos da doutrina e da jurisprudência, ao longo dos 20 anos de ausência de regulamentação positiva, bem como as novas perspectivas emanadas da nova disciplina legal.

PALAVRAS-CHAVE: MANDADO DE INJUNÇÃO; OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS; DIREITOS FUNDAMENTAIS.

SILVA, Diogo Barbosa e. **The potentialities of the “mandado de injunção”: the full control of unconstitutional omissions.** Dissertation (Masters) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

ABSTRACT

This paper intends to analyze the legal institute of the “mandado de injunção” in its various aspects, in order to demonstrate its suitability for combating all forms of unconstitutional omissions. Therefore, the importance of the research was demarcated from the description of the scenario of crisis of constitutional effectiveness, especially in the field of realization of the rights inscribed in programmatic norms. It then went through the conceptual elements and the origin of the injunctive action, in order to subsidize its concretizing essence. In addition, it entered its procedural details, emphasizing the two pillars of support to the completeness of writ: the scope of the field of action of this constitutional remedy and, mainly, the possibilities of the derived effects, in the face of the necessity of effectuation of fundamental rights unfeasible by state inertia. Finally, the recent Law 13.300/2016 was evaluated, observing the inflows of doctrine and jurisprudence, during the 20 years of absence of positive regulation, as well as the new perspectives emanating from the new legal discipline.

KEYWORDS: “MANDADO DE INJUNÇÃO”; UNCONSTITUTIONAL OMISSIONS; FUNDAMENTAL RIGHTS.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI-O	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CTN	Código Tributário Nacional
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Injunção
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PL	Projeto de Lei
PLC	Projeto de Lei da Câmara dos Deputados
QO	Questão de Ordem
SNC	Sugestão de Norma Constitucional
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA	14
1.2 OBJETIVOS, ESTRUTURA E METODOLOGIA	15
2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS OMISSÕES NO DIREITO BRASILEIRO	17
2.1 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SISTEMA JURÍDICO ABERTO	18
2.1.1 A abertura normativa: entre Kelsen e Dworkin	20
2.1.2 O enquadramento dos direitos fundamentais quanto à sua eficácia	26
2.2 O COMBATE ÀS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	32
3. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO	41
3.1 ESCOLAS CONCEITUAIS	42
3.2 ORIGEM	47
3.3 TRAMITAÇÃO NA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE	52
3.3.1 Etapa preliminar (fundações)	52
3.3.2 O Mandado de Injunção nas subcomissões (estruturação)	54
3.3.3 O Mandado de Injunção nas comissões (acabamento)	55
3.3.4 Obstáculos à natureza concretista do mandado de injunção	57
4. ASPECTOS PROCESSUAIS DO MANDADO DE INJUNÇÃO	60
4.1 CABIMENTO: A FALTA DA NORMA REGULAMENTADORA	61
4.1.1 Alcance horizontal: a falta ou insuficiência da norma regulamentadora	62
4.1.1.1 A existência de norma anti-isonômica	65
4.1.1.2 A existência de norma inconstitucional	66
4.1.1.3 A estagnação na busca pelo aperfeiçoamento contido na disposição programática	67
4.1.2 Alcance vertical: os tipos de norma regulamentadora	69
4.1.3 Casos de não cabimento	71
4.2 OBJETO	74
4.3 LEGITIMIDADE	76
4.4 COMPETÊNCIA	79

5. OS EFEITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO	81
5.1. ABORDAGEM DOCTRINÁRIA DOS EFEITOS.....	81
5.1.1 <i>Quem</i> deve viabilizar os direitos?: efeito declaratório, com a comunicação ao Poder omissio	83
5.1.2 <i>Como</i> o judiciário viabilizará os direitos postulados? : efeito mandamental, ordenando a expedição do regulamento <i>sem prazo</i>	89
5.1.3 <i>Qual</i> o tipo de medida a ser adotada pelo julgador?	91
5.1.4 <i>Onde</i> está localizado o correto alcance da medida editada pelo julgador?.....	92
5.1.4.1 Normatização com alcance geral: efeito concretizador direto, com a expedição de ato normativo abstrato	92
5.1.4.2 Normatização ou atos materiais com alcance limitado às partes: efeito concretizador direto, restrito ao caso concreto	93
5.1.5 <i>Quando</i> a medida injuncional será efetivada? : efeito concretizador indireto, ordenando a expedição do regulamento <i>com prazo</i>	101
5.2. OS EFEITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO DELINEADOS PELO STF	104
5.2.1 Os efeitos não concretistas: <i>leading case</i> MI 107-3/DF.....	105
5.2.2 Os efeitos concretistas mediatos: MI n ^{os} 232-1/RJ, 283-5/DF, 284-3/DF e 543-5/DF	108
5.2.3 Os efeitos concretistas imediatos - MI n ^{os} 712-8/PA, 708-0/DF, 670-9/ES e 721-7/DF	116
5.2.4 Nascimento, ocaso e ressurreição? O descompasso jurisprudencial e o impacto no uso do remédio	122
6. AS NOVAS DIRETRIZES EMANADAS DA LEI 13.300/2016	127
6.1 ALARGAMENTO DO CAMPO DE ATUAÇÃO.....	130
6.1.1 A positivação da omissão parcial.....	130
6.1.2 A proteção aos direitos difusos	132
6.2 A VIA CONCRETISTA INTERMEDIÁRIA POSITIVADA	133
6.3 A COLETIVIZAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO: FOMENTO À MACROJUSTIÇA.....	135
6.3.1 A positivação do mandado de injunção coletivo e seus legitimados.....	136
6.3.2 O compartilhamento da coisa julgada	139
6.3.3 A aplicação de decisões paradigmáticas aos casos análogos.....	141

7. CONCLUSÕES.....	144
REFERÊNCIAS.....	149

1 INTRODUÇÃO

A preocupação com a efetividade constitucional não é nova no cenário brasileiro. Outrossim, a salvaguarda jurisdicional para garantia dos direitos fundamentais se faz presente nos cânones pátrios desde a Carta Magna de 1891. Já nesta época, Ruy Barbosa advertia sobre o problema do esvaziamento da norma suprema¹.

Hoje, passados vinte e oito anos do último advento constitucional, a materialização do plano traçado na Assembleia Constituinte ainda enfrenta duros obstáculos, seja na trincheira econômica, política e mesmo no campo jurídico.

Com o agravamento da situação financeira do país e o descrédito progressivo das entidades político-representativas, o judiciário ganha cada vez mais ênfase quando o assunto é a garantia e provisão dos direitos fundamentais, em especial os sociais. Basta abrir os periódicos para notar que o espaço dado pela imprensa às decisões da Suprema Corte cresce, impulsionado pela atenção demandada dos diversos setores da sociedade. Seja no fornecimento de fármacos de alto custo, no controle jurisdicional de medidas políticas impopulares, como a EC 95/2016 (Emenda constitucional do Teto dos Gastos Públicos), ou mesmo na fiscalização do recente processo de *impeachment*, que operou uma reviravolta no campo político nacional, o judiciário sempre esteve em foco.

Este papel de depositário da esperança popular, tacitamente assumido em face do desgaste do sistema democrático-representativo, aumenta a responsabilidade do judiciário, tanto na resposta à coletividade, dentro do seu papel institucional de garantidor da ordem constitucional, quanto no *self restraint*, necessário à manutenção da harmonia republicana entre os Poderes.

A tensão sobre o sistema republicano aumenta quando transita no terreno do controle judicial das omissões do Poder Público. Neste campo, a intervenção judicial enfrenta o paradoxo entre tomar decisões que beiram a inocuidade, ou incidir de forma mais aguda em atividades que não lhes são típicas, suplantando a falta de ação do executivo e legislativo, com o fim de assegurar os direitos prestacionais estabelecidos pela Constituição.

O domínio jurídico brasileiro tem sido uma eira rica para a análise deste impasse, pois alia um vasto catálogo de direitos constitucionais, redigidos de forma aberta e vulneráveis ao

¹ Ao tratar da eficácia das normas constitucionais, Ruy Barbosa *apud* Flávia Piovesan, revela uma advertência emitida nas primeiras décadas do século XX, ainda aplicável nos dias de hoje: “Não há numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos.” Cf. PIOVESAN, Flávia **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 62.

descompromisso com sua realização, à previsão de duas ferramentas tipicamente voltadas ao controle das omissões do Poder Público, com características bem distintas.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA

Neste ambiente de busca pela efetivação do plano constitucional, surge o impulso à presente investigação, cujo escopo é analisar um dos instrumentos do sistema brasileiro de controle das omissões: o mandado de injunção.

Acredita-se que, devido as suas particularidades, este remédio constitucional foi uma das maiores inovações lançadas pela Constituição de 1988. Além de perfazer uma via processual claramente capaz de viabilizar direitos fundamentais subjetivos de forma direta, aventa-se que seu alcance, pelo menos teoricamente², abrangeria todos os tipos de omissões inconstitucionais.

Assim, a exploração de suas potencialidades, seara em que se localiza este trabalho, é essencial para sua compreensão como uma ação de combate integral à inércia estatal que vulnera o texto magno.

Para realizar esta tarefa, é necessário atentar que os 27 da falta de uma regulamentação positivada sobre o instituto, deu azo à proliferação de diversas controvérsias sobre seus aspectos conceituais e procedimentais. Por esta razão, ao pretender caracterizar o instituto, é importante delimitá-las, ressaltando sua importância para a formação deste remédio constitucional.

Impende asseverar que, o mandado de injunção consubstancia o que a doutrina chama de *writ*, expressão inglesa cujo significado remete a um escrito, qualifica-se no vocabulário jurídico como uma ordem³. Diomar Ackel Filho revela que são ações judiciais que visam obter um provimento mandamental⁴. Deste modo, cabe destacar, dentre todos os aspectos estudados, quais os efeitos produzidos pela ação injuntiva.

Frise-se ainda, que a partir da edição da lei que regulamenta o mandado de injunção (Lei 13.300/2016) faz-se necessário convergir todos estes elementos estudados para o regramento processual adotado pelo legislador ordinário.

² Como será demonstrado, à despeito do seu potencial teórico, a prática jurisprudencial tem reduzido o seu âmbito de incidência.

³ Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. **Os “writs” na Constituição de 1988**. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p.1.

⁴ ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”**. 2ª ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 11.

Enquanto se estuda e compreende uma ferramenta tão importante para a efetivação do plano constitucional, diretamente ligada à realização dos direitos fundamentais, luzeiros na senda que leva à justiça social, perceber-se-á que os vários dissensos afetos aos seus aspectos atuaram (e continuarão atuando) como elementos enriquecedores do instituto do mandado de injunção, malgrado a recente disciplina conferida pela Lei 13.300/2016.

1.2 OBJETIVOS, ESTRUTURAÇÃO E METODOLOGIA

Neste estudo exploratório-descritivo, foi adotado o método histórico-comparativo. A pesquisa realizada se ateve às fontes bibliográficas e documentais⁵, a partir de jurisprudências e dados coletados no sítio virtual do Supremo Tribunal Federal, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Atendo-se à exploração do tema proposto, esta dissertação traça como objetivo geral: analisar os aspectos do mandado de injunção, de modo a desnudar as potencialidades que habilitam esta ferramenta para o combate integral das omissões inconstitucionais.

Mais especificamente, pretende-se ressaltar que existe uma carência de efetivação de direitos fundamentais à prestação no ordenamento brasileiro, em particular aqueles positivados por normas programáticas.

Outrossim, sacramentando a exigibilidade destes direitos, busca-se identificar quais as ferramentas aptas ao controle da inércia estatal relativa às sobreditas obrigações prestacionais, preludiando o papel do mandado de injunção como ação típica, especialmente dedicada à concretização de direitos.

Na mesma trilha, intenta-se explorar as circunstâncias de sua formação de modo a verificar qual a sua função original. Após esta investigação genealógica, almeja-se apresentar os atributos processuais do mandado de injunção com fins de traçar um perfil condizente com sua função concretizadora de direitos fundamentais.

No ponto fulcral do trabalho, procura-se destrinchar os efeitos possíveis da decisão injuncional, abordando, de forma sistemática, as modalidades descritas pela literatura jurídica especializada e o caminho percorrido no Supremo Tribunal Federal.

Encerrada esta caracterização, perscrutar-se-á os reflexos da disciplina doutrinária e jurisprudencial no recente regulamento do mandado de injunção, enfatizando, também, as deficiências não sanadas e os seus pontos inovadores.

⁵ Cf. GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 41-47.

Para atender a estas aspirações, a dissertação foi organizada em sete capítulos, tendo seu desenvolvimento delimitado entre o segundo e o sexto, excluído este intróito e os apontamentos conclusivos.

O capítulo seguinte será destinado a montar o cenário de atuação do remédio injuntivo, enfocando as dificuldades para efetivação de direitos fundamentais, em um sistema jurídico marcado pela abertura estrutural trazida pela internalização de princípios jurídicos, a superação da ineficácia das normas programáticas e os instrumentos de controle disponibilizados pela ordem jurídica nacional a partir de 1988.

No capítulo três, serão conhecidas as componentes genéticas do *writ*, iniciando pela persecução de um conceito identificado com sua finalidade, por sua vez, constatada a partir da averiguação de dados doutrinários sobre sua origem e tramitação na Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88.

Prosseguindo com a caracterização do remédio constitucional, no capítulo quatro, serão abordados tópicos processuais atinentes ao instituto, com especial distinção ao seu cabimento, objeto de dissensos e indevidas restrições, e, na sequência, analisar-se-ão as espécies de omissões inconstitucionais. Ademais, serão discutidas questões relativas ao seu objeto, legitimidade e competência.

Como já mencionado, o ponto crítico desta pesquisa será a discussão sobre os efeitos do mandado de injunção, desenvolvido no capítulo cinco. Neste ponto, superando a divisão tricotômica tradicionalmente utilizada pela doutrina, serão esmiuçados nove possibilidades diferentes para a decisão judicial. Ante tamanha diversidade, optou-se por explicar cada uma delas através de repostas a cinco perguntas:

1. *Quem* deve viabilizar os direitos?
2. *Como* o Judiciário viabilizará os direitos postulados?
3. *Qual* o tipo de medida a ser adotada pelo julgador?
4. *Onde* está localizado o correto alcance da medida editada pelo julgador?
5. *Quando* a medida injuncional será efetivada?

Certificadas estas modalidades, passa-se, no mesmo capítulo, a investigar o caminho jurisprudencial da ação, culminando numa reflexão crítica sobre os efeitos empregados e a ameaça à utilidade desta ferramenta.

Por fim, o capítulo seis se debruça sobre a atual disciplina positivada na Lei 13.300/2016, com foco nos aspectos incorporados pela regulamentação jurisprudencial e nas disposições que visam ampliar as possibilidades de aplicação desse importante instrumento.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS OMISSÕES NO DIREITO BRASILEIRO

Na esteira do movimento constitucionalista moderno, pode-se observar que o avanço ao constitucionalismo social exigiu certas adaptações nos sistemas normativos. Se num primeiro momento⁶ a adição de direitos sociais, como saúde, educação e proteção ao trabalho, parecia suficiente à demarcação de uma mudança no perfil dos Estados, a experiência mostrou que a positivação não era garantia de eficácia dos novos direitos fundamentais, principalmente ao considerar que muitos deles estavam abrigados em disposições programáticas⁷.

Ao refletir a dificuldade da transmutação entre o “dever ser” e o “ser”, Miguel Calmon Dantas, ratificando o cenário exposto, ressaltou que, presente os elementos textuais, era necessária a maturação do constitucionalismo social em face do “déficit de efetividade das direções constitucionais, de sua programaticidade e dos direitos sociais”⁸.

Para alcançar esta efetividade, era necessária a superação de um simples Estado Legal, para um modelo de Estado efetivamente Constitucional, de modo que não bastasse apenas a conformidade formal com o seu parâmetro normativo de validade, mas, também, a impregnação de todo sistema estatal (orgânico e jurídico) com os valores correlatos à preservação da dignidade humana, incorporados pelas Constituições do pós-guerra⁹.

Entretanto, mesmo após esta constatação, a extração do conteúdo normativo da Constituição não tem sido uma tarefa fácil e, por vezes, é possível ouvir falar na crise de eficácia constitucional. Por outro lado, esta defasagem de eficácia estimulou o desenvolvimento do sistema de controle judicial de constitucionalidade, de modo a abrigar

⁶ Este primeiro período do constitucionalismo social ocorreu, segundo Miguel Calmon Dantas, nos anos entre as grandes guerras mundiais do século XX. Cf. DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 195.

⁷ A programaticidade de algumas normas constitucionais será debatida no item 2.1.2.

⁸ Op. cit. pp.41-43.

⁹ Sem dúvida, a humanidade retirara uma lição dos horrores vividos nas guerras da primeira metade do século XX. Segundo Luís Roberto Barroso, a simples observância da lei, sem averiguação de sua legitimidade e substância, permitiu, por exemplo, que o regime nazista promovesse toda sua política de segregação, perseguição e extermínio de grupos minoritários, respaldado no seu ordenamento jurídico. Insta salientar que, pouco antes da sua ascensão como *füher*, o Chanceler Adolf Hitler podia editar leis diretamente, mesmo que contrárias à Constituição, tudo devidamente lastreado na “lei de autorização” (Ermächtigungsgesetz), cujo art. 2º prescrevia, *in verbis*: “As leis imperiais aprovadas pelo governo imperial podem divergir da Constituição Imperial, desde que não tenham por objeto a instituição do parlamento e do conselho imperiais. Os direitos do Presidente do Império permanecem intocados”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 59.

tanto o combate aos atos formal e materialmente contrários à Constituição, quanto à inércia estatal em face de obrigações de implementação de direitos prestacionais.

Neste cenário Konrad Hesse, amparado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, adverte que não importa apenas assegurar a positivação de direitos materiais, mas é igualmente necessária a previsão de normas organizacionais e procedimentais, para “assegurar em igualdade de oportunidades o acesso à prestações ou à sua distribuição”, bem como para garantir a participação¹⁰ dos detentores de direitos fundamentais objurgados pela ação ou omissão do Estado¹¹.

Antes de adentrar nas nuances do sistema de controle de constitucionalidade, em especial o aparato de combate às omissões envolvendo direitos fundamentais, faz-se mister o exame de dois fatores preponderantes ao surgimento do fenômeno da inconstitucionalidade pelo *non facere*: a abertura do ordenamento jurídico, a partir de princípios dotados de força normativa e a existência de normas constitucionais concebidas com obstáculos à sua plena eficácia. Estes elementos, intimamente ligados à estrutura dos direitos fundamentais, serão apresentados e discutidos adiante.

2.1 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SISTEMA JURÍDICO ABERTO

Retomando o percurso histórico citado no início do Capítulo, percebe-se que a evolução do Estado Democrático de Direito confunde-se com a própria trajetória do constitucionalismo moderno¹², formalmente consagrado nos idos do século XVIII, pelos

¹⁰ A inclusão da sociedade e do cidadão comum no processo de interpretação e concretização é defendido por Peter Härbele como uma consequência da necessidade de integração da realidade na hermenêutica constitucional. Para o autor, “os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta, tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes”. Daí conclui que “o direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática”. Cf. HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, pp. 30, 37 e 41.

¹¹ Cf. HESSE, Konrad. O significado dos direitos fundamentais. In: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55. No mesmo sentido, Saulo Casali Bahia adverte que a previsão de direitos individuais desacompanhadas de prestações positivas por parte do Estado, tendem a recair no nominalismo constitucional, ou seja, na mera enunciação formal de direitos sem conexão com a realidade. Cf. BAHIA, Saulo Casali. O Poder Judiciário e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. In: DANTAS, Miguel Calmon; CUNHA JÚNIOR, Dirley da (coord.). **Desafios do Constitucionalismo Brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 300

¹² O constitucionalismo é um movimento que, apesar de ser abordado precipuamente pela ciência do direito, possui viés multifacetário, vinculando-se a implicações políticas, filosóficas e econômicas. Apesar do constitucionalismo moderno adotar como marco jurídico o surgimento das primeiras Constituições escritas, seu ideal libertário, representando a força emanada de setores influentes da sociedade contra o arbítrio do

marcos jurídicos da Constituição Norte Americana de 1787 e Francesa de 1791 e, por conseguinte, com a proclamação dos direitos fundamentais tal como conhecemos atualmente.

Apesar de já estarem positivados em diversos textos legais¹³, foi no século XVIII que os direitos fundamentais lograram um *status* jurídico proeminente, a ponto de poderem exercer sua função originária, qual seja, a de limitadora dos abusos estatais, em sede de máxima hierarquia normativa.

Necessário dizer que, após a revolução liberal na França e a independência das colônias inglesas na América do Norte, os direitos fundamentais assumiram uma posição formalmente¹⁴ constitucional e, por consequência, supra normativa, já que a previsão na Lei Maior tornava este conjunto de direitos o fundamento de validade para o ordenamento infraconstitucional.

A partir deste momento histórico, consolidado o constitucionalismo, a titularidade do poder soberano passou ao povo e a sua vontade estaria positivada no texto constitucional de

poder estatal, prescindia de um documento formal e remonta à Antiguidade Clássica. Esta limitação, por vezes, foi exercida pela concessão de direitos pelo Soberano, ao que mais tarde seriam positivados como direitos fundamentais. Para uma análise mais detida: Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 33-43, DANTAS, Miguel Calmon. Op. cit. pp. 41-250 e BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. pp. 27-66.

¹³ É importante destacar que, ao percorrer a trilha histórica dos direitos fundamentais, o pesquisador constantemente se depara com as primeiras declarações de direitos humanos. Neste ponto, vale ressaltar o ensinamento do professor Ingo Sarlet, que acentua com propriedade: “Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 29. Destarte, como retratado por Perez-Luño, é seguro assumir que, apesar de sua nomenclatura ser recente (França 1770), os direitos fundamentais surgiram formalmente antes das primeiras constituições, escritas no fim do século XVIII e início do século XIX. Por certo, segundo o autor, no período medieval não faltavam documentos nos quais o monarca, detentor de poderes teoricamente ilimitados, reconhecia alguns limites em favor da Igreja, dos senhores feudais e das comunidades locais. Dentre esses documentos destaca-se *Magna Charta Libertatum* (1215), ainda que restringindo as prerrogativas à nobreza anglo-saxã através do pacto estabelecido com o Rei João Sem Terra, outorgando-lhes a liberdade de locomoção e a garantia de propriedade. Daí seguiram-se outros diplomas legais, no próprio Reino Unido, cujo conteúdo pode-se identificar com a preleção de direitos hoje considerados como fundamentais, a saber: o *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689). Cf. PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 7ª ed. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 29-34.

¹⁴ A partir da obra de Ferdinand Lassale, destaca-se o conceito formal e material de constituição, atrelando ao documento escrito (positivado) o status de norma constitucional formal, ao passo que classifica como constituição material o conjunto dos fatores reais de poder. “Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido”. Cf. LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo. Edições e publicações Brasil, 1933, p. 30.

observância estrita e obrigatória pelos seus representantes que estivessem à frente da máquina estatal.

2.1.1 A abertura normativa: entre Kelsen e Dworkin

Entretanto, não obstante a posição hierárquica superior dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, sua aplicação foi por um longo tempo limitada pela vertente teórica positivista, dominante no século XIX e na primeira metade do século XX.

Na linha positivista, a busca pelo discurso racional repelia tudo que parecesse pertencer ao plano metafísico, uma vez que o verdadeiro pensamento científico deveria obedecer a uma sistematização e ser verificável por meio de experimentação. O campo jurídico conheceu os contornos do positivismo de maneira mais clara através da “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen. Nesta obra, o jurista realiza um verdadeiro corte epistemológico para definir o que se pode considerar “direito”, ou seja, quais atos possuem ou não significado jurídico, por sua vez, quais atos estão aptos a produzir efeitos jurídicos.

Em seus estudos, Kelsen¹⁵ defende que apenas a norma pode atribuir a um ato o *status* jurídico, além disso, ela própria (a norma) só poderia ser considerada como “direito” se fosse produzida segundo outra norma jurídica que lhes emprestasse significação (norma de validade)¹⁶. Este modelo lógico-positivista foi essencial para compreender a hierarquia normativa aceita até hoje, contudo, por ser baseado apenas em uma estrutura de regras¹⁷, incorreu em falhas ao ser confrontado com situações não alcançadas por uma resposta normativa imediata (aplicação direta do texto ao contexto).

No âmbito dos direitos fundamentais, cuja amplitude do seu conteúdo requer uma configuração normativa aberta, ou seja, flexível à adequação do conteúdo normativo aos diferentes substratos fáticos, o sistema normativo positivista se mostrava insuficiente, em razão deste modelo estar estruturado exclusivamente em normas-regras, limitando o horizonte do intérprete à exata verificação da hipótese abstrata à circunstância real.

Esta restrição hermenêutica, que podava o alcance potencial dos direitos fundamentais, perdeu força a partir da segunda metade do século XX, com o advento da teoria

¹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 7º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp.04-05.

¹⁶ Insere-se neste contexto o movimento descrito por André Ramos Tavares como a “codificação do direito”. Iniciado na Revolução Francesa, consistia em conjugar todas as fontes do direito até então conhecidas ao documento escrito, “o direito passa a ter como única morada o *Codex*”. Cf. TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006, p. 23.

¹⁷ A diferenciação entre norma-regra e norma-princípio será elucidada adiante, neste mesmo item.

dos princípios apresentada por Ronald Dworkin, em artigo publicado em 1967, intitulado “Modelo de Regras I”.

Este marco teórico é referência para uma abertura interpretativa do sistema jurídico, não mais concebido como um ordenamento composto por normas de enunciado fechado, mas detentor de uma estrutura normativa compatível com a existência de regras e princípios, ambos dotados de valor jurídico, sendo este último uma espécie de preceito dotado de notável expansividade na sua exegese.

Ao romper as barreiras da interpretação literal, os direitos fundamentais puderam ser aproveitados em todo seu alcance, o que, por outro lado, levou os juristas a intensificarem as discussões sobre as fronteiras materiais destes direitos, a saber, por exemplo, qual é o conteúdo do direito à educação? Até onde o estado deve atuar para cumprir o compromisso constitucional com a sua efetivação?

Esta transição, norteada pela busca da validade material do direito, marca a mudança de um Estado Constitucional de Direito para um Estado Constitucional Democrático. Para Luis Roberto Barroso, a visão substancial da norma jurídica exige mais do que a simples adequação formal relativa à edição do ato legislativo pela autoridade competente, ou mesmo o respeito ao processo de produção dos dispositivos legais, indicado no Texto Magno. Não é mais possível ignorar fatores como a legitimidade e a justiça advindos de padrões estabelecidos pela Constituição¹⁸.

Neste ponto, segundo o mesmo autor, o próprio conceito de democracia ganha nova amplitude, passando de uma forma de governo da maioria para um governo de todos, não apenas de grupos numericamente minoritários, mas de segmentos de menor expressão política, como mulheres e indivíduos financeiramente desvalidos¹⁹.

Inseridos nesta nova realidade jurídica, orientada pela supremacia da constituição, destaca-se o papel preponderante dos direitos fundamentais em suas acepções diversas, majoritariamente positivados por princípios²⁰ com força cogente, ainda que ostentem uma feição programática²¹.

Não é inédita a afirmação de que a teoria dos princípios foi concebida em resposta às deficiências de um modelo normativo puramente positivista. Esta constatação é evidenciada

¹⁸ Op. cit., pp. 65-66.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ana Paula de Barcellos chegou a esta mesma constatação, ao afirmar que “a maioria das disposições constitucionais que tratam dos aspectos materiais da dignidade humana, especialmente aquelas que de alguma forma envolvem prestações positivas, assumem a estrutura de princípios”. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 233.

²¹ A classificação das normas, tendo em vista sua eficácia, será abordada no item 2.1.2.

por Dworkin, onde, ao apresentar seu modelo de regras, dedica algumas páginas a uma análise crítica do positivismo jurídico, revelando as fragilidades desta teoria, em especial da versão apresentada por Herbert Hart²².

Pode-se dizer que a teoria normativa elaborada por Hart, não obstante associar juridicidade à norma positivada²³, permitiu²⁴ a ascensão do modelo dworkiano, isto porque o jurista de Oxford considerava que o ordenamento jurídico continha o que chamou “incertezas quanto à forma de comportamento exigido”, asseverou ainda que “os cânones de «interpretação» não podem eliminar estas incertezas, embora possam diminuí-las;”, assim, o autor justifica que “estes cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação”²⁵.

Em outras palavras, ao admitir que o ordenamento positivado permitia a existência de espaços abertos à integração interpretativa foi possível introduzir o conceito jurídico dos princípios, em detrimento ao uso irrestrito da discricionariedade²⁶ do julgador, ao deparar-se com situações concretas em que as regras positivadas não ofertassem uma solução precisa.

²² A escolha pela teoria de Hart, consubstanciada na obra “*O conceito de direito*”, não foi aleatória, segundo confessa o jusfilósofo americano: “Resolvi concentrar-me na sua posição não apenas devido a sua clareza e elegância, mas porque neste caso, como em quase todas as outras áreas da filosofia do direito, o pensamento que visa construir deve começar com um exame das concepções de Hart”. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª Ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2014, p.27.

²³ Ao contrário de outros positivistas como Kelsen, imbuídos em apresentar uma estrutura lógica que justificasse a exclusividade do *status* jurídico atribuído à norma escrita, Hart dedicou-se a esmiuçar o que deveríamos entender como direito numa concepção analítica, conceitual. Desta forma, considerou o sistema jurídico como um conjunto de normas primárias (preletoras de obrigações) e secundárias (definidoras de competências), dentre estas últimas destacou a existência de uma “norma de reconhecimento” que identificaria o rol de regras pertencentes a um dado ordenamento, ou seja, nas palavras do autor: “Onde quer que uma tal regra de reconhecimento seja aceite, tanto os cidadãos particulares como as autoridades dispõem de critérios dotados de autoridade para identificar as regras primárias de obrigação. [...] estas incluem a referência a um texto dotado de autoridade[...]”. Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 6ª ed. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 111-112.

²⁴ A dita “permissão” se dá a partir da concepção positivista dos chamados “casos difíceis”. Esta construção teórica foi abordada criticamente por Dworkin da seguinte maneira: “quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juízo tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra.[...] Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa.” Op. cit., p. 127.

²⁵ Op. cit., p. 139.

²⁶ Ao discorrer sobre os sentidos da discricionariedade Dworkin faz um elucidativo esclarecimento: “[...]O poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário.[...] Alguém que possua poder discricionário nesse terceiro sentido pode ser criticado, mas não por ser desobediente, como no caso do soldado. Podemos dizer que ele cometeu um erro, mas não que tenha privado um participante de uma decisão que lhe era devida por direito [...]” Op. cit., pp. 53-54. Por este entendimento fica claro que a discricionariedade em sentido forte é limitada por orientações normativas de sentido aberto, cujo enunciado não prescreve uma conduta específica, mas aponta para uma linha de atuação lastreada em um componente valorativo. Assim, qualquer ação ou omissão que concretamente esteja dissonante com esta direção axiológica, tratada como “padrões de bom senso e equidade” pode ser classificada como antijurídica.

Como já aventado anteriormente, o modelo normativo dworkiano estava baseado na convivência de duas espécies normativas: regras e princípios. A inserção deste segundo tipo de norma permitiu que o intérprete do direito dispusesse de uma ferramenta de argumentação jurídica que lhe outorgava mais liberdade na integração da mensagem normativa frente à complexidade do plano casuístico.

Este espaço interpretativo, no entendimento de Dworkin, se dava em razão dos princípios atuarem na argumentação jurídica como fator de justificação de uma regra particular que não existia antes do caso ser decidido²⁷. Pode-se dizer que os princípios aderem a esta regra como fundamentação posterior ao fato, posto que não havia ainda uma “disposição prévia”²⁸ *in abstracto* regulando aquela situação.

Não por acaso os princípios são posicionados no tempo e espaço de forma diversa das regras. Sua estrutura permite que o comando normativo principiológico se adeque ao caso concreto.

Isto fica explícito quando Dworkin revela que as diferenças existentes entre as duas espécies de norma é de natureza lógica. Segundo ele, as regras são aplicadas no modo “tudo ou nada”, ou seja, não admitem uma satisfação gradual ou mesmo a coexistência entre dois tipos colidentes. Já os princípios situam-se em outra dimensão, chamada pelo autor de “peso-importância”. Neste âmbito, quando conflitantes, as normas principiológicas medirão sua força relativa ao caso concreto, embate que resultará na precedência de um sobre o outro, sem, no entanto, retirar completamente a validade de nenhum deles²⁹.

Vê-se que, pelo modo de aplicação “tudo ou nada” o enunciado de uma norma-regra não oferece margem para o intérprete do direito adaptá-la ao caso concreto. Assim, caso a disposição abstrata não guarde estrita correspondência com a circunstância fática, o alcance da regra estaria prejudicado³⁰. Com isso um sistema jurídico estruturado exclusivamente para esta espécie normativa também seria limitado em razão de todo seu conteúdo estar definido previamente no texto positivado.

²⁷ Op. cit., p. 46.

²⁸ A necessidade de que o programa normativo abrigasse toda a complexidade do contexto fático criticada por Dworkin ao analisar a posição de alguns juristas adeptos do positivismo, também chamados de “nominalistas” pelo doutrinador estadunidense. Segundo o autor, estes nominalistas “pensam que quando falamos ‘o direito’, queremos dizer um conjunto de regras atemporais, estocadas em algum depósito conceitual à espera de que os juízes as descubram e que, quando falamos sobre obrigações jurídicas, estamos nos referindo às cadeias invisíveis que, de algum modo, essas misteriosas regras tecem à nossa volta” Op. cit., p. 25/26.

²⁹ Op. cit. pp. 39-43.

³⁰ Esta limitação do alcance das regras não desconsidera a possibilidade do próprio ordenamento flexibilizar a rigidez do seu enunciado hipotético mediante uma outra regra de exceção. Entretanto, mesmo excepcionando algumas circunstâncias dentro da hipótese de incidência, de acordo com Dworkin, o sistema jurídico é obrigado a prelecioná-las no texto positivado, sob pena de revelar-se incompleto. Cf. Op. cit., p. 40.

Neste ponto, fica clara a afirmação que os princípios proporcionaram uma abertura hermenêutica no sistema jurídico ao inaugurar uma nova forma de interação normativa baseada na relação peso-importância. Dotados de enunciados menos precisos, os princípios contêm diretivas que permitem ao exegeta definir padrões específicos de resposta jurídica para cada caso concreto, ao contrário dos padrões pré-fixados pelas regras; o que não significa delegar ao julgador a discricionariedade irrestrita na tomada de decisão³¹.

Além de ampliar o alcance interpretativo na escolha pela medida jurídica mais adequada, a institucionalização dos princípios inovou a concepção da validade normativa. Ao contrário das regras, cuja antinomia resolve-se pela invalidação de uma das normas colidentes, as normas principiológicas convivem harmonicamente na ordem jurídica, ainda que em algumas circunstâncias fundamentem razões opostas. Considerar um princípio como válido significa fazer um exame de sua correspondência com a norma suprema de validade do ordenamento (compatibilidade constitucional), bem como a aceitação pelo conjunto dos demais princípios albergados pelo direito³².

Na chamada colisão de princípios fica claro que a validade desta espécie normativa não está associada à ausência de outra norma que disponha em sentido contrário. Como indicam uma diretriz aberta, ao invés de um perfil de conduta fechado, as disposições principiológicas colidentes incidem sobre o caso concreto em uma relação de precedência disciplinada por uma análise de pesos que definirá qual o princípio preponderante para dada situação.

Muito embora o próprio Dworkin tenha feito referência a esta relação “peso-importância”, foi a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy que este conflito normativo adquiriu uma sistematização. O jurista alemão refinou a concepção dworkiana dos princípios ao esclarecer como identificar os princípios que prevaleceriam em meio à citada colisão.

Na sua tese, Alexy também diferencia duas categorias normativas, sendo elas as regras e os princípios. Corroborando a tese de Dworkin, enquanto as primeiras seriam diretivas

³¹ De acordo com o conceito de discricionariedade (vide nota de rodapé nº26).

³² Dworkin considerava que o conceito de validade aplicado para as regras era incompatível com o modelo dos princípios. Senão vejamos: “[...]Parece estranho falar de um princípio como sendo válido, talvez porque validade seja um conceito do tipo tudo ou nada, apropriado para regras, mas incompatível com a dimensão de peso, própria de um princípio. [...]”. Op. cit., p. 65/66. No mesmo sentido é a lição de Robert Alexy: “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras foi declarada inválida. [...] e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. [...] o conceito de validade jurídica não é graduável.[...]”. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.92.

absolutas, ou são cumpridas ou não, os princípios revelam-se como mandamentos de otimização, ou seja, têm sua satisfação gradual sendo “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”³³.

Tendo em vista a natureza dos princípios, fica claro, na lição do jurista de Kiel, que a colisão entre eles não visa à exclusão de um direito pelo outro, mas compreende uma verdadeira relação de precedência condicionada.

Esta relação de precedência foi sistematizada por Alexy, através da denominada “lei de colisão” que pode ser explicada da seguinte maneira: Considerando a coexistência de dois princípios P1 e P2, em determinada situação fática simbolizada pela letra “C”, haverá a prevalência representada pela letra *P* de um deles. Assim, numa situação que P1 prevaleça, temos a seguinte formulação – (P1 *P* P2) C, significando que P1 prevalece sobre P2 caso se esteja no contexto fático C. Observe que C, neste caso, foi não só o substrato fático, mas a condição de prevalência de P1, portanto, é de se compreender a razão de ser da chamada “relação de *precedência condicionada*”³⁴.

Nesta interação a prevalência de um princípio pelo outro será identificada a partir da técnica de sopesamento em que se busca, através da análise de proporcionalidade³⁵, aquele que melhor será satisfeito, concomitantemente com a menor restrição ao(s) princípio(s) colidente(s).

Por consequência disto, ao elaborar a “lei de colisão”, o conteúdo abstratamente aberto do enunciado principiológico decodifica-se em regra especificamente forjada para aplicação em um contexto fático determinado. Numa formulação lógica, Alexy traduz este raciocínio da seguinte forma:

C é o pressuposto fático de uma regra. [...] é possível formular a seguinte lei sobre a conexão entre relações de preferência condicionada e regras: [...] C: (P1 *P* P2) C,

³³ Op. cit. p. 90.

³⁴ Op. cit. pp. 93-103.

³⁵ Esta análise alberga a avaliação daquilo que Alexy chamou das três máximas da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. No que tange à adequação, o jurista alemão explica que: “Caso duas medidas igualmente adequadas à realização de um determinado objetivo fundado em um princípio P1, proporcione, de modo diverso, a realização de outro princípio P2, escolher-se-á aquela que melhor optimize P2.” Já em relação à necessidade faz alusão à jurisprudência do Tribunal Constitucional germânico para esclarecer que: “[...] define como exigência de que ‘o objetivo não pode ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo’[...]”. Completa a tríade definindo a proporcionalidade em sentido estrito. Neste ponto, revela que “caso até mesmo o meio menos gravoso afete P2, ao exame da necessidade deve se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento.” Ao fim destas três etapas de verificação, o princípio que prevalecer será aquele que melhor compatibilizar com o objetivo do ordenamento, tendo em vista que a escolha passa por critérios de otimização tanto do princípio preponderante quanto daquele que será restringido, buscando que esta afetação se dê da maneira menos gravosa possível e privilegiando a unidade de todo sistema jurídico a partir de uma fundamentação racional. Cf. Op. cit. 116-120.

[...] P1, sob [...] C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica $C \rightarrow R$ ³⁶.

Ao compreender conjuntamente as teorias de Dworkin e Alexy, não restam dúvidas de que os princípios permitem uma abertura interpretativa do ordenamento sem prejudicar a contundência de seu caráter jurídico, nem a sua aptidão à concretização. Isto se dá através de uma argumentação racional que reduza seu enunciado impreciso a uma medida concreta, convergente com a melhor efetivação (otimização) do ordenamento.

A propósito, ao estabelecer os pressupostos para o desenvolvimento de sua força normativa, Konrad Hesse esclarece que o texto constitucional deve ter como característica a abertura do seu conteúdo normativo, de modo a adequar-se às mudanças das condicionantes sob as quais foi erigida, bem como a sua orientação interpretativa estar “submetida ao princípio da ótima concretização da norma”³⁷.

Muito embora se possa afirmar a natureza cogente dos princípios, alguns problemas remanescem quando adentramos ao terreno da efetivação de direitos fundamentais desta espécie normativa. Na doutrina especializada, não é raro observar a classificação de normas constitucionais segundo sua aptidão para produzir efeitos automaticamente ou da necessidade de uma complementação posterior do poder público, voltada a conferir expressão real de seus enunciados.

2.1.2 O enquadramento dos direitos fundamentais quanto à sua eficácia

Cumprе destacar que existem diversas classificações a respeito do grau de aplicabilidade³⁸ das normas constitucionais. Uma das primeiras foi importada do direito

³⁶ Op. cit. pp. 98-99.

³⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, pp.20-22.

³⁸ Cabe distinguir, ainda que brevemente, os conceitos de validade, eficácia e aplicabilidade normativa. Como já visto, pela visão positivista, a validade seria apenas o juízo de conformidade formal de um enunciado jurídico com uma regra superior que lhe impusesse um devido processo legislativo, entretanto, diante da insuficiência deste modelo, hoje já se sabe que uma norma válida é aquela formal e materialmente compatível com os ditames da Lei Maior, sendo estritamente necessária a harmonia do seu conteúdo com os valores constitucionalmente consagrados. Já a eficácia, segundo Tércio Sampaio Ferraz, é o atributo da norma dedicado a verificar a produção concreta dos seus efeitos, ou seja, existência das condições fáticas e jurídicas que colaborem com a realização do texto. Nesta divisão, pode-se subfracionar a eficácia social ou efetividade (notada pela potencialidade de disciplinar casos concretos) e a eficácia jurídica ou aplicabilidade (aférida pela reverberação das consequências da inovação normativa no ordenamento, como, por exemplo, a revogação de todas as demais normas precedentes que dispunham em contrário ao novel enunciado. Cf. FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 166-168.

americano³⁹ por Ruy Barbosa, citado por José Afonso da Silva, trata-se das *self executing provisions* ou *not self executing provisions*. Enquanto àquelas pertenciam os dispositivos com aplicação imediata, revestidas de plena eficácia jurídica, estas, princípios ou regras de caráter geral, exigiam a interposição de atos normativos ulteriores para sua concretização⁴⁰. Mantendo a mesma lógica, Pontes de Miranda traduziu esta nomenclatura em normas bastante em si e normas não bastante em si⁴¹.

Contudo, segundo Dirley da Cunha Júnior, quem inaugurou a classificação da eficácia das normas constitucionais a partir de um sentido de gradualidade foi Meirelles Teixeira. O referido jurista considerava que as normas que, desde sua promulgação, já poderiam produzir seus efeitos essenciais seriam enquadradas como de eficácia plena; noutra margem, as normas cujo potencial gerador de efeitos concretos era mediato, necessitando uma intervenção do legislador, eram rotuladas como de eficácia limitada ou reduzida, que, por sua vez, poderiam ser subdivididas em programáticas (vinculadas a um conteúdo ético-social) ou de legislação (referentes a organização ou liberdades)⁴².

Neste mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos denominava, respectivamente, as normas de aplicação e as normas de integração. O jurista considerava que as normas de aplicação eram “normas cheias”, conquanto não demandavam complementação, no entanto, caso haja algum tipo de regulamentação, esta deve ser realizada com muita cautela, tendo em vista que sua estrutura “basta a si mesma”⁴³. A partir deste alerta, propôs a subdivisão em normas irregulamentáveis⁴⁴ e regulamentáveis⁴⁵. No caso das normas de integração, também houve um fracionamento em normas completáveis⁴⁶ e normas restringíveis⁴⁷.

³⁹ Cujos precursor fora Thomas Cooley, na obra “Treatise on the constitutional limitations” datada de 1890.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 73.

⁴¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 126-127.

⁴² Op. cit. pp. 165-166.

⁴³ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 62-70.

⁴⁴ Exemplificando esta subespécie, trata do caput do art. 5º da CRFB. Para Celso Bastos, ao afirmar que todos são iguais perante a lei, o texto constitucional direcionou o mandamento ao preceito de modo a não comportar intermediações. Caso o legislador ordinário tentasse aditar algo a este enunciado viria a desequilibrar a diretiva perfeitamente ajustada. Op. cit., p. 66

⁴⁵ Estas normas, apesar de poderem produzir efeitos sem a necessidade de um regramento inferior, podem ser esclarecidas e ter seu rol protetivo ampliado por uma regulamentação facultativa. O autor ressalta, porém, que qualquer tentativa de detalhar o enunciado constitucional não poderá se distanciar da finalidade imposta pelo legislador constituinte. Como exemplo, cita o art. 5º, LXIX que trata do mandado de segurança. Não obstante o dispositivo forneça elementos suficientes para colocar o instituto em operação, uma lei posterior pode elucidar possíveis controvérsias. Cf. Op. cit. p. 67.

⁴⁶ Esta subespécie não produz, de logo, todos seus efeitos potenciais, mas precisa de meios para atingir os fins almejados. Parte, então, do exemplo dado pelo art. 205 da CRFB. Segundo o autor, o dever do Estado em

Este modelo mais detalhado é replicado por Maria Helena Diniz com algumas nuances próprias. A autora classifica como: a) normas com eficácia absoluta, aquelas que não podem ser alteradas sequer por emendas constitucionais, como as conhecidas cláusulas pétreas, arroladas no art. 60, §4º da CRFB; b) normas de eficácia plena, aquelas que prescindem de atos normativos supervenientes para produzirem efeitos; c) normas com eficácia relativa, subdivididas em restringíveis ou complementáveis, esta última, distinguindo-se em normas de princípios institutivos e normas programáticas⁴⁸.

