

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

JORGE CAMIOTTI FILHO

**MANDADO DE INJUNÇÃO E A EFETIVIDADE DAS NORMAS
CONSTITUCIONAIS**

**CURITIBA
2009**

JORGE CAMILOTTI FILHO

**MANDADO DE INJUNÇÃO E A EFETIVIDADE DAS NORMAS
CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Professor Dr. Jorge de Oliveira Vargas

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

JORGE CAMILOTTI FILHO

**MANDADO DE INJUNÇÃO E A EFETIVIDADE DAS NORMAS
CONSTITUCIONAIS**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2009.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	5
2	BREVE HISTÓRICO.....	8
3	A BUSCA DA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS...10	
4	CONCEITO E GENERALIDADES.....	14
4.1.	CONCEITO.....	14
4.2.	OBJETO DO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	16
4.3	LEGITIMIDADE.....	20
4.3.1	Legitimidade Ativa.....	20
4.3.2	Legitimidade Passiva.....	21
4.4	COMPETÊNCIA E PROCEDIMENTO.....	22
5	DECISÃO E EFEITOS ADVINDOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO.29	
6	UMA PROPOSTA DE CONCILIAÇÃO ENTRE O CIVIL LAW E O COMMON LAW APLICÁVEIS AO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	41
7	CONCLUSÃO.....	51
	REFERÊNCIAS.....	53
	ANEXOS.....	55

MANDADO DE INJUNÇÃO E A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O presente trabalho monográfico tem por objetivo estudar a ação constitucional do mandado de injunção, a qual é aplicável sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A primeira questão analisada foi a tutela da efetividade das normas constitucionais. Pesquisou-se as observações e críticas que a doutrina faz acerca da eficácia do mandado de injunção, além das propostas sugeridas para conferir-lhe maior eficiência. Foram analisadas decisões judiciais e os efeitos resultantes das ações de mandado de injunção no passado e no presente, com um breve aprofundamento quanto à questão da competência dos Tribunais de Justiça Estaduais. Por último, elaborou-se uma proposta tendente a aproximar e conciliar o sistema do common law e do civil law, com objetivo de integrar e facilitar a aplicação do mandado de injunção no sistema jurídico brasileiro.

1 INTRODUÇÃO

A ausência de normas no ordenamento jurídico nacional pode ser enfrentado por duas formas diversas. No primeiro caso, trata-se do Mandado de Injunção (artigo 5, LXXI, CF/88), que foi a norma programada na Constituição Federal de 1988 sempre que a falta da norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Daí, no Mandado de Injunção a matéria versada é para um caso em concreto, *inter partes*. No segundo caso, trata-se da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (artigo 103, parágrafo 2º da CF/88), na qual 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. Logo, a matéria versada na ADIN por Omissão é em abstrato, com efeitos *erga omnes*. Porém, nesta monografia cingiu-se o estudo apenas no mandado de injunção.

A preocupação central da ação de mandado de injunção é a inércia histórica que prejudica o constitucionalismo brasileiro quando se trata de regulamentar o texto constitucional. O mandado de injunção surgiu na Constituição Federal de 1988; seu procedimento é auto-aplicável, mas não são aplicáveis a todas as espécies de omissões do Poder Público: aplicam-se, tão-somente, às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo

e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, as quais dependem de atuação legislativa ulterior para garantir sua aplicabilidade.

Os principais pontos que foram enfrentados no corpo da monografia são: 1. a previsão de um direito destituído de qualquer garantia, isto é, sem ação que o assegure; 2. a inversão da hierarquia das normas constitucionais, onde a Lei Maior (Constituição Federal) perderia a sua função, tendo em vista que o legislador ordinário se arroga o poder de impedir que um direito conferido pela Carta Magna verifique seus efeitos. 3. No caso concreto, julgada procedente uma ação declarando a falta da norma regulamentadora, poderia o Poder Judiciário criar a norma para o caso sob apreciação?; 4. Não seria usurpação de poderes do Legislativo caso o Judiciário legislasse no caso sob julgamento?; 5. Caso futuramente o Poder Legislativo edite norma aplicável ao caso já julgado, indaga-se, qual a norma que deve prevalecer? Seria a norma geral ou a solução dada pelo Judiciário. 7. A edição, pelo Poder Legislativo, *a posteriori* da legislação faltante teria o poder de alterar o julgado em que se criou norma pelo Judiciário para o caso concreto.

Assim, algumas indagações surgem como: omissa o Poder Legislativo (que neste caso é o poder competente para a edição de normas) quanto à edição de regras para o perfeito cumprimento dos dispositivos da Constituição Federal, tornaria a Lei Maior em uma norma ‘simbólica’, destituída de qualquer efeito jurídico nas relações sociais?; a segunda indagação que se apresenta é que o Mandado de Injunção não surtiu os efeitos esperados/almejados pelo legislador

originário (poder constituinte originário)?; a terceira é que os jurisdicionados estariam ao desamparo do Judiciário caso este não pudesse tomar uma solução concreta e viável para o caso em apreciação.

Para tanto o trabalho foi dividido nos seguintes capítulos: no primeiro, fez-se um breve histórico, com as origens e as deficiências que o mandado de injunção ainda apresenta. No segundo, tratou-se da busca da efetividade das normas constitucionais e analisou-se a divisão doutrinária sobre a aplicabilidade das normas constitucionais. No terceiro e quarto, houve estudo do conceito e de generalidades a respeito do mandado de injunção; seguiu-se com a análise do objeto, legitimidade, competência e procedimento. No quinto capítulo, debruçou-se sobre a decisão e efeitos advindos das decisões judiciais da ação constitucional de mandado de injunção. Por fim, elaborou-se uma proposta conciliatória (aproximadoura) entre o *civil law* e o *common law* aplicáveis ao mandado de injunção.

2 BREVE HISTÓRICO

Pode-se afirmar que a origem dessa ação constitucional (mandado de injunção) está no *writ of injunction*, do direito norte-americano, a qual é base da chamada jurisdição de equidade, sendo aplicada quando a norma legal é ausente ou demonstra-se incompleta para solucionar o caso concreto¹. O *writ of injunction* serve para a proteção dos direitos humanos, como a liberdade de expressão, de associação, a educação, a cidadania, a nacionalidade.

Para outros autores, suas origens estão na Inglaterra do século XIV, surgido do instituto da *Equity*, com base no juízo de equidade, a qual era aplicada no sistema da *common law* para os casos em que inexistia norma legal para regular o direito, a liberdade ou a prerrogativa pleiteada no caso *sub judice*².

Há ainda os autores que indicam suas origens nos instrumentos existentes no velho direito português, que possuía como único objetivo advertir o Poder competente omissis.

Porém, cabe a doutrina e a jurisprudência brasileiras o estudo e a análise dos objetivos e fundamentos do Mandado de Injunção, cujo objetivo é acabar com o descrédito da Constituição, causado pela inércia do legislador³; combate desta

¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

² BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

forma à não efetividade das normas constitucionais que não possuam aplicabilidade imediata⁴.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

3 A BUSCA DA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Para José Afonso da Silva⁵, em sua obra ‘Aplicabilidade das Normas Constitucionais’, pode-se dividir em três a aplicabilidade das normas da Constituição⁶. A primeira são *as normas constitucionais de eficácia plena*,

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

A segunda forma de aplicabilidade são as normas constitucionais de eficácia contida,

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

Por último, as normas constitucionais de eficácia limitada, são aquelas que apresentam “Aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade”.

São as normas constitucionais de eficácia limitada o alvo central da aplicabilidade do mandado de injunção.

Luís Roberto Barroso, ao tratar do tema da efetividade das normas constitucionais, expõe as idéias de J. J. Gomes Canotilho, autor português, que em

⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 1998.

⁶ AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2003.

sua célebre tese de doutoramento publicada em 1982, sob o título de *Constituição dirigente e vinculação do legislador* escreve o seguinte:

Canotilho difundiu a idéia da Constituição dirigente, “entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem diretivas e estatuem imposições”. O estudo envolve a complexa ambição de constitucionalização da política, tendo como núcleo essencial do debate as relações entre o constituinte e o legislador ou, nas palavras do autor: “o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais”⁷.

Ao longo do século XX, foi-se atribuindo à norma constitucional o *status* de norma jurídica, superando a idéia que seria apenas normas de caráter essencialmente político. Naquela época, não se concebia ao Poder Judiciário qualquer papel na relevante função de realizar o conteúdo constitucional. Mas por outro lado, não se pode perder o foco de que nem todos os aspectos sociais devem ser resguardados pela norma constitucional, pois o Direito tem limites próprios e que não se deve ter a pretensão de normatizar o inalcançável. Atingida a impossibilidade fática ou jurídica, o intérprete deve declarar esta situação, deixando de aplicar a norma por este fundamento e não por falta de normatividade⁸.

