

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

LUCIANA FERREIRA DE MELLO

O RENASCIMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

**CURITIBA
2010
LUCIANA FERREIRA DE MELLO**

O RENASCIMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

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: Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

LUCIANA FERREIRA DE MELLO

O RENASCIMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

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: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2010.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos que me apoiaram e continuam me apoiando e, acima de tudo, acreditando no meu sucesso.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Fernando Gustavo Knoerr, por quem desde os primeiros períodos da graduação nutri enorme admiração, a quem hoje agradeço por ter me orientado com tanta dedicação.

EPIGRAFE

“Mas, o grande problema do Direito Constitucional de nossa época está, ao nosso ver, em como juridicizar o Estado Social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas e institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos a fim de fazê-los efetivos.

Por esse aspecto muito avançou o Estado Social da Carta de 1988, com o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão. O Estado social brasileiro é, portanto, de terceira geração, em face desses aperfeiçoamentos temos: um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante”¹

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. e. 17ª. São Paulo: Malheiros 2005. p.373

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 – EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO POLÍTICO	10
1.1. OS INDIVÍDUOS NA FASE PRÉ-ESTATAL.....	10
1.2. ESTADO LIBERAL	12
1.3. SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES	15
1.4 ESTADO SOCIAL	18
2 – A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	20
2.1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – CONSTITUIÇÃO CIDADÃ	20
2.2. CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE.....	25
2.3. EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	26
2.4. NORMAS DE EFICÁCIA PROGRAMÁTICA E A RESERVA DO POSSÍVEL...	29
2.5. OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO	31
2.6. INSTRUMENTOS DE COMBATE A OMISSÃO LEGISLATIVA.....	34
3 – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	36
3.1. O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	36
3.2. COMPETÊNCIA.....	39
3.3. LEGITIMAÇÃO	40
3.4. OBJETO.....	42
3.5 EFEITOS DA DECISÃO.....	44
3.6. LEI 12.063/2009 ALTERAÇÃO DA LEI 9868/99	48
3.7. DECISÃO RECENTE DO STF EM SEDE DE ADIN POR OMISSÃO	50
4 – MANDADO DE INJUNÇÃO	52
4.1. CONCEITO	52
4.2. COMPETÊNCIA.....	53
4.3. LEGITIMAÇÃO	55
4.4. HIPÓTESES DE CABIMENTO	58
4.4.1. Direitos protegidos.....	58
4.4.2. Norma regulamentadora faltante	59
4.4.3. Inviabilidade do exercício do direito.....	61
4.5. O MANDADO DE INJUNÇÃO E A ADIN POR OMISSÃO	62
4.6. O MANDADO E A VIRADA DA JURISPRUDÊNCIA NO STF	64

5 – O RENASCIMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO	66
5.1. NOÇÃO INTRODUTÓRIA.....	66
5.2. TRAJETÓRIA: DA DESCRENÇA À EFICÁCIA.....	68
5.3. CORRENTES ACERCA DA FINALIDADE E DO OBJETO	73
5.3.1 DECLARAÇÃO DA OMISSÃO E CIÊNCIA AO ÓRGÃO OMISSO.....	74
5.3.2. VIABILIZAÇÃO DO DIREITO COM EFEITOS <i>INTER PARTES</i>	76
5.3.3 VIABILIZAÇÃO DO DIREITO COM EFEITOS <i>ERGA OMNES</i>.....	77
5.4. DECISÃO RECENTE DO STF EM SEDE DE MANDADO DE INJUNÇÃO.....	79
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	81
REFERÊNCIAS.....	83

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de trazer à lume a trajetória do Mandado de Injunção como instrumento que visa a sanar a omissão legislativa, desde seu advento com a Constituição de 1988, passando por uma fase de descrédito, a uma fase de discussão e, por fim, com o advento das teorias concretistas, a sua ascensão no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: omissão constitucional, mandado de injunção, teorias concretistas, renascimento;

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o condão de apresentar a trajetória do mandado de injunção como instrumento de combate à omissão inconstitucional. O estudo inicia-se com um breve apanhado a respeito da evolução do pensamento político que resulta em um estado democrático de direito.