Sem desmerecer as classificações já apresentadas, a doutrina brasileira tem na obra de José Afonso da Silva o marco na teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. Importando o debate entre os italianos Gaetano Azzariti e Vézio Crizafulli⁴⁹, o autor brasileiro sacramenta uma divisão tricotômica⁵⁰, cuja premissa é que todas as normas possuem alguma aplicabilidade. Assim, foram estruturadas da seguinte forma: normas de eficácia plena, normas de eficácia limitada e normas de eficácia contida⁵¹.

Segundo José Afonso, como todas as normas possuem alguma medida de eficácia, seria difícil estabelecer um critério seguro para distinguir as normas de eficácia plena das demais, mas tentando estabelecer um critério geral, aponta que a completude passada por esta classificação é verificada quando o dispositivo contém “todos os elementos e requisitos para sua incidência direta”⁵². Assim, pode-se saber com precisão “qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito”⁵³.

prestar o ensino não se completará imediatamente após a edição do texto magno, mas exigirá atos normativos de integração para atingir a meta colimada. Cf. Op. cit. pp. 68-69.

⁴⁷ Apesar de se aproximar das normas dotadas de plena eficácia, há uma permissão, outorgada ao legislador ordinário, para restringir o espectro de dado direito, observado o núcleo essencial constitucionalmente protegido. O art. 5º, XIII, da CRFB, ilustra esta situação, ao prever a liberdade de exercício profissional, passível de contenção por normas legais ulteriores. Cf. Op. cit. p. 69.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 98 -105.

⁴⁹ Segundo narra, a pouca assertividade da jurisprudência italiana abriu espaço para que a doutrina estabelecesse as balizas sobre a aplicabilidade das normas da recém editada Constituição de 1948. Os calorosos debates punham em confronto duas posições básicas. Gaetano Azzariti defendia que algumas normas do texto constitucional eram meramente diretivas, limitadas apenas a indicar um caminho ao legislador futuro, sem sequer possuir caráter jurídico. Por sua vez, Vézio Crisafulli defendia que estas normas com perfil programático eram tão preceptivas quanto as outras, regulando, vinculativamente, comportamentos públicos incidentes sobre as matérias que lhes são objeto. Op. cit. pp. 78 e 150.

⁵⁰ Para o jurista, como não existem normas destituídas de algum grau de aplicabilidade imediatamente disponível, seria incoerente a divisão em dois grupos (normas autoexecutáveis ou não autoexecutáveis; ainda, normas preceptivas e normas diretivas), como ocorria no modelo de Cooley e Azzariti. Op. cit. p. 81.

⁵¹ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 66.

⁵² Um exemplo singular é o art. 1º, *caput* da CRFB, ao estabelecer a forma federativa, pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, o constituinte passou uma mensagem normativa clara e suficiente para produzir efeitos.

⁵³ Op. cit. 97.

As normas de eficácia contida, consoante o mesmo jurista observou, não recebiam tratamento diferenciado por parte da doutrina. Tratadas como normas que faziam menção a uma legislação futura, era equivocadamente classificadas. Para José Afonso, esse tipo de norma requer uma atenção particular, já que se distanciam das normas de aplicabilidade plena, pois permite contenção por meio de normas ulteriores, também não se enquadram como normas de eficácia limitada, pois a atuação do legislador tem exatamente sentido contrário, qual seja limitar, de modo superveniente, o âmbito de sua eficácia⁵⁴.

Assim, podem ser consideradas de eficácia contida as normas que o legislador, não obstante tenha regulado a contento a matéria, deixou margem para eventuais restrições por parte do Poder Público.

Sobre as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, pode-se afirmar que este gênero não produz todos os seus efeitos essenciais, logo após sua entrada em vigor. Destarte, José Afonso subdivide-as em normas definidoras de princípios institutivos ou organizativos e normas definidoras de princípios programáticos⁵⁵.

As normas definidoras de princípios institutivos contêm um início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades públicas, sendo relegado ao legislador ordinário a complementação definitiva⁵⁶. Esta integração normativa pode ter um caráter facultativo, quando é conferida apenas a possibilidade de regulamentação ao legislador (ex. art. 22, parágrafo único da CRFB⁵⁷) ou impositivo quando há a obrigação da atuação legiferante (art. 20, §2º da CRFB⁵⁸)⁵⁹.

Todavia, são as normas de princípios programáticos que exigem mais zelo por parte da doutrina jurídica, em especial aquele segmento voltado à promoção da eficácia constitucional.

Com efeito, Paulo Bonavides adverte que as normas programáticas, dentre todas pertencentes à constelação constitucional, são aquelas que, em razão de sua fragilidade, levantam mais questionamentos acerca de sua eficácia e caráter jurídico, por vezes, servindo de mote para o descumprimento da finalidade expressa na Carta Magna⁶⁰.

⁵⁴ Op. cit. pp. 101-102.

⁵⁵ Op. cit. p. 116.

⁵⁶ Op. cit. p. 120-123.

⁵⁷ CRFB Art. 22. Compete privativamente à união legislar sobre: [...]Parágrafo único. Lei complementar *poderá autorizar* os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo (grifos aditados).

⁵⁸ CRFB Art. 20. São bens da União:[...] § 2º A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização *serão reguladas* em lei (grifos aditados).

⁵⁹ Op. cit. pp. 124-125.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 250.

Em face da positivação dos direitos econômicos e sociais içados à instância constitucional durante a sucessão do Estado Liberal para o Estado Social, o texto magno passou a albergar princípios voltados à implementação de programas guiados por valores de justiça social. Estes dispositivos genéricos⁶¹, cujo teor seria instrumentalizado pela atividade dos legisladores ordinários, constituem, na visão de José Afonso da Silva, as normas programáticas⁶².

Neste passo, além da proteção à força normativa de um texto constitucional marcado pela unicidade sistêmica, a afirmação da natureza jurídica deste tipo de norma é essencial à salvaguarda do núcleo socioideológico da constituição⁶³, sendo sua negação uma ameaça aos avanços obtidos no modelo dirigente adotado a partir de 1988⁶⁴.

Cabe salientar que a própria denominação pode levar ao equívoco de que estas diretrizes programáticas não vinculariam o Poder Público no plano atual, mas definiriam uma atuação futura. Esta inquietação foi evidenciada por Norberto Bobbio ao questionar sobre a natureza dos direitos sociais frente à indefinição atinente à sua aplicabilidade imediata, assim o jurista italiano interroga se “um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política” ainda poderia ser chamado de “direito”⁶⁵.

Para expurgar quaisquer dúvidas sobre o caráter jurídico das normas programáticas, José Afonso enumera seis efeitos produzidos imediatamente após a sua entrada em vigor: estabelecem um dever de legislar às instâncias competentes; condicionam as legislações futuras à observância de sua diretriz principiológica, perfazendo verdadeiro parâmetro de controle de constitucionalidade; demarcam a concepção de Estado e sociedade, a partir do modelo constitucionalmente consagrado; representam o núcleo teleológico da constituição, orientando a interpretação e integração de todo ordenamento jurídico; balizam a atividade

⁶¹ Frise-se, com esteio no culto de Celso Antônio Bandeira de Mello, que esta aparente imprecisão não retira a aplicabilidade imediata atinente à sua essência e a sua significação. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 28.

⁶² Op. cit. pp. 133-134.

⁶³ SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 136.

⁶⁴ Nas palavras de Canotilho, criador da concepção da Constituição Dirigente, ao assumir este modelo, o texto constitucional foi diametralmente modificado de modo que a inicial pretensão de omissão dos poderes públicos foi convertida em uma proibição desta omissão. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Almedina, 1994, p. 365.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 21ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 p. 72.

discricionária da Administração e do Judiciário e consubstanciam vetores deduzíveis em direitos subjetivos⁶⁶.

Seguindo esta linha, Paulo Pimenta arremata o caráter das normas programáticas, definindo-as como “normas jurídicas inseridas na Constituição Jurídica que representam uma tentativa do constituinte em conciliar os interesses opostos dos grupos sociais, tendo conteúdo econômico-social [e] função eficaz de programa”. Ultrapassando a mera afirmação abstrata, afirma que as mesmas “obrigam os órgãos integrantes da organização política do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), mediante a determinação dos princípios que por eles devem ser cumpridos”⁶⁷.

Impende destacar ainda, que, ao declarar a possibilidade de as normas programáticas ensejarem o direito subjetivo às prestações vinculadas ao bem jurídico protegido, José Afonso justifica esta perspectiva do princípio de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, insculpido no §1º, do art. 5º, da CRFB.

Esta garantia, segundo Saulo Casali Bahia, conduz a duas constatações: a primeira refere-se a exigibilidade de qualquer norma constitucional, reconhecida no seu sentido positivo, daí, ser forçoso também reconhecer o cabimento da provocação jurisdicional para o combate às omissões desses direitos prestacionais. Já a segunda, indica que estas normas são aplicáveis até os limites fáticos e jurídicos existentes⁶⁸.

Na esteira dos ensinamentos de Luis Roberto Barroso, é correto afirmar que tanto a concretização de atos proibidos, quanto a inércia perante uma obrigação de fazer, são fatores de vulneração da norma jurídica correspondente; quando este mandamento tem envergadura constitucional tem-se o fenômeno da inconstitucionalidade⁶⁹.

⁶⁶ Op. cit. 160.

⁶⁷ Cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 127. Com mesma assertividade, Garcia de Enterría prescreve: “Jueces y Tribunales ordinários, como todos los sujetos públicos o privados, en cuanto vinculado por la Constitucion y llamados a su aplicación em a medida que hemos precisado, deben aplicar la totalidad de sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programático, que carecerían de valor normativo”. ENTERRÍA. Eduardo Garcia de. **La Constitucional como norma y El Tribunal Constitucional**. 3ª ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 68.

⁶⁸ BAHIA, Saulo Casali. Poder Judiciário e Direitos Humanos. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio (org.). **Direito da previdência e assistência social**: elemento para uma compreensão interdisciplinar. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 109.

⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 154.

Particularmente, a inércia do Poder Público consiste em inconstitucionalidade quando há um dever de legislar imposto pela Lei Fundamental de maneira expressa ou mesmo derivada da exegese de seus princípios⁷⁰.

Ao conceber a inconstitucionalidade por omissão, todos os elementos delineados até aqui convergem na síntese certa de André Puccinelli Júnior. Segundo o jurista: “característica do Estado Social, a omissão inconstitucional é cúmplice da incompletude do ordenamento jurídico e da abertura constitucional”⁷¹.

Seguindo esta trilha, adiante serão explorados os instrumentos de combate à afronta constitucional por omissão⁷²; insista-se, intimamente ligados ao problema da defasagem de eficácia das normas programáticas definidoras de direitos fundamentais.

2.2 O COMBATE ÀS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Ao fim do período ditatorial, a Nova Constituição redesenhou a estrutura do Estado Brasileiro, fundado na promoção de uma democracia substancial. Neste intento, o Constituinte de 1987/88 lançou mão de um abundante catálogo de normas de direitos sociais, bem como de garantias e remédios voltados ao combate da ineficácia crônica que ajudava a perpetuar a desigualdade e a miséria no âmago da sociedade.

Vale salientar que, ao ser promulgada, a Constituição de 1988 precisava vencer um desafio próprio do estágio do movimento constitucionalista de sua época. Como afirmado no início deste capítulo, após as Guerras Mundiais, o Constitucionalismo Social entrava em uma nova fase, cuja meta principal era enfrentar o problema relativo à eficácia dos direitos que marcaram este período. Este déficit estava diretamente relacionado com a inércia do Poder Público relativa às prestações de direitos fundamentais.

Não é difícil entender que a inconstitucionalidade por omissão deve ser tratada de modo diverso da desconformidade por ação.

De acordo com Merlin Clève, enquanto esta se desenvolve no contexto de proteção à supremacia constitucional, através do exercício do poder de cassação exercido pelas Cortes Constitucionais (atividade legislativa negativa), aquela insere o judiciário no dilema de

⁷⁰ No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 222.

⁷¹ PUCCINELLI JUNIOR, André. **Omissão Legislativa Inconstitucional e Responsabilidade do Estado Legislador**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 126.

⁷² Os tipos de inconstitucionalidade por omissão serão delineados no bojo da discussão sobre o cabimento do mandado de injunção, item 4.1.1.

imiscuir-se na atividade do legislador, sem a mínima capacidade ou legitimidade para tanto, ou obrigar o Poder Público a agir. Em ambas alternativas, sempre flertará com o risco de ferir a harmonia entre os poderes⁷³.

Conforme o mesmo autor, diante desta dificuldade inerente ao controle judicial, a melhor opção seria o uso de técnicas jurídico-políticas que envolveriam, desde o uso da iniciativa popular ou de Estados Membros, ou de entidades coletivas, até o deslocamento do poder de provocação do processo legislativo, nos casos de iniciativa privativa. Entretanto, o constituinte de 1988 não foi tão generoso neste aspecto, prevendo apenas a iniciativa popular, dentro de um procedimento extremamente dificultoso e inacessível às matérias de iniciativa reservada. Ou seja, nas palavras do jurista, “tornaram o instituto quase impraticável”⁷⁴.

Neste passo, a adoção de um sistema de controle judicial de constitucionalidade das omissões⁷⁵ estatais era uma demanda iminente do dirigismo constitucional que marcou a Constituição de 1988, difundido a partir da experiência europeia, em especial de Repúblicas Socialistas como a então Iugoslávia e Portugal.

Tal constatação fica evidente na lição de Lenio Streck; segundo o estudioso, a comentada transformação perpetrada pelo constitucionalismo contemporâneo envolve principalmente irradiação da força normativa para todas as normas emanadas da Lei Maior. Processa-se uma verdadeira revolução copernicana (importando as palavras de Jorge Miranda) na medida em que o programa constitucional já é, por si, uma fonte de direitos e prestações subjetivas, sem necessidade da interposição legislativa⁷⁶.

O autor apregoa que ainda são necessários “mecanismos para a implantação das políticas do *Welfare State*, compatíveis com o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana”; ato contínuo, alerta que o judiciário deve estar a postos para suplementar a falta destes atos integradores da norma constitucional e assim, conclui que, por vezes, haverá

⁷³ CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 329-330.

⁷⁴ Op. cit. pp. 330-331.

⁷⁵ O sistema convencional de controle de constitucionalidade por ação, sinteticamente entendida como a verificação de conformidade constitucional de atos exarados pelo Estado, já era previsto em diversos países do mundo, tendo surgido sob a forma difusa/concreta nos Estados Unidos da América (1803), a partir do caso *Marbury vs. Madison*, e concentrada/abstrata na Europa, tributária das contribuições de Hans Kelsen à Constituição Austríaca (1920). No Brasil, esta modalidade de controle era prevista desde a Constituição Republicana de 1891. Como o presente estudo está situado no específico terreno das omissões inconstitucionais, prescinde-se de maiores detalhamentos referentes à teoria geral do controle de constitucionalidade, bem como da inconstitucionalidade por ação.

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 18.

o “deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da Jurisdição Constitucional”⁷⁷.

Como será visto no capítulo 5, esta suplementação não deve ser vista como uma atividade arbitrária da autoridade judicial. Saulo Casali Bahia atesta esta afirmação, aditando que é função do judiciário assegurar direitos fundamentais exigíveis, “cuja negativa de concretização pelos demais Poderes deve ser considerada uma omissão culposa e juridicamente indevida”⁷⁸.

Inaugurando esta tendência, a Constituição Iugoslava de 1974 munia o seu Tribunal Constitucional com a possibilidade de declarar a ocorrência de omissão constitucional em todas as instâncias do Poder Público, veja-se:

Art. 337. Se o Tribunal Constitucional da Iugoslávia verificar que o órgão competente não promulgou as prescrições necessárias à execução das disposições da Constituição da República Federativa da Iugoslávia, das leis federais e das outras prescrições federais e atos gerais, dará ao fato conhecimento à Assembléia Federativa da Iugoslávia.

Nota-se que, não obstante o citado dispositivo demarcasse um avanço, com o reconhecimento expresso da inconstitucionalidade por omissão, bem como a atribuição uma via processual própria de combate a este vício, o julgador ainda não podia exarar medidas voltadas a solucionar diretamente a inércia do Poder Público, contentando-se com a mera previsão de um provimento declaratório para atestar a mora e, posteriormente a comunicação do descumprimento do dever de legislar ao Parlamento.

Seguindo esta mesma receita, a Constituição Portuguesa de 1976, principal influência da Carta de 1988, positivou o instituto, atribuindo-lhe efeito similar, como se lê no dispositivo infracolacionado:

Art. 283. 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

Todavia, ao contrário da ferramenta iugoslava, a ação portuguesa não outorga ao Tribunal Constitucional a prerrogativa de instaurar o processo *ex officio*, mas enumera um estrito rol de legitimados: o Presidente da República e o Provedor de Justiça, além dos

⁷⁷ Op. cit. p. 19.

⁷⁸ BAHIA, Saulo Casali. Judicialização da política. In: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **II Jornada de Direito Constitucional**. Brasília: ESMAF, 2014, p. 396.

Presidentes de Assembleias Legislativas, em situações específicas envolvendo a violação de direito das regiões autônomas⁷⁹.

No âmbito nacional, em razão de seu sistema híbrido de controle de constitucionalidade⁸⁰, a Carta Magna prevê duas ferramentas processuais de combate às omissões do poder Público, uma pela via concentrada, principal e abstrata e outra pela via difusa, incidental e concreta⁸¹.

Vale ressaltar que, o instituto lusitano foi franca influência ao sistema brasileiro de controle judicial das omissões. Em concordância com Adhemar Ferreira Maciel, suas principais contribuições se deram na disciplina da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, análoga via processual de controle concentrado⁸².

Na linha das ações de controle abstrato, a ADI-O tem como finalidade primaz a manutenção da integridade do ordenamento jurídico. Sua atenção não está voltada a resolver casos particulares, mas garantir o preenchimento da lacuna normativa em prol do sistema constitucional. Em outras palavras, trata-se de um processo objetivo, no qual não há um conflito de interesses particulares em jogo.

Esta ação direta é prevista no art. 103, § 2º, da CRFB, nos seguintes termos: “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

⁷⁹ Neste mesmo sentido: CHADDAD, Maria Cecília Cury, **A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção**: o controle da omissão parcial. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011, p.50.

⁸⁰ Segundo Mauro Cappelletti, a combinação das vias principais e incidentais derivadas originalmente dos sistemas europeu e americano, é mais completa, em comparação com o atual modelo Estadunidense, puramente incidental. Para tanto, assevera que existem leis que, mesmo inconstitucionais, fogem da possibilidade deste tipo de controle, haja vista não estarem aptas a dar lugar a uma lide concreta; como exemplo, citou uma hipotética lei federal que viole competência Estadual. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 112. No caso da inconstitucionalidade por omissão, vale o mesmo raciocínio quanto à completude advinda da junção dos modelos americano e europeu. Isto porque existem normas cuja ausência escapa do interesse direto do sujeito privado, sendo de alçada das relações entre os entes públicos, a ver, por exemplo, a previsão do art. 198, §3º, II, da CRFB referente à lei complementar que definirá “os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais”.

⁸¹ Os diversos modelos de controle de constitucionalidade foram explorados detidamente por Dirley da Cunha Júnior, segundo o doutrinador, no controle difuso “o controle de constitucionalidade dos atos ou omissões do poder público é realizado no curso de uma demanda judicial concreta, e como incidente dela, por qualquer juiz ou tribunal”, já no controle concentrado “instaura-se no Supremo Tribunal Federal uma fiscalização abstrata das leis ou atos normativos do poder público em confronto com a constituição. Tal se dá em face do ajuizamento de uma Ação direta, cujo pedido principal é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade”. Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 8ª edição, Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 111 e 183.

⁸² MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990, p.373.

Cumpra pontuar ainda que, a competência de julgamento está concentrada no Supremo Tribunal Federal e, por consequência, seus legitimados⁸³ estão restritos ao rol do mesmo art. 103, quais sejam, o Presidente da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

No que tange ao seu cabimento, é aplicável na falta de qualquer medida, seja atrelada à atividade legiferante, ou de índole administrativa.

Apesar do seu alcance conferir uma alta capilaridade nos diversos tipos de omissões⁸⁴, seus efeitos foram extremamente limitados pelo texto constitucional. Conforme visto no enunciado normativo transcrito acima, constatada a omissão, o Supremo deverá se limitar a notificar o Poder omisso para que adote as medidas necessárias. No caso de inércia administrativa, será cominado o prazo de 30 dias para a correção da mora.

Ambas as consequências indicadas pelo legislador constituinte não apontam para a solução do problema da omissão regulamentar. Isto porque, no dilema já retratado por Merlin Clève, os efeitos da decisão judicial nestes casos ocupam o centro das discussões e, como demonstra o dispositivo estudado, a balança pende para o afastamento do judiciário de uma postura mais direta na implementação de normas constitucionais indevidamente obstruídas pela inação do Poder Público.

Muito embora, tendo em vista a literalidade do texto magno, o tema dos efeitos da ADI-O não suscite tantas controvérsias quanto a decisão em sede de mandado de injunção, é interessante ressaltar o ponto de vista de Dirley da Cunha Júnior, ao qual se adere integralmente, na defesa da superação destes efeitos meramente declaratórios.

Para o jurista, o citado dispositivo deve ser interpretado conjuntamente com as demais disposições atinentes ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. A preocupação do constituinte em estabelecer duas ações destinadas a enfrentar a inércia estatal indica a vocação destes institutos à concretização constitucional. Assim também, a função de todos os meios de controle é assegurar a efetividade da Lei Maior, por outro lado, ao limitar-se a

⁸³ Na ADI-O observa-se que o legislador constituinte foi mais permissivo ao abrir o rol de legitimados para mais sujeitos e entidades do que seu análogo lusitano.

⁸⁴ Vide item 4.1.1.

comunicar a mora ao órgão omissor, não há nenhuma garantia de que a situação será sanada, pela simples falta do elemento cogente⁸⁵.

Então, o doutrinador propõe que seja acrescentado um “*plus*” ao efeito literal, de modo a permitir que o judiciário, estabelecendo um prazo para o cumprimento da mora, possa exarar uma medida normativa⁸⁶ ou material, de modo a integrar a lacuna no ordenamento, tornando efetivo o texto constitucional com amplitude *erga omnes*⁸⁷.

Segundo informa Lenio Streck, o STF já tem demonstrado um avanço neste rumo. Prova disto é que na ADI-O 3.682/MT foi fixado prazo de 18 meses para a edição da Lei Complementar aludida no art. 18, §4º da CRFB⁸⁸.

Mais recentemente, em 30.11.2016, a alternativa supraindicada começa a ganhar corpo após o recente julgamento da ADI-O 25. Ao decidir sobre a mora regulamentar na edição de lei que discipline o repasse dos recursos da União aos Estados e Distrito Federal, oriundos da desoneração das exportações do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), o STF determinou não só o prazo de 12 meses para a integração normativa pelo Congresso Nacional, mas, findo este lapso, ordenou-se ao TCU a fixação das sobreditas regras⁸⁹.

Cabe observar, assim como no MI 283-5/DF⁹⁰, se ultrapassado o prazo, o dispositivo decisório se cumprirá e, principalmente, se esta postura será adotada nas ações vindouras⁹¹.

A verdade é que, a própria experiência Portuguesa, diretamente vinculada com a concepção da ADI-O, tem sido questionada pela literatura jurídica daquele país. A falta de um remédio que permita a participação do cidadão comum no combate às omissões é criticada por Canotilho, ao mesmo tempo, o doutrinador enaltece a escolha brasileira em “toronar o sentido restritivo da nossa inconstitucionalidade por omissão por duas formas: o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão”⁹².

⁸⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 565-567.

⁸⁶ O autor revela que a edição de medidas normativas deve ser executada após ponderação do judiciário, reservando-se a limitação em algumas matérias, como, por exemplo, projetos de códigos e projeto de leis restritivas de direitos. Op. cit. 568.

⁸⁷ Op. cit. p. 567.

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.889.

⁸⁹ Cf. STF. **STF conclui julgamento sobre repasses a estados por desoneração de exportações**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330861>>. Acessado em 26 de janeiro de 2017.

⁹⁰ STF - MI 283-5 /DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 6.3.91, D.J. 14.11.91.

⁹¹ Vide item 5.2.

⁹² Op. cit. pp. 1093-1094.

No entanto, cumpre salientar que, apesar de se tratarem de vias processuais de combate às omissões, a ADI-O e o mandado de injunção quase não se identificam. Conquanto o remédio injuntivo será tratado com mais vagar nos capítulos subsequentes, vale trazer sumariamente algumas características que permitam fazer a distinção dos dois institutos.

Primeiramente, vale ressaltar que tratam-se de ações de combate às omissões, muito embora atuem em circunstâncias diferentes. Enquanto a ADI-O perfaz um modelo objetivo de controle, cujo foco é garantir a integridade do ordenamento, o mandado de injunção é uma ferramenta de garantia subjetiva, ou seja, visa, primordialmente, assegurar o exercício de direitos dos impetrantes. Esta constatação conduz a outra desigualdade, na ação direta não há um fato específico em exame, envolvendo um conflito de interesses entre partes opostas, existe uma demanda onde o pleito principal consiste na integração normativa *in abstracto*. Noutra margem, o mandado de injunção pressupõe uma lide concreta e a omissão é discutida incidentalmente, no bojo da reivindicação de um direito específico.

Da mesma forma, na medida em que a ADI-O possui sua competência de julgamento concentrada no Supremo Tribunal Federal, o remédio injuntivo pode ser impetrado originalmente nas mais diversas instâncias do judiciário pátrio, sendo um instrumento de controle difuso.

No campo da legitimidade, a Ação Direta tem seu rol de legitimados ativos taxativamente previstos no art. 103 da CRFB, contudo, tratando-se de uma demanda objetiva, não haverá uma parte contrária, mas apenas a indicação do órgão omissor para fornecer as informações requeridas pelo juízo e, eventualmente, ser notificado da mora normativa. Na ação injuncional, qualquer pessoa física ou jurídica, nacional ou residente no Brasil poderá impetrar o *writ* na defesa de seus direitos; já os legitimados passivos, não obstante as críticas enfrentadas no capítulo próprio, devem ser os órgãos públicos responsáveis pela regulamentação ausente ou insuficiente.

A despeito das dissonâncias apresentadas, não foram poucas as tentativas de aproximação do mandado de injunção com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, principalmente na tentativa de estabelecer uma identidade de seus efeitos, na medida que apontavam apenas para a declaração da mora com a subsequente comunicação ao órgão omissor⁹³.

⁹³ Como aventado anteriormente, existe uma forte tendência para mudança desta orientação, já em curso os seus primeiros passos.

Entretanto, como diz a lição de J.J. Calmon de Passos⁹⁴, pela vocação do mandado de injunção em suplantar as omissões do poder público que obstam direitos subjetivos, seus efeitos não poderiam ficar adstritos àqueles que o legislador constituinte previu para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, vez que esta possui caráter eminentemente objetivo, voltado à proteção de todo ordenamento.

No mesmo sentido, Ricardo Sturzenegger, encerra a diferenciação elucidando que “no mandado de injunção a proteção é em favor do titular do direito que não pode ser exercido em virtude da ausência de legislação, ao passo que na ADI-O o objeto de proteção é o próprio sistema jurídico e a integridade do texto constitucional.”⁹⁵.

Assim, ao passo que a ação direta prevê apenas a comunicação do estado de mora ao poder omissivo, no intuito de que seja suplantada a falta da norma regulamentadora, o mandado de injunção demanda uma postura mais concreta e mais direta do julgador. Isto se explica pelo fato de sua função constitucional, expressamente insculpida no art. 5º, LXXI da CRFB, ser voltada à viabilização de direitos fundamentais. Contudo, o distanciamento das primeiras tentativas de limitação dos efeitos do *writ*, até uma postura mais centrada na efetivação real dos direitos dos impetrantes, será debatido no capítulo 5.

Antes de passar à análise dos aspectos do mandado de injunção, cabe salientar que, afora estas duas ferramentas típicas, diretamente voltadas ao controle das omissões inconstitucionais, existe a possibilidade de combater este tipo de afronta por dois mecanismos presentes no ordenamento, cuja abrangência é marcada pela subsidiariedade, ou seja, a atuação em circunstâncias não cobertas pelas ferramentas específicas. É o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF⁹⁶ e a ação ordinária, respectivamente alocadas nos modelos de controle concentrado e difuso.

No caso da ADPF, Dirley da Cunha Júnior⁹⁷ revela expressamente que há possibilidade de converter-se em uma ferramenta de controle das omissões, desde que seja constatada a afronta a um dado preceito fundamental.

⁹⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data:** constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 83.

⁹⁵ STURZENEGGER, Ricardo Luiz Blundi. Novas perspectivas sobre o Mandado de Injunção. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. (org.) **Mandado de injunção:** estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48.

⁹⁶ A ADPF é uma ação de controle concentrado, abstrato, assim como a ADI e ADC, entretanto, ao contrário destas ferramentas processuais, cuja verificação de constitucionalidade restringe-se às leis e atos normativos, seu objeto é muito mais amplo. Segundo Dirley da Cunha Júnior, a concepção de “descumprimento de preceito fundamental”, prevista no art. 102, § 1º da CRFB, é muito mais ampla, incluindo atos não normativos, decisões judiciais e até fatos materiais. Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade.** Op. cit. p, 327.

⁹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público.** Op.cit. pp. 644-645.

Na mesma linha, Luis Roberto Barroso indica que, não obstante a previsão da ADI-O como ferramenta típica, na falta de efeitos diretamente voltados a suplantar as omissões inconstitucionais, lastreou o cabimento da ADPF, sem, com isso, ferir a cláusula de subsidiariedade⁹⁸ insculpida no § 1º do art. 4º da Lei n. 9.882/99⁹⁹. Este entendimento foi chancelado pelo STF no julgamento da ADPF 4/DF¹⁰⁰.

Mais recentemente, este instrumento de controle concentrado foi utilizado para uma decisão paradigmática no direito brasileiro, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, através da ADPF-MC 347/DF¹⁰¹. Neste processo foram discutidas a situação de emergência humanitária corrente nos presídios brasileiros. Numa postura inédita, o judiciário deixou de considerar uma norma ou situação específica para declarar, frente à situação de total abandono do estado, um verdadeiro “estado de coisas” inconstitucional, recomendando uma série de medidas como a realização de audiências de custódia, visando desafogar um sistema reconhecidamente superlotado e também o descontingenciamento do fundo penitenciário. Este caso vem sendo estudado pela doutrina como um vetor de importantes modificações nas técnicas decisórias do judiciário brasileiro¹⁰².

Por fim, atenta-se, também, para o cabimento da ação ordinária no combate de omissões. É fato que, em razão da menor celeridade de tramitação, haverá sempre uma preferência pela via injuncional, sumária e específica. Entretanto, em razão de limitações no processamento do *writ*, como a restrição na produção de provas, o meio processual ordinário pode ser uma opção para arguir incidentalmente a inconstitucionalidade pela inércia do poder público, desde que inviabilize concretamente o exercício de um dado direito.

⁹⁸ Dirley da Cunha Júnior sustenta que a ADPF não deve ser cabível apenas subsidiariamente, segundo o autor, na medida em que, em razão da inércia estatal, algum preceito fundamental for atacado, esta seria a ferramenta correta para o controle. Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. Op.cit. p. 645.

⁹⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰⁰ STF - ADPF nº 4/DF. Rel Min Octávio Gallotti. Julgado em 17.4.2002, publ. DJU 24.04.2002.

¹⁰¹ STF – ADPF-MC 347 /DF. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 9.9.2015, p. Inf. 789 STF.

¹⁰² Os aspectos desta decisão foram analisados no artigo de Dirley da Cunha Júnior, intitulado “Estado de coisas inconstitucional”. Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <<http://brasiljuridico.com.br/artigos/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acessado em: 27.12.2016.

3 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

A realização da vontade de constituição¹⁰³, passa, necessariamente, pela salvaguarda de sua força normativa que, por sua vez, não pode ser concebida sem um aparato garantidor de suas diretrizes. Esta transmutação do texto constitucional em uma “força ativa”, em harmonia com o magistério de Hesse, envolve a observação de dois pressupostos, um atinente ao seu conteúdo e outro à sua práxis, sendo assim, a efetivação ótima só ocorre em um cenário onde é possível contemplar, no plano fático, a concretização do modelo de Estado previsto pelo texto magno¹⁰⁴.

Cumprido reforçar, outrossim, que as disposições de direitos fundamentais são as partes mais sensíveis ao problema da ineficácia constitucional¹⁰⁵, merecendo, portanto, especial atenção do legislador constituinte notadamente pelo abundante catálogo de garantias e remédios¹⁰⁶ aptos a proporcionar o amplo exercício desses direitos aos cidadãos.

Compondo o sistema de proteção aos direitos fundamentais, assevera-se que o mandado de injunção integra o rol de remédios constitucionais enumerados no artigo 5º da CRFB, especificamente no inciso LXXI. Em primeira análise, para uma correta definição do instituto, deve-se solidificar as bases conceituais deste tipo de ação. Deste modo, recorrer-se-á às referências positivadas na Carta Magna de 1988 e às vertentes doutrinárias, onde estão situados posicionamentos controversos.

¹⁰³ Ao prever as dificuldades da concretização das disposições programáticas, Canotilho assevera que é imperioso alimentar, nas instâncias decisórias do Poder Público, uma “vontade de constituição” frente aos desafios impostos pela realidade e a necessária mediação executiva. Apenas assim seria possível avançar no programa constitucional e garantia a preservação de sua força normativa. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Almedina, 1994, p. 153.

¹⁰⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, pp. 20-21.

¹⁰⁵ Dentre os direitos fundamentais, os sociais merecem especial atenção, tendo em vista que, pela natureza da prestação a eles associada, sempre dependerão de uma ação do Poder Público. Esta também era a compreensão de Bobbio, ao referir-se aos direitos do homem, em BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 21ª tiragem, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004 p. 72, senão veja-se: “O campo dos direitos do homem — ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem — aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais.”.

¹⁰⁶ Além das garantias previstas nos incisos do art. 5º da CRFB e das demais espalhadas ao longo do texto constitucional, a exemplo dos artigos nºs, 37 inciso II, 144, 150, 196, 205, 215 e 225, foram postos à disposição da sociedade as vias processuais do *habeas corpus*, *habeas data*, ação popular, mandado de segurança e mandado de injunção. Estes remédios, consoante concepção de Luigi Ferrajoli, funcionam como verdadeiros meios de garantia secundária, cujo escopo é provocar a atuação do poder judiciário para restabelecer a ordem constitucional quando há violação aos direitos fundamentais e as garantias ditas primárias não se mostrem suficientes para assegurar a incolumidade da ordem jurídica. Ademais, a constituição brasileira ainda menciona, no art. 129, III, um outro meio específico de requerer a intervenção judicial nos casos de afronta aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, trata-se da Ação Civil Pública que tem um rol de legitimados ativos limitado, nos termos do art. 5º da Lei Federal 7.347/85. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley Del mas débil. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 43.

Impende pontuar, mesmo com certa obviedade, que a sua base normativa advém da Constituição. Assim, ao dispor sobre o *writ*, enunciou sua definição nos seguintes termos:

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.

Sabe-se que, ao atribuir uma definição a um dado objeto também será delineado seu contorno e identificado seu conteúdo, ou seja, os limites pelos quais o mesmo será conhecido, seu alcance epistemológico. Na extremada busca pela verdade científica, Henri Bergson ressalta que uma explicação, para ser considerada suficiente, não deve deixar nenhuma lacuna, demanda total aderência ao seu objeto de modo que “só convém a ele e a única maneira em que ele se enquadra”¹⁰⁷.

Múltiplos são os estudos envolvendo mandado de injunção na doutrina brasileira, pelos quais também são variados os conceitos atribuídos a esta relevante ferramenta. Em face da importância desta definição para compreender o instituto, bem como da heterogeneidade de posições, convém sistematizar as diversas concepções doutrinárias de modo a selecionar aquela que melhor se ajusta à proposta defendida neste trabalho.

3.1 ESCOLAS CONCEITUAIS

Ao analisar os aspectos do mandado de injunção enfatizados por cada linha teórica, é possível separar didaticamente três escolas: literal (descritiva), concretista incompleta e concretista completa. O critério de agrupamento se atém à vocação efetivadora do remédio, perpassando rapidamente por aspectos do seu cabimento¹⁰⁸, tratados com mais vagar no tópico específico.

Apesar das possibilidades hermenêuticas ofertadas pelo enunciado do art. 5º, LXXI da Lei Maior, os partidários da escola literal ou descritiva limitam-se a reproduzir o conteúdo gramatical do texto constitucional, sem aprofundar-se analiticamente no sentido normativo do *mandamus*. Nesta seara, sua matriz concretizadora de direitos fundamentais fica subjugada ao

¹⁰⁷ No original: “L’explication que nous devons juger satisfaisante est celle qui adhère à son objet : point de vide entre eux, pas d’interstice où une autre explication puisse aussi bien se loger ; elle ne convient qu’à lui, il ne se prête qu’à elle. Telle peut être l’explication scientifique. Elle comporte la précision absolue et une évidence complète ou croissante.” Cf. BERGSON, Henri. **La pensée et le mouvant Essais et conférences**. Paris: Les Presses universitaires de France, 1969, p.6.

¹⁰⁸ A correlação com as hipóteses de cabimento tem em vista destacar a diversidade de concepções atribuídas ao *writ* e o impacto destas definições no alcance da ação, de modo que se possa depreender qual delas permite o atendimento mais completo à realização de sua finalidade.

senso imediato que referencia o mandado de injunção simplesmente como um remédio de fiscalização omissões legislativas.

Não por acaso, a interpretação literal se identifica com as primeiras posições jurisprudenciais a respeito do uso e dos efeitos da decisão em mandado de injunção que, como será visto adiante, direcionava comando judicial para cientificar o legislador da mora legislativa, instando-o a providenciar o suprimento da lacuna. Manoel Gonçalves Ferreira Filho ilustra este tipo de conceito ao descrever a ação injuncional como uma via processual análoga à ação direta de inconstitucionalidade por omissão¹⁰⁹, com a diferença de ter seu objeto mais restrito¹¹⁰.

Convém notar que este tipo de explicação fundamenta uma linha doutrinária que esvazia o potencial do mandado de injunção, tendo em vista sua vocação à proteção dos interesses subjetivos não compactuar com um modelo de provimento eminentemente declaratório¹¹¹, como será explanado no capítulo 5, referente aos efeitos do *writ*.

Na sequência evolutiva dos efeitos da decisão injuncional, destaca-se, na doutrina classificada como concretista incompleta, a incorporação da possibilidade da provocação jurisdicional resultar na implementação do direito fundamental obstado pelo vácuo legislativo. Numa importante contribuição à jurisprudência sobre a matéria, esta escola doutrinária consolidou o elo entre esta ação mandamental e a efetivação constitucional, deixando clara a vocação injuncional para produzir medidas concretas, realçando o potencial contido em sua disciplina normativa.

Entretanto, a par das contribuições valiosas desta linha teórica, como o próprio nome já denota, este tipo de conceito não explora todo o potencial da referida ação, já que atrela seu cabimento à ausência da espécie legislativa infraconstitucional. Este posicionamento fica evidenciado na justificção do PL 4.679/1990¹¹², de autoria do Deputado Federal Cunha Bueno, em parceria com José Ignácio Botelho Mesquita, onde se reconhece “um instrumento de oposição legítima e objetiva” no combate da “omissão do Estado no labor legiferante”¹¹³.

Frise-se, primeiramente, que o próprio autor supracitado direciona o cabimento do *mandamus* à falta da regulamentação legislativa, ao mesmo tempo, dá azo a uma interpretação restritiva de modo a considerar, para esta ausência de regulamentação, apenas o vácuo

¹⁰⁹ Já caracterizada como ação de controle de constitucionalidade *in abstracto* cujos efeitos desembocam na simples declaração da mora legislativa. (vide item 2.2.2).

¹¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 325 - 326.

¹¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 757.

¹¹² Proposta de regulamentação para o mandado de injunção.

¹¹³ BUENO, Antônio Henrique Bittencourt Cunha. Projeto de Lei 4.679/1990. *In* Diário do Congresso Nacional (seção 1), ano XLV, n. 29, Brasília 1990, p. 2826.

legislativo *stricto sensu*, alinhado com a atual corrente majoritária na jurisprudência do STF, afastando o acolhimento das hipóteses de insuficiência regulamentar¹¹⁴. Deste modo, não obstante albergue uma versão concretista dos efeitos da ação injuntiva, considera-se que esta linha conceitual é incompleta.

Esta deficiência fica ainda mais evidente quando se analisa outra faceta relativa ao cabimento do remédio: a amplitude do termo “norma regulamentadora”. Como será discutido adiante, a imprecisão desta terminologia abre duas possibilidades interpretativas, quais sejam, associá-la apenas à lei em sentido estrito, ou, partindo de uma exegese sistemática, considerar qualquer medida legislativa ou administrativa ao longo da cadeia de regulamentação¹¹⁵. Bernardo Gonçalves Fernandes¹¹⁶ ilustra este tipo de conceito ao prescrever uma ação de rito especial que, a despeito de ser destinada a viabilizar o direito subjetivo do impetrante, destaca a inviabilização “por falta de norma regulamentadora de normas constitucionais.”¹¹⁷

Convém observar que, apesar de o conceito progressista intermediário conduzir o mandado de injunção como via concretizadora, a partir da autorização direta à consecução dos direitos fundamentais obstaculizados pela inércia estatal, seu campo de atuação ainda permanece reduzido.

Por sua vez, em um conceito concretista completo, além do reconhecimento e incorporação dos avanços obtidos em termos de efetivação de direitos pela via injuncional, defende-se que a atuação do remédio constitucional não deve estar vinculada à simples ausência de lei regulamentadora, tendo em vista a adoção de um modelo interpretativo voltado a extrair da ação injuntiva sua eficácia máxima no combate às omissões do poder público.

Esta linha se atina para a extensão do seu cabimento a partir de um entendimento da “norma regulamentadora” que alcance também os atos normativos *in concreto*, tendo em vista que todo ato administrativo pertence, em última análise, ao fim da relação complexa que envolve a regulamentação de um preceito constitucional, à beira da transição do texto legal

¹¹⁴ Como tratado no item 4.1, sabe-se que a omissão parcial prescinde da ausência da norma positivada, atuando no campo da insuficiência do aparato regulamentar existente.

¹¹⁵ Infere-se que, partindo do comando constitucional, abre-se uma cadeia de regulamentação até a efetivação (eficácia social) do direito. Vide item 4.1.2.

¹¹⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Remédios Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 85.

¹¹⁷ Descrição análoga é localizada em BASTOS, Celso Ribeiro (ibidem) que apregoa: “O de que aqui se cuida é de garantir ao impetrante o asseguramento de um direito que, contemplado na Constituição, não lhe é deferido por quem de direito por falta de uma norma regulamentadora que torne viável o exercício do aludido direito.” Assim também MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, Ação direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro**. 26a ed. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2004, p.251.

para o contexto fático. Nesta zona, tão sensível às deturpações e ingerências dos princípios que regem a administração pública, localiza-se um importante tipo de omissão que examinaremos detidamente mais adiante, a omissão parcial propriamente dita.

Consentâneo com a proposta de uma ferramenta voltada ao combate da inércia do poder público, de índole eminentemente subjetiva, considera-se, então numa perspectiva alargada, que o *vacuum juris* normativo abrange¹¹⁸ as omissões parciais¹¹⁹.

Apoiado nestes fundamentos e preciso na eliminação das ambiguidades terminológicas, Dirley da Cunha Júnior considera o mandado de injunção como uma ação típica do controle de constitucionalidade difuso, especializada no combate às omissões do poder público “quando a inércia estatal inviabiliza o desfrute de algum direito fundamental”¹²⁰. Ao mesmo tempo, evidencia-se a vocação concretista do *writ*, apto a implementar os direitos específicos, obstaculizados pela inação do estado, e, adequadamente, atribui ao *non facere* uma noção relacionada à ausência de medidas regulamentares, despreendendo-se da ideia de hiato do regramento positivado. Resta patente que o autor buscou, na singeleza do conceito, traduzir a expansão da área de alcance e, por consequência, das potencialidades do remédio.

Em outras palavras, este conceito aplica ao inciso LXXI do art.5º da Constituição, ao mesmo tempo, uma hermenêutica sistemática e congruente com o princípio da máxima efetividade constitucional, ao considerar a “falta da norma regulamentadora” não apenas como ausência de dispositivo legal que instrumentalize o conteúdo de uma norma de eficácia contida, mas qualquer omissão estatal, aí incluídos atos administrativos, que inviabilize o exercício de direitos fundamentais.

¹¹⁸ A afirmação que a lacuna referida abrange as omissões parciais pode gerar dúvidas sobre o acerto técnico da assertiva. Pergunta-se, afinal, como uma circunstância em que já existe uma regulamentação formal, positivada, pode servir ao questionamento de uma pretensa omissão normativa? Importa asseverar que a simples presença de um regramento escrito não confere efeitos automáticos no plano da realidade. Robert Alexy, em ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p 72, elucida que existe uma relação de causalidade entre a disposição textual e as normas obtidas através de uma dissecação deontológica do enunciado, ao que ele denominou “relação de refinamento”. A partir da eliminação das indeterminações que separam o texto do contexto, será possível observar os efeitos práticos dos comandos jurídicos. Trazendo esta lição para a perspectiva ora discutida, é possível existir textos normativos que, apesar de sua amplitude e abstração, não alcancem dado substrato fático, seja por não abranger certa situação da vida ou mesmo por não incluir uma parcela da sociedade, gerando uma quebra de isonomia. Nestes casos, apesar de haver um regulamento, seu enunciado não estará apto a normatizar o caso concreto, daí a ser considerada a omissão parcial pela ausência de norma *in concreto*.