Há pressupostos que são indispensáveis para se atingir a efetividade das normas constitucionais: primeiro, que deve o constituinte ter senso de realidade,

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, 2005. Tomo III.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, 2005. Tomo III.

não pretendendo normatizar o inalcançável, o que seja jurídico e materialmente impossível de alcançar em dado tempo e momento histórico; segundo, deverá o legislador atuar com boa técnica legislativa, para que seja possível vislumbrar corretamente os anseios dos indivíduos, os bens jurídicos e as condutas exigíveis; terceiro, impor-se ao Poder Público vontade política de realizar os comandos constitucionais; por fim, faz-se indispensável o consciente exercício de cidadania, exigindo-se, pela articulação política e por meio de medidas judiciais, a realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos estabelecidos constitucionalmente⁹.

Apenas a Constituição Federal, por si só, não é capaz de alterar a realidade fática de uma sociedade; mas ela estabelece limites, condições, valores éticos e morais, além de uma normatização basilar para propiciar as alterações vindouras, capazes de melhorar e estabilizar a vida, o patrimônio e as relações sociais. Isto demonstra quão importante é a aplicabilidade efetiva das normas da Constituição, pois afeta de maneira direta os interesses dos cidadãos de uma determinada nação.

Interessante é a lição trazida por Alexandre de Moraes quanto à omissão do Poder Legislativo

Na conduta negativa do poder público consiste a inconstitucionalidade. A Constituição determinou que o poder público tivesse uma conduta positiva, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. O Poder Público omitiu-se, tendo, pois, uma conduta negativa.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, 2005. Tomo III.

A incompatibilidade entre a *conduta positiva* exigida pela Constituição e a *conduta negativa* do poder público omissivo configura a chamada *inconstitucionalidade por omissão*.¹⁰

Em recente artigo publicado, o Professor Clémerson Merlin Cléve expõe idéias a respeito da Constituição da Esperança¹¹:

(...) Nesse campo, há ainda muito por fazer. Mas não se pode negar a bondade do quadro normativo e institucional. A Constituição é aliada nessa tarefa, e não inimiga. Duas décadas depois da promulgação da Constituição, entretanto, nos deparamos ainda com uma enorme distância entre a normatividade e a realidade constitucionais, entre as promessas do Constituinte e a dureza da vida cotidiana. A tarefa a cumprir nos próximos anos envolve superação progressiva da distância entre a idealidade e a concretude, a promessa e a realização, a norma e a experiência vital. Daí a necessidade de políticas públicas, da ação legislativa do Congresso, da atuação do Executivo como amigo da Constituição e das demandas de grande parcela da população que, com a bandeira da Constituição, e não vociferando contra ela, pretende superar sua triste condição, ainda contaminada pela precariedade, pela dependência e pela insuficiência. É nesse contexto que muitas vezes se compreende (mas não se justifica) a impaciência do Judiciário com a omissão desidiosa do Executivo ou do Legislativo. Falta muito a fazer. (...)

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 1411.

¹¹ CLÉVE, Clémerson Merlin. **A Constituição da Esperança**. No. 06 – Setembro 2009. Cadernos Jurídicos – OAB/PARANÁ, p. 1.

4 CONCEITO E GENERALIDADES.

4.1. CONCEITO.

De acordo com o artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, 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 cidadania¹².

O Supremo Tribunal Federal decidiu que o Mandado de Injunção é auto-aplicável, independentemente da edição de lei para regulamentá-lo, de acordo com o artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, o qual determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Vejamos o julgado:

MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO. - EM FACE DOS TEXTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RELATIVOS AO MANDADO DE INJUNÇÃO, E ELE AÇÃO OUTORGADA AO TITULAR DE DIREITO, GARANTIA OU PRERROGATIVA A QUE ALUDE O ARTIGO 5., LXXI, DOS QUAIS O EXERCÍCIO ESTA INVIABILIZADO PELA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA, E AÇÃO QUE VISA A OBTER DO PODER JUDICIARIO A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DESSA OMISSAO SE ESTIVER CARACTERIZADA A MORA EM REGULAMENTAR POR PARTE DO PODER, ÓRGÃO, ENTIDADE OU AUTORIDADE DE QUE ELA DEPENDA, COM A FINALIDADE DE QUE SE LHE DE CIENCIA DESSA DECLARAÇÃO, PARA QUE ADOTE AS PROVIDENCIAS NECESSARIAS, A SEMELHANCA DO QUE OCORRE COM A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSAO (ARTIGO 103, PAR-2., DA CARTA MAGNA), E DE QUE SE DETERMINE, SE SE TRATAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL OPOINIVEL 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 OMISSAO INCONSTITUCIONAL. - ASSIM FIXADA A NATUREZA DESSE MANDADO, E ELE, NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE - **QUE ESTA DEVIDAMENTE DEFINIDA PELO ARTIGO 102, I, 'Q' -, AUTO-EXECUTAVEL, UMA VEZ QUE, PARA SER UTILIZADO, NÃO DEPENDE DE NORMA JURÍDICA QUE O REGULAMENTE, INCLUSIVE QUANTO AO PROCEDIMENTO, APLICAVEL QUE LHE E ANALOGICAMENTE O PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, NO QUE COUBER. QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DA AUTO-APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR**¹³. Grifo é nosso

¹² GONÇALVEZ CARVALHO, Kildare. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo.** 11ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

¹³ STF. Mandado de Injunção 107 Distrito Federal. Relator Ministro Moreira Alves. Julgamento em 23/11/1989. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 de setembro de 2009.

Tem-se que o Mandado de Injunção é uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, sendo-lhe aplicável o procedimento do Mandado de Segurança, no que couber¹⁴.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino trazem a seguinte observação:

Trata-se de um remédio constitucional colocado à disposição de qualquer pessoa que se sinta prejudicada pela falta de norma regulamentadora, sem a qual resulte inviabilizado o exercício dos direitos, liberdades e garantias constitucionais prescritas no transcrito inciso. A preocupação, portanto, é conferir efetiva aplicabilidade e eficácia ao texto constitucional, para que este não se torne “letra morta”, em razão de omissão do legislador ordinário na sua regulamentação¹⁵.

Para Uadi Lammêgo Bulos, o Mandado de Injunção assim se coloca:

Na sistemática da Constituição Federal de 1988, o mandado de injunção é o meio de que o indivíduo dispõe para exercer direitos e liberdades constitucionais, bem como prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, que estejam impedidos de serem exercidos por falta de norma regulamentadora. Daí o seu objeto fundamental: tornar as normas da Constituição plenamente exequíveis, com aplicação direta e integral, realizando o comando do parágrafo 1º. deste artigo 5º., com vistas a garantir o gozo de qualquer direito constitucional, seja ele individual, metaindividual (difuso, coletivo), individual homogêneo, político ou social, de liberdades públicas, das prerrogativas ínsitas à nacionalidade, à soberania e à cidadania.¹⁶

Os requisitos para a utilização do Mandado de Injunção são:

a) falta da norma regulamentadora para tornar efetivo o direito, a liberdade ou a prerrogativa; b) ser o impetrante o beneficiário imediato do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada em juízo. Entenda-se por norma regulamentadora a providência legislativa por meio da qual

¹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

¹⁵ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2ª. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

¹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 380

as normas constitucionais tornam-se totalmente executáveis, sem precisarem de qualquer normatividade posterior para concretizarem direitos, liberdades e prerrogativas nelas inseridas.¹⁷

Interessante decisão foi proferida pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do conceito e força decisória do mandado de injunção

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA INSCRITA NO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89, QUE REGE O DIREITO DE GREVE NA INICIATIVA PRIVADA, ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. MANDADO DE INJUNÇÃO UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DO MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO-CONHECIMENTO. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. **2. Este Tribunal entende que a utilização do mandado de injunção como sucedâneo do mandado de segurança é inviável. Precedentes. 3. O mandado de injunção é ação constitutiva; não é ação condenatória, não se presta a condenar o Congresso ao cumprimento de obrigação de fazer. Não cabe a cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa** 4. Mandado de injunção não conhecido¹⁸. Grifo é nosso.

4.2. OBJETO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção assemelham-se às da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e

¹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 381.

¹⁸ STF. Mandado de Injunção 689 Paraíba. Relator Ministro Eros Grau. Julgamento em 7/6/2006. Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de setembro de 2009.

não decorrem de qualquer espécie de omissões do Poder Público¹⁹. O mandado de injunção é cabível para normas constitucionais de eficácia limitada, que prescrevem direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Assim, a falta de norma regulamentadora que torna inviável o exercício dos direitos, liberdades e das prerrogativas acima mencionados²⁰, pela omissão do Poder Público, é que geram a possibilidade em concreto do ajuizamento do mandado de injunção²¹.