Posteriormente será realizada a análise da Constituição Federal de 1988, sendo que, esta análise se revela de extrema importância, pois o mandado de injunção surgiu no conteúdo desta Carta Magna. Ademais, verificar-se-á o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão e quais os remédios constitucionalmente previstos para sanar este vício.

Dentre os remédios previstos para sanar a inconstitucionalidade por omissão está a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, deste modo, para que se possa traçar uma distinção entre o mandado de injunção e a ADIN por omissão, o presente estudo traz um capítulo separado para cada medida.

Por fim, após esclarecer as questões relevantes com relação a omissão inconstitucional e as medidas cabíveis, o último capítulo traz a trajetória completa do mandado de injunção desde seu advento com a Constituição Federal de 1988, a fase de severas críticas e descrédito e o advento das teorias a respeito de sua finalidade e objeto com a nova adoção do Supremo Tribunal Federal, fato que fez do mandado de injunção um instrumento de efetividade.

1. EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO POLÍTICO

1.1. OS INDIVÍDUOS NA FASE PRÉ-ESTATAL

Tratar da evolução do pensamento político torna-se relevante para compreender com clareza os motivos que levaram o Estado a chegar ao patamar evolutivo de Estado Democrático de Direito sob a égide de uma Constituição Dirigente, a fim de compreender o quão nociva é a omissão legislativa no que tange à regulamentação de comandos programáticos definidos pela Constituição Federal de 1988.

Tendo em vista o comportamento dos indivíduos em uma fase pré-estatal, assim, entendida por Paulo Bonavides a fase em que não havia a noção de vida em sociedade, pode-se verificar que estes viviam individualmente e gozavam de plena e ilimitada liberdade.²

Todavia, em um momento posterior, surgiu-lhes a necessidade de viver em sociedade, ou seja, de viver em grupo. Porém, para que pudessem exercer seus direitos e liberdades fazia-se necessária a limitação da liberdade de cada indivíduo, pois não seria mais possível que, no âmbito da sociedade, todos os indivíduos a exercessem com plenitude.

A fim de solucionar tal questão instituiu-se o Estado Jurídico que, como servo do indivíduo, se prestaria a salvar uma parcela da liberdade de cada indivíduo, limitando e organizando o restante.

² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 40.

No entanto, o Estado³ verificou-se monopolizador do poder, detentor da soberania, depositário da coação incondicionada, assim, de “simples servo” o Estado tornou-se, nas palavras de Paulo Bonavides: “tal qual a criatura que se volta contra o criador”⁴, pois não apenas organizou, como reduziu consideravelmente a liberdade do indivíduo e a este restou apenas a submissão.

Tal era a perspectiva difundida por Thomas Hobbes, em sua célebre obra publicada em 1651, o Leviatã, na qual esclarece que o homem ao alcançar o poder a fim de concretizar seus desejos mais íntimos, vislumbra em seu semelhante um inimigo a ser subjogado. Assim, como meio de proteção à espécie, teria o homem idealizado um pacto social, através do qual renunciava a todos os direitos que possuía no estado de natureza, para entregá-los ao Estado: o Estado Leviatã.

No entanto, verifica-se que este estado revela-se altamente centralizador e absolutista, na medida em que coloca nas mãos dos monarcas poderes ilimitados, fazendo com que a vontade estatal se sobreponha à individual.