¹¹⁹ Vide item 4.1.1.

¹²⁰ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 533. No mesmo sentido DANTAS, Miguel Calmon Teixeira de Carvalho. Mandado de injunção e eficácia dos direitos constitucionais ante a supremacia da Constituição. *In. Revista da OAB-BA*, n. 01, ano 01, Tomo II, 2002, p. 148.

Esta transição de conceitos desborda o campo meramente doutrinário e desenvolve-se de maneira congruente aos debates pretorianos. Não se pode olvidar que, em ambos os nichos de discussão, é possível observar um direcionamento do remédio injuncional de modo a perfazer uma ação tipicamente voltada à efetivação direta de direitos fundamentais. Este perfil, não obstante vir sendo consolidado a partir da evolução do instituto perante o Supremo Tribunal Federal¹²¹, sempre foi parte integrante de sua identidade genética.

Nos anos que sucederam à promulgação do texto constitucional e, conseqüentemente, o advento do *writ*, expoentes do período como Diomar Ackel Filho¹²², Carlos Mário Velloso¹²³ e José Afonso da Silva¹²⁴ já aventavam que o remédio neófito seria um instrumento de concretização dos direitos fundamentais obstaculizados pela inércia estatal.

Seguindo esta vertente, J.J. Calmon de Passos enfatizava a necessidade de analisar o novo remédio constitucional reconhecendo seus contornos inéditos, contudo, inserindo-o na ordem jurídica, de modo que não seja tratado como um instrumento “insólito” ou um “corpo estranho, incapaz de ser incorporado pelo organismo em que se incorporou.”¹²⁵. O mencionado autor prossegue seus ensinamentos situando a ação injuncional no contexto jurídico-político de combate às omissões inconstitucionais, nascido no Brasil a partir de 1988, no qual assevera que foi outorgado ao cidadão o direito de agir contra o Estado, visando à efetivação direta das prestações emanadas dos direitos fundamentais¹²⁶. Vê-se que, muito embora siga o mesmo rumo, a doutrina sempre despontou numa posição de vanguarda em comparação à jurisprudência do Pretório Excelso, quando se trata dos contornos do mandado de injunção¹²⁷.

Ademais, pode-se afirmar que a moderna doutrina¹²⁸ teve, desde o início, um importante lastro em obras clássicas, consubstanciando um importante ponto de partida para

¹²¹ Ao tratar da evolução jurisprudencial rumo a uma postura concretista, considere-se particularmente o âmbito do STF, tendo em vista que, conforme será debatido no item 5.2, em alguns Tribunais Estaduais – a exemplo do Rio de Janeiro – esta vertente fora reconhecida desde a origem do remédio constitucional, no final da década de 80.

¹²² ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”*. 2ª ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 117.

¹²³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais: o mandado de segurança coletivo, o *habeas data*, o mandado de injunção e a ação popular para defesa da moralidade administrativa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 306, ano 85, abril-junho, 1989, p. 89.

¹²⁴ SILVA, José Afonso da. Mandado de Injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 398.

¹²⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 77.

¹²⁶ Vide a pertinente análise acerca do contexto político e social que envolveu a criação do mandado de injunção em, Calmon de Passos, Op. Cit, p. 87-88.

¹²⁷ Como será demonstrado no Capítulo 5.

¹²⁸ Corroborando com as palavras de Calmon de Passos, mais de duas décadas depois: STURZENEGGER, Ricardo Luiz Blundi. Novas perspectivas sobre o Mandado de Injunção. In MENDES, Gilmar Ferreira;

entender e desenvolver o conceito mais avançado do remédio injuntivo, apto a promover uma integração direta da lacuna normativa a partir do conceito *lato*, dada a “falta de norma regulamentadora”.

Assimilando todo este influxo, bem como demarcando as propostas a serem desenvolvidas nesta pesquisa, pode-se dizer que o mandado de injunção consiste em um remédio constitucional, especialmente voltado ao combate das omissões do poder público, salvaguardando o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais em âmbito subjetivo e concreto.

Adiante, ao examinar os antecedentes históricos que influenciaram o legislador constituinte na concepção do mandado de injunção, tornar-se-á mais claro o entendimento de que a busca pela eficácia do ordenamento jurídico, mormente a mencionada garantia de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, sempre foi o alvo desta via de provocação jurisdicional.

3.2 ORIGEM

Os estudos sobre a origem do mandado de injunção abrem margem para espessa controvérsia doutrinária¹²⁹. Sustenta-se que agem com acerto aqueles que defendem ser uma criação genuína do ordenamento brasileiro¹³⁰, haja vista não ter sido encontrado nenhum tipo de ferramenta processual suficientemente equivalente nas pesquisas do direito comparado¹³¹. Porém, a originalidade de sua criação não impede que alguns instrumentos análogos sejam destacados na legislação estrangeira.

VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. (org.) **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45. O autor destaca o entrelaçamento jurídico-político da inconstitucionalidade por omissão: “[...] a inconstitucionalidade por omissão é resultado de um modelo constitucional que vincula o sistema jurídico e político estatal aos princípios e direitos garantidos no texto constitucional.”.

¹²⁹ Constatam a mesma cizânia, dentre outros: BITENCOURT NETO, Eurico. **Mandado de injunção na tutela de direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 107; CHADDAD, Maria Cecília Cury, **A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção: o controle da omissão parcial**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011, p. 61; PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 176.

¹³⁰ Neste sentido: PINTO, Tácito L. Maranhão. **O mandado de injunção: trajetória de um instituto**. São Paulo: LTr, 2002, pp. 42-43; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 92; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. Cit., p. 85-86.

¹³¹ Corroborar com este entendimento André Puccinelli Júnior, Op. Cit., p.184, quando, após perpassar por alguns importantes antecedentes históricos do *writ*, assevera que as particularidades inerentes à ação injuncional possibilitam a diferenciação perante todos os demais instrumentos análogos no direito comparado.

Na retrospectiva da edição do instituto, Adhemar Ferreira Maciel¹³² remete a sua criação à inspiração do direito português. Citando a sugestão 156-2, de autoria do Senador Virgílio Távora, sublinhe-se que a intenção desta primeira proposta era importar o instituto lusitano da inconstitucionalidade por omissão, aplicando-o a um modelo e controle concreto, voltado à proteção de direitos subjetivos¹³³.

Conquanto se reconheça a influência da Constituição Portuguesa de 1976 na criação do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das omissões, é forçoso lembrar sua ligação umbilical com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão¹³⁴, todavia pouco se relaciona com a ação voltada a viabilizar direitos subjetivos consagrada no art. 5º, LXXI da CRFB. Isso se explica em razão do modelo adotado pelo ordenamento português, exercido por um Tribunal Constitucional, ser marcadamente abstrato.

Parte da doutrina, capitaneada por José Afonso da Silva¹³⁵, cita como principal influência no direito comparado, o instituto norte-americano do *writ of injunction*. De acordo com o referido jurista, seus antecedentes históricos remetem à busca pela equidade no terreno da insuficiência normativa, igualmente ao homônimo brasileiro¹³⁶.

¹³² MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 370.

¹³³ A correspondência com a ação de controle portuguesa não é incomum, sendo destacada também pela doutrina estrangeira. Keith Rosenn, em ROSENN, Keith S. Conflict Resolution and Constitutionalism: The Making of the Brazilian Constitution of 1988. In: MILLER, Laurel E. e AUCCOIN, Louis. **Framing the State in Times of Transition: Case studies in Constitution Making**. Washington D.C.: United States Institute of Peace Press, 2010, p. 456, aponta: “It also imports from Portugal the action of unconstitutionality for omission, which is to be granted whenever the Supreme Court determines ‘the lack of measures to make a constitutional rule effective’”.

De igual forma: MACEDO, Elaine Harzheim. O mandado de injunção como ação constitucional: crônica de uma morte anunciada ou desvelamento de um paradigma? In: MARTINS, Ives Gandra e JOBIM, Eduardo. **O processo na constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 716.

¹³⁴ Como tratado no item 2.2.

¹³⁵ Op. cit. p.397. Referenciando do mesmo modo: TORNAGHI, Helio. O mandado de injunção. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, edição comemorativa, 2015, p. 120 e QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 32. Um Estudo recente, elaborado por Marcelo Casseb Continentino, rememora este entendimento, em especial com a remissão ao debate constituinte, a considerar: CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma reflexão histórica sobre o Mandado de Injunção e a Eficácia Subjetiva das Decisões. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. (org.) **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66;.

¹³⁶ Contrário a este paralelismo, Sergio Bermudes aduz que a semelhança entre os dois institutos fica só na nomenclatura, cf. BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, ano 78, vol. 642, abril de 1989. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 22. Já MEIRELLES, Hely Lopes, Op. cit. p. 252, explica que o dito remédio, no direito anglo-saxônico, possui contornos mais amplos, sendo aplicável a conflitos de direito público e privado. Keith Rosenn acompanha este pensamento, em ROSENN, Keith S. **O controle de constitucionalidade no Brasil: desenvolvimentos recentes**. Tradução Carlos J. Sampaio Costa, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 227, jan/mar, 2002, p.7, asseverando que sua denominação era inadequada em face da dissonância com os *writs* anglo-americanos aos quais a doutrina costuma relacionar.

As ações injuncionais ou *injuctions* foram registradas pela primeira vez na Inglaterra, ainda com feição rudimentar, no célebre *Bill of Rights*¹³⁷. Após a invasão do Reino Unido pelos normandos, no século XI, foi implementado o sistema do *common law*, marcado pela prevalência dos precedentes em detrimento das leis escritas na solução das lides. Com a sofisticação da sociedade inglesa, novas relações jurídicas se desenvolveram e foi necessário ampliar o alcance normativo posto a serviço do julgador na disciplina dos casos concretos, de modo a evitar hiatos que não poderiam ser apreciados pelo Estado¹³⁸.

Neste escopo, foi instituído um sistema complementar denominado *Equity system*. Conforme lição de Dirley da Cunha Júnior¹³⁹, este sistema visava cancelar, através do juízo discricionário, tangenciado pelo postulado da equidade, as circunstâncias não cobertas por normas legais (*statutes*) ou em que não houvesse guarida suficiente na *common law*.

Assim, quando os *writs*, ordens judiciais determinando a ação ou abstenção de determinado indivíduo ou entidade, não estavam estabelecidos nos precedentes, o juiz poderia emanar novos *writs* com base em parâmetros de equidade e princípios gerais do direito.

A partir do final do século XVII, com o surgimento dos Estados Unidos da América, bem como da Constituição Americana, o sistema *common law* ganhou outros contornos. Ao invés de ser reproduzido da mesma forma como se desenvolveu na Inglaterra, os ex-colonos optaram, em razão da nova organização federativa, por positivar uma norma suprema que servisse como referencial de validade de todo ordenamento jurídico. Esta mudança do sistema original permitiu o surgimento do *writ of injuction*, vinculado à efetivação dos direitos emanados da Lei Maior¹⁴⁰, amplamente utilizado, especialmente durante a década de 70, quando os norte-americanos viviam um dos períodos mais ativos da Suprema Corte¹⁴¹.

No direito estadunidense o instituto é aplicável através de duas modalidades¹⁴². Uma ligada à defesa de matérias constitucionais através de um agir positivo (*mandatory of*

¹³⁷ ACKEL FILHO, DIOMAR. Op. Cit. p.113.

¹³⁸ A formação do *equity system* e o surgimento dos *writs* relacionados ao uso da equidade é retratada em detalhes por TORNAGHI, Helio, op. cit. p. 121-125. Historiando da mesma forma, cf. CALISSI, Jamile Gonçalves. O mandado de injunção e as *injuctions* inglesa e norte-americana, p.2. In: **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7545>. Acesso em 20/12/2015.

¹³⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 8ª edição, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 129.

¹⁴⁰ Segundo Diomar Ackel Filho, ibidem, esta ferramenta se encontra positivada na Federal Rule 65 e nos itens 1 e 3 da regra 20 do Regimento Interno da Suprema Corte Americana.

¹⁴¹ Para uma exposição mais detalhada sobre o papel da Suprema Corte Americana na efetivação dos direitos, bem como a caracterização do período de intenso ativismo vide JOBIM, Marco Felix. **Medidas Estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp. 53-57 e 91-105.

¹⁴² No culto de PUCCINELLI JUNIOR, André. **Omissão Legislativa Inconstitucional e Responsabilidade do Estado Legislador**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.186, destacam-se o *prohibitory of injuction*, o qual se

injunction) e outra que atua visando inibir ação lesiva aos atos violadores de direitos (*prohibitory of injunction*).

Sem embargo das referências ao *writ of injunction* estadunidense, cumpre acrescentar que a doutrina de Ricardo Lobo Torres identifica outro remédio americano como fonte de inspiração da ação injuncional brasileira, a *structural injunction*. Trata-se de uma ação mandamental lastreada em um juízo de equidade que, aderindo ao conceito de decisões estruturantes desenvolvido por Owen Fiss¹⁴³, “estabelece normas a serem seguidas pelos outros poderes do Estado na defesa dos direitos constitucionais dos cidadãos americanos desrespeitados pelas instituições administrativas.”¹⁴⁴.

Cumpre assinalar ainda que, na seara de ferramentas voltadas à efetivação de direitos fundamentais, existe, no direito alemão, o *Verfassungsbeschwerde*¹⁴⁵, voltado prioritariamente a estabelecer uma via jurisdicional direta para implementação de prestações constitucionalmente estabelecidas e obstaculizadas pelo Estado.

Este remédio germânico pode ser caracterizado como autêntica ação constitucional. Prevista no art. 93, nº 4 da Lei Fundamental de Bonn, mostra-se apta a defender o cidadão que sofreu qualquer tipo de violação dos seus direitos fundamentais pelo Poder Público. O citado dispositivo está redigido com o seguinte teor:

Art. 93: O Tribunal Constitucional Federal decide: 4a sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20 §4º, 33, 38, 101, 103 e 104;

A despeito de ser considerado um remédio constitucional ímpar, mesmo aqueles que creditam a sua elaboração a instrumentos análogos no direito estrangeiro¹⁴⁶, seja a ação de

presta a atacar atos contrários ao direito, já o *mandatory of injunction* a compelir a execução de atos cuja omissão vulnere direitos. A ordem judicial derivada dessas demandas é dotada de tal força que o seu descumprimento acarreta a chamada *contempt of Court*, ou seja, a desobediência ao comando Pretoriano que, por sua vez, gera a conseqüente sumária ordem de prisão.

¹⁴³ A ideia de reforma estrutural, sacramentada por Owen Fiss em FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução Carlos Alberto Salles, Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.27, compreende um processo judicial de caráter estrutural que, nas palavras do doutrinador: “é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa *injunction* é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas.”

¹⁴⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O mandado de injunção, o processo constitucional e os direitos fundamentais. In. MARTINS, Ives Gandra e JOBIM, Eduardo. **O processo na constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 555.

¹⁴⁵ Mencionada por MACIEL, Adhemar Ferreira. Op.cit, p. 382.

¹⁴⁶ Além dos instrumentos de ordens jurídicas alóctones enumerados anteriormente, Maria Cecília Chaddad menciona a *ingiunzione fiscale* italiana e a *injonction de payer* francesa como ações estreitas apenas na derivação nominal, sendo a primeira dedicada ao direito tributário, como meio de cobrança célere ao credor, já o segundo remetido a uma espécie de procedimento monitório. Cf. Op.cit., p. 64.

inconstitucionalidade por omissão lusitana, o *writ of injuction* americano ou mesmo o *verfassungsbeschwerde* alemão, o fazem a partir de características que possibilitem o combate efetivo à ineficácia no provimento dos direitos fundamentais.

É imperioso evidenciar a contundente afirmação de Herzeleide de Oliveira, assessora legislativa do Senado Federal, relatando que, na elaboração do *writ* injuntivo, ao percorrer as vias processuais disponíveis no ordenamento pátrio, nenhuma ação enquadrava-se no intento do legislador constituinte. Aduz que fora cogitada a importação do *juício de amparo* do direito mexicano, entretanto a iniciativa não prosperou em razão deste remédio ser aplicado ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público, todavia, a intenção, naquele momento, era conceber um instrumento voltado ao combate da inércia do governo brasileiro¹⁴⁷.

Há, por fim, quem sugira uma derivação dentro do próprio ordenamento pátrio, como demonstra Dirley da Cunha Junio¹⁴⁸ ao indicar que a melhor referência de antecedente próximo ao mandado de injunção seria o mandado de segurança. Corroborando com o que foi esclarecido no parágrafo anterior, indica que o intento do constituinte era somente conceber um remédio próprio à defesa dos direitos fundamentais embargados em face das omissões do poder público¹⁴⁹.

Esta aproximação com o mandado de segurança, já estabelecido desde a Constituição de 1934, se dá intencionalmente, visando ao reforço da proteção judicial aos direitos fundamentais. Pode-se enfatizar, também, que esta ação mandamental contribuiu, até pouco tempo, com a suplementação do itinerário procedimental seguido pelo mandado de injunção¹⁵⁰.

Vale enfatizar que, desde a constituinte, os institutos já eram disciplinados como vias processuais muito próximas, a exemplo do art. 36 do Projeto de Constituição Bernardo Cabral¹⁵¹, abaixo colacionado:

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. O mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 25, n. 100, p. 47-62, out./dez. 1988, p. 49.

¹⁴⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. Op.cit., p. 137.

¹⁴⁹ Não obstante esta correlação, Francisco Antônio de Oliveira destaca que a diferença básica entre dos mandados de segurança e de injunção está em o primeiro exigir a presença de “ato ilegal ou abusivo de autoridade pública delegada”, enquanto o segundo não atuará sobre uma ilegalidade concreta, mas sobre a resistência em tornar exequível um direito existente. Cf. OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Mandado de Injunção: da inconstitucionalidade por omissão – enfoques trabalhistas – jurisprudência**. 3^a ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 19.

¹⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit. pp. 256-257.

¹⁵¹ Cf. **Projeto de Constituição**. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-226.pdf>>. Acessado em 20 de dezembro de 2015.

Art. 36. Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania.

Para além do enriquecimento do debate sobre o rito processual do mandado de injunção, interessa investigar as discussões sobre este remédio constitucional, realizadas durante a constituinte de 87-88, que colaboram para a compreensão do instituto como uma ferramenta historicamente voltada à defesa dos direitos fundamentais de índole subjetiva, de modo a suplantar a lacuna deixada pela inércia inconstitucional do Poder Público.

3.3 TRAMITAÇÃO NA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE

O processo de elaboração da Carta Cidadã começou em 17 de novembro de 1985, com a emenda Constitucional nº 26, que convocava a assembleia constituinte a se reunir a partir de fevereiro de 1987, com deputados e senadores eleitos em 1986, bem como os senadores escolhidos em 1982¹⁵².

Mesmo com uma formação conservadora¹⁵³, tendo em vista que não houve, efetivamente, a formação de um novo órgão deliberativo, mas o aproveitamento de antigos parlamentares advindos da obscura era Ditatorial, o clamor popular pela abertura democrática, bem como a necessidade de restabelecer a cidadania de grande parte da sociedade, assaltada em sua dignidade, induziu inúmeros avanços e frutíferas negociações acerca da provisão de direitos fundamentais de cunho individual ou social.

Sem dúvida, dentre todos os temas discutidos na constituinte, um dos debates mais instigantes referiu-se à construção de uma nova ferramenta processual, apta a garantir direitos subjetivos fundamentais àqueles que carecem do provimento do estado.

3.3.1 Etapa preliminar (fundações)

¹⁵² Assim dispunha a Emenda Constitucional nº 26/1985:

Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

¹⁵³ PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988**: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.2.

Em uma etapa preliminar, a sistemática do processo constituinte¹⁵⁴ envolveu a apresentação de projetos elaborados por comissões de juristas e outras personalidades de diversos setores da sociedade, com destaque ao Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, publicado no Diário Oficial de 26.09.1986¹⁵⁵. Este modelo contemplava, no seu artigo 10, uma disposição voltada a instrumentalizar a garantia da eficácia imediata dos direitos fundamentais¹⁵⁶, nos seguintes termos:

Art. 10 – Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata.

§ 1º – Na falta ou omissão da lei o juiz decidirá o caso de modo a atingir os fins da norma constitucional.

§ 2º – Verificando-se a inexistência ou omissão da lei, que inviabilize a plenitude da eficácia de direitos e garantias assegurados nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao Poder competente a edição da norma que venha a suprir a falta.

Emergia da referida proposição uma alternativa à lacuna deixada pela ausência de Lei ou pelo déficit normativo extraído do seu texto. Porém, esta disposição não seria a solução adotada definitivamente pelo legislador constituinte. Isto porque, concentrar o problema das omissões do poder público na ausência de lei é aplicar uma interpretação minimalista a um fenômeno muito mais complexo, como visto ao examinar os tipos de omissão parcial ou mesmo as possibilidades de *vacuum juris* ao longo de toda cadeia normativa.

Pode-se considerar, no entanto, que este dispositivo representava as fundações do que viria a ser o sistema de controle de constitucionalidade das omissões e, por consequência, do mandado de injunção. Resta, assim, esclarecer qual o caminho percorrido até a positivação da ação injuntiva, tal qual persiste no art. 5º, LXXI da CRFB, não sem antes tecer um breve comentário sobre o método de trabalho adotado pela Assembleia Constituinte.

Já constituída a Assembleia Constituinte, segundo o seu relator, o Deputado Bernardo Cabral (PMDB-AM), optou-se por construir um texto artigo por artigo, sem tangenciar nenhum dos projetos outrora elaborados, como forma de dar vazão à contribuição dos cidadãos e das entidades coletivas organizadas, aproveitando a intensa participação social. Estipulou-se, então, que os parlamentares constituintes seriam distribuídos em 24 subcomissões e 8 comissões temáticas. Após a formação de um texto bruto, seria instalada uma Comissão de Sistematização, voltada a lapidar o trabalho produzido e oferecer emendas.

¹⁵⁴ Narrado minuciosamente em: CABRAL, Bernardo. A palavra do relator: Ontem, há vinte anos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45, n. 179, jul./set. 2008, p. 84-85.

¹⁵⁵ **Diário Oficial**: suplemento especial ao n. 185. Brasília, 1986. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acessado em: 08 de agosto de 2016.

¹⁵⁶ QUARESMA, Regina, Op. cit. p. 42.

O projeto consolidado foi submetido a dois turnos de votação, até resultar na versão final promulgada em 05.10.1988¹⁵⁷.

3.3.2 O Mandado de Injunção nas subcomissões (estruturação)

Consoante ensina Adhemar Ferreira Maciel, o precursor da proposta do mandado de injunção foi o Senador Virgílio Távora (PDS-CE)¹⁵⁸ que, a partir das Sugestões de Norma Constitucional n^{os} 155-4 e 156-2, apresentou na Subcomissão do poder Judiciário e do Ministério Público, em 27.03.1987, o protótipo do novo *writ*, bem como do novel instituto da inconstitucionalidade por omissão de modo que o primeiro fosse aditado ao capítulo “Dos direitos e garantias constitucionais” e o segundo às “Disposições Gerais e Transitórias”¹⁵⁹, com as seguintes disposições:

SNC 155-4: Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á “mandado de injunção”, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança.

SNC 156-2: A não edição de atos ou normas pelos Poderes Legislativo, executivo e Judiciário, visando a implementar esta Constituição, implica a inconstitucionalidade por omissão.¹⁶⁰

Interessante observar que o mandado de injunção deve seu impulso criador à preocupação da Assembleia Constituinte em desenvolver um instrumento de proteção ao frágil direito social à educação¹⁶¹.

Como resposta a esta demanda, aventou-se a forma genérica do comentado remédio, mas especialmente um modelo típico, destinado a compelir o Estado a concretizar a universalização do ensino básico. Esta versão específica do mandado de injunção foi indicada na Sugestão de Norma Constitucional 315-8, novamente apresentada por iniciativa do Senador Virgílio Távora (PDS-CE) à Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes¹⁶². Em 02.04.1987, com a seguinte redação:

¹⁵⁷ CABRAL, Bernardo. *Ibidem*.

¹⁵⁸ *Op. cit.* 370.

¹⁵⁹ *Op. cit.* p. 374.

¹⁶⁰ Nos filiamos à pertinente justificativa da Sugestão n.156-2, razão pela qual opta-se por reproduzir um trecho fundamental, tendo em vista a clareza ao estabelecer o alcance da inconstitucionalidade por omissão aos atos normativos dos três poderes, *in verbis*: “De conformidade com a nossa previsão normativa dar-se-á a inconstitucionalidade por omissão sempre que qualquer um dos poderes constituídos (Legislativo, executivo ou Judiciário) deixar de expedir o ato ou a norma que, implementando o texto constitucional, concretizará o direito neste previsto.” In. MACIEL, Adhemar Ferreira. *Op. cit.* 374-375.

¹⁶¹ QUARESMA, Regina. *Op. cit.* p.41.

¹⁶² Vide: CALMON, João (Relator). **Relatório da Subcomissão de Educação, Cultura e Esportes. Seção de documentação parlamentar, constituinte fase “a”**, vol. 207, p. 25. Disponível em:

Art.... O ensino básico, com oito anos de duração, é obrigatório para todos.

Parágrafo único. O acesso ao ensino básico é um direito público e subjetivo, acionável contra o poder público, mediante mandado de injunção.

Em seguida, a ação injuncional voltou a ser proposta a partir da Sugestão de Norma Constitucional no 367-1, datada de 03.04.87, de autoria do Senador Ruy Barcelar (PMDB-BA), à Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais¹⁶³:

Art... Os direitos conferidos por esta constituição e que dependam de lei ou providências do estado serão assegurados por ‘mandado de injunção’, no caso de omissão do Poder Público.

Parágrafo único. O “mandado de injunção” terá o mesmo rito processual estabelecido para o “mandado de segurança”.

No âmbito das comissões temáticas, o *writ* injuntivo teve espaço no anteprojeto da subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, como mostra o relatório do Deputado Darcy Pozza¹⁶⁴:

§35 Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm a aplicação imediata. Conceder-se-á mandado de injunção para garantir direitos nela assegurados, não aplicados em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer juízo ou tribunal, observadas as regras de competência da lei processual.

Destaque-se, neste momento, que o *writ* ganha seu perfil estrutural atrelado à garantia de aplicação imediata dos direitos constitucionais. Assim também, observa-se a inserção do termo “norma regulamentadora”, cuja abertura interpretativa dá azo a importantes consequências no âmbito do cabimento do mandado de injunção¹⁶⁵.

3.3.3 O Mandado de Injunção nas comissões (acabamento)

Em busca de um grau de consolidação mais avançado, as Comissões começaram a se aproximar do texto final do remédio injuntivo. No relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, de autoria do Senador José Paulo Bisol¹⁶⁶,

<<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-207.pdf>>. Acessado em 08 de agosto de 2016.

¹⁶³ MACIEL, Adhemar Ferreira. Op. cit. p.375.

¹⁶⁴ POZZA, Darcy (relator). **Relatório da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais**. Seção de documentação parlamentar, constituinte fase “a”, vol. 78, p. 15-16. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-78.pdf>>. Acessado em 08 de agosto de 2016.

¹⁶⁵ Vide item 4.1.

¹⁶⁶ BISOL, José Paulo (relator). **Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do homem e da Mulher**. Seção de documentação parlamentar, constituinte fase “h”, vol. 69, p. 24. Disponível em:<

percebe-se, inegavelmente, os contornos do art. 5º, LXXI, da Constituição atual, retirando-se apenas a alusão ao rito processual do mandado de segurança, veja-se:

Art. 34 - Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania.

Vale replicar o importante relato de Regina Quaresma que, ainda no âmbito das comissões, evidencia a emenda nº 34.970 de 05.09.1987, apresentada pelo Senador Fernando Henrique Cardoso e acatada pelo relator, Senador Bernardo Cabral, no segundo substitutivo¹⁶⁷ com a seguinte disposição:

Art. 5º, inciso 47 – Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual previsto em lei complementar, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania.

Atente-se que este dispositivo introduz um aspecto potencialmente prejudicial à efetividade do mandado de injunção, na medida em que substitui a prescrição do rito do mandado de segurança¹⁶⁸ pela previsão de uma lei complementar que regulamentaria seu processamento.

Apesar da falta de remissão ao itinerário processual ter sido objeto de manifestação da doutrina nos primeiros anos de vigência do mandado de injunção, a questão da aplicabilidade imediata foi rapidamente chancelada em um dos primeiros casos examinados pelo STF, o MI 107/DF-QO.

Se o supracitado dispositivo fosse mantido no texto original da Lei Maior, provavelmente os questionamentos acerca da aplicabilidade do *writ* criariam maior resistência ao seu afastamento, visto que não haveria nem um procedimento análogo para lastreá-lo ou mesmo uma lacuna normativa permitindo uma interpretação extensiva acerca do seu rito.

Ao invés disso, os partidários da aplicabilidade imediata sustentariam uma previsão expressa de uma legislação especialmente direcionada ao estabelecimento do *iter* processual da ação injuntiva.

Acertadamente, o Projeto de Constituição “A” retirou esse óbice, restaurando sua vocação original à aplicabilidade imediata e completando a fase de “acabamento” do *writ*. Em

<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-69.pdf>>. Acessado em 08 de agosto de 2016.

¹⁶⁷ QUARESMA, Regina. Op.cit. p.45.

¹⁶⁸ Outrossim, inadequado, a despeito do contributo à celeridade do *writ* injuntivo.

seguida, no Projeto de Constituição “B”, o remédio finalmente sedimentou seus contornos explicitados no inciso LXXI do art. 5º da CRFB¹⁶⁹.

3.3.4 Obstáculos à natureza concretista do mandado de injunção

Como se vê, havia uma forte tendência à criação de um instrumento novo, cujo escopo era interromper a sequência de diplomas constitucionais carentes de efetividade. Deste modo, a gênese do mandado de injunção sempre esteve ligada ao suprimento de omissões estatais, ainda que esta inércia estivesse vinculada a um ato meramente administrativo, como evidenciado na proposta do Senador Ruy Barcelar (PMDB-BA), especialmente quando cita genericamente a falta de “providências” do estado.

As reiteradas proposições dos constituintes ensinam que a desídia contumaz do estado brasileiro para com os direitos, em especial os direitos sociais de caráter programático, deveria ser combatida com o auxílio da tutela jurisdicional. Ao tratar desta forma específica de cabimento do mandado de injunção, o legislador constituinte deixou mais uma vez explicitado que o vácuo normativo a ser integrado pelo *writ* não estaria necessariamente vinculado à falta de lei em sentido estrito, mas, como já ressaltado, à ausência de providências do poder público¹⁷⁰.

A par da nobreza da tarefa de garantir a eficácia do texto constitucional, a empreitada dos constituintes revelou-se particularmente complexa. Isto porque, à margem de temas menos complexos que passavam da escolha do nome da ação até o rito processual do remédio constitucional, havia uma espessa controvérsia quanto à função e, por consequência, aos efeitos do mandado de injunção¹⁷¹.

¹⁶⁹ QUARESMA, Regina. *Ibidem*.

¹⁷⁰ Percebe-se o claro intuito de pôr termo ao histórico de apatia do estado brasileiro perante os inúmeros problemas sociais que afligem o país até hoje. Este desafio fica claro na justificativa da mencionada Sugestão 367-1 do Senador Ruy Barcelar, assim como a pretensa solução através do novo *writ*, veja-se: “não basta a mera enunciação de direitos na carta constitucional. De que, na realidade, adianta ao cidadão que a lei suprema do País declare, expressamente, o direito, por exemplo, à educação ou à saúde, se o estado não é compelido a pôr em prática o mandamento constitucional?” Cf. Regina Quaresma, *op.cit.* p.44,

¹⁷¹ Acerca da difícil demanda envolvendo a criação do *writ* injuntivo, Marcelo Casseb Continentino, *Op. Cit.*, p. 64, revela que os constituintes enfrentavam um dilema atinente a implementar dispositivos aptos ao combate da ineficácia constitucional, com a conseqüente hipertrofia das competências do Poder Judiciário ou ceder a um modelo de constituição simbólica, dando continuidade a uma execrável tradição do ordenamento brasileiro em produzir normas destituídas de efetividade. Esta mesma questão é levantada por Marcelo Neves, ao originar sua tese da constitucionalização simbólica. Em apertada síntese, o autor revela que este é um problema frequente, acarretado pela deturpação do conceito jurídico-dogmático das normas constitucionais programáticas, gerando um esvaziamento do seu conteúdo normativo e convertendo-as em um álibi político. Cf. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2a Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007, p.113-116.

Não era outro senão o medo de uma ruptura da separação republicana dos poderes que abastecia o paiol de críticas daqueles contrários à institucionalização de uma ferramenta que concretizasse o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Viu-se, inclusive, no próprio Supremo Tribunal Federal, a tentativa de minar as forças da decisão injuntiva, equiparando-a à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão¹⁷², conforme nota-se no voto do ministro Moreira Alves em sede do já citado MI 107-3 QO/DF¹⁷³.

De outro lado, como já mencionado, o sentimento de superação relativo às velhas práticas constitucionais, complacentes para com a ineficácia, impulsionava uma contraofensiva em defesa da institucionalização do remédio injuncional munido de todas as características voltadas a propiciar a concretização dos direitos fundamentais.

Caberia, assim, ao judiciário o nobre papel de fiscal e garantidor da efetividade constitucional, sem, para isso, agredir a harmonia dos poderes. Neste escopo, a tutela jurisdicional asseguraria a própria garantia de efetivação democrática do Estado de Direito.

Em sentido contrário, muitas foram as vozes que, na tentativa de modificar ou suprimir, se levantaram contra as possibilidades garantistas advindas do mandado de injunção. Em sua retrospectiva sobre a tramitação do instituto na assembleia constituinte, Marcelo Continentino¹⁷⁴, chama a atenção acerca da emenda proposta pelo Dep. José Egreja com o aparente objetivo de promover apenas a alteração do *nomen iuris* da ação mandamental, convertendo-o em “ação declaratória de inconstitucionalidade”.

Em verdade, segundo o autor, o que se pretendia era anular o *writ* através de sua fusão com a ação de controle abstrato das omissões, cujos efeitos não passavam da simples notificação da mora ao poder legislativo. Assim, não só estaria restrita a possibilidade de efetivação imediata dos direitos fundamentais obstados pela inércia estatal¹⁷⁵, mas também a legitimação ativa, atribuída apenas às autoridades e entidades atualmente enumeradas no art. 103 da CRFB.

Como se depreende, o legislador constituinte, respondendo aos anseios de uma população já desgastada pelas inúmeras promessas normativas nunca realizadas, desiludida frente aos textos constitucionais sem nenhum compromisso com a real efetivação de direitos, criou o mandado de injunção como um remédio cujo escopo suplantasse a mera função de

¹⁷² Conforme demonstrado no item 2.2, os institutos são diferentes, em praticamente todas as suas características, ressalvada a aptidão ao combate das omissões inconstitucionais.

¹⁷³ Examinado detidamente a seguir, no item 5.2.

¹⁷⁴ Op. Cit. 79-81.

¹⁷⁵ Neste tema, Sturzenegger, Op. Cit. p. 50, defende que a ausência de sanção (no sentido de o poder judiciário ver-se impedido de suplementar a ausência normativa) comprometeria o próprio caráter mandamental da ação, convertendo-o em meramente declaratório.

preencher hiatos legais e avançasse à concretização das prestações emanadas dos direitos fundamentais, implementando, enfim, uma condição de cidadania que jamais lhes fora conferida¹⁷⁶. Vale afirmar que, em sede do mandado de injunção, esta cidadania é buscada através do controle das omissões do poder público.

Ratificando esta afirmação, Herzeleide Oliveira revela que a preocupação da comunidade jurídica em como efetivar as normas de caráter programático que, por sua vez, continham direitos elementares do homem refletiu nas atividades preparatórias da Assessoria Legislativa do Senado Federal e, por consequência, no trabalhos na Assembleia Constituinte, com especial atenção ao direito à educação, em vista de sua fragilidade crônica atrelada ao descaso das autoridades do país¹⁷⁷.

Como se debaterá mais adiante, em face de sua missão original, não faz sentido que a conduta omissiva esteja adstrita a uma literal ausência de enunciado normativo, conforme defendido atualmente pelo Supremo Tribunal Federal, mas, ao reverso, alcançando o potencial contido em sua proposta original, defendida pela doutrina progressista avançada, requer que seu cabimento albergue as chamadas omissões parciais¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Ainda em sede das discussões na Assembleia Constituinte, registre-se o comentário de Nelson Jobim cujo teor, apesar de atrelar a origem do *writ* às *injuctions* do direito anglo-saxão¹⁷⁶, reafirma todo o propósito contido na essência do mandado de injunção como um remédio garantidor, concretizador, enfim, voltado à efetivação real dos direitos fundamentais: “Sr. Presidente, Srs. Constituintes, o § 47 teve origem na Comissão da Soberania e pretende introduzir no Direito brasileiro o denominado mandado de injunção, que se origina no sistema americano e no *common law* através dos *injuctions*, que se destinam exatamente àquilo que não é abrangido pelas leis de inconstitucionalidade por omissão e por ação; destinam-se, pois, a proteger e assegurar a realização concreta dos direitos, garantias e liberdades constitucionais e de suas prerrogativas, através de medida judicial típica e dirigida para este objetivo.” Cf. **Diário da Assembléia Nacional Constituinte (suplemento “C”) (Ata da Reunião da Comissão de Sistematização, realizada em 3 de outubro de 1987)**. Brasília, p. 282-283. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/9b%20-%20SISTEMATIZA%C7%C3O.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2015.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ Este tipo de omissão inconstitucional será tratado de maneira particular no item 4.1.1.

4 ASPECTOS PROCESSUAIS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

A análise genética do remédio injuntivo, seja no âmbito do conceito, origem ou discussão constituinte, converge para sacramentar um instituto voltado à satisfação de direitos fundamentais subjetivos. Por sua vez, a adoção desta premissa medular é imperiosa para qualquer tipo de trabalho que pretenda explorar esta via processual, bem como determinante no desvelamento da autêntica função do *writ*. Isto porque, não é exagero afirmar que as maiores controvérsias atinentes à ação injuntiva estão relacionadas com a sua finalidade.

A disputa entre os partidários de uma interpretação mais restritiva e outros mais progressistas levou o mandado de injunção a transitar entre uma ferramenta meramente certificadora de uma mora legislativa *strictu sensu*, com seu âmbito de proteção restrito a direitos individuais, até um poderoso instrumento de controle judicial, com amplo espectro de atuação, albergando todos os tipos de omissões, e apto a concretizar as prestações derivadas de normas constitucionais limitadas pela falta ou insuficiência de regulamentação nos mais variados níveis.

Este embate de posições relativas à utilidade do remédio perpassa, necessariamente, por alguns aspectos processuais.

Em razão da ausência de disciplina legal, o instituto foi inicialmente forjado pela doutrina e jurisprudência¹⁷⁹. Assim, na abertura deixada pelo vácuo regulamentar, foi se formando um modelo de ação oscilante entre o reforço e a degradação do seu potencial protetivo. Para Sérgio Reginaldo Bacha, esta incerteza sobre a regulamentação colaborou para que o remédio injuncional não se consolidasse como uma efetiva garantia fundamental¹⁸⁰. Todavia, mesmo após a chegada da lei de regência¹⁸¹, ver-se-á que este remédio, de suma importância, ainda tem algum caminho para trilhar rumo ao máximo aproveitamento de suas potencialidades.

No intuito de delimitar uma configuração ideal do mandado de injunção, este capítulo e o seguinte serão dedicados ao exame de alguns dos seus aspectos processuais, revelando o dissenso que paira sobre cada um deles, ao tempo em que se destacam as concepções entendidas como mais ajustadas à conformação da premissa anteriormente demarcada.

¹⁷⁹ Ao ressaltar que o remédio exigirá uma construção por parte dos juristas, Miguel Calmon Dantas testifica que “ao invés de ficarmos à espera de uma lei que regule o instituto, a doutrina e a jurisprudência devem partir na frente, em cumprimento da determinação constitucional. Cf. DANTAS, Miguel Calmon. Mandado de injunção e eficácia dos direitos constitucionais ante a supremacia da Constituição. *In. Revista da OAB-BA*, n. 01, ano 01, Tomo II, 2002, p. 69.

¹⁸⁰ BACHA, Sergio Reginaldo. **Mandado de Injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

¹⁸¹ O capítulo 6 trará um panorama geral da disciplina implementada pela Lei 13.300/2016, com destaque às maiores contribuições à disciplina consolidada pela jurisprudência.

4.1 CABIMENTO: A FALTA DA NORMA REGULAMENTADORA

Como se depreende do enunciado constitucional, o mandado de injunção será sempre cabível quando a falta de uma norma regulamentadora inviabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas atinentes à cidadania, nacionalidade e soberania.

Acontece que este singelo dispositivo não elucida, de modo absoluto, as circunstâncias pertinentes à aplicação do remédio, apenas fornece vetores para orientar o cumprimento dos pressupostos específicos¹⁸² da ação, um atinente ao cabimento propriamente dito e outro ao seu objeto¹⁸³, respectivamente: a falta da norma regulamentadora e a inviabilização de determinada classe de direitos¹⁸⁴.

Estes componentes de seu dispositivo constitucional correspondente transmitem uma riqueza de detalhes que merecem ser explorados. Em face da abertura dos dois aspectos, torna-se necessário, então, que seja realizada uma dissecação deôntica¹⁸⁵ no enunciado do art. 5º, LXXI, da CRFB, com fito de estabelecer o alcance exato do *writ*.

Primeiramente, ao fragmentar o pressuposto, a “falta de norma regulamentadora”, chega-se aos dois principais problemas relacionados ao cabimento do mandado de injunção, aqui chamados de alcance horizontal e alcance vertical.

Esta incompletude horizontal e vertical é retratada por Hermes Zaneti Júnior e Rodrigo Mazzei. A primeira diz respeito ao alcance da norma, em face da insuficiência na cobertura dos seus beneficiários. Já a segunda refere-se à profundidade da cadeira normativa, ou seja, ao exame do regramento infraconstitucional e infralegal de modo a verificar se a

¹⁸² A despeito da necessidade do cumprimento de pressupostos gerais da matéria processual como a legitimidade, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido. Por se tratar de um estudo centrado nas especificidades do mandado de injunção, não serão abordados estes institutos, pertencentes à Teoria Geral do Processo.

¹⁸³ Tratada a seguir no item 4.2.

¹⁸⁴ No mesmo sentido: BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 757.

¹⁸⁵ Na sua teoria dos direitos fundamentais, Robert Alexy explica esta dissecação deôntica na medida em que afirma a imprecisão inerente a alguns enunciados de direitos fundamentais. Esta indeterminação seria detectável em duas frentes: uma semântica caracterizada pela abertura dos termos utilizados pelo constituinte e outra estrutural, atinente à vagueza quanto ao meio de realização da norma. Desta forma, o jusfilósofo prevê que haverá uma relação de refinamento entre o dispositivo de direito fundamental e a norma de atribuída após a interpretação do Tribunal Constitucional. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 70-73.

regulamentação está instrumentalizada em todos os níveis hierárquicos.¹⁸⁶ Ambas serão analisadas a seguir.

4.1.1 Alcance horizontal: a *falta ou insuficiência da norma regulamentadora*

Sabe-se que, ao prescrever a falta de norma regulamentadora, a Constituição indicou que a ação injuncional teria lugar quando o caso concreto não estivesse abrigado por nenhuma norma jurídica.

Assim, pergunta-se: o que seria norma jurídica?

Os estudos sobre a teoria da norma ocupam um importante ramo da ciência do direito, compreendendo diversas vertentes¹⁸⁷. Contudo, para este trabalho, considera-se a distinção entre normas e enunciados normativos feita por Robert Alexy. Segundo o mencionado autor, a norma é “o significado de um enunciado normativo”¹⁸⁸, inversamente, o enunciado normativo é a matriz do qual a norma extrai o seu *prius* interpretativo.

A partir desta diferenciação, não há dificuldade em se compreender que, em determinadas circunstâncias, a simples existência de um enunciado normativo, seja na Constituição, nos dispositivos infraconstitucionais, ou infralegais, não garante, necessariamente, a extensão exegética deste dispositivo à todas as situações fáticas possíveis.

Por certo, isto implicará a constatação de que, mesmo havendo previsão legal ou infralegal, o dispositivo constitucional poderá continuar sem eficácia em determinadas hipóteses, como, por exemplo, a exclusão de certo grupo da proteção do âmbito normativo, ou a clara incapacidade de realizar o plano constitucional apenas com o plexo regulamentar existente.

Em conjunto com a chamada omissão normativa total ou absoluta, passa-se, pois, a considerar a existência de uma omissão normativa parcial.

Diferenciando estes dois conceitos, Maria Cecília Cury Chaddad classifica a omissão total a partir da inexistência de qualquer instrumento normativo, contrariando o dever de legislar insculpido na Lei Maior; já a modalidade parcial “se verifica quando, apesar de se ter uma norma conferindo aplicabilidade à norma constitucional, ela não esgota todo o conteúdo dado pela Constituição”.

¹⁸⁶ Cf. ZANETI JÚNIOR, HERMES e MAZZEI, Rodrigo. O mandado de injunção como instrumento de solução das lacunas legais (“fracas-fortes”) no direito brasileiro. **Revista de Processo**, n. 234, ano 39, agosto, 2014, p. 247.

¹⁸⁷ Esta amplitude foi constatada por Alexy, op. cit. p. 52.

¹⁸⁸ Op. cit. p. 54.

De modo semelhante, Canotilho explica que há omissão total quando o dever de legislar é descumprido e omissão parcial quando o legislador “não cumpre ou cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar normas destinadas a atuar as imposições permanentes e concretas”¹⁸⁹.