Alexandre de Moraes afirma que:

(...) tão-só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo (Por exemplo, as normas sobre sistema financeiro nacional, que dependem de regulamentação por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram, nos termos do art. 192 da Constituição Federal, cuja redação foi dada pela EC no. 40, de 299 de maio de 2003 (...)) e de caráter impositivo (Por exemplo, art. 128, parágrafo 5º, que estabelece a necessidade de edição de lei complementar para estabelecer a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público) e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade²².

Não cabe mandado de injunção para os seguintes casos: a) pretender-se a alteração de lei ou ato normativo já existente; b) exigir-se uma certa interpretação à aplicação da legislação infraconstitucional; c) reclamar uma aplicação “mais

¹⁹ PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Direito Constitucional. Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

²⁰ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; RESINENTE DOS SANTOS, William Douglas. **Controle de Constitucionalidade. Uma abordagem teórica e jurisprudencial**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

²¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10ª. Ed. São Paulo: Método, 2006.

²² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

justa” da lei existente. Por fim, não caberia mandado de injunção em face de norma constitucional auto-aplicável²³.

Neste ponto, uma pergunta é de vital importância. O mandado de injunção serve para se obter o suprimento judicial da norma faltante ou serve de estímulo ao órgão competente para produção da norma?

Há quem sustente que o mandado de injunção cumule as duas funções escritas, qual sejam: (i) determinar à autoridade ou órgão competente que expeça a norma regulamentadora do dispositivo constitucional; (ii) julgar o caso concreto *sub judice*, decidindo sobre o direito postulado e suprimindo a lacuna legal²⁴.

Na atual fase constitucional vivida no Brasil, pensa-se que o mais acertado seria a segunda proposição, a qual desenvolveria plena aplicabilidade ao mandado de injunção, conforme estabelecido no artigo 5º. Parágrafo 1º da Constituição Federal. A função do mandado de injunção é fazer valer a disposição constitucional em benefício do impetrante²⁵.

Luís Roberto Barroso doutrina que

(...) afigura-se fora de dúvida que a melhor inteligência do dispositivo constitucional (art. 5, LXXI) e de seu real alcance está em ver no mandado de injunção um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo. O objeto da decisão não é uma ordem ou uma recomendação para edição de uma norma. Ao contrário, o órgão jurisdicional substitui o órgão legislativo ou

²³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

²⁵ BESTER, Maria Gisela. **Direito Constitucional. Fundamentos teóricos**. Manole, 2005. v.1.

administrativo competentes para criar a regra, criando ele próprio, para os fins estritos e específicos do litígio que lhe cabe julgar, a norma necessária. A função do mandado de injunção é fazer com que a disposição constitucional seja aplicada em favor do impetrante, “independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada”²⁶.

Vale ressaltar que não caberá mandado de injunção quando a norma constitucional é bastante por si mesma²⁷, regulando satisfatoriamente a situação vivenciada, isto é quando a norma for auto-aplicável. O que não é cabível é a aplicação indiscriminada desta ação constitucional, sem limites e com amplitude incontrolável²⁸. Analise-se esta decisão

EMENTA: Embargos de declaração em mandado de injunção. 2. Recurso conhecido como agravo regimental. 3. Não cabe mandado de injunção quando já existe norma que regulamente o dispositivo constitucional em questão. 4. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento²⁹.

Com relação à norma regulamentadora, ela pode ser de qualquer hierarquia, tais como lei complementar, ordinária, regulamento, resolução, portaria, decisões

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

²⁷ VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3ª. Ed. 2ª. Tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

²⁹ STF. Mandado de Injunção 742 Distrito Federal. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 10/3/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de setembro de 2009.

administrativas normativas, cuja ausência impossibilite o exercício de um direito constitucional³⁰.

4.3 LEGITIMIDADE

4.3.1 Legitimidade Ativa

Qualquer pessoa poderá ajuizar o mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania³¹.

Cabe ainda a interposição do mandado de injunção coletivo, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, o qual inclusive o equiparou ao Mandado de Segurança Coletivo

Ementa I - **MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: ADMISSIBILIDADE, POR APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 5., LXX, DA CONSTITUIÇÃO**; LEGITIMIDADE, NO CASO, ENTIDADE SINDICAL DE PEQUENAS E MEDIAS EMPRESAS, AS QUAIS, NOTORIAMENTE DEPENDENTES DO CRÉDITO BANCÁRIO, TEM INTERESSE COMUM NA EFICÁCIA DO ART. 192, PAR. 3., DA CONSTITUIÇÃO, QUE FIXOU LIMITES AOS JUROS REAIS³². Grifo é nosso

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA INSCRITA NO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89, QUE REGE O DIREITO DE GREVE NA INICIATIVA PRIVADA, ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. MANDADO DE INJUNÇÃO UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DO MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO-CONHECIMENTO. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível,

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

³¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10ª. Ed. São Paulo: Método, 2006.

³² STF. Mandado de Injunção 361 Rio de Janeiro. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 8/4/1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de setembro de 2009.

desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. Este Tribunal entende que a utilização do mandado de injunção como sucedâneo do mandado de segurança é inviável. Precedentes. 3. O mandado de injunção é ação constitutiva; não é ação condenatória, não se presta a condenar o Congresso ao cumprimento de obrigação de fazer. Não cabe a cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa 4. Mandado de injunção não conhecido³³.

4.3.2 Legitimidade Passiva

No tocante à legitimidade passiva, pode-se afirmar, de acordo com a maioria da doutrina que somente a pessoa estatal é que poderá ser demandada e nunca o particular, o qual não tem o dever de regulamentar a CF. Seriam os entes estatais que devem regulamentar as normas constitucionais de eficácia limitada, como o Congresso Nacional³⁴.

O Supremo Tribunal Federal tem precedentes e julgados a este respeito

EMENTA : Mandado de Injunção. Aviso prévio proporcional. Constituição, art. 7º, inciso XXI. Mandado de injunção ajuizado por empregado despedido, exclusivamente, contra a ex-empregadora. Natureza do mandado de injunção. **Firmou-se, no STF, o entendimento segundo o qual o mandado de injunção há de dirigir-se contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade que tem o dever de regulamentar a norma constitucional, não se legitimando "ad causam", passivamente, em princípio, quem não estiver obrigado a editar a regulamentação respectiva. Não é viável dar curso a mandado de injunção, por ilegitimidade passiva "ad causam", da ex-empregadora do requerente, única que se indica como demandada, na inicial.** Mandado de injunção não conhecido³⁵. Grifo é nosso

Vale ressaltar que caso a omissão for de legislação federal, o legitimado passivo será o Congresso Nacional. Mas caso a iniciativa da lei for privativa do

³³ STF. Mandado de Injunção 689 Paraíba. Relator Ministro Eros Grau. Julgamento em 7/6/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de setembro de 2009.

³⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10ª. Ed. São Paulo: Método, 2006.

³⁵ STF. Mandado de Injunção 352 Rio Grande do Sul. Relator Ministro Néri da Silveira. Julgamento em 4/9/1991. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de setembro de 2009.

Presidente da República (artigo 61, parágrafo 1º, da CF), este será o legitimado passivo e neste caso não será o Congresso Nacional³⁶.

4.4 COMPETÊNCIA E PROCEDIMENTO

A competência vem estabelecida nos seguintes artigos da Constituição Federal de 1988³⁷:

1) Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

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

2) Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

II - julgar, em recurso ordinário:

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

3) Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

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

³⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

³⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10ª. Ed. São Paulo: Método, 2006.

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

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

V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção.

5) Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

No Estado do Paraná, a Constituição Estadual estabelece no artigo 101, VII, alínea 'c', que

Art. 101. Compete privativamente ao Tribunal de Justiça, através de seus órgãos:

VII - processar e julgar, originariamente:

c) - os mandados de injunção e os "habeas-data";

Alexandre de Moraes³⁸, ao tratar do mandado de injunção nos Estados Federados afirma que

No âmbito estadual, será permitido aos Estados-membros, no exercício do poder constituinte derivado decorrente, estabelecerem em suas constituições estaduais o órgão competente para processo e julgamento de mandados de injunção contra a omissão do Poder Público estadual em relação às normas constitucionais estaduais.

Neste ponto, cabe uma análise mais detalhada a respeito da competência no mandado de injunção em relação aos Estados-membros e ao Distrito Federal,

³⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

principalmente no que tange a matéria da previdência social. A Constituição Federal em seu artigo 24 estabelece que:

Art 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

[...]