Nesta linha evolutiva, a teoria Hobbesiana finda por enveredar-se para o despotismo, pois envereda para o despotismo o qual legitima qualquer ato estatal, incluídos: prisões arbitrárias e tributação excessiva. Neste diapasão, o Estado Leviatã é, portanto, o grande vilão da liberdade individual e o maior obstáculo à consolidação do ideal burguês.⁵

³ Salutar citar que foi Nicolau Maquiavel (1469-1527) o primeiro a registrar o termo Estado, em sua renomada obra: “O Príncipe”, de 1513, sendo por isso mesmo considerado o “pai” da Ciência Política. No entanto, é mister trazer o conceito de Estado elaborado por Max Weber, para quem o Estado é o detentor do monopólio da força legítima para a manutenção da ordem vigente, isto é, monopólio da justiça (punição), da cobrança de tributos fiscais, de cunhar moeda. Para a filosofia política o Estado tem o monopólio do uso da força, ou seja, somente o Estado pode lançar mão da violência para garantir o cumprimento das leis e evitar a guerra entre os indivíduos. (BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional, Fundamentos Teóricos**. Vol I, São Paulo: Manole. 2005, p. 10-11)

⁴ Ibidem, BONAVIES, Paulo. p. 40.

⁵ PUCCINELLI, Andre Júnior. **A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20-21.

1.2. ESTADO LIBERAL

Sob a perspectiva do Liberalismo, verifica-se a ascensão dos indivíduos que exerciam o comércio como forma de sobrevivência, pois com o passar dos anos, foram aperfeiçoando e organizando tal atividade, formando a sociedade burguesa, que em razão de seu trabalho acumulou tamanha riqueza, inclusive, superando o clero e a nobreza, no que tange ao poder econômico.

Logo, com toda a riqueza que acumulou a burguesia adquiriu prestígio e acesso aos meios de poder. No entanto, mais difícil que chegar ao poder é manter sua posição, e para tanto a burguesia se utilizou de meios ideológicos para engendrar sua manutenção no poder.

De acordo com Montesquieu não há palavra que mais impressiona os espíritos que a liberdade⁶, pois, é de posse em um ideal de liberdade frente ao Estado que a Burguesia concatena sua ideologia e mobiliza a instituição do Estado Liberal.⁷

Importante salientar que o Estado Liberal⁸ se estabeleceu após duas revoluções. A primeira armada que findou por depor o rei Luís XVI. A segunda no campo intelectual, na qual a teoria Hobbesiana sucumbiu aos argumentos de Kant, Locke, Montesquieu e Rosseau, os quais desenvolveram, com suas especificidades,

⁶ Sempre preciso, Paulo Bonavides, a respeito do Estado Liberal, em sua ilustre obra *Do Estado Liberal ao Estado Social*, afirma que o tão criticado modelo centrado no poder régio passou a ser entendido como o maior óbice à liberdade humana e à expansão das forças produtivas. Ainda que: "(...) na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo" figurando (...) "na moderna teoria constitucional como o maior inimigo liberdade". Idem.

⁷ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. apud. Montesquieu p. 95.

⁸ Faz-se mister citar que o Estado Liberal também recebe a denominação de Estado de Direito, sendo que, Ari Carlos Sundfeld apresenta um rol de elementos, ou alicerces deste Estado, quais sejam: a) a supremacia da Constituição; b) a separação de poderes; c) a superioridade da lei e d) a garantia dos direitos individuais. (BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional, Fundamentos Teóricos**. Vol I, São Paulo: Manole. 2005, p. 12).

os fundamentos para a instituição de um Estado Absenteísta, garantidor dos direitos inatos do homem e centrado na separação de funções.⁹

A doutrina hodierna tem entendido que neste momento surge o que tem se denominado de direitos de primeira dimensão¹⁰, que consubstanciam-se os direitos individuais, por meio do reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião dos indivíduos, a emancipação do poder político em face do poder religioso e, por meio da liberdade da iniciativa privada econômica, a emancipação do poder econômico dos indivíduos.

Como se pode depreender, a liberdade pregada pela burguesia era uma liberdade limitada, pois o que se visava era a liberdade econômica, mas somente poderiam exercê-la quem já detivesse poder econômico, o que não ocorria com a maior parte da população que era extremamente pobre. Assim, tal liberdade era meramente formal, apenas nos termos da lei.