Convém ressaltar que o dissenso em torno do alcance horizontal do mandado de injunção estava¹⁹⁰ situado no campo das omissões parciais, haja vista a remansosa aceitação do cabimento nos casos de ausência absoluta de dispositivos regulamentares.

Nesta mesma linha, Gilmar Ferreira Mendes¹⁹¹ e Clèmerson Merlin Clève¹⁹², reafirmando a existência de controvérsia no cabimento das omissões parciais, defendem que a omissão total, não só é amplamente aceita, como tende a desaparecer a partir do avanço na regulamentação das normas constitucionais.

Data maxima venia, esta projeção deve ser considerada com parcimônia, tendo em vista que a complexidade da cadeia de regulamentação permite atestar a falta de disposições necessárias à efetivação das normas constitucionais nos mais variados níveis da legislação, desde as normas infraconstitucionais primárias, até os atos administrativos, consoante tratado no item 4.1.2. Assim, não será tão fácil extinguir esta modalidade de omissão, evidentemente, levando em conta um amplo alcance vertical do remédio.

Cumprido esclarecer que a querela tem como fonte principal o tratamento paradoxal deste aspecto do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal. Desde o primogênito MI-QO 107-3/DF, o Pretório Excelso já admitia, na teoria, a existência das omissões parciais e a aptidão para o enfrentamento pela via injuncional, como demonstra um trecho retirado do voto do Ministro Relator, Moreira Alves: “falta de regulamentação se caracteriza quando é ela total ou apenas parcial, porquanto esta configura também omissão.”¹⁹³

Na prática, contudo, conforme leciona Maria Cecília Cury Chaddad, a mera existência de um instrumento normativo tem sido fundamento para a denegação do remédio¹⁹⁴. Um dos julgados trazidos pela jurista expôs com clareza o desencontro entre o plano teórico e a

¹⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6a Ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 1089-1092.

¹⁹⁰ Usa-se o tempo pretérito, pois, com a chegada da Lei 13.300/2016, foi positivado o cabimento da omissão parcial, pela letra do Parágrafo único do seu art. 2º.

¹⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de injunção. **Revista de Direito Público**, n. 18, ano 5, janeiro-fevereiro, 2008, p. 130.

¹⁹² CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2000, p. 351.

¹⁹³ CF. STF MI-QO 107-3 – DF. Rel. Min. Moreira Alves, j. 23.11.89, DJU 21.10.90, p. 34.

¹⁹⁴ Maria Cecília Cury Chaddad, em sua dissertação sobre o controle das omissões parciais pelo mandado de injunção, traz vários julgados com este teor, a exemplo do AgR no MI 152/DF, MI 58/DF, MI 73/DF e MI-QO 608/RJ. Cf. CHADDAD, Maria Cecília Cury, **A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção: o controle da omissão parcial**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011, p. 96-100.

situação prática examinada pelo STF, o MI 152/DF AgR¹⁹⁵, porquanto o mesmo Tribunal que reconhecia a possibilidade de omissão parcial, desta vez afirmava que “existindo lei disciplinando a matéria constitucional [...] não se justifica o ajuizamento de mandado de injunção, Ação que pressupõe a ausência de norma[...]”.

Torna-se claro que a restrição do alcance do remédio injuntivo é extremamente danosa para o fortalecimento dos meios de salvaguarda da Carta Magna. Este tipo de fragilização, por si só injustificada, revela-se mais descabida quando se aventa a possibilidade de uma estratégia deliberada da Corte Suprema em não sobrecarregar o judiciário com uma “enxurrada de novas ações”, tal qual denunciou Barbosa Moreira¹⁹⁶.

Na doutrina, muito embora a omissão parcial seja desconsiderada das hipóteses de cabimento por juristas consagrados, como Hely Lopes Meirelles¹⁹⁷, a literatura forense tem se rendido majoritariamente à sua incorporação, contando, além dos nomes já citados, com o suporte de Irineu Strenger¹⁹⁸, Sergio Reginaldo Bacha¹⁹⁹, Carlos Augusto Alcântara Machado²⁰⁰, Hermes Zaneti Júnior e Rodrigo Mazzei²⁰¹, Flávia Piovesan²⁰² e Dirley da Cunha Júnior²⁰³.

Não há dúvidas de que a interpretação restrita a uma falta literal do dispositivo regulamentador deixa de privilegiar o real intento do mandado de injunção, segundo Canotilho, o foco do seu cabimento deve centrar-se na inviabilização do exercício do direito, abrindo-se a todo horizonte hermenêutico da “falta da norma regulamentadora”²⁰⁴.

No mesmo sentido, Maria Cecília Chaddad concluiu que o STF tem levado em consideração o substantivo “falta” e deixado de lado o predicado que, segundo a autora “traz a

¹⁹⁵ STF - MI 152-9 /DF AgR. Rel. Min. Célio Borja, j. 21.3.90, D.J. 20.04.90.

¹⁹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. **Revista de Processo**, n. 56, ano 14, outubro-dezembro, 1989, p. 113.

¹⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, Ação direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro**. 26^a ed. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 253.

¹⁹⁸ STRENGER, Irineu. **Mandado de Injunção**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 38.

¹⁹⁹ Op. cit. p. 49.

²⁰⁰ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. O mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In. BERTOLDI, Márcia Rodrigues e OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de. **Direitos fundamentais em construção**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 348.

²⁰¹ Op. cit. p. 246.

²⁰² PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**. 2^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 137.

²⁰³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos. In. TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 359-360.

finalidade da norma constitucional em questão, qual seja, criar meios para que o exercício de direitos e garantias constitucionalmente previstos, seja viabilizado pelo cidadão.”²⁰⁵

Oportuno dizer ainda que, enquanto a omissão total está relacionada com a ausência do regulamento propriamente dito, a omissão parcial indica uma insuficiência no enunciado normativo existente. Esta insuficiência é explorada pela doutrina em alguns casos distintos, conforme será visto a seguir.

4.1.1.1 A existência de norma anti-isonômica

Uma das circunstâncias mais indicadas como exemplo de omissão parcial refere-se à edição de norma anti-isonômica. Este regulamento desigual pode segregar dado grupo de pessoas do acesso a um determinado benefício, ou imprimir a outrem uma injustificada situação desfavorável.

Ao estudar esta circunstância, é frequente confrontar dois tipos de inconstitucionalidade, além do vício por omissão parcial, sustenta-se a hipótese de afronta direta à Lei Fundamental por ação, haja vista a edição de um ato normativo em desacordo com o princípio da isonomia.

Autores como Flavia Piovesan reconhecem que há uma estreita interpenetração da inconstitucionalidade por ação e da inconstitucionalidade por omissão. Todavia, a solução mais plausível advém dos ensinamentos de Merlin Clève. Sugerindo uma alternativa mais completa, o jurista procura compatibilizar as especificidades do caso concreto com os efeitos gerados por cada tipo de decisão de inconstitucionalidade.

Para o autor, quando o ato normativo discriminar determinado grupo, impondo uma condição desfavorável em relação ao restante da sociedade, o efeito tradicional da inconstitucionalidade por ação, ou seja, a nulidade do dispositivo, será aplicado²⁰⁶. Já quando a desigualdade estiver contida em um regulamento que exclui uma certa coletividade de um benefício a ser disponibilizado para todos, a consequência cabível será dada pela declaração de inconstitucionalidade por omissão, com a extensão dos efeitos normativos ao grupo segregado²⁰⁷.

Vale pontuar que esta amplificação só será permitida em casos de mero “esquecimento” do legislador. Noutra margem, Dirley da Cunha Júnior apregoa que, quando a

²⁰⁵ Op. cit. p. 104.

²⁰⁶ Op. cit. p. 352.

²⁰⁷ Ibidem.

benesse constituir um “privilégio inadmissível pela Constituição” a consequência será a sua nulidade²⁰⁸.

Sobre este assunto, Merlin Clève lembra ainda que, em determinadas situações, mesmo uma norma prejudicial a um determinado grupo pode ser mantida de modo a evitar um prejuízo maior a estas pessoas. Um exemplo disto é a regulamentação do salário mínimo²⁰⁹. Como se sabe, o art. 7, IV da CRFB dispõe que a quantia fixada em lei deverá ser suficiente para atender às demandas do assalariado e de sua família, a saber: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Ocorre que, como bem continua Merlin Clève, o alargamento dos parâmetros normativos deve estar alerta às condições materiais e jurídicas para o provimento universal do direito em questão, a chamada reserva do possível²¹⁰.

Deste modo, deve-se recorrer à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, tendo em vista que a nulificação da regra em comento traria mais prejuízos do que benefícios aos próprios postulantes²¹¹.

4.1.1.2 A existência de norma inconstitucional

²⁰⁸ Op. cit. 131.

²⁰⁹ Op. cit. p. 359.

²¹⁰ Ingo Sarlet, conceitua a reserva do possível como limitações jurídicas e materiais à realização de direitos fundamentais. Sua origem remeta à Alemanha na década de 1970, tendo sido amplamente utilizada na jurisprudência daquele país. O *leading case* da matéria tratou do direito de acesso ao ensino superior, quando foi consolidado o entendimento de que os pleitos levados até o Estado devem ser razoáveis, obedecendo a limites materiais e jurídicos. Nestes termos, o autor dividiu didaticamente a reserva do possível em três dimensões, contemplando, a) a disponibilidade de fato dos recursos necessários à efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos, ou seja, viabilidade orçamentária, administrativa e legislativa; c) a proporcionalidade e razoabilidade da prestação exigida. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.30. Em que pese, a reserva do possível ser uma concepção inafastável, diante da patente escassez de recursos para realizar todas as necessidades sociais, Andreas Krell faz um alerta ao abuso de sua utilização argumentativa. Ele ressalta que a importação do cenário germânico para o brasileiro foi realizada sem considerar as particularidades de um país em desenvolvimento, com um enorme déficit social, especialmente em termos de serviços públicos. Assevera ainda que, condicionar a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero. Cf. KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002, pp. 52-54. Ao tratar da realização de direitos fundamentais em tempos de crise, Robert Alexy leciona que, o conteúdo essencial dos direitos sociais é relativo, pois seu grau de exigibilidade varia de tempos em tempos, assim sendo, a extração de um mínimo indispensável deve ser obtida através dos sopesamentos nos casos concretos, por fim, acentua que “é exatamente nos momentos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível”. Cf. Op. cit. p. 513. Neste mesmo sentido, SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª Ed., 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 197-205.

²¹¹ Op. cit. p. 354.

Outra modalidade de omissão parcial retratada pela doutrina é a existência de norma inconstitucional. Nesta hipótese, apesar de existir um dispositivo regulamentador regendo dada matéria, sua validade estaria comprometida pelo vício de inconstitucionalidade.

A partir de então, abre-se um dilema, o mandado de injunção seria cabível quando a norma regulamentadora de um dado direito fundamental é inconstitucional?

Esta questão foi posta por Dirley da Cunha Júnior e solucionada com presteza pelo doutrinador. Segundo leciona, o impetrante deveria arguir a inconstitucionalidade da norma regulamentadora incidentalmente e, em seguida, pedir o suprimento da omissão acarretada pelo reconhecimento do sobredito vício²¹². Sem dúvidas, o autor age lastreado pela escorreita técnica do controle difuso de constitucionalidade.

Conforme afirmado acima, a consequência do reconhecimento da inconstitucionalidade, ainda que incidental, é a nulidade da norma objeto. Ao perceber que o dispositivo legal interposto entre o direito constitucional e seu destinatário está em desacordo com a Lei Maior, surge a justa expectativa do vácuo normativo.

Assim sendo, o cabimento do mandado de injunção, como meio sincrético de reconhecimento da inconstitucionalidade e suplementação do direito fundamental atingido, não só fortalece sua aptidão de remédio integrador, como guarda estrita fidelidade à via de defesa a que o *writ* pertence, como meio difuso de controle de constitucionalidade.

4.1.1.3 A estagnação na busca pelo aperfeiçoamento contido na disposição programática

Este tipo de omissão parcial indica um flagrante descompasso do legislador com o plano estabelecido pela constituição. Nas palavras de Jorge Miranda, “são concebíveis hipóteses de inconstitucionalidade por omissão em certas configurações da Constituição prospectiva”²¹³. Ainda na doutrina lusitana, Canotilho complementa asseverando que, “a omissão consiste agora não somente a ausência total ou parcial da lei, mas na falta de adaptação ou aperfeiçoamento das leis existentes”²¹⁴.

Apesar de reconhecer que, em alguns períodos, a efetivação de dado direito poderá ceder em virtude de circunstâncias jurídicas (conflito com outras normas) ou materiais (ausência de recursos financeiros, tecnológicos ou humanos), a paralisia do processo de

²¹² Op. cit. 536.

²¹³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. vol. 6, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p.362.

²¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. cit, p. 1091.

implementação de direitos fundamentais é uma forma de afrontar a Constituição, como indicado por Anna Cândida Ferraz²¹⁵.

Ademais, o avanço contínuo destes direitos é uma consequência lógica da estrutura programática em que estão inseridos. Victor Abramovich e Christian Courtis, ao explicar a obrigação de progressividade na implementação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ressalta que este progresso revela dois pontos característicos deste tipo de norma: a gradualidade de sua aplicação e a necessidade de melhoramento contínuo das condições de gozo e exercício²¹⁶.

Mais uma vez, Dirley da Cunha Júnior pondera com total razão, quando revela ser cabível o mandado de injunção como forma de restabelecer a dinâmica de progressividade de implementação de alguns direitos fundamentais, insculpidos em normas de prognose²¹⁷.

Reconhece-se, entretanto, a dificuldade em extrair um direito subjetivo frente ao dever de aperfeiçoamento do processo de concretização de direitos fundamentais. Por óbvio, tais direitos deverão ser quantificáveis em metas e indicadores.

A título ilustrativo, o direito à educação descortina um dos campos mais férteis para o acompanhamento e postulação através de indicadores. Por exemplo, não seria desarrazoado pensar na hipótese do cabimento de uma ação injuncional coletiva, impetrada pela entidade representante dos docentes da educação básica, de modo a cobrar a progressão da meta nº 16 do Plano Nacional de Educação, referente à provisão de vagas em cursos de pós-graduação para professores do ensino básico, calculada em 31,4% em 2014²¹⁸ e com previsão de alcançar 50% em 2024.

É certo que o alerta perpetrado no tópico 4.1.1.1 também se aplica nestas circunstâncias, ou seja, deve-se estar atento à capacidade material e jurídica para realização destes direitos fundamentais. O que se combate efetivamente é a estagnação indefinida no avanço da meta. Eventuais congelamentos, ou até retrocessos, serão examinados a partir da proporcionalidade de suas justificativas.

Como se vê, há um considerável campo de atuação do remédio injuntivo, para além das tradicionais omissões absolutas, cujo acesso tem sido restringido pela jurisprudência. Como será visto no capítulo 6, a Lei 13.300/2016, ao disciplinar o instituto, promoveu a

²¹⁵ FERRAZ, Anna Cândida. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. **Revista dos Tribunais: Cadernos de Direitos Constitucional e Ciência Política**, n. 5, ano 2, outubro-dezembro, 1993, p. 22-23.

²¹⁶ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Trad. Luis Carlos Stephanov, Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 116.

²¹⁷ Op. cit. p. 132

²¹⁸ Vide Meta 16 do: PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Disponível em <<http://www.observatoriodopne.org.br/metas-pne/16-professores-pos-graduados>>. Acessado em: 25.12.2016.

positivação desta modalidade de omissão, permitindo uma importante ampliação do alcance horizontal do *writ*. Contudo, ainda existem reparos no âmbito do seu alcance vertical, ou seja, das espécies de dispositivos que podem ser consideradas “normas regulamentadoras”.

4.1.2 Alcance vertical: os tipos de norma regulamentadora

A par das controvérsias sobre as espécies de omissão, ao delimitar o cabimento do remédio injuntivo, o estudioso do direito deverá definir quais os atos do poder público que podem ser considerados como “norma regulamentadora”.

Na jurisprudência, conforme já visto no item anterior, apenas a falta do diploma legislativo imediatamente infraconstitucional dá azo a aplicação do *writ*. Na doutrina, porém, as opiniões são heterogêneas.

Uma posição mais conservadora, defendida por José Cretella Júnior e Michel Temer²¹⁹, propaga que apenas disposições normativas primárias, como leis ordinárias, leis complementares e demais cepas previstas no art. 59 da CRFB poderiam ser consideradas normas regulamentadoras.

Um olhar mais atento percebe que esta linha interpretativa deixa um imenso vazio no sistema de proteção das omissões do poder público. Frise-se que a teia de regulamentação derivada do plano constitucional se ramifica em vários níveis, não apenas nas leis *stricto sensu*.

Assim, excluindo a possibilidade de atuação sobre as omissões administrativas, configura-se, de maneira ineficiente, uma ferramenta importantíssima como o mandado de injunção.

No mesmo tom, a citada exegese ignora o teor da parte final do art. 103, §2º e do art. 105, I, *h*) da CRFB.

²¹⁹ O autor pontua que o sentido dado pelo legislador constituinte à “norma regulamentadora” é de regra jurídica ordinária e não de regulamento em si, pois este presume o ato normativo que destrincha o modo de execução da lei ordinária. Defende, ainda, que o sentido da criação do remédio injuncional foi “pressionar o legislador ordinário para a rápida feitura da norma regulamentadora” e acrescenta, ainda, que “num momento dado, o *writ* desaparecerá de nosso direito, quando todas as regras jurídicas constitucionais dependentes de norma regulamentadora, sejam regulamentadas.” Pode-se notar que o jurista, ao invés de creditar ao mandado de injunção a finalidade de realização de direitos subjetivos obstaculizados pela omissão inconstitucional, centra o foco no combate ao vácuo normativo, confundindo o caráter concreto do *writ* com a missão da ADI-O, já tratada no capítulo 2. Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. **Os “writs” na Constituição de 1988**. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, P. 99-100. De forma semelhante, Michel Temer prega que a falta de atuação administrativa não enseja o uso do mandado de injunção. cf. TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 206.

O primeiro dispositivo trata da declaração de omissão inconstitucional, legislativa e administrativa. Apesar de não estar topograficamente conectada ao remédio de controle concreto, a citada disposição deve ser considerada na interpretação do instrumento de combate à inércia estatal insculpido no art. 5º da CRFB, à luz de uma necessária interpretação sistemática do texto magno e do princípio da unicidade do sistema constitucional.

Ao tratar dos métodos tradicionais da hermenêutica jurídica, Celso Bastos assevera que o dispositivo legal deve ser interpretado dentro do contexto normativo que se insere. Ademais, ressalta que o Direito Constitucional deve ser interpretado de modo a refratar contradições entre suas normas, ou seja, há um imperativo que obriga o exegeta a sempre considerar a interdependência de todas as disposições constitucionais. A partir destas implicações recíprocas, deve-se chegar a uma vontade unitária da constituição²²⁰.

Tendo em vista que o referido artigo versa sobre os tipos de omissões previstos pelo legislador constituinte e que a ferramenta em análise se insere no combate a este tipo de inconstitucionalidade, não há dúvidas que a inércia normativa do administrador pode ser combatida pelo mandado de injunção²²¹.

A prova desta constatação encontra-se no segundo dispositivo supracitado. O art. 105, I, *h*), ao dispor sobre as competências do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, faz menção expressa a normas regulamentadoras emanadas de autoridades federais da administração direta ou indireta. Por consequência, depreende-se que os atos atribuídos a esses entes, mesmo não sendo enquadrados no rol do art. 59 da CRFB, quando ausentes ou insuficientes, poderão ser protestados pela ação injuntiva.

Opondo-se à visão minimalista ora exposta e abraçando os fundamentos críticos delineados, outros juristas de destaque encampam uma vertente progressista, apresentando uma extensa abrangência vertical do *writ*.

Entre eles, destaca-se o ensinamento de Diomar Ackel Filho ao prescrever que o regulamento citado na referência constitucional ao mandado de injunção deve ser considerado na sua acepção material, ampla, conglobando todas as modalidades de normas necessárias a operar a exigibilidade de um dispositivo constitucional ou legal²²².

²²⁰ BASTOS, Celso. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 43 e 125.

²²¹ Defendendo a mesma ideia: SILVA, José Afonso da. Mandado de Injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 399.

²²² ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”**. 2ª ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 117.

Endossando esta posição, Sergio Reginaldo Bacha revela com clareza que os meandros da regulamentação administrativa exigem uma participação mais aguda do mandado de injunção. Segundo o autor, tanto a falta de atos administrativos de caráter normativo (v.g. decretos, regulamentos, instruções normativas, regimentos, resoluções e deliberações), quanto a falta de atos administrativos ordinatórios (instruções, circulares, avisos, portarias e ordens de serviço) ensejam o combate pela via injuncional²²³.

Diga-se, ainda, que a abertura do termo “norma regulamentadora”, não obstante conduzir a interpretações diversas, acarretando, muitas vezes, a restrição ao cabimento do *writ*, é vista por Randolpho Gomes como uma prova de sabedoria do legislador. Para o jurista, ao deixar de especificar qual a categoria normativa que ensejaria a atuação do remédio, positivou-se a cobertura de todos os tipos de atos, desde o de maior grau hierárquico, até os mais simples atos administrativos²²⁴.

Sacramentando a ampliação do alcance vertical, Lênio Streck sustenta que, por norma regulamentadora, deve-se compreender não apenas leis ou atos normativos, mas “qualquer providência do Poder Público que importe aparelhar a situação fática em termos suficientes para o exercício do direito ou prerrogativa reclamada”²²⁵. A despeito das obras clássicas já citadas, outros autores de trabalhos mais recentes também advogam neste sentido, a saber: Elaine Hazheim Macedo²²⁶, Eurico Bitencourt Neto²²⁷ e Paulo Roberto Lyrio Pimenta²²⁸.

4.1.3 Casos de não cabimento

A primeira advertência ao não cabimento do mandado de injunção deve ser atribuída à natureza da lacuna normativa em que o *writ* atuará. Lênio Streck esclarece que esta lacuna não se confunde com aquela prevista no art. 4º da LINDB²²⁹, mas trata-se de um vácuo

²²³ Op. cit. p. 54. No mesmo sentido, SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de Injunção. **Revista de Direito Público**, n. 94, ano 23, abril-junho, 1990, p. 148; MOREIRA, Wander Paulo Marotta. Notas sobre o mandado de injunção. In. TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 441.

²²⁴ GOMES, Randolpho. **Mandado de injunção**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1989, p. 29.

²²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991, p. 32.

²²⁶ MACEDO, Elaine Harzheim. O mandado de injunção como ação constitucional: crônica de uma morte anunciada ou desvelamento de um paradigma? In. MARTINS, Ives Gandra e JOBIM, Eduardo. **O processo na constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 725.

²²⁷ BITENCOURT NETO, Eurico. **Mandado de injunção na tutela de direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 121.

²²⁸ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 111.

²²⁹ 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.

normativo que não permite a regulação do caso concreto por nenhuma das alternativas hermenêuticas endógenas ao ordenamento jurídico²³⁰.

Diga-se de passagem, que este esclarecimento fulmina a tese defendida por Luis Roberto Barroso, referente à dispensabilidade do mandado de injunção, frente ao poder do juiz integralizar lacunas normativas em qualquer ação ordinária²³¹. Repita-se que, na ação injuntiva, a suplementação possui natureza diversa da simples complementação da abertura textual. Portanto, seja pela especificidade do objeto do *writ*, seja pela impossibilidade de colmatar lacunas técnicas com as alternativas comuns ofertadas pela legislação, não há que se falar em prescindibilidade desta importante ferramenta.

Ultrapassado este esclarecimento preliminar, cabe analisar algumas hipóteses trazidas pela doutrina em que o mandado de injunção seria incabível. Para tanto, utilizar-se-á a enumeração realizada por Luciana Moessa de Souza, haja vista compreender a maior parte das situações expostas na literatura jurídica especializada.

Segundo as informações da autora, o mandado de injunção não seria aplicável quando: a) a norma constitucional paradigma tivesse eficácia plena; b) a norma regulamentadora estivesse em fase final do processo legislativo; c) o próprio texto constitucional já contivesse um regramento temporário, ainda em vigência; d) existisse norma regulamentadora anterior à constituição, recepcionada pelo novo ordenamento; e) existisse norma regulamentadora e f) restasse apenas ação regulamentadora administrativa²³².

A primeira hipótese é, também, a mais fácil de se entender. Por óbvio, se o mandado de injunção atua na necessidade de suplementação de um direito subjetivo afetado pela falta de uma norma regulamentadora, ao reverso, se o direito constitucional vindicado deriva de uma norma de eficácia plena²³³ poderá, de logo, produzir efeitos. Consequentemente, o *writ* será incabível, posto que desnecessário, ou no máximo útil para certificar tal situação²³⁴.

²³⁰ Cf. Op. cit. 40-41 e 68-69. Traduzindo o mesmo pensamento em outras palavras, Elaine Harzeim Macedo, Op. cit. p. 724, revela que a textura do sistema legal, composto de expressões imprecisas, sujeitas à complementação pelo julgador, não se configura a chamada lacuna técnica necessária ao cabimento do remédio. Para um melhor entendimento, toma-se, por exemplo, o efeito de extensão e adaptação normativa adotada no MI 712/PA sobre o direito de greve dos servidores públicos. Não se pode considerar como o uso da analogia, costumes ou princípios gerais, a aplicação da lei que regulamenta o regime parestidista do setor privado, com as importantes ponderações sobre a continuidade do serviço público. Vide item 5.2.3.

²³¹ Segundo Barroso “A verdade é que, no contexto atual do constitucionalismo brasileiro, o mandado de injunção tornou-se uma desnecessidade, havendo alternativa teórica e prática de muito maior eficiência [...]”. Cf. BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 589.

²³² SOUZA, Luciana Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 87-88.

²³³ Vide item 2.1.2.

²³⁴ Pode-se citar o MI-QO 97/MG como exemplo desta situação.

No item b), não há como concordar que a tramitação legislativa de projeto de lei disciplinando a matéria possa inviabilizar a impetração do remédio. Não obstante o reconhecimento desta hipótese por alguns doutrinadores como Carlos Augusto Alcântara Machado²³⁵ e Sérgio Bermudes²³⁶, pondera-se que, enquanto o processo legislativo não findar, há apenas uma expectativa de regulamentação, podendo ser satisfeita ou não.

Com efeito, nada obsta que a matéria sofra modificações pelo legislativo ou até mesmo que o texto seja vetado parcial ou integralmente pelo executivo, comprometendo aquilo que é esperado como regulação do direito subjetivo em pauta.

Além do mais, nada impede que, mesmo após a sua entrada em vigor, a norma regulamentadora recaia em uma das possibilidades de omissão parcial, conforme descrito no item 4.1.1. Portanto, antes de considerar prejudicada a ação, deve-se proceder uma análise preliminar sobre o cabimento das disposições normativas supervenientes frente à postulação do impetrante, bem como uma verificação de constitucionalidade do diploma legal.

Caso haja alguma regulamentação de caráter temporário sobre a matéria, tal qual preconiza o item c)²³⁷, alguma norma anterior à Constituição, recepcionada, que discipline o dispositivo constitucional, como reza o item d)²³⁸, ou mesmo já havendo uma norma regulamentadora, conforme descreve o item e)²³⁹, o mandado de injunção não terá lugar. Para estas situações, vale o mesmo alerta quanto ao exame prévio de constitucionalidade e adequação mencionado acima.

No que tange à falta de ação administrativa, constante no item f), já foi minuciosamente defendido, no item 4.1.2, o cabimento do mandado de injunção em situações de mora da administração pública, nos mais diversos níveis de hierarquia dos atos administrativos. Consoante sustentado, a falta ou insuficiência de alguma medida do Poder Público já enseja a intervenção pela via injuncional.

A mais das circunstâncias já delineadas, é interessante observar que a revogação do dispositivo constitucional paradigma é tratado pelo STF como fator de prejudicialidade ao *writ*²⁴⁰. Certamente, quando a base constitucional do direito postulado perece, o mesmo

²³⁵ Op. cit. p. 348.

²³⁶ BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, ano 78, vol. 642, abril de 1989. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 23.

²³⁷ Um exemplo desta hipótese foi a discussão em sede do MI 111-1/RJ AgR, acerca da proteção contra despedida arbitrária, consagrada no art. 7, I da CRFB, dependente de lei complementar, mas temporariamente regulamentada pelo art. 10 do ADCT.

²³⁸ Posição esposada no MI 144-8/SP.

²³⁹ V.g. MI 406-0/DF.

²⁴⁰ Vide MI 646-6/DF AgR e MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Op. cit. p. 348.

ocorrerá com a pretensão do impetrante, desde que obedecidas as particularidades de eventual direito adquirido ou coisa julgada.

Adite-se, ainda, a vedação ao cabimento da ação injuntiva expressa por Calmon de Passos²⁴¹ e Barbosa Moreira²⁴². Os dois juristas defendem que, se o direito vindicado exige medidas estruturais do Poder Público, como a constituição de novos órgãos e entidades administrativas, o mandado de injunção não seria a via adequada para a solução do problema.

Conquanto a posição defendida seja razoável, frente à incapacidade do judiciário de, através de uma decisão, promover uma estruturação administrativa, aventa-se, futuramente, a possibilidade da aplicação de medidas estruturantes²⁴³ que resultem em um conjunto de determinações mandamentais ao Poder Público para a adoção de um plano de ação no sentido de aperfeiçoar o fornecimento de alguns serviços públicos, tal qual ocorreu na, já citada, ADPF-MC 347/DF, com o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”²⁴⁴.

4.2 OBJETO

Afora o alcance horizontal e vertical do cabimento da ação injuntiva, um assunto correlato e de fulcral relevância é a determinação do seu objeto. Afinal, quais as normas constitucionais desprovidas de eficácia imediata que servirão de parâmetro para a suplementação injuncional? O que pode ser albergado pela exegese do artigo 5º, LXXI, da CRFB?

A literalidade do dispositivo em comento fornece apenas que se trata de direitos e liberdades constitucionais, bem como prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Como se pode notar, a letra constitucional também revela pouco sobre o objeto do mandado de injunção. Cumpririam, portanto, à doutrina e à jurisprudência delimitá-lo.

Igualmente a outros aspectos do remédio, como conceito, cabimento, efeitos, o objeto também suscitou posições mais restritas e outras mais amplas sobre sua abrangência.

²⁴¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data:** constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 112.

²⁴² Op. cit., p. 113.

²⁴³ Vide nota de rodapé número 44.

²⁴⁴ Segundo Dirley da Cunha Júnior, “o Estado de Coisas Inconstitucional tem origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC) diante da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. Tem por finalidade a construção de soluções estruturais voltadas à superação desse lamentável quadro de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face das omissões do poder público.” CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <<http://brasiljuridico.com.br/artigos/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acessado em: 27.12.2016.

A visão mais restrita é defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Para o autor, os direitos e liberdades descritos no dispositivo de regência referem-se apenas aos chamados direitos fundamentais individuais prescritos no art. 5º da CRFB. Já as prerrogativas, estariam circunscritas à soberania popular representada no Parágrafo único do art. 1º da CRFB, e os direitos políticos passivos e ativos do art. 14 da CRFB atrelados à condição de cidadão e nacional²⁴⁵.

Em resposta a esta vertente, adere-se integralmente à crítica elaborada por Carlos Velloso, no sentido de que a exclusão dos direitos sociais do âmbito de assistência do mandado de injunção retiraria o seu maior foco de atuação, pois ali estão sediadas a maior parte das lacunas normativas²⁴⁶. Não por acaso, José Rubens da Costa proclama que o remédio injuntivo se presta à realização do elemento social do Estado Democrático de Direito, impedindo que a falta da norma regulamentadora permitisse o esvaziamento dos direitos fundamentais, ou que consistissem apenas no direito ideal/formal de liberdade e não na realização da igualdade real/material²⁴⁷.

Deste modo, avança-se ao que Alcântara Machado se referiu como corrente intermediária²⁴⁸. Segundo esta vertente, abraçada por Calmon de Passos, todos os direitos abrangidos no Título II (direitos fundamentais individuais, sociais, de nacionalidade e políticos) da CRFB estariam cobertos pelo *writ*²⁴⁹. Elaine Harzheim Macedo chega a afirmar que o enunciado constitucional poderia referir-se apenas à viabilização do “exercício de direitos fundamentais” tendo em vista os direitos, liberdades e prerrogativas enquadrarem-se neste gênero²⁵⁰.

Na esteira da classificação retromencionada, a corrente abrangente, capitaneada por Celso Agrícola Barbi²⁵¹ e Lênio Streck²⁵², defende que o enunciado constitucional, especialmente na parte atinente às prerrogativas, enumera um rol meramente exemplificativo e que nenhum direito constitucionalmente garantido deve ser excluído da incidência do remédio injuncional.

²⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 325.

²⁴⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais: o mandado de segurança coletivo, o *habeas data*, o mandado de injunção e a ação popular para defesa da moralidade administrativa. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 306, ano 85, abril-junho, 1989, p. 38.

²⁴⁷ COSTA, José Rubens. O mandado de injunção como norma garantidora dos direitos sociais. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 442.

²⁴⁸ Op. cit. p. 342.

²⁴⁹ Op. cit. p.111.

²⁵⁰ Op. cit. pp. 726-727.

²⁵¹ BARBI, Celso Agrícola. Mandado de Injunção. In. TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 389.

²⁵² Op. cit. p. 31.

Ao conectar as categorias de direitos e liberdades constitucionais pela conjunção aditiva “e” às prerrogativas de nacionalidade, soberania e cidadania, ficou explícito que, enquanto as primeiras abrangiam toda a Constituição, as últimas foram discriminadas como um nicho específico²⁵³.

Alinhado a esta concepção doutrinária, harmonizada com o entendimento pacificado no STF²⁵⁴, percebe-se que qualquer direito de matriz constitucional, desde que obstaculizado pela falta/insuficiência de norma regulamentadora, poderá ser questionado pela via injuntiva. No entanto, reconhece-se que este remédio possui seu campo de atuação centrado nos direitos fundamentais sociais, em virtude da natureza programática das disposições em que estão situados.

4.3 LEGITIMIDADE

Atrelado aos aspectos processuais da ação injuntiva, a definição dos polos da demanda auxilia na compreensão da finalidade do *writ*. Na medida em que são definidos aqueles potenciais impetrantes, bem como as autoridades, entes públicos ou sujeitos particulares arrolados como impetrados, torna-se mais claro quem reivindica a titularidade do direito postulado e quem deverá suportar os efeitos da decisão injuntiva.

Apesar de ser um aspecto mais pacificado na doutrina e na jurisprudência, algumas vicissitudes merecerão atenção especial.

Começando pelo polo ativo, não houve quase nenhum dissenso sobre quais seriam os impetrantes. Obviamente, quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiros, residentes no Brasil, teriam à sua disposição esta ferramenta processual²⁵⁵.

Ainda na legitimidade ativa, cabe salientar que a via injuncional, do ponto de vista dos direitos fundamentais possui dupla relevância, uma porque tem se revelado um importante instrumento para concretização desses direitos e dois porque permite o acesso livre e direto do

²⁵³ Cf. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Op. cit. p. 344.

²⁵⁴ Vide: MI-QO 107-3/DF, p. 32.

²⁵⁵ Atesta no mesmo sentido: QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 78. Já André Puccinelli Júnior, além de descrever a constituição do polo ativo de forma semelhante, chama a atenção para a dificuldade que os apátridas e estrangeiros teriam para utilizar o remédio com fins de viabilizar as prerrogativas inerentes à soberania popular, à cidadania e à nacionalidade. Esta observação está fundada no estreito vínculo que estas prerrogativas possuem com o *status* de nacional, ao contrário com direitos e garantias fundamentais, cujo sentido é atribuído à proteção do gênero humano. Cf. PUCCINELLI JUNIOR, André. **Omissão Legislativa Inconstitucional e Responsabilidade do Estado Legislador**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 193.

cidadão com o Judiciário, na busca por um provimento jurisdicional garantidor do ponto de vista da efetividade constitucional²⁵⁶.

No entanto, a aceitação de entes coletivos na condição de legitimados extraordinários não foi instantânea. Apesar de já ser prevista pelas primeiras doutrinas, na jurisprudência²⁵⁷, ganhou aceitação na medida em que foi admitido o mandado de injunção coletivo²⁵⁸, por analogia ao procedimento do mandado de segurança, sendo assim, acabou por herdar os impetrantes coletivos do *mandamus*²⁵⁹.

Contudo, a composição do polo passivo até hoje rende profunda divisão entre uma posição mais abrangente dos potenciais impetrados, defendida pela doutrina majoritária e uma vertente mais conservadora, consolidada pela jurisprudência e, mais recentemente, afiançada pelo legislador ordinário.

Conforme leciona Tácito Maranhão Pinto, a doutrina que apresenta um rol de legitimados passivos mais limitado está baseada numa interpretação equivocada dos artigos 102, I, *q*) e 105, I *h*), ambos da CRFB. Estes dispositivos, ao atribuírem a competência para processar e julgar os mandados de injunção, utilizaram, como critério definidor, a qualidade do órgão ou autoridade pública impetrada²⁶⁰.

A partir de então, tanto o STF²⁶¹, quanto juristas, como Merlin Clève²⁶², passaram a considerar que só autoridades e órgãos públicos poderiam figurar no polo passivo, aditando à questionável interpretação dos artigos já citados, o pretexto de que apenas estes entes poderiam exarar normas regulamentadoras.

²⁵⁶ Esta conexão com o princípio do acesso à justiça já foi explorado, inclusive no âmbito de um acesso à justiça material em: SILVA, Diogo Barbosa e. Alguns aspectos do mandado de injunção sob a ótica do princípio do acesso à justiça: evolução doutrinária e jurisprudencial e as perspectivas advindas do PL 6.128/2009. In: SOUZA, Wilson Alves de. **O direito processual em transformação**. Salvador: Dois de Julho, 2016, pp. 324, 325 e 330

²⁵⁷ O *leading case* sobre a matéria consistiu no MI 361-1/RJ.

²⁵⁸ O instituto do mandado de injunção coletivo será melhor trabalhado no item 6.3, em razão dos avanços obtidos nesta modalidade do *writ* após o advento da nova Lei de regência.

²⁵⁹ Pela Lei 12.016/2009 (regulamenta o mandado de segurança), segundo o art. 21, *caput*, poderiam impetrar a ação coletiva: partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano. Conforme explicado no item 6.3, foram acrescentados a este rol o Ministério Público e a Defensoria Pública.

²⁶⁰ Cf. PINTO, Tácito L. Maranhão. **O mandado de injunção: trajetória de um instituto**. São Paulo: LTr, 2002, p. 48. Assim também, PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 146.

²⁶¹ Apesar da posição predominante ser pela não aceitação do ente privado como legitimado passivo (a ver MI-QO 352-1/RS e MI 335-1/DF AgR). Entretanto, dentro da Suprema Corte, algumas vezes avulsas, como a do Ministro Francisco Resek (em voto vencido no RE 100.411/RJ), corroboravam com a ampliação do polo passivo.

²⁶² Op. cit. p. 374.

Percebe-se facilmente que esta vertente restritiva, ao estabelecer a exclusividade das autoridades e entes públicos em figurar no polo passivo, perde de vista o real intento da ação injuntiva, qual seja, a viabilização de direitos afetados pela omissão do poder público.

Como bem pontifica André Puccinelli Júnior, os impetrados devem ser definidos pelos indivíduos ou entidades que suportarão os efeitos da decisão injuncional²⁶³. Esta, por sua vez, não se limitará a determinar a produção de uma norma regulamentadora, ou, nem mesmo ficará engessada na missão de estabelecer regras para a fruição do direito.

Consoante explanado no capítulo 5, o provimento judicial que atesta a procedência do feito deve, também, lançar mão de medidas voltadas à realização do direito e não necessariamente direcionadas a garantir a integralização do ordenamento. Isto pode acontecer por via reflexa, mas nunca como efeito principal, cujo escopo é a viabilização do pedido do impetrante.

A consequência disto é que a coerção deverá ser aplicada àquele sujeito imediatamente envolvido com a resistência em aplicar o direito legítimo do impetrado, fundando-se na falta de norma regulamentadora.

Nas palavras de Puccinelli Júnior, haverá um provimento constitutivo voltado a “investir alguém no dever de viabilizar ou ao menos tolerar o exercício de um direito fundamental”²⁶⁴.

Deste modo, pode-se afirmar que o remédio injuntivo deveria ser aplicável às relações públicas e também particulares, mesmo porque os direitos envolvidos afetam tanto o Estado, como, por exemplo, o direito de greve do servidor público (art. 37, VII da CRFB), como instituições privadas, v.g. situações que discutam a licença paternidade de seus funcionários (art. 7o, XIX da CRFB).

Resta, porém, destacar o apontamento de Dirley da Cunha Júnior no sentido que, frequentemente, o responsável pela edição da norma regulamentadora será também aquele que deverá tornar o direito realizável, contudo, não havendo esta coincidência, o particular deverá figurar no polo passivo²⁶⁵.

No caso de a decisão reverberar tanto no ente público quanto no privado, deve-se constituir um litisconsórcio passivo²⁶⁶.

²⁶³ Op. cit. p. 196.

²⁶⁴ Ibidem.

²⁶⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 8ª edição, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 138.

²⁶⁶ A despeito das críticas anteriormente veiculadas, frise-se que o STF não admite sequer a constituição de litisconsórcio passivo ou mesmo intervenção de terceiros quando se trata de particulares (cf. MI 382-3/SP AgR).

4.4 COMPETÊNCIA

Em matéria de competência, a Constituição não deixou brechas para dissenso quando definiu quais as instâncias julgadoras do mandado de injunção. Neste ponto, é correto afirmar o protagonismo das entidades de direito público, pois o legislador constituinte baseou-se na autoridade responsável pela elaboração da norma regulamentadora para determinar quem processa e julga o *writ*.

Tendo em vista que a maior parte dos dispositivos constitucionais serão regulamentados por entidades do âmbito federal, paradoxalmente, este instrumento de controle difuso, em grande parte, está concentrado no STF e STJ.

Pela letra do art. 102, I, *q*), da CRFB, o STF processará e julgará o mandado de injunção, sempre que a norma regulamentadora tiver sua produção atribuída ao Presidente da República, ao Congresso Nacional, à Câmara dos Deputados ou Senado Federal, assim como às suas respectivas Mesas Diretoras, ao Tribunal de Contas da União, aos Tribunais Superiores ou ao próprio Supremo Tribunal Federal.

A competência do Superior Tribunal de Justiça, disposta no art. 105, I, *h*), da CRFB, é definida quando o responsável pela regulamentação é órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta. Na parte final da alínea, há uma importante ressalva, caso a edição da norma regulamentadora seja atribuída à órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

Nestes casos, José Afonso da Silva aponta que a competência caberá à justiça de primeira instância²⁶⁷. A consequência disto, tal qual aponta André Puccinelli Júnior, é que o STF e STJ detiveram uma competência específica para os julgamentos originários²⁶⁸, já o juízo de piso receberá a demanda residual²⁶⁹.

No que tange à competência recursal, seguindo a Constituição, caberá ao STF o julgamento de recurso extraordinário, na forma do art. 102, III e de recurso ordinário constitucional, quando houver sentença denegatória em ação originária dos Tribunais Superiores, como preconiza o art. 102, II, *a*). Ao STJ, serão direcionados os recursos especiais, tal qual recomenda o art. 105, III. As eventuais apelações e recursos ordinários trabalhistas, derivados dos remédios impetrados em primeira instância, serão julgados pelo

²⁶⁷ Op. cit. pp. 402-403.

²⁶⁸ É bem verdade que, conquanto já afirmado, estas competências específicas abarcam as maiores possibilidades de cabimento do Mandado de Injunção em face das normas constitucionais estarem maciçamente atreladas à regulamentação pelas entidades arroladas nos artigos 102 e 105 da CRFB.

²⁶⁹ Op. cit. 199.

Tribunal Regional Federal (art. 108, II), pelo Tribunal Regional do Trabalho (art. 112) e pelo Tribunal Regional Eleitoral (art. 121).

Por sua vez, o legislador constitucional deu liberdade aos Estados para, através de suas constituições estaduais, definirem as competências dos Tribunais de Justiça e dos juízes estaduais para processar e julgar os mandados de injunção impetrados originalmente ou analisados pela via recursal.

5 OS EFEITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Sem dúvidas, nos estudos referentes ao mandado de injunção, um dos temas mais instigantes são os efeitos dele decorrentes. É no terreno dedicado ao tipo de provimento derivado que está localizada a razão de ser do instituto, a derradeira definição sobre sua utilidade. Também aí encontram-se os maiores desafios à realização do potencial inerente ao instituto, mormente no cumprimento do seu mister na realização dos direitos fundamentais embargados pela inação estatal. Verifica-se, em suma, um ponto crucial para toda a disciplina do direito constitucional e determinante para a garantia da força ativa da Lei Maior.

Difícilmente um trabalho dedicado a este instituto não tratará dos seus efeitos. Esta grande atenção deve-se principalmente a dois fatores correlatos: a variação dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais e a tensão causada pela incidência do comando judicial no raio de ação dos poderes executivo e, em especial, legislativo.

Em razão da especificidade e do caminho próprio, a evolução jurisprudencial dos efeitos do mandado de injunção será tratada em apartado, no item 5.2, tomando como base os julgamentos realizados pelo STF. Neste momento, opta-se, apenas, por listar os tipos de efeitos que serão trabalhados e categorizados, a partir do seu tratamento doutrinário.