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Pela leitura do artigo e seus parágrafos é possível afirmar que: a competência da União é direcionada somente às normas gerais; a competência dos Estados-membros e do Distrito Federal refere-se a detalhar, especificar as normas gerais editadas pela União (competência *suplementar* - § 3º); não há possibilidade de delegação por parte da União aos Estados e ao Distrito Federal com relação às matérias elencadas no artigo 24 da Constituição Federal; quando a União mantém-se inerte em regulamentar as matérias do artigo 24, os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentá-las (competência *supletiva* - § 4º), adquirindo competência plena para a edição de normas de caráter geral e específicas; a competência plena

adquirida pelos Estados e Distrito Federal é transitória, uma vez que editada a lei federal (a qualquer tempo) de caráter geral, suspensa fica a legislação estadual no que for contrária à lei federal³⁹.

O artigo 24 parágrafo 3º da Constituição Federal (*competência supletiva - plena*) diz respeito à competência estabelecida aos Estados para preencher vazios normativos da legislação federal sobre as normas gerais, tendo em vista as particularidades dos Estados e do Distrito Federal. Caso a União abstenha-se de expedir as normas gerais, cabe aos Estados e ao Distrito Federal exercitarem, em plenitude, o poder-dever que a Constituição lhes defere, com o intuito de suprir suas peculiaridades. É evidente que a competência legislativa plena (artigo 24, § 3º, CF/88) restringe-se ao âmbito territorial dos Estados e Distrito-Federal⁴⁰.

Atualmente, o Poder Judiciário dos Estados federados está sendo provocado (mediante ações de mandado de injunção) a se manifestar sobre a defesa dos direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos. Os casos que se colocam dizem respeito à falta da norma regulamentadora do direito à aposentadoria, cujo trabalho se deu em condições especiais em prejuízo à saúde do servidor.

Recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a inexistência da norma regulamentadora do direito à aposentadoria especial,

³⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 301/302.

⁴⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 577/578.

determinou a comunicação à Câmara Municipal de Osasco, independente da concretização assegurada pelo mandado de injunção, para que ocupando seu lugar legisferante, suprisse as lacunas legislativas reclamadas. Por fim concedeu a injunção, nos seguintes termos

MADANDO DE INJUNÇÃO - Aposentadoria - Trabalho em condições especiais prejuízo à saúde do servidor – Artigo 40, § 4o, da Constituição Federal. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91 – Pedido procedente⁴¹. Grifo é nosso

Logo, é possível a concessão do mandado de injunção no que tange ao direito constitucionalmente assegurado carente de regulamentação. Isto se dá através da interpretação do artigo 24 e seus parágrafos, os quais estabelecem a competência suplementar e supletiva. O raciocínio desenvolve-se da seguinte maneira: 1. O Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento no sentido de que, ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição de lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, impõe-se a aplicação das normas correlatas previstas no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo; 2. O Poder (regional ou local) responsável por editar a norma viabilizadora do exercício dos direitos constitucionais mantém-se inerte.

Com isto, violada está a Constituição Federal ou Estadual que determinavam esta

⁴¹ Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Injunção 8662025600. Comarca de São Paulo. Relator Desembargador Antonio Carlos Malheiros. Julgamento em 25/8/2009. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 6 de outubro de 2009.

regulamentação; 3. Possibilidade do Poder Judiciário Estadual, utilizando-se da ação de mandado de injunção, reconhecer o vácuo legal e aplicar o disposto no artigo 24, XII e seus parágrafos 3º e 4º da Constituição Federal, concedendo a aposentadoria requerida e integrando o sistema jurídico nacional.

Quanto ao procedimento no julgamento do mandado de injunção, deverão ser observadas, no que couber, as normas do Mandado de Segurança⁴². É o que determina o artigo 24, parágrafo 1º, da Lei 8.038/90

Art. 24 - ...

Parágrafo único - No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.

Importante frisar que o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento pela impossibilidade da concessão de medida liminar por ser imprópria à natureza do mandado de injunção, além de ser incabível ação cautelar

Ementa MANDADO DE INJUNÇÃO - LIMINAR. Os pronunciamentos da Corte são reiterados sobre a impossibilidade de se implementar liminar em mandado de injunção - Mandados de Injunção nºs 283, 542, 631, 636, 652 e 694, relatados pelos ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Ellen Gracie e por mim, respectivamente. AÇÃO CAUTELAR - LIMINAR. Descabe o ajuizamento de ação cautelar para ter-se,

⁴² Lei no. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o Mandado de Segurança Individual e Coletivo e dá outras providências.

relativamente a mandado de injunção, a concessão de medida acauteladora⁴³. Grifo é nosso

⁴³ STF. Ação Cautelar 124 AG. REG. Paraná. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 23/9/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de setembro de 2009.

5 DECISÃO E EFEITOS ADVINDOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

No que tange à relação jurídica da decisão judicial no mandado de injunção e seus efeitos, valemo-nos da transcrição parcial do pronunciamento do Ministro Néri da Silveira realizada por Alexandre de Moraes

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 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 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 que a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. Esse tem sido o sentido de meus votos, em tal matéria. De qualquer maneira, porque voto isolado e vencido, não poderia representar uma ordem ao Congresso Nacional, eis que ineficaz. De outra parte, em se cuidando de voto, no julgamento de processo judicial, é o exercício, precisamente, da competência e independência que cada membro do Supremo Tribunal Federal tem, e necessariamente há de ter, decorrente da Constituição, de interpretar o sistema da Lei Maior e decidir os pleitos que lhe sejam submetidos, nos limites da autoridade conferida à Corte Suprema pela Constituição⁴⁴.

⁴⁴ Pronunciamento do Ministro Néri da Silveira. Ata da 7ª. (sétima) sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16 de março de 1995 e publicada no *Diário da Justiça*, 4 abril de 1995, Seção I, pág. 8.265 apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Podemos, a partir de então, dividir os efeitos advindos das decisões em mandado de injunção em duas grandes posições: **concretista e não concretista**⁴⁵.

Pela **posição concretista**, estando presente os requisitos constitucionais exigíveis, o Poder Judiciário poderá, através de uma decisão constitutiva, declarar a omissão legislativa ou administrativa, realizando o exercício do direito constitucional reclamado. Esta posição pode ser cindida em dois grupos: concretista geral e concretista individual, dependendo da natureza dos efeitos surgidos da decisão judicial⁴⁶.

Pela **posição concretista geral**, a decisão judicial terá efeitos *erga omnes*, ao colocar em prática o exercício do direito constitucional pleiteado, através de uma normatividade geral, até que a omissão legislativa ou administrativa seja sanada pelo poder competente⁴⁷.

Pela posição **concretista individual**, a decisão judiciária só gerará efeitos para o autor da injunção, podendo exercer plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa estabelecida na Constituição⁴⁸.

De acordo com as decisões do Supremo Tribunal Federal, a posição **concretista individual** subdivide-se em: **direta e intermediária**.

Para a primeira (posição **concretista individual direta**), o Poder Judiciário ao julgar procedente o mandado de injunção proposto, impõe, de imediato, a

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

⁴⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

eficácia da norma constitucional⁴⁹ (vide julgado do STF na página 36). Vejamos a recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que aponta neste sentido

MANDADO DE INJUNÇÃO. ENTIDADE DE CLASSE. OMISSÃO LEGISLATIVA REFERENTE A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL, AOS SERVIDORES PÚBLICOS, DA PERCEPÇÃO DE ADICIONAL NOTURNO. Segundo entendimento atual de nosso Pretório Excelso, nos termos do art. 5º, inc. LXXI da Constituição Federal, o mandado de injunção há que ser adotado como uma forma de prestação jurisdicional, em um sentido concreto, e não como mera ação declaratória. Lacuna legislativa, que se prorroga por cerca de 20 anos, não tendo o Estado sido notificado para adoção das medidas necessárias, quanto ao direito do servidor público perceber remuneração superior, em razão do desempenho do horário noturno, nos termos dos artigos 39 § 3º da C.F. e 83, inc. V da Constituição Estadual, esta também prevista 73 da LCT, ocasionando evidente prejuízo às conquistas previstas no art. 7º de nossa Carta Magna. Situação em que se verifica tratamento diferenciado no que concerne ao respeito a direitos trabalhistas fundamentais. Inexistindo previsão legislativa adota-se o percentual de 20% (vinte por cento) previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, até que a legislação estadual discipline o tema. Ausência de violação ao princípio da separação dos Poderes, ante a supremacia das normas constitucionais fundamentais. Gratificação que era paga a servidores da área da saúde e que veio a ser cortada nos anos de 1999. Procedência do pedido para garantir aos filiados do SINDSPREV/RJ que a remuneração noturna seja acrescida em 20% até que sobrevenha legislação estadual disciplinando a matéria⁵⁰.