Ademais, de acordo com Paulo Bonavides, no que tange aos direitos políticos, o princípio democrático e representativo, tal direito “era embaraçado por estorvos, privilégios e discriminações”.¹¹

No modelo de constitucionalismo liberal, o papel do ordenamento jurídico era eminentemente negativo, limitador das atividades estatais. Assim, a Constituição Federal não era tida como instrumento de regulação da sociedade como um todo, mas como instrumento de limitação das atividades estatais.¹²

Sob a égide de um Estado Liberal, no qual a liberdade era meramente formal prevista em lei, a sociedade experimentou um quadro de injustiças e de

⁹ Ibidem. BONAVIDES, Paulo. p. 40.

¹⁰ A doutrina moderna tem preferido o termo “dimensão” para designar as diferentes classes de direitos fundamentais, haja vista que a superada denominação “geração”, poderia induzir ao pensamento de que uma classe excluiria a outra, ou, até mesmo que houve uma separação estanque entre elas, Neste sentido, até em razão de melhor precisão terminológica o presente estudo adota a denominação mais aceita pela doutrina e mais adequada.

¹¹ BONAVIDES PAULO. Op. Cit. p. 43.

¹² MOESSA, Luciane. Op. Cit. p. 19.

desigualdades sociais, fatores que ensejaram o acúmulo de riquezas em parcela ínfima da sociedade, a burguesia, e em outra parcela da sociedade pobreza e miséria. Razão pela qual o Estado Liberal inicia sua fase de decadência.¹³

Então, surge a necessidade de um novo paradigma para que se possa atender aos anseios da sociedade, para que o indivíduo adquira meios de poder exercer a liberdade que lhe foi concedida sob a égide deste modelo de Estado, agora decadente.

¹³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTR, 2009, p. 36-39.

1.3. SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES¹⁴

O Liberalismo, de acordo com Paulo Bonavides, além de fundar-se no ideal de liberdade, utilizou-se da técnica de separação de funções, para tentar resolver o problema da soberania. Deste modo, os parágrafos seguintes trarão, em linhas gerais, os aspectos mais relevantes acerca deste instituto.¹⁵

Quem idealizou o instituto da separação dos poderes foi John Locke, no século XVII, sob a égide do Estado Liberal. Tal instituto foi concebido, inicialmente, com quatro funções e dois órgãos de poder, quais sejam: a legislativa exercida pelo parlamento e a executiva exercida pelo monarca, sendo que este último acumulava as demais funções.

No entanto, foi Montesquieu, em 1748, através de sua obra “O espírito das leis”, que sistematizou o princípio da separação de funções do Estado, amplamente conhecida como separação de poderes, tal como conhecemos hodiernamente, com as três funções independentes e harmônicas entre si.

De acordo com os ensinamentos deste ilustre estudioso, segundo o qual “todo o poder tende a corromper-se e todos os que o possuem tendem a ser levados, mais cedo ou mais tarde, a abusar de seu emprego”. Com base em tal perspectiva do

¹⁴ Cumpre explicar que, apesar de muitos autores tratarem tal instituto como separação de poderes, urge salientar que o poder soberano estatal é uno, e o que se dividem são as funções que são exercidas pelo Estado. Logo, não é correto afirmar que há uma separação de poderes, sendo mais adequado denominar tal instituto de separação de funções. Razão pela qual, o presente estudo adota tal denominação.

¹⁵ Esta preocupação do Estado Liberal em limitar o poder soberano por meio de uma Constituição, significa o reconhecimento, ao indivíduo, de uma liberdade que é acolhida pelas constituições. Assim, verifica-se que o Estado vê-se limitado pelo Direito, caracterizando o que se denomina de Estado Constitucional de Direito, no qual, de acordo com o princípio da legalidade, a liberdade de ação dos indivíduos somente pode ser restringida em virtude de lei. (BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional, Fundamentos Teóricos**. Vol I, São Paulo: Manole. 2005, p. 13)

poder, foi que se vislumbrou na separação de funções, a solução final do problema de limitação da soberania.¹⁶

Relevante citar um trecho de “O espírito das leis”:

Existem três espécies de governo: o republicano, o monárquico e o despótico. Para descobrir-lhes a natureza é suficiente a ideia de que deles têm os homens menos instruídos. Suponho três definições ou, antes, três fatos: um, que o governo republicano é aquele em que o povo, como um todo, ou somente parcela do povo, possui o poder soberano; a monarquia é aquela em que um só governa, mas de acordo com as leis fixas e estabelecidas, enquanto o governo despótico, uma só pessoa, sem obedecer as leis e regras, realiza tudo por sua vontade e seus caprichos.