5.1 ABORDAGEM DOUTRINÁRIA DOS EFEITOS

A literatura jurídica, espelhada na obra de Flávia Piovesan, estabelece três espécies básicas de provimento consistentes em: *a)* declarar a omissão inconstitucional, cientificando o Poder competente para que tome as medidas necessárias à colmatação da lacuna; *b)* preencher *in abstracto* a lacuna regulamentar, sub-rogando-se no papel do agente omissor; *c)* efetivar, no caso concreto, o direito obstaculizado²⁷⁰. É possível encontrar na doutrina os mesmos efeitos com nomenclatura diversa, a exemplo da categorização proposta por Regina Quaresma a qual alude, respectivamente, à “tese da subsidiariedade”, à “tese da independência judicial” e à “tese resolutiva”²⁷¹.

Debruçando-se sobre as medidas efetivadoras referidas no efeito *c)*, será demonstrado que os partidários da linha concretista se dividem entre proposições de caráter mais restrito ou

²⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. Op. cit. p. 148. Grande parte da doutrina acompanha esta tripartição dos efeitos. Ver também: CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2000, p. 375-376.

²⁷¹ Op. cit. p. 93.

mais amplo, optando por: *c.1)* efetivar o direito obstaculizado através da edição de uma norma supletiva com aplicabilidade apenas no caso concreto, ou *c.2)* adotar qualquer providência (normativa ou material) com fins de viabilizar o exercício do direito embargado.

Aditando à conhecida tríade de efeitos, José da Silva Pacheco²⁷² estipula, ainda, que o mandado de injunção pode desembocar nas seguintes consequências: *d)* exarar mandamento ordenando ao ente omissor a elaboração e baixa do ato regulamentador, sem estabelecer um limite temporal para execução da medida, ou mesmo alguma consequência à inobservância da determinação judicial. Além dessas hipóteses, combinando os itens *c)* e *d)*, pode-se *e)* expedir o mandamento para a integralização da lacuna normativa que inviabiliza o direito, estabelecendo um prazo para a execução do comando. Caso seja desobedecido o lapso, caberia ao juiz decidir o caso concreto posto à sua apreciação.

Neste último caso, assim como no efeito *c)*, observa-se uma sutil diferença no modo de assegurar o direito requisitado pelo impetrante, após decorrido o prazo estabelecido pelo julgador, motivo pelo qual será proposta, para fins didáticos, uma subdivisão desta espécie de efeito em: *e.1)* conferir prazo para cumprir o mandamento de integralização normativa, em seguida, viabilizar o direito no caso específico, *através de medidas que atribuam efeitos concretos à declaração de omissão* ou *e.2)* conferir prazo para cumprir o mandamento de integralização normativa, em seguida, viabilizar o direito *através da elaboração de norma concreta para a fruição do direito*. Insere-se ainda, neste rol, a modalidade alternativamente prevista por Vicente Greco Filho no sentido de: *e.3)* conferir prazo para cumprir o mandamento de integralização normativa, em seguida, viabilizar o direito *através da elaboração de norma abstrata para a fruição do direito*.

Por derradeiro, haverá efeito integrador mesmo quando o *writ* não é conhecido, isto porque a decisão de não conhecer da ação pode: *f)* apontar uma norma regulamentadora já existente e incidente sobre o caso concreto ou concluir que o dispositivo constitucional paradigma é autoaplicável.

Delimitado o rol de efeitos, vê-se que, entre os tipos e subtipos, existem ao menos nove possibilidades de consequências advindas do mandado de injunção, inclusive, como visto acima, na hipótese do não conhecimento da ação.

Assim, faz-se necessário, primeiramente, concentrá-las em um rol sumário de modo a obter uma visão panorâmica que facilite a compreensão destes efeitos na discussões vindouras, veja-se:

²⁷² PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1991, p. 290.

- a) efeito declaratório, com a comunicação ao Poder omissivo;
- b) efeito concretizador direto, com a expedição de ato normativo abstrato;
- c) efeito concretizador direto, restrito ao caso concreto;
 - c.1) através de ato exclusivamente normativo;
 - c.2) através de medidas normativas ou materiais;
- d) efeito mandamental, ordenando a expedição do regulamento *sem* prazo;
- e) efeito concretizador indireto, ordenando a expedição do regulamento *com* prazo;
 - e.1) findo prazo, adota-se medidas normativas ou materiais;
 - e.2) findo prazo, suplanta-se exclusivamente o ato normativo *in concreto*;
 - e.3) findo prazo, suplanta-se exclusivamente o ato normativo *in abstrato*;
- f) *writ* não conhecido em razão da existência de norma regulamentadora ou da plena eficácia do dispositivo constitucional.

Ao tratar desta plêiade, não seria suficiente explicar cada efeito de maneira isolada. Visando estabelecer uma discussão ao mesmo tempo organizada e crítica, o presente trabalho procurou sistematizar a explanação através da resposta à cinco perguntas.

Frise-se, apenas para fins didáticos, que estas questões podem ser demarcadas pelos advérbios: *quem, como, qual, onde e quando*.

As indagações partem da seguinte premissa, retirada do próprio enunciado constitucional que estabelece o *writ*: o mandado de injunção se presta a viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Esta asserção deve iluminar todo o entendimento sobre os efeitos emanados da ação, pois, ao fim do *iter* processual, julgado procedente, o remédio deverá cumprir aquilo que fora ordenado pelo constituinte, tornar direitos viáveis.

Partindo desta proposição, indaga-se, em primeira etapa:

5.1.1 Quem deve viabilizar os direitos?: efeito declaratório, com a comunicação ao Poder omissivo

Na trilha aberta por esta questão, a comunidade jurídica, majoritariamente, aponta o poder judiciário como competente na elaboração de medidas idôneas à viabilização dos direitos restringidos pela inação do Estado. Como já tratado no Capítulo 2, o estágio atual do constitucionalismo exige uma postura mais atuante do julgador, de modo a assumir o papel de garantidor dos compromissos constitucionais.

Entretanto, existe quem entenda que o responsável por viabilizar o direito pleiteado pela ação injuncional continua sendo o agente público omissor, ou seja o órgão impetrado, representante do executivo ou do legislativo, sem uma interferência explícita do judiciário em atos executórios voltados a implementar o direito vindicado. Para esta doutrina, o *writ* levaria ao que acima foi definido como efeito *a) efeito declaratório, com a comunicação ao Poder omissor*.

Na defesa desta ideia, capitaneada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, aponta-se que a constituição conferiu ao inciso LXXI do art. 5º uma redação incompleta, tendo indicado a hipótese de cabimento (falta da norma regulamentadora), mas não os efeitos decisórios. Estes, portanto, deveriam se ajustar ao previsto para Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADI-O²⁷³.

O mesmo jurista sustenta que não caberia ao poder judiciário intervir na produção normativa ou em atos executivos delegados aos demais poderes constituídos. Sinaliza, ainda, que o reforço na fiscalização com o advento de novas ações de controle, bem como a chegada de matérias, cujo mérito tratava do manejo de políticas públicas criaria uma indesejada judicialização da política²⁷⁴. Haveria, seguindo essa ideia, um verdadeiro desequilíbrio na interferência recíproca dos sistemas político e jurídico, ao que Marcelo Neves chamou de juridificação²⁷⁵.

Compreende-se que, o âmago do problema é o alcance da decisão judicial em sede de mandado de injunção de modo a incidir sobre escolhas eminentemente políticas, afetando, assim, as competências executivas e legislativas.

Imergindo mais ainda, por esta linha, é possível perquirir um suposto descompasso entre a tarefa judiciária de garantir a provisão imediata dos direitos fundamentais esposados na Lei Maior, afiançada pela letra do seu art. 5º, §1º, e a incumbência de aplicar disposições

²⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit. pp. 323 e 325.

²⁷⁴ Em apertada sinopse, a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica que a judicialização da política se daria na utilização dos meios processuais disponíveis (não só o de controle das omissões, mas todo aparato oferecido pela constituição ex. ação popular, ou fora dela, ex. ação civil pública) por entidades partidárias, especialmente da oposição, de forma abusiva. Já a politização da justiça teria guarita na abertura e no caráter eclético do texto constitucional, permitindo que o julgador interferisse em assuntos políticos, sem ostentar legitimidade democrática. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 246-253.

²⁷⁵ Um movimento avesso é, também, retratado por Marcelo Neves, quando descreve o fenômeno da constitucionalização simbólica, apoiado no conceito luhmanniano de sistemas. O autor enxerga a interação de dois sistemas, o direito e a política. Reflete que, não raro, esta relação apresenta um desequilíbrio, acarretando o bloqueio operacional da estrutura jurídica pelo desbordamento do poder político (desjuridificação). Cf. Op. cit. p.168-169. Percebe-se, nestas situações extremadas, que o melhor cenário para o desenvolvimento da estrutura estatal republicana se dá em um sistema cooperativo de harmonia entre os poderes.

programáticas desses direitos fundamentais, classificadas como normas de eficácia limitada²⁷⁶.

Ao enfrentar casos concretos, por vezes, o Poder Público poderá ser confrontado acerca da realização de medidas administrativas, um exemplo é o dever de fornecimento de um instrumental básico a estudantes, consubstanciadas em programas suplementares e derivado do direito à educação e outorgados pelo art. 208, VII da CRFB. Assim também, poderá ser instado à elaboração de regulamentos, como o plano de aposentadoria especial do servidor público, insculpido no art. 40, §4º.

Nestes cenários, pergunta-se: estaria o julgador ante a uma situação de antinomia? Ou melhor, haveria conflito entre o princípio que demanda a incidência instantânea desses direitos, salvaguardados pelo judiciário, e o que apregoa a divisão dos poderes, dentre eles o executivo e o legislativo, detentores da maioria das competências regulamentares?

Acredita-se que não. O legislador constituinte, ao prever a possibilidade de eficácia imediata dos direitos fundamentais, não ignorava que o Poder Público, seja na esfera administrativa ou legislativa, devesse agir segundo uma margem de discricionariedade²⁷⁷.

Assim também, não se pode negar a existência de um tangenciador de índole material na consecução dos direitos fundamentais, tendo em vista a sua realização, na maioria das vezes, envolver o uso de recursos públicos inegavelmente limitados²⁷⁸.

Estas ponderações conduzem à necessidade de as decisões sobre a implementação de direitos fundamentais observarem, sempre que possível, o aspecto democrático-representativo da autoridade responsável pela sua elaboração e implementação, em outras palavras, os órgãos liderados por autoridades detentoras de mandato eletivo têm clarividente legitimidade e total primazia na disciplina de implementação dos direitos fundamentais²⁷⁹.

²⁷⁶ Vide item 2.1.2.

²⁷⁷ Ordinariamente tratada como um “poder”, vê-se, na lição de Celso Antonio Bandeira de Melo, que há, em verdade, um “dever” de agir discricionário atrelado ao cumprimento de um preceito normativo de textura aberta, como ocorre com a implementação de direitos fundamentais insculpido em disposições programáticas. O agente estatal escolherá os meios, mas sempre será vinculado ao fim emanado pelo dispositivo de regência. Vide MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 14-16.

²⁷⁸ Defendendo a participação prioritária do executivo na implementação de políticas públicas e no manejo racional de recursos, TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 59

²⁷⁹ Inserido no debate sobre a legitimidade democrática das decisões judiciais em sede de controle de constitucionalidade, Sergio Antônio Ferreira Victor, partindo da comparação com o modelo norte-americano e canadense, prenuncia que a participação do legislativo e executivo nas questões políticas enfrentadas pelo judiciário enriquece o debate constitucional. Cf. VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: Debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.236.

Sem embargo, como já tratado²⁸⁰, o poder judiciário encaixa-se neste sistema como um agente fiscalizador e garantidor do cumprimento da vontade constitucional. De mais a mais, ao posicionar-se como fiador da integridade do ordenamento, pode e deve agir em suplementação à omissão daqueles que detinham a competência para definir o meio de efetivação constitucional, em especial, do seu núcleo axiológico, os direitos fundamentais²⁸¹.

Note-se que, ao decidir em prol da garantia imediata de dado direito fundamental, o julgador não usurpa as funções originárias dos demais poderes. Longe disso, alinha o caso concreto a uma hermenêutica sistemática e integradora, fazendo uso de técnicas de ponderação, cujo fim não é outro senão o de preservar a força normativa emanada do texto constitucional e, em última análise, a própria soberania popular sobre a qual foi erigida a Carta Magna.

Desta forma, os problemas envolvendo este tipo de concretização podem ser vistos a partir da ótica alexyana, como uma relação de precedência condicionada²⁸², na qual a escolha não se situa em preservar o *status* de inércia executiva ou legislativa (em prol de um conceito questionável de separação republicana dos poderes) ou garantir a atuação judicial (como forma de manter a integralidade do ordenamento e a força normativa constitucional), mas em permitir que todos os princípios em questão estejam em plena atividade, contemplados nas amplas fronteiras traçadas por suas diretrizes.

Diga-se que, neste sopesamento, sempre sensível às vicissitudes do caso concreto, os princípios em evidência devem ser maximizados de forma que possam coexistir harmoniosamente numa relação de mútua limitação, visando à máxima efetividade de todo o sistema normativo.

Para tanto, consoante a linha examinada até aqui, o princípio republicano postularia uma estrita separação dos poderes. Conforme afirma Paulo Bonavides, este modelo sistematizado por Montesquieu e encampado pela maioria das constituições modernas, quando confrontado com as técnicas de controle de constitucionalidade, poderá ser

²⁸⁰ Vide Capítulo II.

²⁸¹ É pertinente mencionar o alerta que Marcelo Neves faz acerca do processo de constitucionalização simbólica. Para o jurista, admite-se até mesmo alguma medida de ineficácia de alguns dispositivos do texto constitucional. Entretanto, a patologia retratada em sua tese é constatada quando as normas centrais do ordenamento, como os direitos fundamentais, são submetidas à hipertrofia do seu caráter político, em detrimento do enfraquecimento de sua natureza jurídica. Cf. Op. cit. p.100.

²⁸² Robert Alexy, em ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 96-99, desenvolve uma abordagem racional de interpretação do sistema jurídico dos direitos fundamentais (estruturalmente aberto) a partir de uma relação de precedência condicionada, onde a colisão de dois princípios em determinada circunstância obedecerá a uma regra de prevalência dada após um exercício de ponderação guiado pela máxima da proporcionalidade.

relativizado de modo a abrigar o já conhecido mecanismo de freios e contrapesos²⁸³, favorecendo a atuação da autoridade judicial, em particular, nos casos de omissões do poder público, coadunando-se com o que já é tratado como “princípio da harmonia entre os poderes”²⁸⁴.

Assim também, ao recorrer ao controle judicial de constitucionalidade, enfrentar-se-ia uma tensão contra-majoritária puxada pelo princípio democrático, ao cancelar as competências do executivo e legislativo para a iniciativa das decisões de cunho político, em especial aquelas que implementam direitos fundamentais²⁸⁵.

Atenuando este embate, adere-se à posição conciliadora de Bruce Ackerman. Ao refletir sobre a dicotomia entre a *judicial review* e a legitimidade democrática para interferir em questões político-legislativas, destaca que, nos momentos de “política normal” (fora de períodos revolucionários, quando as decisões de estado refletem de forma mais fiel a posição popular), cumpre ao Judiciário interpretar a vontade da sociedade do passado, cristalizada no texto constitucional, fazendo um contraponto às normas estatais, ou, no âmbito deste estudo, à conduta omissiva que contraria o mandamento da Lei Maior²⁸⁶.

Por outro lado, o magistrado, na busca pela satisfação do princípio da força normativa da constituição e da integridade do ordenamento jurídico, no uso da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, deve observar as limitações dos preceitos supra-indicados, tangenciando sua intervenção. Este entrincheiramento, no caso do mandado de injunção, é visto principalmente na moderação dos efeitos das suas decisões através, por exemplo, da atenuação da rigidez da coisa julgada em relação à norma posteriormente editada pela autoridade impetrada²⁸⁷, ou da amplitude pessoal restrita às partes²⁸⁸.

²⁸³ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 178-179.

²⁸⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 522.

²⁸⁵ A contraposição separação dos poderes e do princípio majoritário foi enfrentada por Ana Paula de Barcellos. Segundo a autora, o primado da tripartição republicana tem que ser respeitado como meio de evitar a concentração de poder, não obstante, é preciso fazer uma releitura diante do papel do Estado na sociedade contemporânea. Assim também, não se deve confundir democracia com regra majoritária. Com efeito, a democracia exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária, faz-se necessário que os direitos fundamentais de todos os cidadãos sejam salvaguardados, bem assim que o subjacente princípio da igualdade seja garantido. Deste modo, conclui que “Nem a separação de poderes, nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível restringir sua incidência em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar da garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana que eles, direta ou indiretamente, buscam também promover”. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: renovar, 2008, pp.247-254.

²⁸⁶ Cf. ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: Fundamentos do direito constitucional**. Tradução Mauro Rapposo. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 368. Corroborando com o caráter democrático da jurisdição constitucional: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.447.

²⁸⁷ Tratada adiante, no Capítulo 6.

O resultado deste intrincado ajuste de princípios aponta sempre para a otimização de todo o sistema do qual fazem parte e não à superação de um pelo outro. Isso leva a sustentar que, ao viabilizar um dado direito fundamental obstaculizado pela inércia inconstitucional, através do mandado de injunção, o preceito republicano continua com plena efetividade, respeitando o chamado princípio da concordância prática, relatado por Canotilho²⁸⁹.

Pondo termo neste conflito aparente, Alexy prenuncia, através da chamada “lei de conexão” que princípios formais procedimentais, como o democrático²⁹⁰ e o da separação de poderes, só podem suplantar princípios materiais, como aqueles agregados ao conteúdo dos direitos fundamentais, caso estejam conectados a outros princípios materiais. Em outras palavras, os princípios formais confrontados isoladamente com os princípios materiais seriam levados ao patamar do absurdo²⁹¹.

Tratados estes pontos de tensão, vê-se que, além dos fundamentos de resistência às teorias de efeito concretista não se sustentarem, admitir essa modalidade de efeito meramente declaratório, implica esvaziar completamente a essência do mandado de injunção, enquanto *writ* voltado à produção de efeitos concretos que viabilizem o exercício de direitos fundamentais ao cidadão afetado pela inércia estatal.

Afirma-se nestes termos porque, constatada a omissão inconstitucional, não se espera que a simples comunicação ao órgão responsável seja um fator cogente idôneo a provocar a reação esperada, qual seja, a disponibilização do pleito do impetrante. O comando judicial, municiado deste efeito, serviria apenas como um marco declaratório de uma situação de inércia cuja duração é, atualmente, estimada em vinte e oito anos²⁹².

Ao identificá-lo com a ADI-O, como foi destacado no início deste tópico, é perpetrada não só uma ofensa ao caráter subjetivo da ação, mas a todo ordenamento constitucional. Com efeito, presumir-se-ia a criação de dois instrumentos com a mesma utilidade e,

²⁸⁸ No item 4.2.3, será comentada a posição do STF ao arbitrar aparentes efeitos *erga omnes* ao mandado de injunção. Acredita-se que, ao lançar mão de recomendações para uniformização da jurisprudência sobre o tema, o Supremo não adotou os efeitos normativos gerais apresentados neste ponto.

²⁸⁹ O autor, em CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6a Ed. Coimbra: Almedina, 1993, p.228, atribui a este princípio a necessidade de conformação dos direitos fundamentais e demais bens jurídicos protegidos pela constituição de modo a evitar o “sacrifício (total)” de uns pelos outros.

²⁹⁰ Saulo Casali explica a lei de conexão de Alexy nos seguintes termos: “Princípios formais, como a democracia, somente podem prevalecer se conectados a outros princípios materiais. É a “lei de conexão” segundo Alexy. BAHIA, Saulo Casali. Poder Judiciário e Direitos Humanos. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio (org.). **Direito da previdência e assistência social**: elemento para uma compreensão interdisciplinar. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 112.

²⁹¹ Op. cit. p. 625.

²⁹² Vicente Greco Filho testifica, diante dos efeitos ora tratados, a inutilização do remédio constitucional nos mesmos termos defendidos neste trabalho. Cf. GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 183-184.

consequentemente, a existência de disposições desnecessárias no texto magno, afetando sua logicidade e coerência²⁹³.

Além de subestimar o legislador constituinte, tal interpretação permite ultrapassar limites hermenêuticos ao, por via paralela, alargar o polo ativo da ADI-O. Isto porque, ao prever uma ação de amplo acesso, como o mandado de injunção, cujo escopo seria idêntico à ferramenta de combate às omissões *in abstracto*, adota-se um caminho alternativo para chegar ao mesmo fim. Ou seja, o art. 103 da CRFB teria seu rol taxativo indevidamente alargado, violando disposição vinculante do STF²⁹⁴.

Em síntese, antes de passar à próxima questão, cabe consolidar que, seja pela inadequação ao caráter subjetivo da ação injuntiva, pela afronta à interpretação lógico-sistemática da Constituição brasileira, pelo indevido alargamento do polo ativo da ADI-O, ou mesmo pela constatação de que a realização de efeitos concretos pelo judiciário, através do multicitado remédio, não viola a divisão republicana de poderes, não se pode aceitar a restrição do provimento injuncional à simples declaração de mora e, por consequência, a atribuição da função viabilizadora aos órgãos impetrados.

À vista disso, passa-se à segunda indagação:

5.1.2 Como o judiciário viabilizará os direitos postulados?: efeito mandamental, ordenando a expedição do regulamento *sem prazo*

Na tentativa de responder a esta questão, Tácito Maranhão Pinto suscita que o judiciário poderá resolver concretamente o caso, viabilizando o exercício do direito restringido, ou ordenando que a autoridade impetrada tome as medidas cabíveis, fixando um prazo, sem, contudo, especificar a consequência ao descumprimento²⁹⁵.

Nota-se que esta última opção aponta para uma providência judicial mais severa do que uma simples declaração de omissão, acompanhada da comunicação ao órgão estatal inerte, mas revela um verdadeiro *mandamento voltado a compelir o poder público a baixar o ato regulamentador, viabilizando o direito*, consoante reza o supracitado efeito d).

Este ponto reclama uma reflexão análoga à perpetrada na pergunta anterior.

²⁹³ PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas. Op. Cit. p.151.

²⁹⁴ Os legitimados para propor arguição de descumprimento de preceito fundamental se encontram definidos, em *numerus clausus*, no art. 103 da Constituição da República, nos termos do disposto no art. 2º, I, da Lei 9.882/1999, matéria já chancelada pela jurisprudência, a saber: Impossibilidade de ampliação do rol exaustivo inscrito na CF. Idoneidade da decisão de não conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. (ADPF 75 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 3-5-2006, P, DJ de 2-6-2006.).

²⁹⁵ Op. cit. p.35.

A propósito, insta salientar que o efeito examinado neste item provém exatamente da cisão realizada por alguns doutrinadores, separando a declaração da mora do poder público da consequente comunicação para o preenchimento da lacuna.

Um exemplo desta posição faz-se presente nos ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira. O jurista expõe esta proposta de efeito de forma particularizada em duas linhas. A primeira alusiva apenas à recomendação ou ordem advinda do judiciário, para que o órgão competente edite a norma faltante. Com acerto, critica este segmento pela falta do elemento sancionador, culminando na inutilidade da decisão exarada. A segunda corrente considera apenas a decisão declaratória, restrita à enunciação da lacuna normativa, delegando à via jurisdicional ordinária o conhecimento e execução do direito requerido. Aponta como fragilidade desta última espécie, o desperdício do potencial concretizador do *writ*, bem como a falta de economia processual ao deixar de efetivar o direito pleiteado²⁹⁶.

Bem se percebe que o efeito tratado no presente item se identifica com a primeira hipótese levantada por Barbosa Moreira. Na mesma toada do autor retro-mencionado, a consequência proposta é passível de críticas em razão da falta de cogência. Ao limitar-se a emitir uma ordem para baixar o ato regulamentador, sem prazo e desprovida de meios constrictores voltados ao cumprimento da prestação ou até mesmo da conversão em medida indenizatória, o judiciário, na prática, recairia na mesma ineficácia discutida no efeito declaratório.

Ainda que existam alguns doutrinadores, como Regina Quaresma, que levantam a possibilidade de a autoridade impetrada responder por desobediência²⁹⁷, não se vislumbra como essa penalidade poderia ser imposta no caso em exame. A um, porque o efeito não contempla o estabelecimento de prazos para o cumprimento do comando judicial, inviabilizando a constatação objetiva do descumprimento; a dois, a discussão em sede do mandado de injunção, não raro, demanda o judiciário a adotar de medidas que, no curso natural de sua execução, estariam no terreno da discricionariedade do poder público. Por exemplo, como poderia o magistrado obrigar o legislador a editar uma lei para regulamentar dado preceito? De fato, a ingerência sobre a atividade legislativa do parlamento, no bojo de

²⁹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. **Revista de Processo**, n. 56, ano 14, outubro-dezembro, 1989, pp. 114-115.

²⁹⁷ A jurista destaca que, se o executivo descumprir o prazo, pode ser sancionado por crime de responsabilidade. Repisa-se que, no caso do dever de legislar, quando a iniciativa pertence ao legislativo, não há como compelir o parlamento, o que seria uma falha no alcance do remédio e, mais do que isso, uma brecha para a perpetuação do status de inércia do Poder Público. Cf. Op. cit. p.82.

uma demanda subjetiva, seria uma medida juridicamente impossível, pela notória afronta à harmonia entre os poderes²⁹⁸.

É pertinente esclarecer que, apesar de concordar com a inadequação dos efeitos explicitados por Barbosa Moreira, ver-se-á, no âmbito da jurisprudência do STF, que o efeito declaratório, em regra, apresenta-se vinculado com a comunicação ou recomendação para o órgão omissor suprir a falta da norma regulamentadora²⁹⁹, razão pela qual optou-se primeiro por apresentar estes dois efeitos conjuntamente.

Assentado o reconhecimento da inocuidade da ordem direcionada ao impetrado para baixar o ato regulamentar, não arbitrando prazo ou sanção, cumpre examinar a segunda alternativa, consistente na elaboração de medida autônoma pelo judiciário, razão pela qual avança-se à terceira indagação:

5.1.3 *Qual o tipo de medida a ser adotada pelo julgador?*

Evidentemente, não é mais cabível a simples delegação a outro Poder ou Órgão da tarefa de viabilizar o direito obstaculizado. Como já foi dito, em sede do mandado de injunção, esta tarefa cumprirá unicamente ao judiciário.

Todavia, resta carente de esclarecimentos qual medida seria necessária para a viabilização do direito subjetivo em voga. A doutrina se divide em uma concepção mais restrita, pregando que *ao julgador caberia apenas formular a norma ausente*, ao que corresponde o *efeito c.1)* e outra mais abrangente, conquanto prevê o *efeito c.2)*, abarcando, *além de providências de caráter normativo, atos materiais voltados diretamente à consecução do direito subjetivo vindicado*.

Tendo em vista que a premissa firmada alhures direciona o mandado de injunção à viabilização de direitos obstaculizados pela inércia estatal, não cabe ao intérprete constitucional restringir as medidas necessárias à consecução deste fim, quando o próprio constituinte não o fez. Dessarte, sem escusar-se da discussão vindoura, antecipa-se a filiação à tese mais abrangente.

Contudo, não se pode deixar de reconhecer que, ao transitar no terreno da suplementação de normas de eficácia limitada, frequentemente o julgador deverá se deparar

²⁹⁸ Esclareça-se que, mesmo na ADI-O, para os que defendem a possibilidade de elaboração judicial de norma abstrata, não há ingerência sobre a conveniência do agir do parlamento em face de sua atividade legiferante. Isto porque, o próprio judiciário, sem imiscuir-se no juízo de conveniência do legislador, supre a lacuna normativa de maneira provisória, até que seja editada a norma faltante. Cf. Item 2.2.2.

²⁹⁹ Vide item 4.1.1.

com a necessidade de editar um regramento disciplinando a casuística, proporcionando o exercício do direito eventualmente negado pela falta de regulamento.

Por isso, questiona-se a seguir:

5.1.4 Onde está localizado o correto alcance da medida editada pelo julgador?

A importância deste questionamento é revelada ao notar que, não obstante se entenda maciçamente que o caráter do *writ* é subjetivo, existe uma linha doutrinária direcionada a promover efeitos gerais às normas editadas pelo judiciário no bojo da ação injuntiva. Apesar de minoritária, esta vertente abre um dissenso ao qual deve-se atentar.

5.1.4.1 Normatização com alcance geral: efeito concretizador direto, com a expedição de ato normativo abstrato

Defendida por Vicente Greco Filho, esta corrente revela a preocupação em garantir a segurança jurídica frente ao potencial normativo da decisão injuntiva³⁰⁰. Com este intento, apregoa que, ao julgar o mandado de injunção, *o juiz faria as vezes de legislador ou mesmo de administrador público em seu múnus regulamentar, editando uma norma de caráter geral de forma a preencher a lacuna deixada no ordenamento*, tal qual prescreve o denominado efeito *b*).

Ainda que se reconheça e fomente a importância do mandado de injunção na garantia da integridade normativa do ordenamento, percebe-se que, ao elevar este potencial ao patamar dos instrumentos de controle de constitucionalidade em tese, há, indubitavelmente, o desvirtuamento do instituto.

Cumprir lembrar que o *writ* injuntivo é uma ferramenta posta à disposição do indivíduo que teve o exercício dos seus direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania inviabilizados pela omissão estatal. Repise-se que sua vocação é eminentemente voltada à proteção dos interesses subjetivos e, mais do que a integração da lacuna, a superação do óbice gerado pela inação do poder público tem como fim a consecução do pedido do impetrante lastreado pelo direito fundamental reconhecido em juízo.

³⁰⁰ Ao delinear os tipos de provimento possíveis ao mandado de injunção, Greco Filho destaca que o perfil da decisão “para fins de uniformização” deve ser genérico, alcançando “todos aqueles que estejam na situação trazida ao conhecimento do tribunal pelo primeiro, e que deverá ser o único, mandado de injunção sobre o tema coletado.”. Cf. Op. Cit. pp. 182-183.

Ao considerar este tipo de efeito, mais uma vez, matiza-se a fronteira entre uma postura ativista, consentânea com o papel do judiciário no Estado Constitucional pós-moderno³⁰¹, e a subversão da harmonia republicana dos poderes. Isto porque, não é admissível ao julgador, arbitrariamente³⁰², avocar as atribuições típicas do executivo ou do legislativo, máxime na atividade legiferante sufragada pela outorga popular. O avanço indevido fica mais evidente por estar-se tratando, como já se sabe, do combate às omissões em sede de demandas subjetivas³⁰³.

Por esta linha, a incompatibilidade constitucional do efeito abstrato apriorístico³⁰⁴ da norma editada pelo magistrado, em sede do mandado de injunção, é manifesta, sendo o cabimento do mesmo passível de discussão apenas na modalidade de controle objetivo desempenhada pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão³⁰⁵.

5.1.4.2 Normatização ou atos materiais com alcance limitado às partes: efeito concretizador direto, restrito ao caso concreto

Examinando a doutrina, é inegável que grande parte da comunidade jurídica³⁰⁶ adere à chamada vertente concretista do mandado de injunção. Dirley da Cunha Júnior auxilia na

³⁰¹ Responsável, nas palavras de DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.369, por amalgamar um sistema jurídico marcado pela abertura estrutural.

³⁰² Assevere-se que há casos em que, atipicamente, o Poder Judiciário é autorizado, por disposição constitucional, a legislar (ex. na elaboração do Estatuto da Magistratura – art. 93 da CRFB), bem como a tomar medidas administrativas *interna corporis*. Acerca do exercício de funções atípicas pelos Poderes no Estado Brasileiro, cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. Op. cit. p. 920.

³⁰³ Acompanham este entendimento: CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade. Op. cit. p. 284 e PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. Op. cit. p. 149.

³⁰⁴ No item 5.2.3, ao analisar a suposta extensão *erga omnes* conferida à decisão do *writ* pelo STF, defende-se que as recomendações voltadas a uniformizar o entendimento sobre dada matéria não se confundem com a estipulação direta de um comando abstrato e vinculante de forma apriorística. Inclusive, a própria reverberação para processos análogos requer um juízo sobre a compatibilidade das circunstâncias.

³⁰⁵ Vide Capítulo II, item 2.2.2.

³⁰⁶ A despeito da recente adesão jurisprudencial em sede do Pretório Excelso (vide item 5.2.3). Noutra margem, o apoio à chamada corrente concretista é maciço na doutrina, conforme indica Tácito Maranhão Pinto, Op. cit. p. 59. Ratificando esta adesão substancial, Dirley da Cunha Júnior, cf. Controle de Constitucionalidade. Op. Cit. p. 147-149, enumera um significativo rol de duas dezenas de respeitáveis autores partidários desta linha. Àqueles adite-se, sem pretensão exaustiva, outras importantes obras, de outrora e atuais, senão veja-se: “O que diz a norma instituidora do mandado de injunção, no Brasil, é que o titular de um direito subjetivo assegurado pela Constituição pode fruí-lo desde logo e sem necessidade de aguardar que o legislador lhe discipline o gozo ou o exercício, recorrendo à autoridade judiciária competente, a qual, ouvida a outra parte, estatuirá o modo de exercitar-se o direito reclamado ou autorizará o seu titular a exercê-lo ou fruí-lo, a nele imitar-se ou a nele conservar-se.”. in BORJA, Célio. O mandado de injunção e o habeas data. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 306, ano 85, abril-junho, 1989, p. 305.

“Penso que: por meio dele se pode pleitear e, eventualmente, conseguir que o Poder Judiciário, pelo seu órgão competente, primeiro formule a regra que complementa, que supra aquela lacuna do ordenamento; e, em seguida, sem solução de continuidade, esse mesmo órgão aplique a norma ao caso concreto do impetrante, isto é, profira uma decisão capaz de tutela, em concreto aquele direito, aquela liberdade

compreensão desta corrente majoritária, à qual o presente trabalho se filia, ao esclarecer que este remédio traduz uma via processual onde se requer do Poder Judiciário a imediata fruição de direitos fundamentais obstruídos pela omissão de órgãos, entidades ou autoridades públicas em expedir a medida concretizadora³⁰⁷.

Após estabelecer contornos do instituto, através da análise dos aspectos atinentes ao conceito³⁰⁸, à origem³⁰⁹, à tramitação constituinte³¹⁰, à legitimidade³¹¹ e ao cabimento³¹²,

constitucional ou aquela prerrogativa inerente à cidadania, à nacionalidade ou à soberania, mediante, p. ex., uma ordem de fazer ou não fazer [...]”. in MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit. p. 115.

“A sentença concessiva da injunção consiste numa declaração que confere operacionalidade ao direito do impetrante. Cria uma situação jurídica nova. É uma sentença constitutiva.” in SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 38.

“[...] é um caso de delegação expressa do legislador constituinte ao órgão aplicador da lei, para que este na falta de uma norma regulamentadora de um direito, edite a referida norma, para o caso *sub judice*. Não há outra forma, sob pena de conspurcar-se o texto constitucional, que disciplina o mandado de injunção.” in STRECK, Lenio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991, p. 67.

“[...] faz-se necessário que o Poder Judiciário não apenas comunique ao Poder omissivo (Legislativo e/ou executivo), mas principalmente execute a decisão positivamente, ou seja, regulamente o caso concreto a ele submetido para solução.” in QUARESMA, Regina. Op. cit. p. 83.

“De fato, o mandado de injunção tem por escopo a tutela do direito público subjetivo, devendo por isso proporcionar o desfrute deste, inexistindo outro meio para o cumprimento de tal finalidade que não seja a criação de normas individuais e concretas.” PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 112.

“[...] pelo mandado de injunção, contudo, pretende-se é a concretização de um direito abstrato, cujo exercício se encontra inviabilizado por falta de norma regulamentadora.” CHADDAD, Maria Cecília Cury. Op. cit. p. 73.

“[...] acreditamos que o mandado de injunção está vocacionado a assegurar, por força de decisão judicial construtiva, o exercício imediato dos direitos, liberdades, ou prerrogativas constitucionais ainda não regulamentados.” PUCCINELLI JÚNIOR, André. Op. cit. p. 205.

“[...] garantir processualmente, por meio do mandado de Injunção, o exercício de direitos constitucionais inviabilizados por falta de norma regulamentadora consiste em aplicar diretamente a norma constitucional definidora de um direito a um caso concreto, estabelecendo como esse direito deverá ser exercido.” OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Mandado de injunção: suas finalidades, efeitos da decisão concessiva e coisa julgada, partes e procedimento. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. (org.) **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 417.

³⁰⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Controle de constitucionalidade. Op. cit. 146.

³⁰⁸ No item 3.1, ficou patente o enquadramento do remédio injuntivo como uma ação constitucional, direcionada a instrumentalizar a garantia da eficácia imediata dos direitos subjetivos.

³⁰⁹ Ao pesquisar as origens, no item 3.2, foi possível compreender que, apesar de adotar uma configuração genuinamente nacional, não faltam na doutrina comparações com ferramentas processuais do direito comparado, cujo escopo é exatamente a provisão de direitos fundamentais subjetivos, com destaque para o *writ of injuction* estadunidense e do *verfassungsbeschwerde* germânico.

³¹⁰ De igual forma, no item 3.3, o estudo sobre sua tramitação na assembleia constituinte foi fundamental para solidificar o entendimento sobre o caráter concretizador da ação, tendo em vista não só o produto final positivado no texto magno de 1988, mas também as propostas e discussões perpetradas pelos legisladores constituintes.

³¹¹ A questão da legitimidade, tratada no item 4.3, foi ponto fulcral ao esclarecer que o *writ* é um instrumento posto à disposição de qualquer cidadão ou coletividade determinável, na defesa de direitos subjetivos. Assim também, permite acionar o Poder Público e deveria, consoante linha defendida por este trabalho, alcançar também os particulares, como litisconsortes passivos necessários, desde que sejam destinatários do comando judicial, ou parte dele, destinado à consecução do direito do impetrante.

nesta etapa é possível constatar que as características do *writ* convergem na fundamentação de um efeito voltado à realização direta e subjetiva de direitos fundamentais, restringidos pela inércia estatal.

De fato, não seria outra a exegese do inciso LXXI do art. 5º da carta cidadã. Dissecando o ditoso enunciado, avista-se logo às suas portas a ação resultante da procedência do *writ*: “*Conceder-se-á* mandado de injunção[...]”. A transitividade, complementada pela ordem injuncional, conduz inequivocamente ao comando específico para fruição do direito obstaculizado³¹³, isto porque, no vernáculo³¹⁴ ou no campo forense³¹⁵, a “injunção” traduz uma ordem, uma imposição de fazer ou deixar de fazer.

Tendo em vista que a atuação se encontra subordinada à inviabilização do exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como de prerrogativas inerentes à cidadania, nacionalidade e soberania, é forçoso relacionar o agir com a realização destas prestações fundamentais.

Isto posto, não se pode concordar com os que apontam o art. 5º, LXXI da CRFB como um enunciado impreciso no campo dos efeitos do remédio nele prescrito³¹⁶. Ora, ao *conceder* a injunção àqueles que tiveram *inviabilizados* seus direitos fundamentais pela falta de regulamentação, a adoção de medidas que tornem o exercício destes direitos viáveis deve ser um consectário óbvio.

Seguindo o mesmo raciocínio, não se presta à mencionada viabilização a simples ciência ao órgão omissor, como já visto anteriormente, ou mesmo a ordem voltada a estes entes para a edição da norma, quando desprovida de prazo ou sanção. Além disso, também foi previamente explicitado que a atuação do judiciário na integração das lacunas normativas não

³¹² Como um dos pontos mais decisivos na caracterização do remédio como ferramenta de concretização constitucional, a discussão sobre o cabimento, no item 4.1, demonstrou como o alcance pode ser alargado horizontalmente, de modo a albergar não só as omissões tipicamente totais, mas também as parciais, além de seu enunciado permitir um aprofundamento do espectro hermenêutico daquilo que se entende como “norma regulamentadora”, perfazendo uma extensão vertical de sua cobertura, direcionada à ausência das disposições legais e também infralegais.

³¹³ Cf. SIDOU, José Maria Othon. “**Habeas corpus**”, **Mandado de segurança**, **Mandado de injunção**, “**Habeas data**”, **Ação popular**. 5a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 277.

³¹⁴ BECHARA, Evanildo. **Minidicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, p. 509.

³¹⁵ Resistentes à nomenclatura, José Maria Othon Sidou, op. cit. p. 268, e Irineu Strenger, <cf. STRENGER, Irineu. **Mandado de Injunção**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 16>, aduzem a sua inadequação à finalidade do remédio, seja por não se tratar de expressão familiar no léxico brasileiro, seja por denotar uma ordem eminentemente proibitiva no instrumento mais próximo do direito anglo-americano. *Data vênia* aos proeminentes doutrinadores, arrisca-se a afirmar que a correspondência ao sistema jurídico comparado reforça a vocação do instituto em foco. Conforme esclarecido no estudo das origens do mandado (item 3.2), o *writ of injunction* contempla duas variantes, o *mandatory of injunction* e o *prohibitory of injunction*, derivando, respectivamente, um comando de fazer e não fazer, razão pela qual, ainda que não se reconheça uma identificação genética plena entre as duas ações, é possível estabelecer um paralelo especificamente com os efeitos do *mandatory of injunction*.

³¹⁶ Vg. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit. p. 1441.

exorbita suas funções, nem afronta o princípio republicano da divisão dos poderes. Ao reverso, coaduna-se com o papel de agente fiscalizador e, principalmente, de garantidor da integridade do ordenamento jurídico cuja Constituição é o ápice.

Repise-se que, na seara concretista, observando o multicitado enunciado constitucional, o mandado de injunção, uma vez julgado procedente, emana um comando destinado à viabilização do direito, liberdade ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Diferentemente dos dois efeitos anteriores, o âmago da decisão judicial será a resolução do problema *in concreto*, não se atrevendo à edição de um comando abstrato, com força de lei, nem se contentando com um provimento declaratório ou mandamental, desprovido de força cogente apta a solucionar a contingência que impede a fruição do direito do impetrante, qual seja, a falta ou insuficiência da norma regulamentadora.

Antevendo que a extensão do provimento judicial está adstrita à situação jurídica posta em exame, não há que se falar em usurpação de funções legislativas ou executivas no que tange à elaboração de regramentos abstratos³¹⁷. Consoante defende Ferrajoli, a função jurisdicional traduzida no comando de injunção não guarda identidade com a atividade legiferante, longe disso, situa-se no mister típico de preservação e garantia de aplicabilidade do ordenamento vigente³¹⁸.

Percorrido este caminho, pode-se afirmar que o aspecto concretizador do mandado de injunção é revelado em sua plenitude quando se passa a trabalhar com a possibilidade de um provimento judicial que, não obstante esteja voltado à efetivação do direito obstaculizado, permaneça adstrito ao caso sob exame jurisdicional.

Conforme aventado anteriormente, o conteúdo desta decisão concretista fomenta uma divisão doutrinária entre os autores que defendem apenas a formulação de uma norma de efeitos concretos e outros que incluem qualquer ato material destinado à provisão do direito em voga.

Os partidários da primeira linha, entre os quais Diomar Ackel Filho, destacam que a ordem injuncional “constituirá um provimento normativo específico para a hipótese tutelada, por via da qual será concedido o direito almejado”³¹⁹.

³¹⁷ Como visto no item anterior.

³¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio e TRINDADE, André. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 237.

³¹⁹ Op. cit. p. 127.

Não há como negar que, à primeira vista, esta vertente oferece uma resposta satisfatória, coerente com a capacidade efetivadora do remédio injuntivo, tal qual se depreende das palavras de Carlos Ari Sundfeld, o julgador criaria uma regra para o caso específico, atuando exatamente no vácuo normativo a ser integrado³²⁰.

Esta solução foi acompanhada por diversos juristas de renome como: Célio Borja³²¹, Flávia Piovesan e Maria Cecília Chaddad³²², Helio Tornaghi³²³, Jorge Hage³²⁴, José Carlos Barbosa Moreira³²⁵, José Joaquim Calmon de Passos³²⁶, José da Silva Pacheco³²⁷, Lênio Streck³²⁸, Regina Quaresma³²⁹, Rodrigo Mazzei³³⁰ e Wander Paulo Marotta Moreira³³¹, além dos já citados, Diomar Ackel Filho e Carlos Ari Sundfeld.

Muito embora se reconheça a aproximação desta medida com a finalidade do *writ*, apoiado na lição de Sergio Bermudes, urge salientar que a tarefa do julgador não deve se resumir a preencher a lacuna, editando o regulamento aplicado ao caso concreto, mas, principalmente, fazer valer a vontade normativa da constituição garantindo o direito ocluso³³².

Alinhado a esta concepção mais ampla, Celso Agrícola Barbi aduz que o *writ* deve gerar uma norma especial aplicada ao caso concreto, ou qualquer outra providência voltada à proteção do direito do impetrante³³³.

Este pensamento coaduna com a posição vanguardista de José Afonso da Silva, para o qual o mandado de injunção tem o objetivo de realizar concretamente o direito constitucional postulado pelo impetrante e não obter um regulamento integrador, assim, acentua que a decisão gerará uma outorga direta deste direito e, quando preciso, as condições para o seu exercício³³⁴.

³²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de Injunção. **Revista de Direito Público**, n. 94, ano 23, abril-junho, 1990, p. 149.

³²¹ Op. cit. p. 305.

³²² Op. cit. p. 415.

³²³ Op. cit. p.130.

³²⁴ HAGE, Jorge. **Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo**: Uma apreciação da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção à luz da doutrina contemporânea. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 118.

³²⁵ Op. cit. p.115.

³²⁶ Op. cit. p. 123.

³²⁷ Op. cit. 293.

³²⁸ Op. cit. p.67.

³²⁹ Op. cit. pp. 76-77.

³³⁰ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In. DIDIER JUNIOR, Freddie (org.). **Ações Constitucionais**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012 pp.235-236.

³³¹ MOREIRA, Wander Paulo Marotta. Notas sobre o mandado de injunção. In. TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 416.