Pela segunda (posição **concretista individual intermediária**), o Poder Judiciário ao julgar procedente o mandado de injunção interposto pela parte, fixará prazo (120 dias) ao Congresso Nacional para a elaboração da norma regulamentadora dos direitos constitucionais. Findo o prazo estabelecido, caso a

⁴⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

⁵⁰ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2008.046.00003. Relator Desembargador Alexandre H. Varella. Julgamento em 13/7/2009. Órgão Especial. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 3 de outubro de 2009.

inércia permaneça, o Judiciário fixará as condições necessárias para o exercício do direito da parte⁵¹. Alexandre de Moraes afirma que

Parece-nos que inexistente incompatibilidade entre a adoção da posição concretista individual e a teoria da separação de poderes consagrada expressamente pelo artigo 2º da Constituição Federal⁵².

Vejamos um interessante julgado do Supremo Tribunal Federal a respeito da posição **concretista individual intermediária**

Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. **4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa**

⁵¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

⁵² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

julgada, que, entretanto, não impedira o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável⁵³. Grifo é nosso

Atualmente, em razão nova composição do Supremo Tribunal Federal houve uma evolução da jurisprudência sobre o tema da interpretação da omissão legislativa, passando a adotar a posição concretista, visando sanar as conseqüências da inércia do legislador competente. Isto propiciará o exercício do direito constitucional carecedor de regulamentação⁵⁴. Vejamos os seguintes julgados

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIACÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO

⁵³ STF. Mandado de Injunção 283 Distrito Federal. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 20/3/1991. Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 de outubro de 2009.

⁵⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2ª. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)⁵⁵. 1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5o, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003. 2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. 2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes: MI no 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996; MI no 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002; e MI no 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002. [...] 6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA Apreciação DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei no 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de "serviços ou atividades essenciais" (Lei no 7.783/1989, arts. 9o a 11). 6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei no 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar

⁵⁵ Matéria bastante semelhante foi tratada no STF. Mandado de Injunção 708 Distrito Federal. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 25/10/2007. Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 28 de setembro de 2009.

eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatção legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2o, I, "a", da Lei no 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6o da Lei no 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6o da Lei no 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais. [...] 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis⁵⁶.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDORA PÚBLICA. ATIVIDADES EXERCIDAS EM CONDIÇÕES DE RISCO OU INSALUBRES. APOSENTADORIA ESPECIAL. § 4º DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. MORA LEGISLATIVA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. 1. Ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição da lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do art. 40 da Magna Carta, impõe-se ao caso a aplicação das normas correlatas previstas no art. 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo. 2. Precedente: MI 721, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 3. Mandado de injunção deferido nesses termos⁵⁷.

⁵⁶ STF. Mandado de Injunção 670 Espírito Santo. Relator Ministro Maurício Corrêa. Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 25/10/2007. Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 28 de setembro de 2009.

⁵⁷ STF. Mandado de Injunção 788 Distrito Federal. Relator Ministro Carlos Britto. Julgamento em 15/4/2009. Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 3 de outubro de 2009.

Pode-se concluir que da análise das últimas decisões do Supremo Tribunal Federal, houve alteração quanto à posição adotada, passando-se a empregar a corrente concretista. Porém, não é possível afirmar qual das subdivisões da corrente concretista (geral, com efeito *erga omnes* ou individual, com eficácia *inter partes*) foi acolhida⁵⁸.

Na data de 25/10/2007, o Supremo Tribunal Federal decidiu (adotando a posição **concretista direta**) que

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê conção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnudas de eficácia. 6. A greve, poder de

⁵⁸ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2ª. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. [...] . A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. [...] 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil⁵⁹.

Por último, tem-se a posição **não concretista**. Por ela, o mandado de injunção tem a finalidade específica de reconhecer, formalmente, a inércia do Poder Legislativo e apenas isso⁶⁰. Não há possibilidade do Poder Judiciário estabelecer medidas viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente assegurada. Sua única função é externar a

⁵⁹ STF. Mandado de Injunção 712 Pará. Relator Ministro Eros Grau. Julgamento em 25/10/2007. Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 de outubro de 2009.

⁶⁰ ARAUJO. Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ausência formal da norma e dar ciência ao poder responsável para que edite a norma faltante⁶¹.

A posição - não concretista - foi inicialmente adotada por um longo período de tempo pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Na prática, pouca efetividade fora conferido ao mandado de injunção: o STF conhecia a existência da omissão legislativa e o órgão competente era cientificado para a confecção da norma faltante. A adoção desta posição foi severamente criticada pela doutrina, a qual invocava uma atuação concreta do Poder Judiciário na hipótese de ausência da norma regulamentadora dos direitos constitucionais (inconstitucionalidade omissiva do legislador)⁶². Afirmava a doutrina que o mandado de injunção passaria a ter as mesmas conseqüências da *ADIn por omissão*, ao tornar inviável o exercício de direitos fundamentais, na persistência da inércia legislativa. Com a adoção da posição não concretista, a decisão judicial tornar-se-ia inócua⁶³.

Estes são alguns dos julgados do Supremo Tribunal Federal ao adotar a posição **não concretista**

EMENTA: I. Entidades de assistência social: imunidade das contribuições sociais (CF, art. 195, § 7º): argüições plausíveis de inconstitucionalidade das restrições impostas à imunidade por dispositivos da L. 9.732/98, por isso, objeto de suspensão cautelar na ADIn 2028, pendente de decisão definitiva. **II. Mandado de Injunção: não se prestando sequer para suprir, no caso concreto, a omissão absoluta do legislador - tal a modéstia de suas dimensões, conforme demarcadas pelo STF, e que o Congresso vem de negar-se a ampliar - menos ainda se prestaria o malfadado instrumento do mandado de injunção a remediar os vícios de**

⁶¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

⁶² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2ª. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

⁶³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10ª. Ed. São Paulo: Método, 2006.

inconstitucionalidade que possa ostentar a lei editada para implementar a Constituição⁶⁴.
Grifo é nosso

EMENTA: - Mandado de injunção. Juros reais. Paragrafo 3. do artigo 192 da Constituição. - Esta Corte, ao julgar a ADIn. n. 04, entendeu, por maioria de votos, que o disposto no paragrafo 3. do artigo 192 da Constituição Federal não era auto-aplicavel, razão por que necessitava de regulamentação. - **Passados mais de cinco anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja regulamentado o referido dispositivo constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não e capaz de elidir a mora legislativa, não há duvida de que esta, no caso, ocorre. Mandado de injunção deferido em parte, para que se comunique ao Poder Legislativo a mora em que se encontra, a fim de que adote as providencias necessarias para suprir a omissão⁶⁵.** Grifo é nosso.

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS. ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Configurada a mora do Congresso Nacional na regulamentação do direito sob enfoque, impõe-se o parcial deferimento do writ para que tal situação seja comunicada ao referido órgão⁶⁶.** Grifo é nosso.

Vale ressaltar que a decisão proferida no mandado de injunção não é ato legislativo, não substitui o exercício do poder legislativo⁶⁷. É apenas um ato judicial baseado no artigo 5º. XXXVI (a lei não prejudicará o direito adquirido, o

⁶⁴ STF. Mandado de Injunção 608 Rio de Janeiro. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 1/6/2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 28 de setembro de 2009.

⁶⁵ STF. Mandado de Injunção 457 São Paulo. Relator Ministro Moreira Alves. Julgamento em 26/5/1995. Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 de setembro de 2009.

⁶⁶ STF. Mandado de Injunção 585 Tocantins. Relator Ministro Ilmar Galvão. Julgamento em 15/5/2002. Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 de setembro de 2009.

⁶⁷ BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade – Elementos materiais e princípios processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ato jurídico perfeito e a coisa julgada), da Constituição Federal, estando portanto sujeito à ação rescisória. É o que expõe Uadi Lammêgo Bulos citando Célio Borja

A decisão proferida em mandado de injunção não é ato legislativo, nem em sentido formal, nem material. É, apenas, ato judicial sujeito à garantia do artigo 5º. XXXVI, da Constituição Federal – garantia esta que não exclui a ação rescisória. Tal garantia “não torna absolutamente irretratável a decisão judicial que pode ser desconstituída em *judicium recisorium*. A sentença é inalcançável pelo Poder Legislativo, mas não pelo Judiciário que, mesmo quando é ela definitiva e irrecorrível, pode revê-la, como indicado, atendidos o prazo e as condições da lei⁶⁸.