Quando numa república, o povo como um todo possui o poder soberano, trata-se de uma *Democracia*. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do povo, trata-se de uma *Aristocracia*. O povo na democracia, é, sob alguns aspectos, o monarca; sob outros, o súdito.¹⁷

O povo é admirável para conhecer aqueles a quem deve confiar parte de sua autoridade. Só pode decidir por coisas que não pode ignorar e por fatos que estão ao alcance de seus sentidos. Sabe muito bem que determinado homem esteve muitas vezes em guerra e que obteve tais e tais êxitos; é, então, capaz de eleger um general. Sabe que um juiz é assíduo, que muita gente sai de seu tribunal satisfeita com ele, que não se pode corrompê-lo: isso é suficiente para que ele eleja um pretor. Se está impressionado com a magnificência ou com as riquezas de um cidadão, isso é suficiente para eleger um edil. Todas essas coisas são fatos que o povo aprende melhor na praça pública do que um monarca em seu palácio. Entretanto, saberá o povo dirigir um negócio, conhecer os lugares, as ocasiões, os momentos e aproveitá-los? Não, não saberá.¹⁸

O que se quis dizer foi que ao cidadão assiste capacidade para eleger, de acordo com suas experiências pessoais, mas este mesmo cidadão não possui capacidade necessária para ser eleito. Ademais, cada forma de governo, das três por ele citadas, possui um princípio e uma natureza diversa.

Para Paulo Bonavides, a separação de funções foi a arma utilizada pela doutrina para defender a sociedade dos sistemas tradicionais de opressão política.

Veja-se:

Visceralmente antagônico à concentração do poder, foi, portanto, princípio fecundo de que se serviu para a proteção da liberdade o constitucionalismo

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit.p. 44.

¹⁷ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Op. Cit. p. 95

¹⁸ Idem.

moderno, ao fundar, como o Estado jurídico, o governo da lei, e não o governo dos homens.¹⁹

Todavia, verifica-se que a técnica de separação de funções, desde que o constitucionalismo enriqueceu seu conteúdo e deixou de ser forma para se converter em substância, entrou em declínio, podendo ser considerado princípio atenuado e em franca decadência.

Importante salientar que, a função precípua do princípio da separação de poderes é a proteção da democracia, pois visa impedir que o Estado ultrapasse os limites da esfera da liberdade individual dos cidadãos, e que um poder se sobreponha aos demais.

Neste sentido, a solução para evitar sua decadência e a fim de ponderar a separação, tal princípio atualmente é entendido de maneira flexível. Tendo em vista que divisão estanque na atuação estatal é prejudicial, admite-se que ao lado da função típica, cada poder exerça funções atípicas, o que resulta em uma coordenação entre eles, o que diminui a possibilidade de conflitos e resulta em maior efetividade na atuação estatal.²⁰

¹⁹ Ibidem, BONAVIDES. Paulo. p.71

²⁰ BESTER, Gisela Maria. Op. Cit.p. 299 a 303.

1.4. ESTADO SOCIAL

Estático, O Estado Liberal não logrou êxito em alcançar melhorias no campo social, e logo eclodiu a triste e dolorosa verdade acerca do Estado Liberal, o qual se revelou um instrumento ideológico baseado na igualdade formal, com vistas a encobrir a realidade de um mundo de desigualdades econômicas, sociais, políticas e pessoais, resultando na opressão dos fracos, restando a estes, tão somente, a liberdade de morrer de fome, de acordo com Bismark.²¹

A desigualdades econômicas foram agravadas com o advento da Revolução Industrial, ensejando um confronto entre o grande industrial e o proletariado, ainda mais após a divulgação do Manifesto Comunista de Karl Marx e Friedrich Engels, no qual fazia-se severa crítica aos regimes liberais.²²

Neste contexto surge como fruto de superação ideológica do Liberalismo o Estado Social, no qual o Estado evolui do modelo Absenteísta para uma política de viés assistencialista, exigindo do Estado a conversão da liberdade meramente formal em liberdade material.