³³² Op. cit. p.24.

³³³ BARBI, Celso Agrícola Mandado de Injunção. In. TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 391.

³³⁴ Op. cit. p. 399.

Indo mais além, impende ressaltar, com lastro nas doutrinas de Othon Sidou³³⁵ e Ivo Dantas³³⁶, que a espécie de provimento injuntivo, seja ele mandamental, condenatório ou constitutivo, está intimamente vinculada ao tipo de postulação. Da mesma forma, os efeitos concretos emanados poderão ser normativos ou materiais, a depender do provimento necessário à salvaguarda do exercício dos direitos questionados.

Adotar uma interpretação mais abrangente dos tipos de medidas exaradas pela autoridade judicial em face do mandado de injunção, implica conferir uma imprescindível capacidade de adaptação às mais diversas situações, as quais o remédio será utilizado com via de resolução, seja, por exemplo, no pleito para, simplesmente, conferir a imunidade tributária veiculada no art. 195, §7º da CRFB³³⁷, para estabelecer prestações alternativas aos que exerceram a escusa de consciência do art. 5º, VIII, da CRFB, ou, ainda, para estabelecer o regramento paredista, momentaneamente aplicado aos servidores públicos (art. 37, VII da CRFB).

Deve-se considerar, contudo, que o cenário de atuação do *writ* é a omissão regulamentar inconstitucional. Como já assinalado, dificilmente a solução da demanda não passará pela edição de um complemento normativo que garanta a eficácia restringida. Quando necessária, essa norma, ao contrário do que possam pensar os críticos de uma postura judicial concretista, funciona como verdadeiro disciplinador da relação concreta examinada, por um lado viabilizando o exercício do direito constitucional e, por outro, formatando a conduta social a partir de limites jurídicos.

Pontue-se que o vácuo regulamentar no sistema jurídico abstrato reverbera no que Alf Ross tratou como o “direito em ação”, ou seja, o conjunto de atos sociais cujas normas jurídicas se prestarão a interpretar³³⁸. Isto realça uma das relevantes funções do remédio injuntivo que, se em primeiro plano se presta a satisfazer a pretensão do impetrante, ao integrar o subsistema de controle de constitucionalidade das omissões, secundariamente, contribui também à garantia da integridade do ordenamento, possibilitando uma cobertura

³³⁵ Op. cit. p. 283.

³³⁶ DANTAS, Ivo. **Mandado de injunção**: guia Teórico e prático. 2a Ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1994, p. 95.

³³⁷ Esta hipótese voltará a ser mencionada quando, mais à frente, tratar-se da linha jurisprudencial concretista intermediária, em especial através de um dos julgados paradigmas, o MI 232-1. Antecipa-se que, após transcorrido o prazo de seis meses, os impetrantes passariam a gozar de imunidade tributária referente à contribuição para seguridade social, atribuída pelo art. 195, §7º da CRFB, ou seja, não houve a edição de norma suplementar, apenas uma determinação judicial, naquele momento, suficiente para a viabilização do direito protestado.

³³⁸ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2ª Ed. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: Edipro, 2007, p.53.

normativa estendida pelo infindável espectro hipotético-fático, explorado no âmbito do modelo concreto de jurisdição constitucional.

Pode-se dizer que, além de o magistrado buscar a resolução da lide, garantindo o direito do impetrado, há um espaço propício para envidar, nas palavras de Dirley da Cunha Júnior, certa dose de criatividade³³⁹, sem, com isso, confundir a atividade decisória com a praxe legiferante. A referida atividade integrativa não constitui uma carta branca ao magistrado, por sua vez limitado à própria orientação dos princípios constitucionais incidentes no caso concreto.

Não por acaso, esta limitação ao manejo discricionário do ordenamento foi estampada por Ronald Dworkin, como o espaço vazio no centro de uma rosca. O autor apregoa que este orifício não se confunde com um vácuo, pois é circundado por uma faixa de limitações as quais ele atribuía aos vetores principiológicos³⁴⁰. Assim também ocorre com algumas decisões judiciais, em um sistema hermeneuticamente aberto pelos princípios.

É inequívoco, por sua vez, que, no âmbito da complementação normativa exigida através do mandado de injunção, estes princípios estão diretamente ligados à máxima eficácia constitucional e ao estabelecimento de condições dignas de existência, consoante os compromissos estabelecidos pelo Estado Brasileiro, objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3, I da CRFB). Neste ponto, o julgador deve deixar de lado quaisquer outras pré-concepções em busca da realização do programa constitucional³⁴¹.

Sob outro ponto de vista, pode-se dizer que, ao suprir a lacuna, tornando efetivo o direito, o mandado de injunção consuma a sua função no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, particularmente no subsistema de controle das omissões.

Certo consolidar que, seja pela edição de um regulamento para o caso concreto, ou via um ato material, esta distinção não conduz a um resultado significativo, visto que o foco do mandado de injunção deve ser a viabilização do direito subjetivo obstaculizado pela inação inconstitucional, independente do meio escolhido pelo julgador.

A inocuidade em separar os tipos de provimento fica explícita quando Clèmerson Merlin Clève decreta que, ao cumprir com seu mister efetivador, o magistrado estará

³³⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. Op. cit. p. 555. Ver também PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 161.

³⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª Ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2014, pp. 50/51.

³⁴¹ No mesmo sentido Hans Georg Gadamer leciona que o exegeta deve despir-se de seus conceitos prévios buscando a fiel tradução da teleologia do texto. Cf. GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Vozes, 1999, p. 578.

“revelando a normatividade já inscrita no dispositivo constitucional”³⁴², ou seja, a própria solução injuncional conduz a um afloramento de uma norma da carta magna, cuja eficácia encontrava-se obstruída.

Ora, neste ponto é possível chegar a dois aspectos cruciais acerca do conteúdo do provimento, primeiramente que a decisão judicial deve lançar mão de toda *medida* necessária à efetivação do direito restringido, neste escopo, existirá sempre um componente normativo intrínseco, seja pela edição de um regulamento que discipline o caso concreto, ou pelo desvelamento do potencial normativo do enunciado constitucional.

Esta análise leva a entender, ainda, que não se pode confundir a finalidade e os efeitos da decisão injuncional com um dos pressupostos ao cabimento do *writ*, qual seja a falta de norma regulamentadora.

Insista-se que o mandado de injunção se presta a viabilizar direitos subjetivos prejudicados pela lacuna ou insuficiência regulamentar, para tanto, a elaboração da norma regulamentadora faltante é uma possibilidade e não uma consequência lógica e automática, conforme supra afirmado.

Convém lembrar, na esteira da doutrina de Flávia Piovesan³⁴³, que a inconstitucionalidade relacionada com a inércia estatal não é solucionada com as técnicas tradicionais de decisão. Isto porque a simples declaração da inconformidade constitucional não surtiria efeito algum, haja vista não existir ato que possa ser atingido pela nulidade decorrente.

Portanto, apenas um comando deflagrador de uma ação idônea à implementação do direito subjetivo vindicado poderá sanar a pecha de inconstitucionalidade concreta gerada pela inação do poder público.

No que tange à natureza dessa decisão, alinhado à orientação de Elaine Harzeim Macedo, defende-se que dependerá do tipo de provimento advindo da situação concreta; no entanto, pode-se assegurar sempre um enunciado declaratório, ao reconhecer o estado de mora do poder público, necessariamente complementado por outro enunciado de caráter mandamental, executivo, constitutivo ou condenatório³⁴⁴, a ser determinado pelas nuances do caso concreto.

Cabe, por fim, indagar sobre o momento da incidência destas medidas concretizadoras, razão pela qual se pergunta:

³⁴² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit. p. 376.

³⁴³ Op. cit. p. 159.

³⁴⁴ Op.cit. p. 739.

5.1.5 Quando a medida injuncional será efetivada?: efeito concretizador indireto, ordenando a expedição do regulamento *com prazo*

A resposta a esta pergunta é consequência da reflexão efetuada no tópico anterior. A decisão injuncional, apta a viabilizar direitos subjetivos obstaculizados pela inércia estatal, mediante outorga judicial direta, deve produzir efeitos imediatos.

Existe, entretanto, a possibilidade de o comando efetivador do direito postulado no *writ* ostentar eficácia diferida.

Importa saber que esta modalidade implica a cisão da decisão judicial em duas etapas, *uma primeira através da determinação para que o órgão impetrado supra a falta/insuficiência da norma regulamentadora em um prazo definido e uma segunda, condicionada ao descumprimento da ordem primaz, voltada à implementação do direito pelo magistrado*. Tais repercussões, encontram perfeita correspondência com o *efeito e)*, arrolado no início deste item 4.1.

Em que pese esta modalidade de efeitos não cercear a capacidade de atuação do julgador, insere um óbice injustificável, a necessidade de aguardar um prazo para a edição de ato pelo poder omisso.

O aditamento desta etapa preliminar à decisão implementadora não só é desnecessário, como contrário à própria natureza de um remédio criado para a disponibilizar direitos inviabilizados pela falta (ou insuficiência) de norma regulamentadora.

Ao aventar esta possibilidade, corre-se o risco de recair no cenário absurdo de aceitar que o impetrado, ao bater às portas do judiciário postulando a remoção do óbice interposto entre ele e a fruição do seu direito, deva aguardar um pouco mais, após ver reconhecida a procedência do seu pedido.

Frise-se que, no saneamento do processo, ao examinar o cabimento do *writ*, o magistrado confrontará a mora do poder público com a razoabilidade do tempo em que o impetrado dispôs para agir na viabilização do direito. Assim, seja pela averiguação do prazo constitucional expresso, ou pela avaliação razoável do tempo transcorrido, ao conhecer a demanda já está atestada a exorbitância de um prazo (implícito ou explícito).

Hodiernamente, após 28 anos da promulgação da Carta Magna brasileira, torna-se cada vez mais difícil sustentar a existência de algum prazo para realização dos comandos dela emanados, em especial a elaboração de espécies legislativas primárias³⁴⁵.

Na doutrina, este efeito não é muito desenvolvido, ou sequer é defendido como efeito principal, mas apenas relatado quando se examina a jurisprudência em torno do assunto, ou, quando muito, figura como uma forma mitigada de autorizar a atuação judicial na implementação de direitos nesta via de ação, sem, contudo, desprestigiar o executivo ou legislativo, consoante apregoava o Ministro Neri da Silveira³⁴⁶.

Ao contrário, na jurisprudência e na nova lei de regência, a abertura de prazo ao órgão omissor para implementar o direito do impetrado, com a possibilidade subsequente de satisfação pelo judiciário foi e continua sendo um dos efeitos mais prestigiados como será demonstrado no Capítulo 5.

Tratando das submodalidades deste efeito, Vicente Greco Filho, ao analisar as dificuldades impostas tanto a uma espécie de provimento meramente declaratório, efeito *a*), quanto ao que promove a integração normativa com eficácia geral pelo judiciário, efeito *b*), admite como alternativa a possibilidade de oportunizar ao poder competente a edição da norma, determinando um prazo. Uma vez descumprido, caberia ao magistrado estabelecer abstratamente o regulamento que viabilizará o direito do impetrado³⁴⁷.

Pelas justificativas opostas à linha que defende a edição de norma geral e abstrata, através do mandado de injunção, capitaneada pelo mesmo autor, rechaça-se também esta proposta. Em síntese, o remédio designado para exercer o controle concreto sobre as omissões inconstitucionais não é via idônea para a adoção de medidas de cunho abstrato. A mencionada preocupação do autor com a preservação da segurança jurídica, evitando a proliferação de

³⁴⁵ Entretanto, apesar de acolher a posição de que o mandado de injunção não está submetido ao aguardo do transcurso de prazo, em vista de sua missão original de dar aplicabilidade imediata aos direitos constitucionais, é forçoso reconhecer esta nem sempre é a posição do STF, na medida que, no MI 653-0/DF, o Ministro Luiz Fux atestou, nos casos de emendas constitucionais que inserem obrigações de legislar não previstas no texto originário, o dever de aguardar um lapso razoável. Cf. STF MI 653-0/DF Decisão Rel. Min. Luiz Fux. j. 5.11.2015, DJe 9.11.2015.

³⁴⁶ O Ministro, acenando com uma postura pacificadora, afirmava: “Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto. É, por isso mesmo, uma posição que me parece concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei.” Cf. Diário da Justiça da União, Ata da 7ª sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, 4 abr. 1995, Seção I, p. 8.266. Disponível em:

<<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=04/04/1995&jornal=4&pagina=18&totalArquivos=128>>. Acessado em 08 de outubro de 2016.

³⁴⁷ Op. cit. p. 84.

decisões normativas integradoras em sentidos diversos, pode e deve ser enfrentada por instrumentos já presentes no ordenamento pátrio, como a repercussão geral, o incidente de demandas repetitivas e a edição de sumulas vinculantes.

Há também juristas, como Flávia Piovesan e Maria Cecília Chaddad, que, ao relatar a evolução jurisprudencial do instituto no STF, apontam para a filiação da Excelsa Corte a uma vertente concretista intermediária, na qual, após o esgotamento de um prazo estipulado pelo julgador, haveria a edição de uma norma específica tutelando o caso concreto³⁴⁸.

Complementando as submodalidades dos efeitos, Carlos Augusto Alcântara Machado, ao tratar do julgamento do STF acerca da reparação econômica, sob o pálio do art. 8º, §3º do ADCT, aos indivíduos impedidos de exercer suas profissões na vida civil em razão de Portarias-Reservadas ao Ministério da Aeronáutica revela, após o exaurimento do lapso arbitrado pelo juízo, a adoção de medidas de natureza não normativa, operacionalizadas com fim de garantir o direito dos impetrados³⁴⁹.

O embate entre estas duas últimas proposições também já fora debatido no item anterior, ao enfrentar qual seria o conteúdo do provimento judicial. Viu-se que o mandado de injunção deve possuir um amplo rol de medidas (normativas e/ou materiais) voltadas à efetivação de direitos, de modo a poder adaptar-se às vicissitudes apresentadas pelo caso concreto.

Finalmente, um último efeito na doutrina apresenta-se na possibilidade de extrair a viabilização de direitos pelo não conhecimento da demanda, descrito alhures como *efeito f): writ não conhecido em razão da existência de norma regulamentadora ou da plena eficácia do dispositivo constitucional*.

Como bem destaca J.J. Calmon de Passos, ao rejeitar o mandado de injunção, fundando-se na existência de “norma regulamentadora aplicável, ou por entender auto-aplicável o dispositivo” em verdade “não houve denegação, porque viabilizado ficou o exercício do direito constitucional.”³⁵⁰

Esta miríade de possibilidades extraídas da literatura jurídica revela, portanto, o potencial deste remédio na efetivação do texto constitucional. Vencida esta etapa, observe-se, adiante, como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal explorou esta capacidade.

³⁴⁸ Op. cit. p. 415.

³⁴⁹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. O mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In. BERTOLDI, Márcia Rodrigues e OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de. **Direitos fundamentais em construção**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 355.

³⁵⁰ Op. cit. p. 125.

5.2 OS EFEITOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO DELINEADOS PELO STF

Cabe esclarecer, preliminarmente, que o estudo dos efeitos do mandando de injunção está centrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por duas razões. A primeira é que competiu ao Pretório Excelso firmar a posição inicial sobre a matéria, sendo sua orientação seguida, praticamente, pela totalidade do judiciário pátrio. Em segundo lugar, nas instâncias inferiores houve baixo grau de resolutividade do mérito das ações impetradas devido, principalmente, ao descumprimento dos seus requisitos básicos, fato justificado por Regina Quaresma, após análise de estudo de caso feito no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, como um certo desconhecimento da nova ferramenta processual por parte dos sujeitos ativos³⁵¹.

Tenha-se presente que, na jurisprudência, a conformação dos efeitos do remédio injuntivo percorreu via própria, independente da movimentação doutrinária. Isto porque, apesar de ser possível identificar julgados que traduzam posições advindas da literatura jurídica, a Egrégia Corte relutou em alinhar-se aos ecos majoritários da doutrina, fazendo com que o instituto percorresse uma lenta via evolutiva até sacramentar uma posição concretista, inequivocamente mais adequada.

Outrossim, a diversidade de consequências advindas da literatura jurídica também não foi refletida na jurisprudência da Corte Suprema que, a grosso modo, quedou-se restrita a três posições, não concretista, concretista intermediária e concretista direta, tal qual afirma o ministro Neri da Silveira³⁵². Contudo, buscar-se-á desdobrar as nuances dos casos paradigmáticos e, com isso, identificar as repercussões doutrinárias delineadas no tópico 4.1.

Atenta-se, neste ponto, que a exposição delineada a seguir procura analisar a evolução jurisprudencial enfatizando, além da identificação das modalidades de efeitos emanados da

³⁵¹ Op. cit. p. 68 e 137.

³⁵² Op. cit. p. 8.265. No original, o Ministro sintetiza as posições esposadas pela Corte da seguinte forma: “Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do Mandado de Injunção nº 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero intermediária. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabelecerá na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto.”

doutrina, a influência das posições minoritárias e da sucessão dos ministros do Supremo no tratamento do instituto, bem como o impacto das posições predominantes em cada época sobre a utilização do remédio.

5.2.1 Os efeitos não concretistas: *leading case* MI 107-3/DF

A primeira vez que o Supremo se manifestou sobre os efeitos do mandado de injunção foi na questão de ordem no MI-QO 107-3/DF³⁵³, julgada em 23.11.1989. Nesta sessão, estavam presentes os Ministros Moreira Alves (relator), Celso de Melo, Sepúlveda Pertence, Paulo Brossard, Célio Borja, Carlos Madeira, Octávio Galotti, Sydney Sanches, Aldir Passarinho e Néri da Silveira. Ausente o Ministro Francisco Resek.

Neste processo, a matéria de fundo versava sobre a estabilidade e os requisitos de licenciamento para o servidor militar, dependente de regulamentação, a teor do art. 42, §9º da CRFB. Entretanto, em face da controvérsia acerca da aplicabilidade do mandado de injunção o STF debruçou-se na referida questão de ordem.

No seu parecer, o Subprocurador Geral da República recomendou cautela na simples afirmação da autoaplicabilidade fundada no art. 5º, §1º da CRFB, asseverou que antes era preciso definir a finalidade do remédio, através da análise da natureza jurídica do provimento a ser exarado³⁵⁴. Rechaçando a possibilidade de o mandado de injunção promover efeitos concretos, pugnou por afastar a autoaplicabilidade do instituto. Tal posicionamento fora, em seguida, parcialmente refutado pelo Procurador Geral da República³⁵⁵.

³⁵³ “Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. – Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular do direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. – Assim finada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte – que está devidamente definida pelo artigo 102, I, q – , auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator.” (STF – MI-QO 107-3 – DF. Rel. Min. Moreira Alves, j. 23.11.89, DJU 21.10.90, p. 1.).

³⁵⁴ STF – MI-QO 107-3 – DF, op. cit. p. 18.

³⁵⁵ “O parecer, brilhante em toda sua extensão, oferece elementos seguros para a decisão a respeito da aplicabilidade do preceito constitucional que contempla o mandado de injunção. Ouso não aderir, no entanto, à sua parte conclusiva. [...] parece que a conclusão no sentido de que o preceito carece de complementação legislativa termina por esvaziar ou, pelo menos, reduzir consideravelmente a utilidade desse instrumento, na

Como já indicado na manifestação do *parquet*, muito embora o ponto central da questão de ordem fosse a aplicabilidade do mandado de injunção, foi a definição dos seus efeitos, tema adjacente, que fomentou a maior controvérsia a partir deste *leading case*.

O voto inaugural do Ministro Moreira Alves, chancelado por todos os presentes, abriu o entendimento de que o provimento injuncional deveria se limitar à declaração da mora inconstitucional, seguida da comunicação ao órgão omisso, identificando o que foi visto no tópico anterior como efeito *a*).

Para lastrear este posicionamento, o Ministro tratou, primeiramente, de alvejar as vertentes concretistas apresentando, além do já conhecido argumento da afronta à separação de poderes, um aparente paradoxo: a impossibilidade de o judiciário criar normas inter-partes versando sobre direitos de caráter coletivo, como algumas prerrogativas ligadas à soberania popular (plebiscito, referendo e iniciativa popular), cujo tratamento desigual levaria à insegurança jurídica e, por outro lado, a inviabilidade de obter uma decisão judicial de caráter *erga omnes*, avocando uma capacidade de invenção no ordenamento que seque a ADI-O possuía³⁵⁶.

Ademais, assevera que os protestos contra a vertente não concretista, acusada pela falta de eficácia da medida eminentemente declaratória, não levariam em conta que o mesmo ocorre com a ADI-O, cujo objeto transcenderia aos meros interesses individuais da ação injuntiva, sobrelevando à proteção do ordenamento e do interesse público. Bem assim, suscita que a própria iniciativa de cientificar o órgão omisso para tomar as medidas cabíveis agrega ao instrumento um caráter mandamental suficiente para satisfazer o déficit de eficácia da norma constitucional discutida, todavia, pondera que este comando deve ser guiado pelo respeito à separação dos poderes³⁵⁷.

Vê-se, portanto, na visão do Supremo, a impossibilidade de aderir ao chamado efeito *d*), retratado na doutrina, já que não coadunaria com o primado republicano a utilização de meios coercitivos que municiassem a ordem direcionada ao Poder omisso para baixar o ato regulamentador. Por esta linha, permite-se questionar até mesmo o caráter mandamental da decisão injuntiva, vez que, desprovida dos inerentes meios de força³⁵⁸.

finalidade de tornar operante o exercício dos direitos e liberdades constitucionais.” cf. STF – MI-QO 107-3 – DF, op. cit. p. 24-26.

³⁵⁶ MI-QO 107-3, Op. cit. p. 38-39.

³⁵⁷ MI-QO 107-3 op. cit. p. 45.

³⁵⁸ Sobre o inerente requisito coercitivo das decisões mandamentais Alexandre Freitas Câmara ressalta que este tipo de comando caracteriza-se pelo “emprego exclusivo de meios de coerção, não podendo ser executada (no sentido próprio do vocábulo) em razão da natureza do dever jurídico a ser cumprido pelo condenado.” Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. I. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 458.

Muito embora o voto do Ministro Relator tenha sido acompanhado de forma unânime, não escapou de advertências, como aquelas acentuadas pelo Ministro Sepúlveda Pertence ao evidenciar o risco de ineficácia da decisão mandamental, bem como do paralelismo dos efeitos com a ADI-O, a despeito de ser considerada a possibilidade do *writ* provocar a suspensão dos processos judiciais e administrativos que possam frustrar a eficácia da norma futura, o que, nas palavras do Ministro, delegaria ao remédio injuntivo uma função cautelar³⁵⁹.

Ao final de seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence faz ainda uma relevante indicação do próximo passo a ser adotado pela jurisprudência da excelsa corte, a adoção de efeitos concretos para suprir a omissão, após esgotar o prazo a ser cominado pelo julgador³⁶⁰.

Outro posicionamento que também merece destaque é o adotado pelo Ministro Célio Borja. O único dos ministros na presente sessão a professar, antecipadamente, uma posição concretista, optou por ater-se estritamente ao objeto da questão de ordem (a auto-aplicabilidade do mandado de injunção) e não adentrou à seara dos efeitos do *writ* por não desejar antecipar os argumentos de um futuro voto em face de outra ação injuntiva da qual era relator. Indicou, contudo, sua discordância da posição majoritariamente defendida na Corte³⁶¹.

No julgamento de mérito, em 21.11.1990, quase um ano depois de proferido acórdão sobre a questão de ordem, o cenário era outro. Não obstante o MI 107-3/DF não ter sido conhecido pelo acolhimento de ilegitimidade ativa, verifica-se a chegada de dois membros na Suprema Corte com papel fundamental na virada da jurisprudência sobre os efeitos do

³⁵⁹ MI-QO 107-3/DF, Op. cit. p. 73 e 76.

³⁶⁰ “Os instrumentos constitucionais, Sr. Presidente, não chegam prontos com a promulgação da Constituição. Como Todo objeto cultural, são dinâmicos e estão sempre, permanentemente, a construir-se e a reconstruir-se. Por isso, não afasto, até, que a solene declaração de mora constitucional do Poder competente, pelo Supremo Tribunal Federal, quando não leve o Poder competente a purgar a essa mora constitucional em prazo razoável, possa vir, amanhã, a servir de acicate à ampliação dos limites do poder jurisdicional de integração da norma constitucional, paralisada pela omissão do órgão político.” MI-QO 107-3/DF, Op. cit. p. 78.

³⁶¹ Repise-se que a Revista Forense de junho de 1989, publicada antes da sessão do MI 107-3/DF, já veiculava a transcrição de uma conferência lecionada pelo Ministro Célio Borja, em defesa dos efeitos concretos do remédio neófito (Cf. Op. cit. p.43). Como foi assentado, o sobredito Ministro não quis antecipar sua posição com relação aos efeitos, por ocasião do seu voto no julgado ora discutido. Sendo assim, aludindo ao pronunciamento feito alhures, esquivou-se nos seguintes termos: “Tenho, Sr. Presidente, algumas notas a respeito do tema, que vou pedir vênua para não ler porque sendo Relator de um outro mandado de injunção, nele deverei despachar, de sorte que usarei, para resolver esta preliminar naquele mandado de injunção, as idéias que desenvolvi em conferência que pronunciei, há alguns meses, em Fortaleza, na seção cearense da Ordem dos Advogados. Neste trabalho concluo admitindo a auto-aplicabilidade do mandado de injunção. É certo que as minhas posições não coincidem exatamente com todas as do eminente Ministro Moreira Alves, no seu brilhantíssimo voto, mas é evidente que o tempo fará, Sr. Presidente, com que as necessidades da vida venham buscar no Tribunal as soluções adequadas, e o Tribunal certamente não as recusará.” (MI-QO 107-3/DF, Op. cit. p. 83).

remédio, os Ministros Marco Aurélio³⁶² e Carlos Velloso³⁶³. Este último, em voto vista, já adiantava a linha alvissareira recém-chegada, afirmando que o mandado de injunção se presta a suprir a falta da norma viabilizadora do exercício do direito, seja pela criação de um regramento específico ao caso concreto, ou, na linha até aqui sustentada, através da adoção de qualquer medida capaz de proteger o direito vindicado³⁶⁴.

Perceba-se, *data máxima venia*, que a Corte, não obstante no primeiro momento ter reconhecido a autoaplicabilidade do remédio, como direito fundamental que é, promoveu o já comentado³⁶⁵ esvaziamento de eficácia do *writ*, equiparando-o à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, medida que, como foi demonstrado, desconhece completamente a vocação natural da ação, cujo escopo, já amplamente defendido, é a viabilização dos direitos do impetrante.

Ao adotar este tipo de decisão, o Supremo ignorou a hermenêutica sistemática, desconsiderando a máxima eficácia constitucional. Do mesmo modo, entrou diversas vezes em contradição, ao afirmar a vocação do remédio no combate às omissões estatais e ressaltar o prejuízo causado por esta inércia, recolhendo-se, ao final, em uma posição de aparente respeito ao princípio republicano, distorcidamente convolado na ultrapassada separação hermética entre os poderes.

A análise dos votos da questão de ordem demonstra que a Corte Suprema, à revelia dos argumentos retro expostos, optou por aproximar o mandado de injunção da ADI-O, conferindo ao remédio constitucional o mesmo tipo de provimento da ação de controle abstrato e, conseqüentemente, negando sua vocação como via concretizadora de direitos fundamentais.

5.2.2 Os efeitos concretistas mediatos: MI nºs 232-1/RJ, 283-5/DF, 284-3/DF e 543-5/DF

Pode-se afirmar que, apesar de continuar figurando em alguns julgados³⁶⁶, este provimento não concretista não permaneceu como única via de efeitos do mandado de injunção por muito tempo. Após, aproximadamente, um ano e três meses da primeira

³⁶² Em substituição ao Ministro Carlos Madeira.

³⁶³ Ocupando a vaga deixada pelo Ministro Francisco Resek.

³⁶⁴ STF – MI 107-3 – DF. Rel. Min. Moreira Alves, j. 21.11.90, DJU 02.08.91, p. 9.

³⁶⁵ Vide item 4.1.1.

³⁶⁶ Cf. MI 470-6/RJ, MI 430-7/DF, MI 457-9/SP e MI 486-2/RJ.

deliberação sobre os efeitos, no MI-QO 107-3/DF, o tema voltou à baila na sessão de 06.02.1991, no MI 232-1/RJ, novamente sob relatoria do Ministro Moreira Alves.

Neste processo, o Centro de Cultura Professor Luiz Freire postulava, na condição de entidade beneficente de assistência social, a imunidade tributária prescrita no art. 195, §7º da CRFB³⁶⁷. Após decidirem pelo conhecimento da ação, refutando, por maioria, preliminar de ilegitimidade ativa, os ministros debruçaram-se sobre o mérito. Votaram nessa sessão, além do Relator Ministro Moreira Alves, os ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso. Em razão do pedido de vista do Ministro Célio Borja, o julgamento só fora concluído em 02.08.91 com o seu voto, bem como as decisões dos Ministros Sepúlveda Pertence, Octavio Gallotti e Sidney Sanches. Não se manifestaram, na ocasião, os Ministros Neri da Silveira, Paulo Brossard e Ilmar Galvão³⁶⁸.

A mudança na orientação dos efeitos pode ser constatada já no voto do Ministro Relator que, sucintamente, constatou a ausência de lei regulamentando o dispositivo constitucional e deferiu parcialmente o pedido do impetrante nos seguintes termos:

[...] o defiro para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, §7º, da Constituição, sob pena de, vencido este prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida³⁶⁹.

É forçoso pontuar a metamorfose do posicionamento do Ministro Moreira Alves, não obstante sua posterior alegação, em confirmação de voto, de que manteve a mesma linha adotada no MI-QO 107-3/DF. Para o eminente Ministro, ao deferir o pleito, após oportunizado prazo para correção da mora legislativa, não houve “atuação legislativa” do judiciário.

De fato, como já aventado no tópico anterior, especificamente no desenvolvimento do efeito *e.l*), ao determinar o gozo da imunidade tributária, ainda que de forma mediata, a decisão judicial conduz precipuamente um ato material, com comando direto, outorgando o direito postulado³⁷⁰.

Sem embargo, não há como refutar que, mesmo sem desenvolver uma norma complexa para o caso concreto, o voto do Ministro Relator, acompanhado pela maioria dos

³⁶⁷ Art. 195, § 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

³⁶⁸ Recém-Chegado à Suprema Corte, em substituição ao Ministro Aldir Passarinho.

³⁶⁹ STF – MI 232-1/RJ Rel. Min. Moreira Alves. J. 02.08.1991, publ. D.J. 27.03.1992, p. 48.

³⁷⁰ Trazendo a ressalva retro mencionada, não se exclui o inerente conteúdo normativo do dispositivo sentencial, mas salienta-se que não há uma elaboração, ou uso por analogia, de um regramento complexo direcionado à disciplina da matéria.

presentes nas duas sessões plenárias, iniciou efetivamente uma mudança de rumos no instituto, de volta às suas origens concretistas, haja vista a possibilidade, mesmo diferida, do remédio emanar consequências reais voltadas à realização do direito obstado.

Ainda assim, haveria um longo caminho a ser percorrido até a chancela jurisprudencial da adequada via concretista direta. Esta trilha continuava sendo demarcada pelos ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja, que mantinham viva a dissidência em prol da efetivação imediata dos direitos postulados.

Com acerto, o Ministro Marco Aurélio reafirma o entendimento esposado no MI 107-3/DF, na defesa da substancialidade do mandado de injunção. Em seu voto, no caso em exame, acentua que, apesar da omissão normativa ser premissa autorizadora da intervenção jurisdicional, o provimento deverá sempre ser direcionado à viabilização do direito em espécie, não havendo nenhuma identidade com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão³⁷¹.

Além disso, o comentado Ministro chama a atenção para evidências da ineficácia da linha não concretista assumida pelo Pretório Excelso ao revelar que, mesmo após a comunicação da mora legislativa em precedente idêntico, o Congresso não supriu as expectativas do judiciário em atinar-se para a deliberação judicial, razão pela qual já existia uma reclamação constitucional em curso, cujo objeto seria o não atendimento à decisão do Supremo.

Entende-se que, mesmo não tendo sido tão explícito, ao estabelecer uma mudança em relação ao entendimento inicial sobre a matéria, o Ministro Moreira Alves, buscando uma solução intermediária para a efetividade do provimento judicial, rendeu-se ao fracasso das primeiras decisões eminentemente declaratórias, evidenciado pela perpetuação da inércia dos órgãos omissos.

Sabe-se que, em seu voto, o citado Ministro Relator não mencionou nenhum precedente, entretanto, estribou-se no art. 59 do ADCT³⁷², para estabelecer o prazo de seis meses outorgados ao legislador com fito de elaborar a regulamentação de algumas matérias, dentre elas o benefício que alude o art. 195, §7º da CRFB.

³⁷¹ MI 232-1/RJ Op. cit. p. 49.

³⁷² Pela letra da Constituição, em 06.02.1991, 29 meses após a promulgação da Constituição (marco inicial da contagem do prazo), a lei que regulamentaria a imunidade discutida no MI 232-1/RJ já deveria estar vigente e em processo de implementação progressiva, senão veja-se o teor do paradigmático dispositivo:

Art. 59. Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los.

Parágrafo único. Aprovados pelo Congresso Nacional, os planos serão implantados progressivamente nos dezoito meses seguintes.

Demonstrando a mesma timidez dedicada ao instituto no *leading case*, o judiciário perde uma nova oportunidade de avançar rumo à vocação concretista natural do *writ*. Isto porque, não só já tivera alertado o órgão omissor, como bem destacou o Ministro Marco Aurélio, como, também, constatou o esgotamento peremptório do prazo conferido pelo constituinte à regulamentação da matéria. Ainda assim, preferiu condicionar a implementação direta da imunidade tributária ao descumprimento de novo prazo.

Diga-se mais, mesmo com todas as sinais indicando qual a direção certa a ser tomada, o Egrégio Colegiado optou por refutar a solução normativa, citada ao estudar o efeito *c.1)* e apontada pelos Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja, que, mesmo minoritariamente, convergiram para sugerir a adoção dos critérios do Código Tributário Nacional relativos à concessão da mencionada imunidade.

Com maior estranheza, capta-se, *data máxima venia*, rara contradição no douto voto do Ministro Sepúlveda Pertence que, fugindo a sua clareza peculiar, aderiu ao uso analógico do CTN no atinente aos critérios utilizados para discernir as entidades beneficentes titulares do benefício tributário, solucionando a questão preliminar de ilegitimidade. No entanto, recusava-se a aplicar a analogia para disciplinar o modo de fruição deste direito, sob o pálio de que se estaria legislando.

Ora, indaga-se, importar requisitos tipificadores dos beneficiários seria uma medida menos normativa do que extrair o meio de viabilizar a vantagem legitimamente conferida pela Constituição? Com todo respeito, parece que não. Este tipo de paradoxo matiza a fragilidade da linha não concretista, demonstrando, além da sabida ineficácia do provimento declaratório, a inadequação da espécie decisória transplantada da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Já ciente da solução concretista mediata que começava a ser engendrada pelo Ministro Moreira Alves na primeira sessão de julgamento do MI 232-1/RJ, em 06.02.1991, o Ministro Sepúlveda Pertence, primeiro a antever esta providência, ainda no primogênito MI 107-3/DF³⁷³, adotou postura semelhante no MI 283-5/DF, sob sua relatoria, deliberado na sessão de 20.03.1991.

O julgado em questão orbitava em torno da reparação econômica destinada aos cidadãos impedidos de desempenhar sua atividade profissional na vida civil, em decorrência

³⁷³ MI-QO 107-3/DF, Op. cit. p. 78.

de portarias exaradas pelo Ministério da Aeronáutica em 1964, tal qual estabelece o art. 8º, §3º do ADCT³⁷⁴.

Na linha do Relator, declarando a mora legislativa do Estado, aditou ao dispositivo decisório um prazo de quarenta e cinco dias (mais quinze dias para sanção presidencial) para elaboração da norma legal, bem como estabeleceu a possibilidade de o impetrante postular judicialmente perdas e danos no caso de descumprimento da ordem³⁷⁵.

Por este precedente, restou claro que a posição concretista não havia sido adotada pelo Pretório Excelso, entretanto, ao estabelecer a possibilidade de compensação pelos danos causados ao jurisdicionado, constituindo um título executivo judicial, ficou evidente que a Corte progredia ao direcionar o provimento injuntivo em prol do impetrante, ainda que através de uma postura avessa à concessão da tutela específica³⁷⁶.

Ademais, nota-se que, neste caso, o Supremo adotou uma técnica decisória mais detalhada, semelhante à concretização mediata do direito do impetrante via medida normativa *inter partes*, tal qual ilustrado no efeito *e.2*). Ao invés de simplesmente determinar o pagamento da indenização aos servidores da aeronáutica, autorizou a liquidação dos valores pela via ordinária, bem como estabeleceu os limites da coisa julgada em relação à eventual regulamentação superveniente.

Uma das críticas mais recorrentes a este tipo de efeito decisório era a estipulação de prazo para a implementação do direito já reconhecido ao impetrante. Tanto a doutrina³⁷⁷ quanto os próprios Ministros alinhados à posição de vanguarda questionavam a eficácia diferida do provimento, contrastando-a com a emergência dos pedidos apresentados ao judiciário, já em razão de uma mora pré-existente.

O próprio Relator, mesmo seguindo a linha majoritária da época, manifestou algum desapontamento ao decidir pela procedência do pedido, sem, contudo deferir imediatamente as medidas concretas, sobremaneira necessárias. Leia-se:

³⁷⁴ Art. 8º, § 3º Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

³⁷⁵ “Mandado de injunção, mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, § 3o, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em Juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos.” (STF - MI 283-5 – DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 6.3.91, D.J. 14.11.91, p. 1-2.)

³⁷⁶ Neste mesmo sentido trataram CUNHA JR. Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria de prática.** cit. p.151 e PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do estado legislador.** 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 205.

³⁷⁷ Vide item 4.1.5.

Lamento, em casos como este, que o direito positivo – segundo a orientação da Corte, à qual, em termos dogmáticos, me mantenho solidário –, não dê instrumentos mais eficazes, pelo menos, para induzir à urgência no suprimento da omissão inconstitucional do poder Legislativo, cuja persistência frustra a eficácia da Constituição e pode eventualmente engajar a responsabilidade patrimonial do Estado³⁷⁸.

Este tema fomentou um interessante debate entre o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Moreira Alves. O primeiro, corretamente, aduzia que, além do prazo para consecução do direito, a remessa à instância inferior perfazia uma indevida transferência de competência e traria consequências indesejadas, como a variação de parâmetros para fixação do *quatum debeatur*³⁷⁹. Por outro lado, o segundo preocupava-se com a inviabilização da pauta do Supremo em face da multiplicação de processos da mesma espécie, exigindo ainda a necessidade da Corte Extraordinária imiscuir-se na liquidação do acórdão³⁸⁰.

Persistindo na crítica à posição dominante, o Ministro Marco Aurélio ressalta a impropriedade aplicada à repetida “comunicação ao Congresso Nacional”, aplicando argumentos já expostos neste trabalho, pontua que “um Poder não compele o outro a atuar no campo pertinente à atividade precípua, muito menos assinado-lhe prazo para tanto”. Nesta explanação, o Ministro sintetiza o antagonismo entre as posições até então adotadas pela Corte Suprema e o argumento apresentado em desfavor de uma posição concretista direta, qual seja: a quebra da harmonia entre os poderes.

Como se sabe, conquanto a sinalização de pesar pudesse indicar um progresso maior em direção dos efeitos concretos imediatos, a orientação do Supremo permaneceu no sentido de declarar a mora, comunicando ao órgão omissor e estabelecendo uma eventual implementação futura do direito, caso a inércia persistisse.

No mesmo julgado, interessante citar o voto vencido do Ministro Carlos Velloso, como ilustração ao já tratado efeito *c.2*). Visando estabelecer, de modo direto e imediato, a prestação a que fazia jus o impetrante, estabeleceu uma norma particular, requerida a partir das vicissitudes do caso concreto. Desta forma, o Ministro fixou os parâmetros para o cálculo

³⁷⁸ MI 283-5/DF. Op. Cit. p. 13.

³⁷⁹ MI 283-5/DF. Op. cit. p. 26-28.

³⁸⁰ Reforce-se que o argumento do Ministro Moreira Alves não atingia âmago da questão, apenas adiava a solução do caso, temendo a proliferação de demandas. Em recente reflexão sobre o acesso à justiça e a cultura de litigiosidade no Brasil, Janaína Penalva decreta a injustiça provocada por um “judiciário desautorizado” é ainda mais assustadora. Com acerto, concluiu que “o principal medidor do acesso à justiça é o fim do conflito” e, em uma observação perfeitamente cabível à situação em exame, arremata: “Se a quantidade de ações cresce e o estoque de processos não julgados também cresce, o Judiciário é apenas uma casa de passagem do conflito e não o lugar do seu fim”. Cf. PENALVA, Janaina. Há cultura do litígio no Brasil?: ideias livres sobre Justiça e judiciário. In. STOCO, Rui; PENALVA, Janaína (org). **Dez anos de reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2015, p.175

da indenização, adotando como base o “maior salário pago a piloto na aviação comercial brasileira” a ser informado pelo sindicato da categoria e multiplicado pelo número de meses que o indivíduo esteve impedido de exercer sua profissão. Indo além, autorizou o impetrante a habilitar-se em aposentadoria especial custeada pela União, através da Previdência Social³⁸¹.

Constata-se facilmente o incremento na complexidade deste verdadeiro ato normativo, em comparação à providência de simplesmente deferir o gozo de certa imunidade tributária.

Assim como os efeitos meramente declaratórios, o provimento concretista mediato, normativo ou material, não obteve sucesso em dissuadir o Poder Público de sua postura desidiosa, malgrado constatado no MI 284-3/DF, quando, em 22.11.91, menos de um ano após o julgamento do MI 283-5/DF, com mesmo objeto, a situação de mora quedava-se inalterada.

Ao invés de deferir a imediata reparação econômica, de logo fixando os requisitos do cálculo, homenageou-se o caminho mais tortuoso, enviando os impetrantes à liquidação dos valores em primeira instância³⁸².

Em vista do tímido avanço da jurisprudência, pode-se observar a afrontosa recalcitrância do legislativo e do executivo em atender ao chamado do judiciário. Uma simples consulta aos precedentes pretorianos já revela que o problema atravessou a década de 90 chegando ao ano 2000³⁸³.

Como exemplo de que o prazo conferido ao órgão omissor não é um meio de pressão eficaz, pode-se citar o MI 543-5/DF, julgado em 26.10.2000, versando sobre a mesma matéria, indicando a perpetuação do *status* de mora.

Neste julgado, o Supremo lapidou o entendimento já esposado no MI 283-5/DF e 284-3/DF. Deflagrada por um questionamento do Ministro Sepúlveda Pertence, iniciou-se uma discussão acerca da natureza da ação judicial subsequente ao reconhecimento da mora, no caso do dever de indenizar os servidores da aeronáutica, por força do art. 8º, §3º do ADCT³⁸⁴.

³⁸¹ MI 283-5/DF Op.cit. p. 36.

³⁸² Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se "prescindível nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, "desde logo", a possibilidade de ajuizarem, "imediatamente", nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório. (STF – MI 284-3/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 22.11.1991 Publ. D.J. 26.06.92, p. 2).

³⁸³ Neste ponto, cai por terra a teoria inicialmente aventada por Michel Temer, de que a constatação e comunicação da mora ao Poder omissor serviria como uma sanção de “vergonha política”. Cf. TEMER, Michel. Mandado de injunção e seus limites. **Revista de Direito Público**, n. 98, ano 24, abril-junho, 1991, p. 28.

³⁸⁴ STF – MI543-5/DF. Rel. Min Octavio Gallotti. J. 26.10.2000 publ. D.J. 24.05.2002, p. 49.

Após mais de uma década da promulgação da Constituição de 1988, também passados diversos³⁸⁵ mandados de injunção com o mesmo objeto e igual provimento, discutia-se o dilema dos ex-servidores da aeronáutica que, além de terem sido impedidos de exercer sua profissão durante o conhecido período dos Anos de Chumbo, estavam à beira de se depararem com o reconhecimento judicial de seu direito e, ato contínuo, se virem obrigados a retornar à *via crucis* processual nas instâncias ordinárias, com fito de receberem o valor já atestadamente devido. Nas palavras do Ministro Ilmar Galvão, “um absurdo!”³⁸⁶

Infelizmente, a posição da Excelsa Corte continuou privilegiando soluções ortodoxas. Ao invés de aderir aos votos dos Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão, que defendiam o arbitramento direto da reparação econômica, a maioria do tribunal preferiu sacramentar a necessidade de uma nova ação em primeiro grau, apenas para liquidar o valor da indenização, independente de sentença condenatória³⁸⁷. Dispensou-se, também, a notificação da mora ao Poder omissor.

O parlamento e o executivo sustentaram o vácuo legislativo até o dia 14.11.2002, quando foi publicada a Lei Federal nº 10.599, disciplinando o referido dispositivo constitucional. Contudo, demais atos normativos inferiores continuam sendo necessários à concessão da indenização ora estudada, como portarias do Ministério da Justiça e pareceres, de que tratam o art. 3º, §2º do referido diploma legal³⁸⁸. Esta constatação é verificada pelas próprias ações injuncionais impetradas após sobredita norma³⁸⁹.

³⁸⁵ Vide MI 384-0/RJ, MI 429-3/RJ, MI 355-6/DF e MI 439-1/RJ.

³⁸⁶ MI 543-5/DF, Op. cit, p. 66.