⁶⁸ BORJA, Célio. O mandado de injunção e o habeas data. RF, p. 45, abr/jun 1989 **apud** BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

6 UMA PROPOSTA DE CONCILIAÇÃO ENTRE O CIVIL LAW E O COMMON LAW APLICÁVEIS AO MANDADO DE INJUNÇÃO

Ao analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal, a respeito do mandado de injunção, observa-se que, a princípio, a linha de pensamento adotada é a de não assumir uma competência de cunho normativo⁶⁹.

A proposta aqui apresentada visa conciliar o civil law (sistema no Brasileiro) com o common law (sistema adotado, por exemplo, na Inglaterra e Estados Unidos da América do Norte). A doutrina já vem a algum tempo afirmando que a efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos pode e deve prescindir do mandado de injunção como meio de sua realização⁷⁰.

Para tanto, devem-se analisar as seguintes premissas e propostas.

Toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica e deve ser interpretada e aplicada ao caso concreto buscando a sua máxima efetividade. Assim deveriam os juízes e tribunais pautar os seus trabalhos. Basta, apenas, a interpretação de que a norma constitucional tem aplicação imediata e direta,

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

devendo o juiz competente integrar o sistema jurídico normativo, quando impeditivo ao exercício do direito constitucional previsto⁷¹.

Para tanto, o sistema jurídico brasileiro já dispõe de vários dispositivos legais que seriam de grande valia na aplicação do que aqui proposto. Tem-se, por exemplo:

1. O artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro, a qual estabelece: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”;

2. O artigo 126 do Código de Processo Civil traz que: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Ademais, ao conferir à norma constitucional aplicação imediata e direta (garantindo direitos ao cidadão), não estaria o Poder Judiciário violando o artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal. É que pela redação da Carta Magna, o que estaria vetado seria a supressão (“abolir”) estas matérias. Leia-se o artigo:

- §4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
- I – a forma federativa de Estado;
 - II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
 - III – a separação dos poderes;
 - IV – os direitos e garantias individuais.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

Porém, esta proposta não visa a suprimir (abolir) direitos, mas sim conferir efetividade às normas estabelecidas no texto constitucional, as quais, em última análise, são protetivas dos direitos e garantias do cidadão.

A respeito da possível ofensa ao sistema dos freios e contrapesos (*check and balances*, do sistema norte-americano), esta não se verifica. A Constituição Federal Brasileira previu diversas e diferentes funções estatais para cada um dos três Poderes, atribuindo-lhes prerrogativas para o bom exercício delas, harmonizando-as em prol da sociedade. Exemplo disso tem-se o artigo 49, V (É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa); o artigo 52, I e II (Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade); e o artigo 52, III (aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos

estabelecidos nesta Constituição; b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República)⁷².

Ao analisar, sistematicamente, a Constituição Federal, percebe-se que são plenamente conciliáveis o artigo 5º, LXXI (conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania) e o artigo 5º, XXXV (a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), com o artigo 2º (São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário). O Poder Judiciário, na atividade jurisdicional, deverá evitar a lesão ou a ameaça a direitos⁷³ (artigo 5º, XXXV, CF/88) que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, derivado da omissão do Poder responsável, devendo declarar a omissão verificada e permitir que o prejudicado usufrua da norma constitucional, dentro das balizas estabelecidas pela decisão judicial, enquanto não editada a norma faltante (legislativa ou administrativa)⁷⁴.

Verifica-se que não é dado ao Poder Judiciário regulamentar abstratamente a Constituição Federal, empregando efeito *erga omnes*. Porém, a este não poderá deixar de exercer uma de suas funções precípua, que é o resguardo dos direitos e

⁷² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

⁷³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

garantias fundamentais⁷⁵. Prova disto é o artigo 102 da Constituição Federal (Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição)⁷⁶.

O professor Luís Roberto Barroso⁷⁷ afirma que só as normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais, cuja eficácia e efetividade estejam subordinadas à edição de norma infraconstitucional é que ensejam a impetração de mandado de injunção ou de decisões integrativas. E complementa:

As normas materialmente constitucionais classificam-se em normas constitucionais (i) *de organização*, (ii) *definidoras de direitos* e (iii) *programáticas*. Ora bem: as normas de organização – que são as que organizam o exercício do poder político, instituem os órgãos públicos, definem-lhes as competências, preveem procedimentos da elaboração legislativa etc. – não ensejam, em linha de princípio, a impetração de mandado de injunção ou decisões integrativas. É que possuindo, normalmente, caráter objetivo, e tendo por destinatários órgãos públicos, dificilmente poderiam gerar qualquer pretensão individual fundada em omissão normativa.

No outro extremo, as normas programáticas – que indicam fins públicos, sem especificar a conduta a ser adotada (e.g., arts. 217, *caput*, 218 e § 1º.) – não ensejam a exigibilidade de qualquer conduta *positiva*. O máximo de eficácia e efetividade que se pode extrair de uma norma programática é a exigibilidade de conduta *negativa*, de abstenções. Pode-se, por exemplo, pretender a invalidação de atos emanados do poder público que embarquem a pesquisa ou que dificultem (em lugar de fomentar) práticas desportivas. Não muda o caráter programático da norma o fato de ela fazer menção a *direito*, se a estrutura do dispositivo claramente revela não ser esta a hipótese, como, v.g., ocorre com o art. 215,

⁷⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

⁷⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Constituição e inconstitucionalidade**. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra, 1991.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

caput. Normas programáticas, portanto, não ensejam a impetração de mandado de injunção⁷⁸.

A doutrina ao classificar as Constituições quanto à forma, estabelece: “Constituição não escrita é o conjunto de regras não aglutinadas em um texto solene, mas baseado em leis esparsas, costumes, jurisprudência e convenções (exemplo: Constituição Inglesa)⁷⁹”.

Para tanto devemos tecer alguns comentários a respeito do Common Law, a importância dos precedentes jurisprudenciais e a solução adotada em caso da ausência de lei.

A base do sistema Common Law está estabelecida nos precedentes jurisprudenciais, pois estes têm relevante papel em duas situações distintas: o da confecção de nova norma e da interpretação de norma em vigor. Porém, nem todos países do sistema romano-germânico encontram suas normas codificadamente organizadas, assim como nem todos os países que adotam este sistema fundamentam-se somente na jurisprudência. Geralmente os operadores do Direito principiam a análise dos casos concretos pela legislação existente junto com as jurisprudências referentes. É recorrente no *common law* não ter lei disciplinando

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

⁷⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

várias questões, sendo os precedentes a única fonte de auxílio e estudo. É através da jurisprudência que se desenvolve o raciocínio jurídico aplicável para o caso em concreto. A doutrina tem pouca relevância neste processo⁸⁰. É o que expõe Paulo Stanich Neto

Para que o operador ou estudante de Direito brasileiro possa compreender o sistema anglo-saxônico de justiça, o *Common Law*, é preciso esclarecer que a pedra de toque é o precedente. É o instituto que vincula decisões proferidas nos tribunais das instâncias superiores pelos inferiores nos casos futuros que a mesma matéria for analisada.

O precedente tem papel importante em duas situações distintas neste sistema: O da criação de nova norma e da interpretação de norma em vigor.

Criação de Precedente

Os magistrados do common law possuem a prerrogativa de criar um precedente novo para soluções de casos sem precedentes e normas legisladas sobre determinado tema, vinculando automaticamente com outras decisões futuras. Desta forma, sabendo da responsabilidade social, as decisões são exaustivamente refletidas, onde toda cautela é pouca na hora de proferir a decisão.

Uma vez estabelecido o precedente, este só poderá ser modificado ou revogado pela corte originária ou hierarquicamente superior. Vale ressaltar, que é muito raro que um precedente seja modificado por completo, o que geralmente acontece são pequenos ajustes para a realidade épica. A estabilidade dentro do *sistema common law* é levada muito a sério, de sorte, que embora os precedentes possam ter mudanças com subtrações ou adições de sua indicação ao caso concreto, nunca é totalmente abandonado.

A jurisprudência tem um caráter normativo muito forte, servindo como fonte do Direito para solucionar quaisquer tipos de lide. O uso de precedentes evoluiu durante anos e são bem fundamentados e compreendidos pelos operadores do Direito dos países onde o sistema está implantado. Embora à primeira vista possa parecer estático, a mediada que a sociedade evolui com advento da tecnologia, novas relações sociais e familiares dentre outros fenômenos, a jurisprudência vai se adaptando ou criando novos precedentes.

Interpretação dos Precedentes

⁸⁰ STANICH NETO, Paulo. O Precedente no Common Law. Net, 01.01.2008. Disponível em: <<http://www.kplus.com.br/materia.asp?co=220&rv=Direito>> Acesso em : 01. out. 2009.

Da mesma forma que nem todos países do sistema romano-germânico encontram suas normas codificadamente organizadas, no *common law*, nem todos que seguem seu sistema encontram seu direito positivo pronunciado somente na jurisprudência.

O sistema anglo-saxônico sugere uma supressão na produção legislativa, mas o mesmo não sucede, pelo contrário, se analisarmos, por exemplo, os Estados Unidos da América, além das normas de natureza federal, veremos também encontraremos outros complexos conjuntos normativos nos Estados, onde muitas vezes os princípios mudam totalmente de unidade para unidade federativa, não obstante as leis produzidas pelos condados e cidades.

Por mais cautela que o legislativo possa ter antes de promulgar as leis, a ambigüidade na aplicação sempre acontecerá, pela própria natureza da aplicação do Direito. Com a problemática posta no caso concreto, a oportunidade de dirimir dúvidas e estabelecer uma interpretação é do poder judiciário. Proferida a decisão pelo poder judiciário sobre determinado fato novo, vincula-se a decisão a casos análogos, gerando segurança em relação às expectativas do jurisdicionado, que quase sempre pode prever os resultados das demandas judiciais.

O maior problema nas interpretações é a linha tênue que separa se o caso concreto está dentro dos parâmetros de decisão já proferida, ou não. Este é um problema recorrente, sobretudo, no direito constitucional norte-americano. Dentro deste contexto, podemos verificar que dentro da própria magistratura há dois grupos distintos, os ativistas que querem que a interpretação da norma se altere de acordo com a conveniência política, e os que defendem uma modificação somente quando houver latente legitimidade social.

Trabalhar com os Precedentes

Normalmente os operadores do Direito iniciam a análise dos casos concretos pela legislação junto com as jurisprudências referente. É comum no *common law* não ter lei que discipline várias questões, sendo os precedentes a única fonte. É através dos anais jurisprudenciais que se desenvolve o raciocínio jurídico para solução da demanda, vale ressaltar que a doutrina tem pouca importância no processo.

Com advento da informática, os operadores ganharam um grande facilitador para seu trabalho, já que nas milhares decisões proferidas nos tribunais, com os modernos sistemas de pesquisa, fica bem melhor encontrar os temas que interessam. Como em cada caso julgado o juiz fundamenta em caso anterior que gerou precedente, um caso abre o link para outro e assim por diante, formando uma grande corrente para pesquisa jurisprudencial.

Quando o caso em concreto a ser submetido pelo judiciário não possui precedente, o advogado procurará o mais análogo possível para tentar prever o

resultado. Nestes casos, de inovação, é um dos fatores mais estimulantes para os operadores do Direito do *Common Law*⁸¹.

No Brasil a bibliografia é escassa e pouco se discute acerca dos procedimentos próprios da common law.

"A Common Law provém do direito inglês não escrito que se desenvolveu a partir do século XII. É a lei 'feita pelo juiz': a primeira fonte do direito é a jurisprudência. Elaborados por indução, os conceitos jurídicos emergem e evoluem ao longo do tempo: são construídos pelo amálgama de inúmeros casos que, juntos, delimitam campos de aplicação. A Common Law prevalece no Reino Unido, nos EUA e na maioria dos países da Commonwealth. Influencia mais de 30% da população mundial." Panorama mundial do direito. O Correio da Unesco 2000;28(1):26⁸².

Com base em todos os argumentos expostos acima sugere-se alteração na forma de interpretar a Constituição Federal ou emendá-la, a fim de conferir ao Poder Judiciário, no caso de ausência de norma infraconstitucional regulamentadora de direitos constitucionais, o seguinte poder:

1) ao julgar procedente o mandado de injunção, deverá o Poder Judiciário cientificar a ausência da norma e fixar prazo ao Poder Legislativo (ou administrativo) para editá-la;

⁸¹ STANICH NETO, Paulo. O Precedente no Common Law. Net, 1.1.2008. Disponível em: <<http://www.kplus.com.br/materia.asp?co=220&rv=Direito>> Acesso em : 01. out. 2009.

⁸² GOLDIM, José Roberto. Direito. Net, 5.3.2000. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/leiconce.htm>> Acesso em: 1. Out. 2009.

2) Ao término deste prazo, caso a inércia permaneça, o Poder Judiciário deve fixar as condições necessárias ao exercício do direito constitucionalmente assegurado ao autor do mandado de injunção. Estas condições podem ser fixadas conforme o sistema da Common Law, que se fundamentam principalmente nos precedentes jurisprudenciais e costumes.

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (artigo 4º) autoriza o juiz quando a lei for omissa, a decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Verifica-se, ultimamente, um excelente avanço quanto à eficiência aplicada ao mandado de injunção por parte do Supremo Tribunal Federal. Este passou da posição não concretista para a concretista individual, o que é salutar, pois protege o cidadão da inércia do poder competente responsável em editar a norma.

7 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto há muito que ser melhorado e ajustado no que tange à falta de vontade política, jurídica, social em melhorar a questão da ausência de normas. Principalmente, devido à falta de comandos constitucionais que outorgam poderes efetivos ao Judiciário para proferir decisões que solucionem satisfatoriamente o caso sob julgamento, criando a norma com efeitos limitados às partes do processo.

Pode-se inferir que o meio elencado pela Constituição Federal de 1988 (Mandado de Injunção) não foi suficiente para tratar satisfatoriamente o tema. Antigamente, devido ao texto constitucional e às interpretações judiciais, as soluções apresentadas aos casos postos à solução judicial acabavam por esvaziar (de efeitos práticos) o instrumento previsto. Qual seja: o de apresentar a solução concreta e correta para o caso *sub judice*.

É que, em tese, o Poder Judiciário não pode legislar e não tem força coercitiva sobre o Legislativo para que este edite a lei, conferindo aplicabilidade plena aos dispositivos constitucionais, sob pena de usurpar a função legislativa. Atualmente, em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal ao declarar a omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, identifica o poder competente para a adoção das providências necessárias, fixando prazo para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Caso este não legisle, o mandado de injunção é

conhecido e, no mérito, deferido para determinar a aplicação da lei equivalente aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito. Vale ressaltar que às vezes o Mandado de Injunção é deferido diretamente, sem a prévia ciência ao poder competente para a edição da norma faltante.

Caso não fosse esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal estaria transformada em uma norma simbólica, sem efeitos concretos e soluções para a sociedade, o que em última razão seria a revogação dos dispositivos constitucionais.

Observa-se que a decisão proferida no mandado de injunção não é ato legislativo e não substitui o exercício do poder legislativo. Trata-se apenas de ato judicial baseado no artigo 5º. XXXVI (a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), da Constituição Federal, estando, portanto, sujeito à ação rescisória. Logo, não é irretratável a decisão judicial que pode ser revista, atendidas as condições da lei.

REFERÊNCIAS

1. AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2003.
2. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
3. ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2^a. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.
4. BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.
5. BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, 2005. Tomo III.
6. BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade – Elementos materiais e princípios processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.
7. BESTER, Maria Gisela. **Direito Constitucional. Fundamentos teóricos**. Manole, 2005. v.1.
8. BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
9. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6^a. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
10. CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição**. Direito Constitucional Positivo. 11^a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
11. CLÉVE, Clémerson Merlin. **A Constituição da Esperança**. No. 06 – Setembro 2009. Cadernos Jurídicos – OAB/PARANÁ, p. 1.
12. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 22^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

13. GONÇALVES CARVALHO, Kildare. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo.** 11^a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
14. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 10^a. ed. São Paulo: Método, 2006.
15. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Constituição e inconstitucionalidade.** 3^a. ed. Coimbra: Coimbra, 1991.
16. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.
17. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 15^a. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
18. MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; RESINENTE DOS SANTOS, William Douglas. **Controle de Constitucionalidade. Uma abordagem teórica e jurisprudencial.** 2^a. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.
19. PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Direito Constitucional. Teoria da Constituição.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
20. PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais.** 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.17.
21. PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do Estado, dos Poderes e histórico das Constituições.** 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.18.
22. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 13^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
23. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 1998.
24. VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.** 3^a. Ed. 2^a. Tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ANEXOS

1. No *site* do Supremo Tribunal Federal, temos uma lista de decisões em que se declarou a mora do Poder Legislativo e cuja matéria ainda se encontra pendente de disciplina⁸³:

Processo	Relator	Data do julgamento
<u>MI 788</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 795</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 796</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 797</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 808</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 809</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 815</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 825</u>	Min. Carlos Britto	15/4/2009
<u>MI 828</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 841</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 850</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 857</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 879</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 905</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 927</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 938</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 962</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 998</u>	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
<u>MI 758</u>	Min. Marco Aurélio	1/7/2008
<u>MI 670</u>	Min. Maurício Corrêa	25/10/2007
<u>MI 708</u>	Min. Gilmar Mendes	25/10/2007
<u>MI 712</u>	Min. Eros Grau	25/10/2007
<u>MI 721</u>	Min. Marco Aurélio	30/8/2007
<u>ADI 3682</u>	Min. Gilmar Mendes	9/5/2007
<u>MI 695</u>	Min. Sepúlveda Pertence	1/3/2007
<u>ADI 3276</u>	Min. Eros Grau	2/6/2005
<u>MI 278</u>	Min. Carlos Velloso	3/10/2001
<u>MI 95</u>	Min. Carlos Velloso	7/10/1992
<u>MI 124</u>	Min. Carlos Velloso	7/10/1992
<u>MI 369</u>	Min. Sidney Sanches	19/8/1992

⁸³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Secretaria das Sessões. Última atualização 3/7/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 de outubro de 2009.