³⁸⁷ CONSTITUCIONAL ART. 8º, §3º DO ADCT ANÍSTIA. REPARAÇÃO ECONÔMICA ÀQUELES QUE FORAM IMPEDIDOS DE EXERCEREM, NA VIDA CIVIL, ATIVIDADE PROFISSIONAL. PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. MORA DO CONGRESSO NACIONAL. PROJETOS DE LEI VETADOS PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. WRIT PRETENDE A MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO DESTE TRIBUNAL, PARA QUE ESTE FIXE OS LIMITES DA REPARAÇÃO E ACOMPANHE A EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO. O TRIBUNAL DECIDIU ASSEGURAR, DE PLANO, O DIREITO À INDENIZAÇÃO, SEM CONSTITUIR EM MORA O CONGRESSO NACIONAL, PARA, MEDIANTE AÇÃO DE LIQUIDAÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DE SENTENÇA DE CONDENAÇÃO, A FIXAR O VALOR DA INDENIZAÇÃO. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO EM PARTE. (MI 543-5/DF, op. cit. p.33).

³⁸⁸ Prescreve a Lei Federal 10.599/02: Art. 3º§ 2º A reparação econômica, nas condições estabelecidas no caput do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, será concedida mediante portaria do Ministro de Estado da Justiça, após parecer favorável da Comissão de Anistia de que trata o art. 12 desta Lei.

³⁸⁹ MANDADO DE INJUNÇÃO. ARTIGO 8º, § 3º DO ADCT. DIREITO À REPARAÇÃO ECONÔMICA AOS CIDADÃOS ALCANÇADOS PELAS PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. MORA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL. 1 - Na marcha do delineamento pretoriano do instituto do Mandado de Injunção, assentou este Supremo Tribunal que "a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, "hic et nunc", de uma situação de inatividade inconstitucional." (MI 543, voto do Ministro Celso de Mello, in DJ 24.05.2002). Logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão do dever de legislar, passados quase quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como

Afora as matérias relativas à concessão de imunidade tributária (art. 195, §7º da CRFB) e à indenização devida aos anistiados (art. 8º, §3º do ADCT), o Supremo ainda se mostrava reticente em estipular prazos ao cumprimento do dever de legislar, como visto, respectivamente, nos trechos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Sydney Sanches em sede do MI 361-1/RJ, onde se discutia a regulamentação do teto anual dos juros reais (art. 192, §3º da CRFB), senão veja-se:

No caso, entretanto, não vejo como cominar qualquer consequência, se ultrapassado o prazo.[...] [...] se o Congresso não elaborar no prazo, que vier a ser fixado pelo Supremo, qual será a consequência? A Constituição não prevê. E enfatiza a independência dos Poderes da União (art. 2º) de sorte que o Judiciário não pode invadir a área de atuação estrita do legislativo.³⁹⁰

Em que pese a evolução relativa à primeira corrente, o STF continuava conferindo ao instituto uma disciplina muito aquém de suas potencialidades.

A doutrina já denunciava a insuficiência desta posição intermediária. Nas palavras de Regina Quaresma, o *writ* padecia de um processo de esvaziamento, vez que o Supremo, ao remeter o julgamento do feito à primeira instância obrigava a parte a ingressar duas vezes em juízo, tornando o remédio uma providência inócua³⁹¹.

5.2.3 Os efeitos concretistas imediatos - MI nºs 712-8/PA, 708-0/DF, 670-9/ES e 721-7/DF.

O marco mais importante na disciplina pretoriana do mandado de injunção foi definido no julgamento sobre a efetivação do direito de greve dos servidores públicos, referenciado pelo art. 37, VII da CRFB. Segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, operou-

resultado da decisão de outros mandados de injunção. 2 - Neste mesmo precedente, acolheu esta Corte proposição do eminente Ministro Nelson Jobim, e assegurou "aos impetrantes o imediato exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo § 3º do art. 8º do ADCT, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização. 3 - Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão judicial. O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do "quantum" devido. 4 - Mandado de injunção deferido em parte. (STF - MI 562-9/RS, Rel. Ministro Carlos Velloso, J. 20/02/2003, publ. D.J. 20-06-2003).

³⁹⁰ STF - MI 361-1/RJ, Rel. Ministro Neri da Silveira, J. 08.04.1994, publ. DJ. 17.06.1994, p. 76 e 77.

³⁹¹ Op. cit, p. 84.

se verdadeira viragem jurisprudencial a uma “solução normativa e concretizadora”³⁹². Já o Ministro Sepúlveda Pertence, atuante desde o julgamento do *leading case*, disse estar testemunhando uma “virada radical” no entendimento sacramentado pela Excelsa Corte³⁹³.

Impende destacar que a manifestação paredista dos funcionários do Estado já havia sido questionada por diversas vezes na via injuncional, todavia jamais se ultrapassou os limites da decisão declaratória da mora, com a devida comunicação ao Congresso Nacional³⁹⁴.

De igual modo, o MI 670-9/ES iniciou com a indicação da simples comunicação da mora legislativa ao legislador, como se extrai do voto do relator original, Ministro Mauricio Corrêa, em 15.05.2003³⁹⁵. Porém, após o pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, só voltou à pauta em 07.06.2006, em julgamento conjunto com os MI’s 708-0/DF e 712-8/PA. Saliente-se que, neste momento, o Supremo já apresentava uma composição de ministros bastante renovada, em relação àquela que julgou os primeiros casos paradigmáticos³⁹⁶.

Com a aposentadoria do Ministro Mauricio Corrêa³⁹⁷, o próprio Ministro Gilmar Mendes fora redesignado para a relatoria do MI 670-9/ES. Em seu voto, indicou que a Constituição de 1988 abriu a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, atribuindo significado à omissão do legislador³⁹⁸.

Mesmo reconhecendo as deficiências das primeiras decisões sobre os efeitos do *writ*, na linha do que já foi defendido neste trabalho, o novo Relator afirmou que os MI’s 232-1/RJ, 283-5/DF e 284-3/DF sinalizaram um avanço³⁹⁹.

No entanto, aderindo à posição defendida pelo Ministro Carlos Velloso desde a criação do instituto, concordou que a decisão emanada deveria ofertar uma solução imediata à questão posta em juízo. Sendo assim, num claro exemplo de normatização supletiva, propôs a

³⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. (org.) **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 31-32.

³⁹³ STF – MI 712-8/PA. Rel. Min. Eros Grau. J. 25.10.2007, publ. DJe. 30.10.2008, p. 462.

³⁹⁴ MI 20-4/DF, MI 438-2/GO, MI 485-4/MT, MI 585-9/TO e MI 631-8/MS.

³⁹⁵ STF – MI 670-9/ES, Rel. original Ministro Mauricio Corrêa, Rel. redesignado Ministro Gilmar Mendes, J. 25.10.2007, publ. DJe. 30.10.2008, p. 12.

³⁹⁶ Em 07.06.2006 a Corte Suprema era majoritariamente composta por ministros empossados do ano 2000 em diante, é o caso da Ministra Ellen Gracie (14.12.2000), pelos Ministros Cezar Peluso (25.06.2003), Ricardo Lewandowski (16.03.2006), Joaquim Barbosa (25.06.2003), Eros Grau (30.06.2004), Carlos Ayres Brito (03.05.2003), Gilmar Mendes, além da cadeira vacante do Ministro Nelson Jobim, recém aposentado, adiante ocupada pela Ministra Cármen Lúcia (21.6.2006). Dos Ministros mais longevos, presentes desde o julgamento do MI 107-3/DF, restavam apenas Sepúlveda Pertence, Celso de Melo e Marco Aurélio. Este cenário apontava para uma renovação de mais de 70%, sem contar na permanência de um dos Ministros defensores da vertente concretista. Cf. STF. **Linha sucessória dos Ministros**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_atual_jun_2015.pdf>. Acessada em 22 de novembro de 2016.

³⁹⁷ Registrada em 08.04.2004, segundo o STF. **Linha sucessória dos Ministros**. Op. cit.

³⁹⁸ STF – MI 670-9/ES. Op. cit. p. 16.

³⁹⁹ STF- MI 670-9/ES. Op. cit. p. 27.

utilização adaptada da Lei 7.783/1989, aplicada à greve no setor privado, desde que garantida a continuidade dos serviços públicos, em níveis essenciais.

Alinhado a esta vertente, o Ministro Eros Grau, Relator do MI 712-/PA, referindo-se aos precedentes não concretistas, indagou se o Supremo poderia emitir decisões desprovidas de eficácia? Mais adiante, o próprio Ministro, respondendo a questão, asseverou que a omissão legislativa reiterada usurpa a própria função do Poder Constituinte, já que bastaria permanecer inerte para retirar a eficácia do preceito constitucional.⁴⁰⁰ A resposta também emanou da voz enfática do Ministro Carlos Ayres Brito: “Não podemos responder a uma norma constitucional de eficácia limitada com uma decisão de eficácia limitada”⁴⁰¹.

Ainda no voto do Ministro Eros Grau, refutando a afronta à separação de poderes, amplamente aventada pelos partidários de vertentes de efeitos não concretistas, esclareceu-se que o judiciário, ao suplementar o regramento necessário ao exercício de um direito, não adentra às competências do Legislativo ou do Executivo. Para tanto, diferenciou a função normativa (mais ampla) da função legislativa (específica). Segundo o Ministro, a função normativa compreende, além da função legislativa, as funções regimental e regulamentar, esta última atribuída ao judiciário pelo próprio constituinte originário, ao prever o mandado de injunção⁴⁰².

Ambos os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, sugeriram a aplicação da Lei 7.783/1989 com algumas ponderações que garantissem a continuidade parcial dos serviços, cujas atividades essenciais deveriam permanecer operantes. Para eles, a decisão se limitaria a indicar a norma aplicada àquela situação, bem como às outras similares, sem, com isso, emitir um juízo sobre a legalidade das greves caso a caso.

Com novo pedido de vista, desta vez requerido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o processo foi adiado mais uma vez. De volta à pauta, em 12.04.2007, o Ministro Lewandowski abriu dissidência, deferindo o pedido do impetrante apenas mediante o reconhecimento do direito de greve, desde que garantida a continuidade dos serviços, ou seja, não esmiuçou um

⁴⁰⁰ STF – MI 712-8/PA. Op. cit., p. 394. No mesmo sentido FERRAZ, Anna Cândida. Mutações, reforma e revisão das normas constitucionais. **Revista dos Tribunais**: Cadernos de Direitos Constitucional e Ciência Política, n. 5, ano 2, outubro-dezembro, 1993, p. 22-23.

⁴⁰¹ STF – MI 721-8/PA. Op. cit. p. 458.

⁴⁰² Ao explicar as funções do Estado, o Ministro Eros Grau classificou-as em formais e materiais. As primeiras estariam subordinadas a um critério subjetivo, ou seja, à natureza da autoridade que a exerce, por isso sua distribuição em função legislativa, função executiva e função judiciária, obedece à tríade republicana de poderes. As segundas seguiriam um critério de conteúdo, podendo ser exercidas a partir das competências típicas e atípicas de cada um dos Poderes, sem estar hermeticamente associadas a um deles. São elas a função normativa, função administrativa e jurisdicional. Cf. STF- MI 721-8/PA. Op. cit. p. 405-406.

complexo normativo, tal qual fizeram os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes. Justificou o dissenso alegando que não caberia ao judiciário expedir regulamentos em tese⁴⁰³.

A partir de então, passou-se a discutir a amplitude *erga omnes* conferida pelos Relatores à decisão.

Os partidários da solução normativa geral, suscitavam que a simples autorização para o exercício do direito de greve, por si só não resolveria o problema, mas, ao contrário, poderia maximizá-lo chancelando um direito ilimitado, sem balizas.

Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski alertou que é um risco adotar um regramento *in abstracto*, tendo em vista a impossibilidade de alcançar todas as vicissitudes dos casos concretos, por exemplo, quais atividades essenciais deverão continuar. Isto, segundo o Ministro, deveria ficar em aberto à apreciação das autoridades fiscalizadoras⁴⁰⁴.

Ao que parece, agiu com acerto o Ministro Lewandowski, quando centralizou sua decisão de procedência na concessão do direito do impetrante. O mandado de injunção é uma demanda subjetiva e, como tal, deve ter seus efeitos voltado à viabilização do direito das partes, sem que para isso precise haver a chancela de outra instância judicial, neste caso, para averiguar a legalidade da greve. Assim também, as consequências decisórias devem estar delimitadas na casuística apresentada nos autos, a menos que esteja em pauta algum interesse cuja natureza transpasse a relação processual, como no caso de direitos difusos.

Deve-se reconhecer, entretanto, que o desbordamento da decisão aos casos análogos não afronta flagrantemente o caráter subjetivo do remédio, tampouco afeta a harmonia entre os Poderes, não obstante, nas palavras de Elieval da Silva Ramos, lhes seja “menos favorável”. O autor, defende que esta medida encontra abrigo em uma interpretação sistemática, considerado o princípio da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais⁴⁰⁵.

Dentro de uma proposta de racionalização dos provimentos judiciais⁴⁰⁶, a partir do incremento da segurança jurídica nas decisões de casos similares, bem como na possibilidade de universalizar o acesso ao direito consubstanciado na ordem judiciária, a recomendação perpetrada pelo STF nos mandados de injunção com identidade de objeto faz todo sentido.

⁴⁰³ STF – MI 721-8/PA. Op. cit. pp. 95-101.

⁴⁰⁴ STF – MI 721-8/PA. Op. cit. 534/535.

⁴⁰⁵ RAMOS, Elieval da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. In. *In* MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. (org.) **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 247.

⁴⁰⁶ As indicações referentes à racionalização dos provimentos judiciais em sede de mandado de injunção serão tratadas no item 6.3.

Ao assumir esta postura, ao contrário daqueles que defendiam os partidários do efeito *b)*, como Vicente Greco Filho⁴⁰⁷, o julgador não faz as vezes de legislador, definindo um comando abstrato a ser obedecido *a priori*, mas outorga ao relator, após apreciação do caso concreto, a aplicação dos mesmos critérios utilizados na decisão paradigma, decidindo monocraticamente a questão, acelerando o trâmite processual, sem excluir, contudo, as possibilidades recursais disponibilizadas pela Legislação Instrumental aos eventuais prejudicados⁴⁰⁸.

O mesmo pensamento foi defendido por Luis Roberto Barroso ao salientar que os efeitos gerais conferidos neste caso não devem ser vistos como violação à separação dos Poderes. Afirma que “a atribuição de eficácia geral à disciplina temporária assim instituída confere racionalidade ao sistema e tutela a isonomia, evitando que situações semelhantes recebam tratamentos distintos.”⁴⁰⁹

Neste contexto, é benfazejo o lembrete do Ministro Joaquim Barbosa no mesmo MI 712-8/PA, na sessão plenária do dia 25.10.2007, após seu pedido de vista. Para o Ministro, a pacificação do entendimento sobre a normatização do direito de greve só seria verdadeiramente obrigatória aos casos subsequentes, após edição de súmula vinculante, em se tratando de decisão tomada em sede de controle concreto⁴¹⁰.

Como última análise a este julgamento, cumpre salientar que, apesar do avanço obtido na efetivação do direito de greve dos servidores públicos, não se vislumbra uma posição tão aguda da Suprema Corte, tal qual fora festejado.

Por diversas vezes, durante as discussões registradas nos autos das ações apreciadas, o Supremo manifestou que a efetivação direta estaria adstrita àquele caso específico. A título de exemplo, a Ministra Ellen Gracie mostrou-se reticente à aplicação da nova orientação em casos onde o Tribunal seria instado a legislar sobre “matérias árduas, polêmicas, impopulares”. Em resposta, o Ministro Sepúlveda Pertence, acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, asseverou que a implementação direta, pela edição de norma provisória, deve ser adotada, ou não, caso a caso⁴¹¹. O caráter excepcional desta modalidade de efeitos ficou explícito na ponderação feita pelo Ministro Gilmar Mendes, abaixo transcrita, *in verbis*:

⁴⁰⁷ Vide item 4.1.4.1.

⁴⁰⁸ A saber, o agravo interno previsto pelo Novo CPC (Lei 13.105/15) em seu art. 1.021.

⁴⁰⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.p. 637-638.

⁴¹⁰ O Ministro Joaquim Barbosa, chegou a sugerir o seguinte enunciado sumular: “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.” cf. MI 712-8/PA, Op. cit. p. 603.

⁴¹¹ STF – MI 721-8/PA. Op. cit. p. 459.

Ressalto que estamos a fazer esta proposta – tanto da parte do voto do ministro Eros Grau quanto do meu – a partir da singularidade do caso da greve, tão somente em relação ao caso da greve. Claro que aí temos outras discussões envolvendo políticas públicas que não têm as mesmas singularidades e que podem sugerir até políticas alternativas. Assim como se diz ‘a casa do Pai tem muitas moradas’, também o caminho para lá pode ser diverso. Mas aqui, a rigor, não há muito espaço para o legislador⁴¹².

Resta, isento de dúvidas, que as disposições programáticas referentes a direitos sociais envolvendo políticas públicas, como saúde, educação e moradia, não estariam automaticamente protegidas sobre o manto da nova orientação jurisprudencial do mandado de injunção, deixando um vácuo importantíssimo naquilo que poderia ser a messe para atuação desta importante ferramenta de controle das omissões.

Esta desconfiança em relação à postura da Corte Suprema fica mais evidenciada quando se apura os fundamentos da virada jurisprudencial. Além da constatação que os efeitos conservadores inicialmente adotados não surtiram efeito, pois nenhuma comunicação ou prazo motivaram os Poderes omissos a sair da inércia⁴¹³, o direito de greve guardava uma peculiaridade, poderia ser exercido à força pelo trabalhador, mesmo ante a oposição do empregador. E assim ocorria com a greve nos setores públicos, acarretando diversos prejuízos à sociedade em face da falta de regulamentação (anomia), vigorava até ali a “lei da selva”⁴¹⁴.

A apuração dos fundamentos que embasaram a decisão do MI 712-8/PA (assim como os MI’s 708-0/DF e 670-9/ES) revela a conveniência de implementar uma medida normativa referente ao direito de greve no serviço público. Evidentemente, seu escopo, para muitos oculto, parece ter sido mais voltado a promover a limitação do que a viabilização do exercício do direito em si.

Constatada a demasiada sobriedade do posicionamento do STF e os descaminhos em busca do real sentido do mandado de injunção, como ação voltada à viabilização de direitos constitucionais e não apenas de suplementação normativa disponível ao interesse do caso ou do momento, é fácil perceber o porquê da pouca amplitude alcançada pelo *writ* até os dias atuais.

Afora o direito de greve, o único direito extraído através do mandado de injunção foi a aposentadoria especial de servidor público, como revela o MI 721-7/DF.

⁴¹² STF – MI 721-8/PA. Op. cit. p. 464.

⁴¹³ STF – MI 721-8/PA. Op. cit. p. 457.

⁴¹⁴ O Ministro Sepúlveda Pertence chegou a esta constatação (STF – MI 721-8/PA, op. cit. p. 458), acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes (STF – MI 721-8/PA, op. cit. p. 494).

Assim como o caso anterior, o benefício previdenciário já fora objeto de diversos mandados de injunção até aquele ano de 2007⁴¹⁵. Outrossim, as soluções não concretistas, ou concretistas mediatas, não lograram êxito no estímulo à produção legislativa do instituto.

Desta forma, o Ministro Relator Marco Aurélio Melo deferiu o pedido da impetrante, concedendo a aposentadoria especial pelas regras válidas para o Regime Geral de Previdência. Entretanto, ressaltou que a decisão normativa estaria adstrita às partes, excluindo a polêmica reverberação *erga omnes* vista nos julgados retro mencionados⁴¹⁶.

A par dos elogios merecidos à linha evolutiva da jurisprudência, em face da perspectiva da efetivação dos direitos fundamentais, é salutar que a dinâmica evolutiva continue avançando através desta linha concretista, já sacramentada pelo Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, mais do que nunca, precisa-se concentrar esforços na derrubada de obstáculos à correta aplicação do remédio injuntivo, como a efetivação prática da proteção ao amplo rol de direitos alcançados pelo *writ*, e, também, à superação da exegese literal do que se entende como norma regulamentadora⁴¹⁷.

Como já defendido anteriormente, tão danosa quanto a omissão total, caracterizada pela lacuna do dispositivo normativo, é a omissão parcial, corrente nas circunstâncias onde o legislador ou a autoridade administrativa não elaboraram uma norma completa no alcance de seus beneficiários ou adotam uma disposição inefetiva.

5.2.4 Nascimento, ocaso e ressurreição? O descompasso jurisprudencial e o impacto no uso do remédio

A pouca assertividade do judiciário conduziu o instituto à beira do ostracismo. Esta é a conclusão de estudos realizados por Regina Quaresma⁴¹⁸ e Pinto Maranhão Tácito⁴¹⁹, ao interpretarem as estatísticas referentes ao ajuizamento de mandados de injunção, em sede do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Entre razões que apontam para o desconhecimento da ferramenta, culminando em diversos casos de indeferimento sumário por carência da ação, ou, ainda, acarretando a

⁴¹⁵ Cf. MI 484-6/RS, MI 425-1/DF e MI 441-7/MG.

⁴¹⁶ STF – MI 721-7/DF. Rel. Min Marco Aurélio. J. 30.08.2007, publ. DJe. 30.11.2007.

⁴¹⁷ Já tratada no Capítulo 4, item 4.1.

⁴¹⁸ Op. cit. pp. 133-137.

⁴¹⁹ Op. cit. p. 61.

declinação de competência ao STJ ou STF, a clareza dos números é revelada quando se faz a correspondência com o tratamento jurisprudencial em sede dos efeitos do remédio injuntivo.

Veja-se no Quadro 1 que, após a promulgação da Constituição, houve uma procura pela via injuntiva na justiça comum estadual do Rio de Janeiro, totalizando o máximo de 12 processos no ano de 1990.

Mesmo os números baixos, devido, nas palavras de Regina Quaresma, a um certo desconhecimento do novo instituto, não deixam de apresentar um declínio, paralelo à jurisprudência do STF. Não por acaso, em 1990, logo após o julgamento do MI-QO 107-3/DF⁴²⁰, consolidando a via não concretista, o número de ações impetradas caiu pela metade. Bem assim, os dados prosseguiram nesta tendência decadente diante da adoção de posição concretista intermediária inaugurada em 20.03.1991, pelo julgamento do MI 283-5/DF. Confira-se:

Quadro 1 – Mandados de injunção impetrados perante o TJ-RJ até 1993

Ano	Mandados de Injunção Impetrados
1988	4
1989	12
1990	6
1991	3
1992	3
1993	1

Sopese-se que estas estatísticas são referentes aos *writs* impetrados perante a justiça estadual fluminense, cujo posicionamento de vanguarda, por influência do Des. José Carlos Barbosa Moreira, era reconhecidamente favorável aos efeitos concretistas do referido remédio⁴²¹. Não se pode negar, contudo, a interferência direta das decisões do Supremo Tribunal, máxime em razão do notório poder de reforma das decisões de instâncias inferiores pela via recursal⁴²².

Ao passar às estatísticas dos mandados de injunção impetrados diretamente no STF, a correspondência relativa à posição jurisprudencial atinente aos efeitos fica ainda mais clara.

⁴²⁰ O MI 107-3/DF foi julgado em 23.11.1989 e publicado em 21.09.90. Em 1991, o Quadro 1 mostra um declínio coincidente com o tratamento jurisprudencial.

⁴²¹ Regina Quaresma, op. cit. p. 75, retrata, a partir do MI 60/90 – TJ-RJ, IV Grupo de Câmaras Cíveis TJ-RJ, a tendência concretista presente no Tribunal do Rio de Janeiro.

⁴²² Neste caso, seria perfeitamente plausível a interposição de recurso extraordinário, com fulcro no art. 102, III, a) da CRFB, em decorrência do comando decisório aplicado pelo TJ-RJ, interpretando o art. 5, LXXI da CRFB, ser dissonante daquilo que o STF entendia à época.

Isto porque a maior parte das ações desta espécie é impetrada diretamente junto ao órgão máximo do judiciário brasileiro, reflexo da atribuição constitucional de competências. Além disso, com um universo mais substancial de ações, a análise dos números ganha em confiabilidade estatística.

À semelhança da demonstração realizada por Tácito Maranhão Pinto, procura-se expor adiante os dados de distribuição dos mandados de injunção no STF, visando inferir sobre a representatividade dos números encontrados, frente ao total de processos distribuídos, bem como estabelecer a já comentada correlação com a variação do posicionamento jurisprudencial dos efeitos do *writ*.

Quadro 2 – Mandados de injunção distribuídos ao STF desde 1990⁴²³

STF	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
MI	93	91	32	33	28	49	22
Total de processos	16.226	17.567	26.325	23.525	25.868	25.385	23.883
Percentual	0,57%	0,52%	0,12%	0,14%	0,11%	0,19%	0,09%
STF	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
MI	22	27	21	17	27*	20*	14*
Total de processos	34.289	50.273	54.437	90.839	89.574	87.313	109.965
Percentual	0,06%	0,05%	0,03%	0,02%	0,03%	0,02%	0,01%
*Nenhum processo registrado, só distribuídos.							
STF	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
MI	17*	16*	17*	12*	135	1.366	1.251
Total de processos	69.171	79.577	116.216	64.262	66.785	42.697	41.008
Percentual	0,02%	0,02%	0,01%	0,01%	0,20%	3,20%	3,05%
*Nenhum processo registrado, só distribuídos.							
STF	2011	2012	2013	2014	2015	2016 ⁴²⁴	
MI	754	802	830	333	101	73	
Total de processos	38.109	46.392	44.170	57.796	65.139	51.264	
Percentual	1,98%	1,73%	1,88%	0,57%	0,15%	0,14%	

⁴²³ Cf. STF. Estatísticas do STF. Processos: Protocolados, Distribuídos e Julgados por Classe Processual – a partir de 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acessado em 06 de Nov. de 2016.

⁴²⁴ Dados parciais, atualizados até 05.11.16.

Nos dois primeiros anos registrados, o mandado de injunção apresentava números razoáveis para ações cujo objeto era estritamente limitado⁴²⁵. Repise-se que, até os dias atuais, é o remédio injuncional que se presta quase exclusivamente ao combate de omissões legislativas primárias, ou seja, aquelas relacionadas a espécies normativas arroladas no art. 59 da CRFB, em especial as leis ordinárias e complementares. Esta primeira constatação permite afirmar que, mesmo com a timidez inicial, ainda havia uma certa procura pela via injuncional.

Não é absurdo conjecturar que esses dados persistiram motivados pela variação do posicionamento não concretista para o concretista intermediário neste curto lapso temporal. Em meio a este período de consolidação dos contornos jurisprudenciais do instituto, caracterizado por alguma instabilidade, foi possível manter a expectativa de um novo norteamento dos efeitos da decisão injuncional, adotando a posição majoritariamente defendida na doutrina.

No período que vai de 1992 a 1995 já houve um decréscimo do ímpeto original. Porém, foi na segunda metade da década de 90, até o ano de 2007, que o mandado de injunção quase entrou em desuso. Observou-se um declínio progressivo no número de ações distribuídas até que, de 2002 a 2007, o STF passou a receber apenas processos redistribuídos de outras instâncias, ou seja, não houve sequer um protocolo direto perante o Tribunal.

Esta fase de decadência representa pragmaticamente o período de estabilização das posições não concretistas e concretistas intermediárias, bem como o consequente esvaziamento do instituto, tal qual denunciava o Ministro Marco Aurélio, em trecho infracolacionado:

Tenha-se presente a frustração gerada pelo alcance emprestado pelo Supremo ao mandado de injunção. embora sejam tantos os preceitos da Constituição de 1988, apesar de passados dezesseis anos, ainda na dependência de regulamentação, mesmo assim não se chegou à casa do milhar na impetração dos mandados de injunção⁴²⁶.

Doravante, os anos que se seguiram à guinada da jurisprudência marcaram um significativo impulso nos mandados de injunção perante o STF. Vale salientar que, em 2007, além de contabilizar apenas processos redistribuídos, foi registrado o menor número de *writs* desde o início do acompanhamento estatístico disponibilizado pelo Supremo. Dois anos após a já consolidada a posição concretista, passaram de 12 distribuições para 1.366, numa inequívoca prova de recuperação do potencial do instituto, bem como do desvelamento de

⁴²⁵ Esta razoabilidade fica evidente quando se compara o número de mandados de injunção impetrados em 1990 e 1991 com os *habeas data* distribuídos no mesmo período. Foram contabilizados, respectivamente, um e dois remédios de garantia ao acesso à informação nas duas primeiras décadas dos anos 90, consoante as estatísticas do STF. Lembrando-se que ambas ações constitucionais não estavam regulamentadas até então.

⁴²⁶ STF- MI 721. Op. cit. p. 10.

uma demanda represada pelos anos de ineficácia das suas decisões. Confirma-se, então, a exclamação feita pelos Ministros Eros Grau e Carlos Ayres Brito: o mandado de injunção renasce⁴²⁷!

Com efeito, após cinco anos de intensa aplicação, a partir de 2014, os números de distribuição mostram que a ação injuncional voltou a se estabilizar nos níveis estabelecidos à época de sua criação.

Esta retração sinaliza um desgaste atribuído, segundo entende-se, ao horizonte limitado traçado pelo STF ao inaugurar a posição concretista direta, restringindo o novo tratamento, até agora, ao direito de greve e à aposentadoria especial, ambos aplicados ao servidor público.

Pode-se dizer que o arco está apontado na direção certa, mas a força aplicada ainda não foi suficiente para a flecha encontrar o seu alvo.

Por certo, a sociedade ainda continua padecendo com a pouca amplitude do remédio injuncional, pelo menos no que toca aos seus efeitos mais producentes, além do déficit no cabimento relativo às omissões parciais⁴²⁸. Estas contingências alimentavam a expectativa relacionada à lei de regência do instituto, na esperança de que a timidez jurisprudencial fosse definitivamente afastada.

Adiante, serão analisadas as escolhas do legislador na disciplina do mandado de injunção, ressaltando os pontos mais marcantes da Lei 13.300/2016, mormente nas disposições relacionadas à implementação de direitos fundamentais.

⁴²⁷ STF - MI 712-8/PA. Op. cit. p. 466.

⁴²⁸ Vide item 4.1.1.

6 AS NOVAS DIRETRIZES EMANADAS DA LEI 13.300/2016

Como já mencionado algumas vezes no decorrer do texto, o mandado de injunção atravessou mais de vinte e sete anos aguardando regulamentação⁴²⁹, tendo sido o último⁴³⁰ dos remédios constitucionais a receber disciplina legislativa. Sabe-se, também, que a falta de regulamentação legal não impediu a aplicação do instituto, cujos contornos processuais foram sendo gradativamente definidos pelo judiciário⁴³¹.

Por outro lado, tem-se presente que o vácuo normativo onde, por muito tempo, foi deixado o *writ*, acarretava inequivocamente insegurança jurídica⁴³², ameaçando inclusive os avanços logrados pela jurisprudência nacional, no sentido de tornar a ação injuntiva uma ferramenta apta à concretização de direitos fundamentais.

Felizmente, em 24 de junho de 2016, a Lei 13.300 foi publicada, encerrando a espera pela positivação das regras procedimentais do instituto e pela consagração legal da maioria dos avanços jurisprudenciais referentes à matéria.

Este diploma normativo foi resultado do II Pacto Republicano de Estado⁴³³, firmado entre os três Poderes para, dentre outros fins, estabelecer um sistema de justiça mais ágil, acessível e efetivo.

Elaborado pelo Ministro Teori Zavascki, através do grupo de trabalho liderado pelo Ministro Gilmar Mendes, o anteprojeto que originou a citada lei foi encaminhado ao Deputado Federal Flávio Dino (PCdoB/MA) e apresentado à Câmara dos Deputados inscrito

⁴²⁹ Apesar da recente regulamentação, desde 1988, vários projetos de lei foram apresentados com este intento. Pode-se citar os PL's n^{os} 998/88, 1.662/89, 4.679/90 e 6002/90. Esta remissão é citada por: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. (org.) **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p.9.

⁴³⁰ As regulamentações dos *writs* constitucionais estão dispostas nas Leis 4.717/1965 (Ação Popular), 9.507/1997 (*Habeas data*), 12.016/2009 (Mandado de Segurança) e nos artigos 647 a 667 do Código de Processo Penal (*Habeas corpus*).

⁴³¹ Além das regras particulares estabelecidas pelo judiciário, era patente que o procedimento do mandado de injunção deveria obedecer as regras do mandado de segurança até a edição de lei específica, como orienta o art. 24, parágrafo único da Lei 8.038/1990.

⁴³² A mencionada insegurança jurídica, gerada pela falta de normatização do *writ*, já foi atestada pelo próprio legislativo, como mostra o parecer de constitucionalidade apresentado pelo Senador Eunício Oliveira (PMDB/CE). “A consequência principal da inexistência de lei aprovada pelo Parlamento que discipline a concessão do mandado de injunção é que sua adoção tem sido parametrizada de forma assistemática e parcial pelas Cortes do país. É imperioso, pois, que o Congresso Nacional assumas suas prerrogativas e confira ordenamento sistemático, orgânico e consistente a essa garantia fundamental contida na Carta de 1988, assim como o fez com o mandado de segurança, cuja disciplina foi atualizada pela Lei no 12.016, de 7 de agosto de 2009”. Cf. OLIVEIRA, Eunício. **Parecer de constitucionalidade sobre o PLC 18/2015**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=181731&c=PDF&tp=1>>. Acessado em 20/12/2015, p.8.

⁴³³ O Pacto Republicano consiste em um acordo institucional envolvendo os três poderes, estabelecendo metas e ações em prol do fortalecimento do Estado Democrático. Editado pela primeira vez em 2004, resultou na reforma do judiciário advinda da Emenda Constitucional n.45. O segundo Pacto Republicano foi assinado em 2009, assinalando, dentre outras metas, a modernização do judiciário e a interiorização da Justiça Federal.

sob o número PL 6.128/2009⁴³⁴. Seguindo ao Senado Federal, sob o nº PLC 18/2015, coube ao Senador Eunício Oliveira (PMDB/CE) a relatoria do projeto.

Na Comissão de Constituição Justiça e Cidadania, foram aprovadas duas emendas, uma versando sobre a inclusão da Defensoria Pública entre os legitimados ativos do mandado de injunção coletivo e outra incluindo a Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) como norma subsidiária ao processamento do *writ*.

Vê-se, portanto, que o texto, integralmente sancionado pelo presidente da República em 23 de junho de 2016, reproduz, em quase sua inteireza, o anteprojeto apresentado pelo grupo de trabalho do II Pacto Republicano de Estado.

É cediço que seu teor reproduz muito do que já foi descrito no presente trabalho sobre a disciplina aventada pela doutrina e confirmada pela jurisprudência. Assim sendo, vale mencionar os dispositivos da nova lei que consagram as particularidades já definidas nos capítulos anteriores e, em seguida, deter-se nos aspectos mais relevantes abordados pelo legislador ordinário.

O diploma de regência já começa, no seu art. 1º, pelo reconhecimento do mandado de injunção individual e coletivo, há tempos admitido pela jurisprudência do STF⁴³⁵.

Passando ao art. 2º, chega-se à primeira importante modificação, relativa ao cabimento do remédio, razão pela qual será comentada em um tópico específico. No art. 3º, dedicado aos legitimados da ação individual, não houve nenhum avanço, continuando a admitir um amplo rol de impetrantes, em contraposição a um estreito espectro de impetrados, restritos apenas aos entes públicos responsáveis pela edição da norma regulamentadora, sem a inclusão dos particulares, eventualmente vinculados à relação jurídica de inviabilização de direitos e, por consequência, capazes de suportar os efeitos da decisão judicial correspondente.

Nos artigos 4º ao 7º são desenvolvidas disposições ligadas ao processamento do *writ*, desde os requisitos da peça vestibular até a manifestação do Ministério Público. Este procedimento é muito similar ao aplicado para o Mandado de Segurança, pela Lei 12.016/2009. Por certo, uma identidade já reconhecida desde o desenvolvimento do remédio injuntivo na Constituinte de 1987/88⁴³⁶.

Cumprir dizer que as poucas diferenças ficam por conta da ausência da “autoridade impetrada” (art. 4º da Lei 13.300/2016), que, no mandado de segurança, era o agente público

⁴³⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Mandado de injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. (org.) **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

⁴³⁵ Vide item 4.3.

⁴³⁶ Vide item 3.2.

responsável pelo ato ou omissão abusiva. No mandado de injunção, como o foco está no órgão responsável pela edição do ato normativo, dispensou-se esta representação. Há, também, a supressão do prazo de 30 dias, após o tempo necessário à manifestação do *Parquet*, para proferir a decisão de mérito, presente no parágrafo único da lei do mandado de segurança.

Entretanto, a principal diferença nos dois procedimentos é a impossibilidade do pedido liminar em mandado de injunção. Este impedimento é resultante de um antigo posicionamento do STF que vem sendo revisto aos poucos.

Como retrata André Rufino do Vale, o Supremo considerava que, diante do efeito inicialmente previsto para as duas ações típicas de controle das omissões, cujo teor era apenas a comunicação da mora ao órgão omissor, não havia sentido em uma medida liminar direcionada apenas a antecipar um provimento declaratório para o impetrado, antes mesmo de um juízo de mérito⁴³⁷.

Entretanto, como já tratado, os efeitos do mandado de injunção foram modificados, admitindo a consecução direta do direito inviabilizado pela mora do Poder Público. Além disso, a Lei 9.868/1999 (atualizada pela lei 12.063/2009) passou a admitir, em seu art. 12F, a postulação de medida cautelar em ADI-O. Estas razões, por si, já autorizam a revisão do posicionamento referente ao cabimento da liminar na ação injuntiva, permitindo, por exemplo, a aplicação analógica e temporária de determinada lei, visando disciplinar o exercício de um dado direito⁴³⁸.

De todo modo, Teori Zavascki, um dos principais artífices da nova lei, apesar de reconhecer a atual posição do STF, explica que o regulamento deixa em aberto a possibilidade da antecipação de medida “necessária e indispensável” pela aplicação subsidiária da Lei 12.016/2009, conforme autorização expressa do art. 14⁴³⁹.

Adiante, os artigos 8 a 11 versam sobre os efeitos do mandado de injunção, já os artigos 12 e 13 tratam do mandado de injunção coletivo.

Estes relevantes aspectos, assim como a questão do cabimento do *writ*, não obstante já abordados de maneira geral no transcorrer do trabalho, serão expostos em tópicos específicos, com foco no tratamento definido pelo novo diploma legal e nas projeções para o instituto nos próximos anos de sua vigência.

⁴³⁷ VALE, André Rufino do. Mandado de Injunção: comentários ao projeto de regulamentação. In: MENDES, Gilmar Ferreira, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, pp.199-200.

⁴³⁸ Op. cit. p. 202.

⁴³⁹ Op. cit. p. 99.

6.1 ALARGAMENTO DO CAMPO DE ATUAÇÃO

Ao tratar dos aspectos processuais do mandado de injunção, nos itens 4.1 e 4.2, foi verificado que a disciplina conferida pelo Supremo Tribunal Federal restringia o seu cabimento às omissões totais, prejudicando o alcance da ação e abrindo uma lacuna importante no combate à inércia estatal.

Ver-se-á adiante que a chegada da Lei 13.300/2016 será fundamental para a reversão deste posicionamento.

6.1.1 A positivação da omissão parcial

Pode-se afirmar que o art. 2º da lei de regência dissipa a alegada nebulosidade que parte da doutrina atribuía ao preceito constitucional insculpido no art. 5º, LXXI. É fato que o legislador transcreve boa parte deste dispositivo, observe-se:

Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

No entanto, ao mencionar a falta total *ou parcial* da norma regulamentadora, acaba por estabilizar o resultado de uma exegese extensiva e sistemática da Constituição. Com esta sutil, mas importante, adição, a nova lei positiva uma das principais demandas da doutrina, o cabimento da omissão parcial.

Isto porque, como afirma André Rufino do Vale, o Supremo Tribunal Federal jamais reconhecera na prática do mandado de injunção o que admitia (em meros *obiter dicta*⁴⁴⁰) na teoria, a possibilidade de omissão inconstitucional pela insuficiência da norma existente. Ao reverso, atribuía uma interpretação literal ao art. 5º, LXXI, da CRFB, abrigando sob a proteção injuncional apenas a omissão legislativa total⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ “Se o Estado, no entanto, deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total (quando é nenhuma a providência adotada) ou parcial (quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público). Entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: RTJ 162/877-879, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno)”. STF MI 542-7/SP. Rel. Min. Celso de Melo. J. 29.08.2001, publ. DJ 28.06.2002.

⁴⁴¹ Op. cit. 178.

Destaca-se, então, esta importante contribuição da Lei 13.300/2016, cujo mérito não está apenas na previsão do *caput* do art. 2º, sobre a falta parcial da norma regulamentadora, mas no necessário detalhamento, constante no parágrafo único deste artigo, do que viria a ser o descumprimento parcial do dever normativo, veja-se:

Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

Nasce, desta forma, o primeiro conceito legal de omissão parcial no ordenamento brasileiro, avocando da doutrina o problema da insuficiência normativa.

Esta concepção é essencial dentro de um instituto tão complexo quanto a inconstitucionalidade por omissão, onde a pecha de ineficácia do ordenamento deve ser matizada em todas as suas facetas, principalmente naquelas mais discretas, como na aparência de uma ordem jurídica devidamente integrada por todo arcabouço regulamentar formal, mas que apresenta falhas no alcance material do seu conteúdo.

Por outro lado, entende-se que, apesar do considerável avanço no alcance horizontal da norma, a mencionada lei deixou de avançar no âmbito do alcance vertical ao manter o termo “regulamentação”, quando poderia abrir o enunciado a falta ou insuficiência de medidas, albergando atos normativos ou materiais ligados à completa efetivação de um preceito constitucional⁴⁴².

Mais uma vez, ressalta-se que, em se tratando da inação estatal, a realidade é pródiga nas possibilidades de afronta a direitos constitucionais.

Corroborando com esta afirmação, Jorge Miranda retrata este vasto horizonte ao afirmar que a prática demonstra surpreendentes manifestações de comportamentos omissivos “sejam omissões de atos normativos, sejam de atos de conteúdo não normativo ou individual e concreto”, assim também, tais atos poderão ser vinculados à função política, governamental, administrativa e até jurisdicional⁴⁴³.

Sendo assim, percebe-se que, pela atual redação do seu art. 2º, parágrafo único, o regramento do mandado de injunção ainda não conseguirá extirpar todas as controvérsias atinentes ao cabimento do *writ*, tendo em vista a recalcitrância de setores da doutrina e jurisprudência em aceitar o uso desta ferramenta para suplantar a ausência ou insuficiência de ato administrativo concreto.

⁴⁴² Segundo defendeu-se no item 4.1.2.

⁴⁴³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. vol. 6, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 361.

6.1.2 A proteção aos direitos difusos

Além do progresso pela ampliação do cabimento, o regulamento põe termo a uma antiga controvérsia doutrinária acerca do uso do *writ* em face dos direitos difusos.

De acordo com o art. 81, parágrafo único, I do CDC, direitos difusos são aqueles transindividuais, de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas, vinculadas por circunstâncias de fato.

O atributo da indivisibilidade, bem como a indeterminabilidade dos seus titulares, faz com que esta classe de direitos seja caracterizada por sua grande abrangência. Para entender melhor, caracterizam-se como difusos os direitos ligados ao meio ambiente. Em um dado impacto ambiental, como a contaminação de um manancial, não é possível prever quantas pessoas seriam afetadas. Da mesma forma, a decisão judicial que tenha como objeto a proteção deste direito beneficiará uma parcela incomensurável da população.

Nesta linha, Flávia Piovesan argumentou que o mandado de injunção não poderia tutelar as omissões a direitos difusos em razão de ser um remédio específico de demandas subjetivas. Por consequência, a amplitude alcançada pela decisão judicial que tutelaria tais direitos teria um caráter geral e abstrato, revertendo o *writ* a uma forma de ação objetiva⁴⁴⁴.

Compartilhando deste entendimento, André Puccinelli Júnior assevera que admitir a proteção de interesses difusos pela via injuncional implicaria dotar o Poder Judiciário de poderes normativos abstratos em clara afronta à separação de poderes⁴⁴⁵.

Em sentido oposto, ao qual o trabalho está alinhado, Dirley da Cunha Júnior rebate os argumentos esposados alegando que, no mandado de injunção, o foco é a viabilização de uma pretensão individual, a inconstitucionalidade por omissão é uma questão prejudicial, o que implica dizer que “mesmo sendo difuso o direito tutelado, o objeto da ação continua sendo um direito subjetivo”⁴⁴⁶. Esta orientação é complementada por Calmon de Passos quando decreta que, sempre que estão em jogo interesses difusos, neles estão contidos direitos subjetivos⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 144.

⁴⁴⁵ PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão Legislativa Inconstitucional e Responsabilidade do Estado Legislador**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 195.

⁴⁴⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 540.

⁴⁴⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 16.

Entretanto, ressalta João Francisco Fonseca⁴⁴⁸, esta divergência foi sepultada por disposição expressa do parágrafo único do artigo 12 da Lei 13.300/16, cujo teor prevê o cabimento do mandado de injunção na tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Ademais, acrescenta que será raro encontrar um direito subjetivo, inviabilizado por falta de norma regulamentadora, com amplitude tão indeterminada.

Vale pontuar, ainda no âmbito de proteção dos interesses transindividuais, a falta de referência aos direitos individuais homogêneos. Seguindo a linha de Walter Claudius Rothenburg, parece ter havido uma clara confusão no enunciado do art. 12 parágrafo único, pois não existe razão para negar o cabimento do *writ* no caso de direitos divisíveis, pertencentes a uma coletividade determinada, decorrentes de origem comum⁴⁴⁹.