Aposentadoria Especial do Art. 40, § 4º, da CF

O Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em mandado de injunção impetrado contra o Presidente da República, por servidora do Ministério da Saúde, para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço, em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. Na espécie, a impetrante, auxiliar de enfermagem, pleiteava fosse suprida a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4º, a fim de possibilitar o exercício do seu direito à aposentadoria especial, haja vista ter trabalhado por mais de 25 anos em atividade considerada insalubre. Salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou-se caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as conseqüências da inércia do legislador. (MI 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 30.08.2007)

Na linha da nova orientação jurisprudencial fixada no julgamento do MI 721/DF (DJE publicado em 30.11.2007), o Tribunal julgou procedente pedido formulado em mandado de injunção para, de forma mandamental, assentar o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. Tratava-se, na espécie, de writ impetrado por servidor público federal, lotado na função de tecnologista, na Fundação Oswaldo Cruz, que pleiteava o suprimento da lacuna normativa constante do aludido § 4º do art. 40, assentando-se o seu direito à aposentadoria especial, em razão de trabalho, por 25 anos, em atividade considerada insalubre, em que mantinha contato com agentes nocivos, portadores de moléstias humanas e com materiais e objetos contaminados. Determinou-se, por fim, a comunicação ao Congresso Nacional para que supra a omissão legislativa. (MI 758/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.7.2008)

Em sessão plenária do dia 15.04.2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, concedeu parcialmente a ordem nos MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF, para comunicar a mora legislativa à autoridade coatora competente e determinar a aplicação, no que couber, do artigo 57 da Lei nº 8.213/91. Dessa forma, reafirmou-se o entendimento do Tribunal no sentido de que, ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição de lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, impõe-se a aplicação das normas correlatas previstas

no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo. Na mesma ocasião, o Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa para autorizar que os Ministros decidam monocraticamente e definitivamente os casos idênticos.

Direito de Greve

O Tribunal julgou três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores da Polícia Civil no Estado do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF ("Art. 37. ... VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;"). O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. (MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, 25.10.2007)

Lei Complementar Federal para Criação de Municípios

O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ajuizada pela Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso, para reconhecer a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal a que se refere o § 4º do art. 18 da CF, na redação dada pela EC 15/1996 ("A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei"), e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da referida norma constitucional. (ADI 3682/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, 9.5.2007)

Aviso Prévio Proporcional

O Tribunal julgou procedentes quatro pedidos formulados em mandado de injunção para declarar a mora legislativa do Congresso Nacional na regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da CF, e para determinar a comunicação da decisão a esse órgão (CF: "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais... XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;"). (MI 369/DF, rel. org. Min. Sydney Sanches, rel. p/ o acórdão Min. Francisco Rezek; MI 95/RR, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min.

Sepúlveda Pertence, 7.10.1992; MI 124/SP, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, 7.10.1992; MI 278/MG, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Ellen Gracie, 3.10.2001; MI 695/MA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1º.3.2007)

Tribunal de Contas: Criação de Cargos no Modelo Federal

O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT e declarou a inconstitucionalidade por omissão, por ausência de lei de criação das carreiras de auditores e de membros do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará, a impedir o atendimento do modelo federal (CF, art. 73, § 2º e art. 75 - verbete 653 da Súmula do STF). (ADI 3276/CE, rel. Min. Eros Grau, 2.6.2005)

2. Julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo em Mandado de Injunção.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, na análise do **Mandado de Injunção no. 8662025600**⁸⁴ (Relator Desembargador Antonio Carlos Malheiros, Comarca de São Paulo, 3ª. Câmara de Direito Público, data do julgamento: 25/8/2009 e data de registro: 21/9/2009) assim decidiu:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de MANDADO DE INJUNÇÃO nº 8 66.202-5/6-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que é recorrente CLOTILDE MARIA COSTA DE CASTILHO sendo recorrido PREFEITO MUNICIPAL DE OSASCO: ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público do

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que íntegra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAGALHÃES COELHO (Presidente, sem voto), GAMA PELLEGRINI e MARREY UINT.

São Paulo, 25 de agosto de 2009.

ANTÔNIO C. MALHEIROS

Relator

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MADANDO DE INJUNÇÃO - Aposentadoria - Trabalho em condições especiais prejuízo à saúde do servidor – Artigo 40, § 4o, da Constituição

⁸⁴ Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Injunção 8662025600. Comarca de São Paulo. Relator Desembargador Antonio Carlos Malheiros. Julgamento em 25/8/2009. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 6 de outubro de 2009.

Federal. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91 – Pedido procedente. Grifo é nosso

Voto nº 19.346

Mandado de Injunção nº. 866.202-5/6 - OSASCO

Impte: CLOTILDE MARIA COSTA DE CASTILHO

Impdo: PREFEITO MUNICIPAL DE OSASCO

Trata-se de mandado de injunção, impetrado contra ato administrativo, consistente no indeferimento do pedido de aposentadoria especial, sob o argumento de que sobre este tema não há regulamentação municipal.

Sustenta a impetrante, que em razão da inexistência de norma municipal que disciplina seu pedido, é de rigor a adoção do art. 57, parágrafo primeiro da Lei nº 8.213/91, que trata do Regime Geral de Previdência.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

A inicial (fls.02/07), vem acompanhada dos documentos que formaram 2 (dois)volumes.

Determinada a citação, com anotação de que não há espaço para a concessão de liminar em mandados de injunção, diante da incompatibilidade da medida com a natureza do instituto (fl.60).

Transcorrido "in albis" o prazo para as informações da autoridade apontada como coatora (fls.133), A d. Procuradoria de Justiça opinou pela (fls. 135/153). É o relatório.

A impetrante é funcionária do Município de Osasco no cargo efetivo de dentista e requereu à autoridade administrativa, com fundamento no art. 40, parágrafo 4o, inciso III da Constituição Federal, sua aposentadoria sob o regime especial. Tal requerimento lhe foi indeferido sob o argumento de que sobre este tema não há regulamentação municipal.

Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Cabe ressaltar, primeiramente, o cabimento da presente impetração. Com a linha da nova orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal (M.I. 758/DF), tornou-se possível, o preenchimento de uma lacuna legislativa pelo Poder Judiciário, em se tratando de direito constitucionalmente assegurado. A análise do presente caso atribui ao remédio constitucional efeito concreto, já que no caso de omissão legislativa, confere ao cidadão o exercício do direito constitucionalmente assegurado, o que não caracteriza a ingerência do Poder Judiciário sobre o Legislativo. No que diz respeito ao pedido da impetrante, o já citado dispositivo constitucional assim dispõe:

Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Parágrafo quarto - E vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

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

Dessa forma, tendo sido considerado como trabalho em condições especiais o exercido pela impetrante (docs.fls. 31/32 e 36 verso), e diante a negativa, anteriormente informada, é possível adotar-se, em razão do fator tempo e à situação concreta da impetrante, o sistema admitido pelo Regime Geral de Previdência, que no art. 57 da Lei n.º 8.213/91 assim dispõe:

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

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

Como o presente mandado de injunção foi impetrado com o objetivo de assegurar direito constitucionalmente conferido, mas dependente de regulamentação, com o advento dos diplomas legais específicos (Leis ns. 8.212/91 e 8.213/91), resultou cumprida a determinação.

Por fim, necessário se faz, a comunicação à Câmara Municipal de Osasco, independente da concretização assegurada pelo presente mandado de injunção, para que ocupando seu lugar legisferante, venha a suprir as lacunas legislativas reclamadas.

Isto posto, julga-se procedente o pedido para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à contagem diferenciada de tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre, para fins de aposentadoria especial.

ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS
Relator