É possível assegurar, a partir dessas análises que, mesmo com alguns pontos falhos (como a falta de cobertura expressa das omissões e atos materiais), a lei do mandado de injunção perpetró consideráveis avanços na abrangência do remédio.

6.2 A VIA CONCRETISTA INTERMEDIÁRIA POSITIVADA

Um outro aspecto já trabalhado e traduzido pela lei de regência se deu no campo dos efeitos. Ao elaborar o art. 8º, o legislador buscou, através dos seus dois incisos, estabelecer a sequência a ser observada pelo julgador ao decidir pela procedência da ação.

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

- I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
- II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

De logo, pode-se observar que a técnica homenageada foi a concretista intermediária, na qual será estabelecido um prazo para o cumprimento do ato normativo antes da ordem judicial que viabilize o desfrute do direito postulado.

Apesar das críticas que possam ser direcionadas a este dispositivo, tendo em vista a defasagem em relação à postura mais recente do Supremo Tribunal Federal, ao proporcionar diretamente o exercício dos direitos de greve e da aposentadoria especial aos servidores

⁴⁴⁸ FONSECA, João Francisco N. da. **O processo do mandado de injunção**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 174.

⁴⁴⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. O mandado de injunção finalmente terá a sua lei. In: MENDES, Gilmar Ferreira, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 139.

públicos, faz-se necessário pontuar que a própria lei traz uma brecha que remete a estes precedentes, qual seja, a possibilidade de dispensar o estabelecimento do prazo e partir para a imediata concretização do pedido, desde que já tenha havido o descumprimento do dever normativo pelo impetrado em ações anteriormente impetradas⁴⁵⁰.

Certamente, ainda que o texto normativo preveja a estipulação de um prazo para a implementação dos direitos vindicados, já não paira sobre o instituto a sombra de inefetividade gerada pela técnica não concretista.

Todavia, mesmo sem consagrar, de modo exclusivo, a via concretista direta, a crítica mais aguda deve ser feita pela falta de previsão de medidas materiais derivadas da ação injuncional.

Isto se deve à própria concepção, avalizada pela lei, de que o mandado de injunção é cabível apenas ao suprimento da ausência ou insuficiência *normativa*, deixando de lado a probabilidade de o remédio ser utilizado por quem se vê privado do seu direito pela deficiência em atos materiais da administração pública, em complementação à cadeira regulamentar do preceito constitucional, consoante já debatido no item 4.1.

Vale salientar, também, o retrocesso e a desnecessidade de prever, na parte final do inciso II, a possibilidade de estabelecer condições para o ajuizamento de uma segunda ação, derivada do provimento injuntivo⁴⁵¹.

Esta medida remete aos questionáveis MI 283 e MI 284, cuja providência judicial não visava resolver o motivo essencial da chamada jurisdicional, mas apenas atestar o direito e relegar a outras instâncias a solução do problema (naqueles casos, o arbitramento de indenização aos servidores da aeronáutica)⁴⁵².

Insta evidenciar, portanto, a timidez na positivação dos efeitos da decisão injuncional, aquém, inclusive, do progresso perpetrado pela jurisprudência.

No entanto, foi na possibilidade de racionalização dos provimentos judiciais, através da extensão dos efeitos decisórios, que o remédio logrou sua evolução mais relevante, como se passa a analisar.

⁴⁵⁰ Esta disposição se encontra no Parágrafo único do mesmo art. 8º: “Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do **caput** quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma”.

⁴⁵¹ André Vicente Pires da Rosa corrobora com a crítica formulada. Cf. ROSA, André Vicente Pires. Mandado de Injunção sob a perspectiva do Projeto de Lei 6.128, de 2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 116-117.

⁴⁵² Devidamente tratados no item 5.2.

6.3 A COLETIVIZAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO: FOMENTO À MACROJUSTIÇA

Se, por um lado, características vistas até aqui fazem do mandado de injunção uma poderosa ferramenta de efetivação dos direitos fundamentais, destaca-se também um outro aspecto, antagônico a todos os benefícios advindos deste remédio constitucional.

Tratando-se de uma via processual de proteção de direitos eminentemente subjetivos, a ação injuncional foi, por algum tempo, defendida como um remédio individual⁴⁵³. Na lição de Saulo Casali Bahia, fica claro que este tipo de demanda singular, extremamente difundida na prática forense brasileira, conduz a efeitos colaterais extremamente danosos ao princípio isonomia e ao equilíbrio orçamentário⁴⁵⁴.

Como bem retratou Amaral, há um conflito entre a microjustiça e a macrojustiça. A primeira é chamada de justiça do caso concreto, individualizada, cuja decisão não leva em conta o impacto direcionado às contas públicas⁴⁵⁵ e os prejuízos aos cidadãos que postulam o mesmo direito e não foram abrangidos pela coisa julgada. Já a segunda, além de buscar solucionar o caso concreto, alberga uma interpretação econômica, racional, menos voltada a uma restrição voluntária de direitos e mais atenta à garantia de que o bem disponibilizado no comando judicial esteja disponível à coletividade⁴⁵⁶.

Reforçando este ponto de vista, Janaína Lima Penalva da Silva aduz que, nas ações individuais, o foco é a verificação de ameaça ou lesão a direitos. Não há questionamentos

⁴⁵³ Um exemplo desta posição doutrinária é extraído da obra de Calmon de Passos, veja-se: “Inexiste, a nosso ver, a possibilidade de mandado de injunção coletivo. Segundo já demonstrado, a injunção pressupõe direito certo, definido para situação individual determinada, e, se é aceitável litisconsórcio no mandado de injunção, é de se repelir-se a indeterminação subjetiva, o que seria ineliminável do mandado de injunção coletivo”. Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 117.

⁴⁵⁴ BAHIA, Saulo Casali. Judicialização da política. In: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **II Jornada de Direito Constitucional**. Brasília: ESMAF, 2014, p. 397.

⁴⁵⁵ Importante ressaltar que este impacto não se dá apenas na provisão dos direitos sociais, conhecidos por sua acepção positiva. Na obra “The cost of rights” de Stephen Holmes e Cass Sunstein, é possível averiguar a mutação no entendimento doutrinário, na medida em que os autores a todo momento defendem que “todos os direitos são positivos”, que “direitos são custosos porque seus remédios são custosos”, compreendendo “remédios” como as medidas necessárias a serem tomadas pelo poder Público para garantir aquele direito. Por exemplo, o direito propriedade é diretamente dependente das providências no sentido de manter um sistema de segurança pública, ou, mesmo indiretamente, de prover um poder judiciário eficiente com condições de apreciar e julgar demandas relativas à lesão à propriedade. Cf. HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**. Why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999, pp. 36 e 44.

⁴⁵⁶ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 38-39.

sobre os tramites administrativos para viabilização do pleito, ou mesmo uma análise da alocação dos recursos necessários⁴⁵⁷.

É cediço que a melhor forma de racionalizar o provimento judicial voltado à implementação de direitos fundamentais é pelo processo coletivo. Ratificando esta posição, Luciano Benetti Timm, afirma que este tipo de ação permite alcançar várias pessoas, sem sobrecarregar o judiciário com inúmeras demandas, ganha-se em eficiência⁴⁵⁸.

Desta forma, seja com fins de evitar a quebra de isonomia levada por decisões contraditórias, exaradas por diversos julgadores no meio difuso de tutela, característico da microjustiça, ou objetivando a preservação de um equilíbrio orçamentário voltado à universalização dos direitos constitucionais, não teria lógica reduzir uma ferramenta como o mandado de injunção a uma variante individual⁴⁵⁹.

6.3.1 A positivação do mandado de injunção coletivo e seus legitimados

Apesar de não haver previsão da variante coletiva na literalidade do inciso LXXI do art. 5º da Constituição, o Supremo Tribunal Federal admitiu, desde 1994, a legitimação extraordinária e o consequente manejo desta modalidade de ação injuncional⁴⁶⁰.

Cabe dizer que, no início, tão logo fora admitido, o mandado de injunção, obedecia às regras aplicáveis ao mandado de segurança, evitando que sua aplicabilidade ficasse prejudicada por ausência de lei processual específica⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ SILVA, Janaína Lima Penalva da. **A igualdade sem mínimos**: direitos sociais, dignidade e assistência social em um Estado Democrático de Direito – um estudo de caso sobre o benefício de prestação continuada no supremo Tribunal Federal. 2011, p. 105. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

⁴⁵⁸ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 61.

⁴⁵⁹ Não obstante as críticas ora deduzidas, é imperioso ressaltar que não se desconhece a importância deste tipo de demanda, na outorga direta de um meio de postulação judicial ao cidadão. Esta relevância, inclusive para o combate da inércia do Estado, foi enfatizada por Charles Silva Barbosa: “A história tem demonstrado que o caminho para acesso a prestações positivas, especialmente aquelas relacionadas ao mínimo existencial, não raro, passa, em primeiro lugar, pela dedução de pretensão isolada e atomizada, para, posteriormente, ingressar em demanda coletiva e, por fim, em determinado momento, chegar até a Administração que, pressionada pela sociedade e pela comunidade jurídica, institui a correspondente política pública”. BARBOSA, Charles Silva. **Dimensões do mínimo existencial**: atuação jurisdicional e proteção da essência da República, 2011, p. 160. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Além de exercer um papel como instrumento de pressão, há também a possibilidade de uma questão subjetiva fomentar o diálogo institucional entre os Poderes, a respeito da efetivação de dado direito, é a referida função dialógica tratada por Renata de Marins Jaber Maneiro. Cf. MANEIRO, Renata de Marins Jaber. **Mandado de injunção, diálogos constitucionais e o papel do STF**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 128.

⁴⁶⁰ Precedentes: MI 361-1/RJ e MI 342-4/SP.

⁴⁶¹ Vide *leading case* (STF - MI 107-3/DF. Rel. Min. Moreira Alves, j. 23.11.1989, DJ. 21.09.90).

Contudo, o mandado de injunção coletivo não se limitou ao regramento do mandado de segurança, seu processamento foi alcançado por outros diplomas normativos.

A despeito de o Brasil não adotar uma legislação codificada disciplinando o processo coletivo, Cavalcanti afirma que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90 – art. 90⁴⁶²) e a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85 – art. 21⁴⁶³) criaram, a partir de regras de compartilhamento entre os dois diplomas, um verdadeiro microsistema processual coletivo⁴⁶⁴.

A aplicação recíproca atinge os campos da legitimidade ativa, do objeto, coisa julgada, entre outros. Cavalcanti aduz ainda que a interação não fica restrita apenas a estes dois diplomas, mas, chancelada pela jurisprudência⁴⁶⁵, abrange a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei do Mandado de Segurança Coletivo, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso⁴⁶⁶.

Com o advento da Lei 13.300/2016, a disciplina do mandado de injunção coletivo acabou traduzindo as disposições do microsistema de tutela coletiva.

Um primeiro aspecto a ser destacado foi a incorporação de um amplo rol de legitimados. Como indica seu art. 12, a ação poderá ser impetrada:

- I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;
- II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;
- III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;
- IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Percebe-se que o legislador agiu com acerto ao facilitar o acesso de várias entidades representantes de interesses coletivos, máxime pelo *status* de substitutos processuais já

⁴⁶² Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

⁴⁶³ Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

⁴⁶⁴ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e Ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 156-157.

⁴⁶⁵ STJ, Primeira Turma, REsp 108.5218/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 15/10/2009, DJe 6/11/2009.

⁴⁶⁶ Op. cit. pp.159-160.

reconhecido pelo STF⁴⁶⁷ aos partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações.

Conquanto destaca Vale, reconhecida a substituição processual, não é necessário que o ente coletivo apresente a autorização expressa de todos os seus membros para representação dos seus interesses, tal qual ocorre com a representação processual insculpida no art. 5º, XXI da Constituição⁴⁶⁸.

Ainda no campo dos entes coletivos legitimados, é interessante pontuar que, tanto os partidos políticos, quanto as organizações sindicais e associações devem atuar no estrito interesse de seus afiliados, evitando, assim, o uso político do remédio injuntivo⁴⁶⁹.

Outra disposição que merece esclarecimento é a exigência de 1 ano de constituição regular dos entes associativos e sindicatos⁴⁷⁰.

Em que pese a busca pela estabilidade e seriedade das representações coletivas, este requisito pode ser relativizado, facilitando o acesso ao remédio, no caso de manifesto interesse social comprovado por dano de grande extensão ou pela relevância do bem jurídico protegido, como rezam o art. 82, §1º da Lei 8.078/1990⁴⁷¹ (CDC) e o art. 5º, §4º da Lei 7.347.1985⁴⁷² (LACP).

Ademais, é digna de aplausos a legitimação da Defensoria Pública, através da já citada Emenda nº 1, ao então referenciado PLC 18/2015, apresentada na Comissão de Constituição Justiça e Cidadania do Senado Federal. Esta inclusão, além de facilitar o acesso à via de proteção coletiva por um órgão extremamente próximo das camadas mais carentes da população, prestigia a determinação do inciso LXXIV do art. 5º da CRFB⁴⁷³, ao disponibilizar um meio de assistência jurídica gratuita no bojo de uma via processual de

⁴⁶⁷ Importa-se ao mandado de injunção o disposto na súmula 629 do STF: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.”.

⁴⁶⁸ Op. cit., pp. 172-173.

⁴⁶⁹ Em sua análise sobre o impacto da nova lei do mandado de injunção, Castro e Ferreira defendem que a restrição dos partidos políticos às matérias atinentes a sua finalidade partidária é inconstitucional, pois restringe o acesso ao instrumento processual, quando a própria Constituição não o fez. Cf. CASTRO, Guilherme de Siqueira e FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Mandado de injunção**. Salvador: Juspodivm, 2016, pp.149-150.

⁴⁷⁰ Outrossim, pelo mesmo motivo aventado na nota 468, Castro e Ferreira sustentam que a exigência de 1 (um) ano de constituição regular não é aplicável ao remédio injuntivo, sendo regra indevidamente importada do mandado de segurança, sem lastro na literalidade constitucional. Cf. Op. cit. p. 150.

⁴⁷¹ § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

⁴⁷² § 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

⁴⁷³ LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

importância primaz na defesa dos direitos fundamentais, especialmente voltada aos cidadãos que padecem com a omissão estatal.

6.3.2 O compartilhamento da coisa julgada

Além de possibilitar diversas maneiras de acesso ao mandado de injunção coletivo, a Lei 13.300/2016, replicando uma tendência do microsistema de tutela coletiva, permite a transposição da coisa julgada coletiva aos processos individuais, contribuindo para a uniformização dos provimentos injuncionais. Isto porque, tanto existe a opção de levar o pleito a juízo através das entidades coletivas, como, também, de ingressar na demanda grupal, após ter impetrado ação individual.

É preciso dizer que este traslado já era previsto pela combinação dos artigos 94⁴⁷⁴, 103, §§2º e 3º⁴⁷⁵ e 104⁴⁷⁶ do CDC, no tratamento da abrangência das decisões envolvendo direitos individuais homogêneos, estranhamente suprimidos da lei de mandado de injunção.

Interpretados sistematicamente, estes dispositivos enunciam o chamado *opt in*⁴⁷⁷. A expressão inglesa significa o direito de abandonar eventual demanda individual e aderir ao processo coletivo, aproveitando da coisa julgada.

⁴⁷⁴ Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

⁴⁷⁵ § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

⁴⁷⁶ Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

⁴⁷⁷ Ao discorrer sobre o instituto estadunidense da *class action*, André Vasconcelos Roque explica que, em razão dos membros da demanda coletiva não participarem ativamente do processo, necessita-se de uma justificação para sua vinculação às decisões proferidas no seu bojo. Assim, enumera três formas de vinculação, a compulsória ou obrigatória, por inclusão (*opt in*) e a desvinculação por exclusão (*opt out*). A primeira já é traduzida por sua nomenclatura, uma vez que os titulares de direitos, envolvidos na mesma relação jurídica, são compelidos a integrar o polo ativo da ação, subordinando-se à decisão judicial. Segundo o autor, este método apresenta vantagens ao lidar com direitos indivisíveis, mas revela-se injusto quando estão em jogo pretensões individuais. Na modalidade *opt in*, a decisão coletiva somente vinculará os indivíduos que expressamente desejarem se vincular à *class action*, com os inconvenientes de que nem sempre é possível garantir a notificação de todos os interessados, nem tampouco o discernimento necessário àqueles que receberão o comunicado do ajuizamento. Isto acabava por levar à formação de grupos diminutos, integrados por pessoas com alto grau de informação e de considerável poder econômico (inclusive para interpor medidas individuais), desvirtuando o sentido da técnica de conjugação dos legitimados ativos. Caso o sistema adotado seja o *opt out*, a presunção é inversa, haja vista que os interessados, *a priori*, são integrantes do processo e sua exclusão só se dá a partir de requerimento expresso. As críticas a esta sistemática são as mesmas feitas ao

Convém ressaltar, com esteio no magistério de Teori Zavascki, que vigora no Brasil a total liberdade de adesão do titular do direito subjetivo individual à via coletiva. Este é um fator diferencial do modelo norte americano das *class action for damages*, do qual o sistema pátrio foi macicamente influenciado⁴⁷⁸.

Cumpra esclarecer que, nos Estados Unidos, a vinculação do grupo nas ações citadas obedece ao *opt out*⁴⁷⁹, ou seja, a desvinculação por exclusão, em que, salvo por expressa manifestação, os sujeitos albergados em dada relação jurídica presumem-se incluídos no processo coletivo.

Pela regra estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, proposta a ação, seria publicado um edital para conhecimento geral. A partir daí os interessados em migrar para a demanda coletiva poderão requerer, em 30 dias, a suspensão dos seus respectivos processos individuais e, assim, aproveitar de eventual decisão procedente. No caso da improcedência, o art. 103, §2º informa que a eficácia da decisão atingirá apenas os interessados que intervieram diretamente no processo como litisconsortes.

A lei do mandado de injunção imprimiu um regime mais severo a este deslocamento entre demandas individuais e coletivas. Uma amostra desta afirmação está no parágrafo único do art. 13:

Parágrafo único. O mandado de injunção coletivo não induz litispêndência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva.

Impende notar que o pedido de suspensão da demanda individual, cuja natureza era perfeitamente reversível, fora substituído por um pedido de imediata desistência da ação unipessoal, num exíguo prazo de 30 dias.

Por outro lado, a previsão de lançamento do edital para cientificar os interessados deu lugar à comprovação de ciência do processo coletivo, medida muito mais fiel à realidade da maioria da população, para os quais a comunicação por edital é basicamente uma ficção jurídica.

modelo de vinculação obrigatória, aditando o risco da desvinculação permitir o crescimento das demandas individuais, acarretando, por vezes, decisões divergentes. Cf. ROQUE, André Vasconcelos. **Class actions: Ações coletivas nos Estados Unidos – o que podemos aprender com eles?** Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 308-311.

⁴⁷⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 157-158.

⁴⁷⁹ Vide nota 463.

Na lição de Guilherme de Siqueira Castro e Olavo Augusto Viana Alves Ferreira, a melhor forma de relatar o conhecimento sobre a demanda grupal é peticionar nos autos da ação individual⁴⁸⁰.

6.3.3 A aplicação de decisões paradigmáticas aos casos análogos

Saliente-se que, por força do art. 9, *caput*, obedecendo à natureza subjetiva da ação, a decisão injuncional terá eficácia restrita às partes. Entretanto, como já se viu no julgamento do MI 712, o legislador, no §2º do mesmo artigo, permitiu a extensão dos efeitos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

Esta norma, ainda que não conduza à formação de um processo coletivo, contribui para a racionalização e uniformização das decisões injuncionais, sendo fator de atenuação dos impactos dos comandos heterogêneos derivados dos processos da microjustiça.

No sentido contrário daqueles que veem esta medida como uma forma de exarar comandos abstratos, Teori Zavascki adverte que não se deve confundir a propagação da eficácia de uma decisão com a extensão da coisa julgada a outros casos. Segundo o doutrinador, a imutabilidade da medida judicial continua afetando somente as partes do processo matriz, entretanto, após uma análise de correspondência, o julgador poderá aplicar a mesma consequência aos casos semelhantes, oportunizada a interposição de todos os recursos permitidos pelo ordenamento⁴⁸¹.

A atual sistemática de julgamento já rende frutos no que tange à celeridade dos processos, estribada nos mesmos argumentos delineados até aqui, como mostra um trecho retirado da decisão do ministro Gilmar Mendes solucionando o MI 1021/DF:

Aos 6.2.2013, o Plenário do Supremo Tribunal retomou o julgamento dos MIs 943, 1.010, 1.074 e 1.090 e fixou entendimento no sentido da aplicabilidade judicial dos parâmetros trazidos pela Lei 12.506/2011 aos mandados de injunção sobre o mesmo tema, impetrados anteriormente à vigência do mencionado diploma legal. Naquela oportunidade, o Tribunal autorizou os ministros a aplicarem monocraticamente esse entendimento aos casos idênticos ainda pendentes de solução em seus respectivos gabinetes. Destaco, portanto, que a aplicação dos critérios da Lei 12.506/2011 ao caso em exame não caracteriza a retroatividade da lei regulamentadora do aviso prévio proporcional, mas somente a adoção judicial dos mesmos parâmetros nela previstos para viabilizar o exercício de direito constitucionalmente garantido desde 1988⁴⁸².

⁴⁸⁰ Op. cit., p. 153.

⁴⁸¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Mandado de injunção**. Op. cit, p.98.

⁴⁸² STF – MI 1021/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 05.04.2013, publ. DJe12.04.2013. Na mesma linha, vide MI 758/DF e MI 906/DF.

É oportuno frisar que a importância da adoção de medidas voltadas à garantia da equitatividade das decisões injuncionais já era ventilada por Calmon de Passos. Prevendo o cenário ora exposto, o doutrinador revelou que, ao estabelecer a norma aplicável ao caso concreto, o Supremo teria de propagar os mesmos efeitos a todas as situações similares, ante a “absoluta impossibilidade de se regulamentar um preceito constitucional sem atendimento ao princípio maior da igualdade de todos perante a lei, também presente na espécie”⁴⁸³.

Como consequência da já aventada extensão do âmbito protetivo do *writ* aos direitos transindividuais, o §2º do art. 9º da Lei 13.300/2016 declara a possibilidade da profusão *ultra partes* ou *erga omnes* nos casos em que este reconhecimento seja indispensável ao exercício do direito examinado.

Sem maiores controvérsias, o multicitado regulamento também estabelece, no seu art. 10, a alternativa de revisar a decisão judicial aplicada. Como foi demonstrado no capítulo 5, as possibilidades de efeitos do mandado de injunção são diversas, máxime considerando como mais adequada uma acepção aberta de medidas, normativas e materiais, voltadas à imediata concretização do direito.

Deste modo, a mudança nas circunstâncias fáticas e jurídicas, após o pronunciamento final do julgador, pode exigir a alteração das medidas indicadas, razão pela qual se abre a chance da revisão do *decisum*, tal qual já existe em outras ações, como, por exemplo, a reavaliação dos valores pagos no cumprimento de sentença relativa à prestação de alimentos, previsto no §3º do art. 533 do novo CPC.

Resta analisar ainda, a disposição do art. 11, consagrando a possibilidade da lei superveniente retroagir nos casos em que forem previstos regimes mais benéficos, se comparados com aqueles definidos judicialmente.

Acertadamente, Walter Claudius Rothenburg atestou que esta previsão presta tributo à harmonia entre os Poderes, ao dar preferência ao ente indicado pela Constituição para editar a norma regulamentadora ou tomar as medidas necessárias à efetivação do direito vindicado, desde que assegurada a condição mais benéfica ao impetrante⁴⁸⁴.

Ademais, protestou contra a incompletude de parágrafo único do mesmo artigo por considerar inadequada a prejudicialidade da ação injuntiva, caso a norma regulamentadora seja editada antes da decisão final. Lembra o autor que, no caso de ter sido deferida uma

⁴⁸³ Op. cit. pp. 123-124. O mesmo entendimento pode ser verificado em: ZANETI JÚNIOR, Hermes; MAZZEI, Rodrigo. O mandado de injunção como instrumento de solução das lacunas legais (“fracas-fortes”) no direito brasileiro. **Revista de Processo**, n. 234, ano 39, p. 269, agosto, 2014.

⁴⁸⁴ Op. cit. pp.136-137.

medida liminar, seus efeitos, se mais vantajosos, devem sobressair às novas disposições legais⁴⁸⁵.

Para além destes apontamentos, releva dizer que esta previsão do parágrafo único não coaduna com a aceitação da inconstitucionalidade por omissão parcial. Conforme abordado no item 4.1, o cumprimento insuficiente do mister normativo pode, dentre outras hipóteses, ser decorrente da edição de um regramento em descompasso com o princípio da isonomia, excluindo determinado grupo do âmbito de proteção da norma.

Atina-se, portanto, que, caso o regulamento vigente após início do mandado de injunção padeça deste vício, o *writ* não deveria ser considerado prejudicado, pois ainda teria uma função a cumprir, estendendo a previsão normativa aos impetrantes, na hipótese de terem sido excluídos.

Diante das incoerências e imperfeições ora apontadas, assegura-se que, mesmo com a neófitia regulamentação, o caminho do mandado de injunção ainda seguirá no rastro de uma disciplina que otimize suas características como instrumento concretizador de direitos fundamentais vulnerados pela inação estatal.

Contudo, deve-se reconhecer, por outro lado, seus aspectos benéficos, para toda a sociedade. Além de disciplinar o processamento de um remédio objeto de mais de 27 anos de controvérsia, incorporando algumas medidas benfazejas instituídas pela doutrina e jurisprudência, também fomentou o uso de instrumentos voltados à uniformização dos provimentos judiciais, seja pelo uso direto de sua modalidade coletiva, ou mesmo pela extensão da coisa julgada aos casos análogos.

Pode-se dizer, por derradeiro, que, a partir do advento de sua lei de regência, o mandado de injunção poderá caminhar sobre terreno mais firme, em busca da realização de um potencial florescente.

⁴⁸⁵ Ibidem.

7 CONCLUSÕES

Esta dissertação foi estruturada com a predisposição de acentuar as características do remédio injuntivo, de modo a compor um perfil voltado ao controle integral das omissões inconstitucionais.

Neste intento, logrou demonstrar a carência do ordenamento jurídico brasileiro pré 1988, pela falta de uma ferramenta processual, não só tipicamente voltada ao combate das históricas omissões do Poder Público, mas destinada ao uso do cidadão, seja de modo individual ou através de representações coletivas próximas de sua realidade. Mais importante ainda, era necessário conceber uma via processual apta a suplementar a inércia estatal nos casos concretos, compondo a força normativa de todo o texto constitucional, a partir da salvaguarda das prestações derivadas das suas normas programáticas (nicho primaz dos direitos sociais).

Deste anseio, foi concebido o mandado de injunção como uma via jurisdicional adequada e completa, destinada ao combate efetivo das omissões inconstitucionais, quer pelos cuidados na sua elaboração, que pelas nuances processuais e, em especial, pelas medidas judiciais que é capaz de gerar. Assim, a sobredita integralidade desta ferramenta, paulatinamente demonstrada nos capítulos desta dissertação, pode ser rematada na síntese conclusiva exposta nos tópicos a seguir:

1. Com o avanço ao Constitucionalismo Social novas vertentes de direitos fundamentais foram evidenciadas, consagrando direitos a prestações do Poder Público voltados à promoção da igualdade material. Paralelamente, constata-se a inércia dos órgãos competentes para o desempenho destas tarefas, causando um déficit de eficácia constitucional e comprometendo a sua força normativa.
2. Infere-se que, a negação de juridicidade de direitos fundamentais inseridos em dispositivos constitucionais de textura aberta não se sustenta, seja pela superação do modelo jurídico-positivista de regras, em detrimento do modelo normativo dworkiano composto de regras e princípios, seja pelo reconhecimento da aplicabilidade das normas de eficácia limitada, em especial as programáticas, ainda que em níveis reduzidos, como prega José Afonso da Silva.
3. Por consequência, verifica-se que todas as prestações de direitos fundamentais, são exigíveis em dada medida, razão pela qual o não cumprimento da obrigação constitucional de concretizá-las acarreta a inconstitucionalidade por omissão, passível de ser questionada juridicamente, através de ferramentas especiais. No Brasil, foram

concebidas duas vias processuais típicas e distintas: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no âmbito do controle abstrato, com legitimação restrita e efeitos meramente declaratórios, que não atendiam a demanda social pela realização imediata dos direitos previstos na Constituição, e o mandado de injunção, no campo do controle concreto, mais voltado à realização de direitos subjetivos de maneira direta.

4. Entende-se que, a par dos variados conceitos atribuídos ao mandado de injunção, a concepção mais adequada deve eliminar as ambigüidades contidas no enunciado da Lei Maior, mormente a expressão “falta de norma regulamentadora”. Deste modo, é correto retratá-lo, de forma sintética e aberta, como uma ação constitucional de combate às omissões do Poder Público, com o fito de assegurar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.
5. Na análise genealógica das ferramentas do direito comparado extraem-se duas ilações: a primeira é a falta de correspondência estreita com qualquer instrumento das ordenações estrangeiras, o que implica em reconhecer o *writ* como uma criação genuinamente brasileira; já a segunda é a testificação do caráter efetivador de todos os meios processuais utilizados pela doutrina na tentativa de encontrar uma ação equivalente no plano alóctone, o que reforça a aptidão do remédio injuntivo para concretizar direitos.
6. Ao observar sua trajetória constituinte, resta patente que o mandado de injunção foi produto da inquietação social, especialmente da comunidade jurídica, com a falta de um instrumento de combate efetivo às omissões estatais, cujas repercussões danosas refletiam-se maciçamente nas normas programáticas embebidas de normas elementares à preservação da dignidade humana. Nota-se, por outro lado, que os primeiros enunciados que previam a ação (como a SNC 155-4 de autoria do Senador Virgílio Távora) eram mais simplistas e consentâneos ao que se entendeu como um conceito adequado do remédio injuncional. Entretanto, com o decorrer da tramitação, nas comissões de sistematização, começaram a se desenhar os contornos do texto final da Constituição de 1988, já prevendo o questionável termo “falta de norma regulamentadora”.
7. Adentrando aos aspectos processuais, forjados pela doutrina e jurisprudência em razão da ausência de uma disciplina legal específica, percebe-se, de logo, que o instituto padeceu por muito tempo de uma insustentável restrição ao seu cabimento, praticamente confinado às omissões totais de espécies legislativas primárias. Fica

comprovado que, a partir de uma hermenêutica sistemática, aliada ao princípio da máxima eficácia constitucional, o *writ* comporta todos os tipos de omissões inconstitucionais, alargando o cabimento no âmbito horizontal (albergando as omissões parciais – por insuficiência normativa) e no âmbito vertical (chegando aos níveis normativos inferiores de modo a abraçar toda a cadeia regulamentar do preceito constitucional).

8. Da mesma forma, depreende-se que, o objeto do mandado de injunção é proporcional à sua capacidade protetiva, não havendo sentido confiná-lo apenas no art. 5º, ou mesmo no Título II da Constituição de 1988. Assim, assevera-se que qualquer direito de matriz constitucional pode ter sua aplicabilidade garantida pela via injuncional, desde que seu exercício esteja objurgado pela inércia estatal.
9. Certifica-se que a ferramenta injuntiva permite um amplo acesso ao cidadão comum, através da abertura do polo ativo. Já no âmbito dos impetrados, ficou sacramentado que a atual posição da jurisprudência do STF, chancelada na Lei 13.300/2016, não é adequada à finalidade do *writ*. Ao estabelecer que apenas os entes públicos responsáveis pela edição da norma regulamentadora deverão ser arrolados no polo passivo, considera-se o mandado de injunção como uma ação para integrar o ordenamento jurídico, quando, na verdade, sua função precípua é viabilizar direitos no caso concreto. Assim sendo, não faz sentido excluir sujeitos particulares que podem estar envolvidos na relação jurídica examinada, inclusive com a possibilidade de sofrer os efeitos da coisa julgada.
10. Assenta-se que, a par de ser considerado um instrumento de controle difuso, em razão da maioria dos dispositivos constitucionais estarem vinculados a uma regulamentação federal, a maior parte das competências explícitas do mandado de injunção, onde localizam-se a maioria dos *cases* ajuizados, está concentrada no STF e STJ, no entanto não se desconhece a competência residual dos juízes de primeira instância.
11. No âmbito dos efeitos é que está localizada a discussão mais relevante do mandado de injunção, assim como a maior diversidade de posicionamentos. Analisando os nove efeitos extraídos da doutrina especializada e apoiado em todos os aspectos antecedentes que consolidam sua concepção como um instrumento de viabilização de direitos fundamentais subjetivos, compreende-se que do mandado de injunção emana um provimento concretizador, a ser realizado pelo próprio poder judiciário, de modo a autorizar a efetivação direta do direito do impetrado, através de qualquer medida jurídica e materialmente possível.

12. Prega-se, ainda no campo dos efeitos, que a jurisprudência caminhou em ritmo mais lento, se comparada à literatura jurídica. No entanto, pode-se fincar o entendimento que, passada a timidez inicial de um provimento declaratório que quase resultou no desuso do instituto, atualmente o Supremo alinhou-se à linha progressista das consequências jurídicas do remédio injuncional, determinando a consecução direta e imediata do direito vindicado, mediante a suplementação da norma faltante. Esta constatação, contudo, é obscurecida em razão das matérias implementadas deste modo direto já terem sido objeto de injunções anteriores, inclusive com a cominação de prazo para superação da mora. Em verdade a restrição das matérias tratadas com o efeito direto/imediato pelo STF estão provocando uma nova retração no instituto, como demonstram as estatísticas do próprio Supremo.
13. Com o advento da Lei 13.300/2016, muitos dos avanços advindos da doutrina e da jurisprudência foram positivados, garantindo mais estabilidade na disciplina da ação injuntiva. Adentrando ao procedimento, aponta-se que o legislador titubeou ao omitir a possibilidade de liminar, tendo em vista que os óbices ao deferimento desta medida, como o provimento meramente declaratório que inviabilizaria qualquer pedido antecipatório, já caíram por terra, inclusive pela autorização de seu emprego no bojo da ADI-O, por força do art. 12F da Lei 9.868/1999. Afirma-se, portanto, seu cabimento, com permissão retirada subsidiariamente da Lei do Mandado de Segurança.
14. O novel diploma progrediu no âmbito da abrangência do instituto, ao admitir o cabimento do *writ* nos casos de omissão parcial, bem como ao garantir a proteção aos direitos coletivos *stricto sensu* e difusos. De maneira equivocada e injustificada, foi mantida a expressão “norma regulamentadora”, dificultando a incidência do remédio no caso de atos administrativos normativos ou não normativos. Outrossim, a mesma crítica pode ser aplicada à supressão dos direitos individuais homogêneos do seu âmbito de proteção, não obstante não pairarem dúvidas sobre sua salvaguarda pela ação injuncional.
15. Assegurou-se que o regulamento do mandado de injunção resolveu homenagear a linha concretista intermediária/mediata dos efeitos. Contudo, frisou-se que há possibilidade destes efeitos converterem-se em diretos/imediatos caso a matéria já tenha sido tratada, nas mesmas circunstâncias, em outra ação injuntiva. Criticou-se, ainda, a recorrente restrição das medidas judiciais possíveis, apenas como medidas normativas.

16. Acrescente-se, por fim, que a maior contribuição da nova Lei foi a racionalização dos provimentos injuntivos, por meio do fomento à coletivização dos provimentos. Isto ocorreu tanto pelo estímulo ao acesso direto ou ingresso posterior (*opt in*) na demanda coletiva, quanto pelas técnicas de extensão dos efeitos da coisa julgada aos casos análogos. Com isso, agrega-se a possibilidade do desenvolvimento de decisões mais isonômicas e economicamente sustentáveis à esta ferramenta conhecida pelo seu potencial efetivador de direitos.

Diante de todas estas verificações vale salientar que o mandado de injunção é, ao menos no aspecto potencial, um instrumento processual capaz de abranger e solucionar todos os tipos de omissões inconstitucionais.

Em decorrência desta aptidão, bem como da prejudicialidade que o descumprimento das tarefas constitucionais impõem à realização do modelo de Estado e sociedade gestado em 1988, não é exagero afirmar que o papel do mandado de injunção é fundamental para o sucesso da missão consagrada pelo legislador constituinte.

Entre avanços e tropeços, a recente estabilidade conferida pela nova regulamentação homenageia boa parte do potencial contido nesta ação, mas, perseverante na esperança da materialização das promessas constitucionais, sua essência indica ser possível progredir mais, rumo a um horizonte de completa integração entre o texto e o contexto. Avante!

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais**: “*habeas corpus*”, mandado de segurança, mandado de injunção, “*habeas data*”. 2^a ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: Fundamentos do direito constitucional. Tradução Mauro Raposo. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BACHA, Sergio Reginaldo. **Mandado de Injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BAHIA. Saulo Casali. O Poder Judiciário e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. In: DANTAS, Miguel Calmon; CUNHA JÚNIOR, Dirley da (coord.). **Desafios do Constitucionalismo Brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____. Poder Judiciário e Direitos Humanos. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio (org.). **Direito da previdência e assistência social**: elemento para uma compreensão interdisciplinar. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

_____. Judicialização da política. In: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **II Jornada de Direito Constitucional**. Brasília: ESMAF, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBI, Celso Agrícola Mandado de Injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990.

BARBOSA, Charles Silva. **Dimensões do mínimo existencial**: atuação jurisdicional e proteção da essência da República. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2^a ed. Rio de Janeiro: renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8a Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BECHARA, Evanildo. **Minidicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BERGSON, Henri. **La pensée et le mouvant Essais et conférences**. Paris: Les Presses universitaires de France, 1969.

BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, ano 78, vol. 642, abril de 1989. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BISOL, José Paulo (relator). **Relatório da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do homem e da Mulher**. Seção de documentação parlamentar, constituinte fase “h”, vol. 69, p. 24. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-69.pdf>>. Acessado em 08 de agosto de 2016.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Mandado de injunção na tutela de direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 21ª tiragem, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BORJA, Célio. O mandado de injunção e o habeas data. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 306, ano 85, abril-junho, 1989.

BUENO, Antônio Henrique Bittencourt Cunha. Projeto de Lei 4.679/1990. In: **Diário do Congresso Nacional** (seção 1), ano XLV, n. 29, Brasília 1990.

CABRAL, Bernardo. A palavra do relator: Ontem, há vinte anos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45, n. 179, jul./set. 2008.

CALISSI, Jamile Gonçalves. O mandado de injunção e as *injunctions* inglesa e norte-americana, p.2. In: **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7545>. Acesso em 20/12/2015.

CALMON, João (Relator). **Relatório da Subcomissão de Educação, Cultura e Esportes. Seção de documentação parlamentar, constituinte fase “a”**, vol. 207, p. 25. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-207.pdf>>. Acessado em 08 de agosto de 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. I. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. Tomemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASTRO, Guilherme de Siqueira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Mandado de injunção**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e Ações coletivas**. Salvador: JusPodivm, 2015.

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

CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2000.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma reflexão histórica sobre o Mandado de Injunção e a Eficácia Subjetiva das Decisões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. (org.) **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, José Rubens. O mandado de injunção como norma garantidora dos direitos sociais. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Os “writs” na Constituição de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: teoria e prática. 8ª edição, Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <<http://brasiljuridico.com.br/artigos/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acessado em: 27.12.2016.

DANTAS, Ivo. **Mandado de injunção**: guia Teórico e prático. 2a Ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1994, p. 95.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Mandado de injunção e eficácia dos direitos constitucionais ante a supremacia da Constituição. **Revista da OAB-BA**, n. 01, ano 01, Tomo II, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª Ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2014.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitucional como norma y El Tribunal Constitucional**. 3ª ed. Madrid: Civitas, 2001.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Remédios Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley Del mas débil. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

_____. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio e TRINDADE, André. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ, Anna Cândida. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. **Revista dos Tribunais**: Cadernos de Direitos Constitucional e Ciência Política, n. 5, ano 2, outubro-dezembro, 1993.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução Carlos Alberto Salles, Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FONSECA, João Francisco N. da. **O processo do mandado de injunção**. São Paulo: Saraiva, 2016.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Randolpho. **Mandado de injunção**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1989.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

HAGE, Jorge. **Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo**: Uma apreciação da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção à luz da doutrina contemporânea. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 6ª Ed. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. O significado dos direitos fundamentais. In: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**. Why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

JOBIM, Marco Felix. **Medidas Estruturantes**: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo. Edições e publicações Brasil, 1933.

MACEDO, Elaine Harzheim. O mandado de injunção como ação constitucional: crônica de uma morte anunciada ou desvelamento de um paradigma? In: MARTINS, Ives Gandra e JOBIM, Eduardo. **O processo na constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. O mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues e OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de. **Direitos fundamentais em construção**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MANEIRO, Renata de Marins Jaber. **Mandado de injunção, diálogos constitucionais e o papel do STF**. Curitiba: Juruá, 2016.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JUNIOR, Freddie (org.). **Ações Constitucionais**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, Ação direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro**. 26a ed. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **A eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de injunção. **Revista de Direito Público**, n. 18, ano 5, janeiro-fevereiro, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. (org.) **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Jurisdição Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição**. vol. 6, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. **Revista de Processo**, n. 56, ano 14, outubro-dezembro, 1989.

MOREIRA, Wander Paulo Marotta. Notas sobre o mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2a Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

OLIVEIRA, Eunício. **Parecer de constitucionalidade sobre o PLC 18/2015**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=181731&c=PDF&tp=1>>. Acessado em 20/12/2015.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Mandado de Injunção: da inconstitucionalidade por omissão – enfoques trabalhistas – jurisprudência**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

OLIVEIRA, Herzeleide Maria Fernandes de. O mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 25, n. 100, p. 47-62, out./dez. 1988.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Mandado de injunção: suas finalidades, efeitos da decisão concessiva e coisa julgada, partes e procedimento. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. (org.) **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1991.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PENALVA, Janaina. Há cultura do litígio no Brasil?: ideias livres sobre Justiça e judiciário. In: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína (org). **Dez anos de reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2015.

PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 7a ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. **O controle de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

PINTO, Tácito L. Maranhão. **O mandado de injunção: trajetória de um instituto**. São Paulo: LTr, 2002.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

POZZA, Darcy (relator). **Relatório da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais**. Seção de documentação parlamentar, constituinte fase “a”, vol. 78, p. 15-16. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentsAvulsos/vol-78.pdf>>. Acessado em 08 de agosto de 2016.

PUCCINELLI JUNIOR, André. **Omissão Legislativa Inconstitucional e Responsabilidade do Estado Legislador**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RAMOS, Elieval da Silva. Mandado de Injunção e Separação dos Poderes. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. (org.) **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROQUE, André Vasconcelos. **Class actions**: Ações coletivas nos Estados Unidos – o que podemos aprender com eles? Salvador: Juspodivm, 2013.

ROSA, André Vicente Pires. Mandado de Injunção sob a perspectiva do Projeto de Lei 6.128, de 2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSENN, Keith S. Conflict Resolution and Constitutionalism: The Making of the Brazilian Constitution of 1988. In: MILLER, Laurel E. e AUCOIN, Louis. **Framing the State in Times of Transition**: Case studies in Constitution Making. Washington D.C.: United States Institute of Peace Press, 2010.

_____. **O controle de constitucionalidade no Brasil**: desenvolvimentos recentes. Tradução Carlos J. Sampaio Costa, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 227, jan/mar, 2002.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2ª Ed. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru: Edipro, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O mandado de injunção finalmente terá a sua lei. In: MENDES, Gilmar Ferreira, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fabio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª . ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SIDOU, José Maria Othon. **“Habeas corpus”, Mandado de segurança, Mandado de injunção, “Habeas data”, Ação popular**. 5a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Diogo Barbosa e. Alguns aspectos do mandado de injunção sob a ótica do princípio do acesso à justiça: evolução doutrinária e jurisprudencial e as perspectivas advindas do PL 6.128/2009. In: SOUZA, Wilson Alves de. **O direito processual em transformação**. Salvador: Dois de Julho, 2016,

SILVA, Janaína Lima Penalva da. **A igualdade sem mínimos**: direitos sociais, dignidade e assistência social em um Estado Democrático de Direito – um estudo de caso sobre o benefício de prestação continuada no supremo Tribunal Federal. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

SILVA, José Afonso da. Mandado de Injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª Ed., 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Luciana Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STF. **STF conclui julgamento sobre repasses a estados por desoneração de exportações**.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330861>>. Acessado em 26 de janeiro de 2017.

_____. **Linha sucessória dos Ministros**. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_atual_jun_2015.pdf>. Acessada em 22 de novembro de 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRENGER, Irineu. **Mandado de Injunção**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

STURZENEGGER, Ricardo Luiz Blundi. Novas perspectivas sobre o Mandado de Injunção. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. (org.) **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de Injunção. **Revista de Direito Público**, n. 94, ano 23, abril-junho, 1990.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006.

TEMER, Michel. Mandado de injunção e seus limites. **Revista de Direito Público**, n. 98, ano 24, abril-junho, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TORNAGHI, Helio. O mandado de injunção. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, edição comemorativa, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. O mandado de injunção, o processo constitucional e os direitos fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra e JOBIM, Eduardo. **O processo na constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

VALE, André Rufino do. Mandado de Injunção: comentários ao projeto de regulamentação. In: MENDES, Gilmar Ferreira, VALE, André Rufino do, QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais: o mandado de segurança coletivo, o *habeas data*, o mandado de injunção e a ação popular para defesa da moralidade administrativa. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 306, ano 85, abril-junho, 1989.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Dialogo institucional e controle de constitucionalidade**: Debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; MAZZEI, Rodrigo. O mandado de injunção como instrumento de solução das lacunas legais (“fracas-fortes”) no direito brasileiro. **Revista de Processo**, n. 234, ano 39, agosto, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. Mandado de injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. (org.) **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Processo Coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.