Para que o indivíduo pudesse exercer os direitos que foram reconhecidos sob o prisma liberal, fazia-se necessária uma atuação estatal positiva; é neste momento, com o advento do Estado Social, que a doutrina afirma o advento dos direitos de segunda dimensão²³.

Tais direitos englobam o direito ao trabalho, à saúde, à educação. Estes têm como sujeito passivo o Estado, razão pela qual, exige-se deste uma atuação efetiva

²¹ Ibidem. BONAVIDES, Paulo apud Vierkandt. p. 61.

²² O Manifesto Comunista, publicado pela primeira vez em fevereiro de 1848 em Londres defende a socialização dos meios de produção e apreço o conflito de classes como meio indispensável para o proletariado alcançar o poder.

para a concretização de cada um destes direitos, e por isso se explica a denominação de direitos positivos.

Importante salientar, que sob a égide do Estado Social, os indivíduos munidos dos direitos supra puderam exercer com plenitude os direitos que lhes foram reconhecidos no constitucionalismo liberal. Exemplificando: somente com acesso à educação gratuita garantida pelo Estado é que o indivíduo pode, com plenitude e consciência, exercer seu direito de voto.²⁴

Assim, pode-se verificar que enquanto no Estado Liberal impunha-se a este o dever de abster-se de intervir na esfera privada, no qual a liberdade de que se falava era uma liberdade meramente formal; no Estado Social, exige-se do Estado atuação efetiva, passando a desempenhar um papel ativo na conformação econômica e social, visando à promoção de uma igualdade material de todos os cidadãos, sem prejuízo da liberdade individual.

Assim, ante a todo o exposto em breves linhas a respeito da evolução do pensamento político, verifica-se que sob a égide de um Estado Social, o papel do Estado é ativo no que tange à conformação dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Neste sentido, depreende-se que, não é aceitável que os indivíduos sejam privados do exercício de direitos previstos na Constituição Federal ante a omissão legislativa, que se consubstancia em uma omissão inconstitucional do Estado.

²⁴ Tendo em vista que o Estado Democrático de Direito, de acordo com Canotilho, é uma ordem de domínio legitimada pelo povo, somente com a concretização de direitos fundamentais básicos (saúde, trabalho, educação) é que, finalmente, a democracia assume seu papel e consegue cumprir seu objetivo, qual seja, uma sociedade na qual os cidadãos possam participar de maneira ativa na vida política da sociedade.

2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL

2.1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Eis que, como fruto do processo de redemocratização do País e do abandono de práticas ditatoriais, foi promulgada, em 5 de outubro de 1988, a oitava Constituição Federal Brasileira.

A fim de explicar como se deu a promulgação, é necessário voltar um pouco no tempo, pois foi em 1982 que, se fomentou o movimento das “diretas já”, que pugnava pela instituição de eleições diretas para presidente da república e defendia a convocação de uma Constituinte para o País. No entanto, tal movimento não logrou êxito, não de imediato e da maneira como visava.

Assim, frustrando a expectativa popular de ver eleita uma Constituinte Exclusiva, o Congresso Nacional, cujos membros foram eleitos em novembro de 1986, converteu-se em Constituinte.²⁵ Foram, ao todo, 20 meses de trabalho, sendo que, estes foram amplamente qualificados com a iniciativa particular, que participou efetivamente, inclusive, com grupos de pressão, tanto do meio empresarial como da classe obreira, fazendo com que a presente Carta Magna seja dotada de alto grau de legitimidade, apesar de sua origem criticável.²⁶

Finalmente, promulgada em 5 de outubro de 1988, a Carta Magna recebeu a alcunha de “Constituição Cidadã”²⁷, por um de seus idealizadores, Ulysses

²⁵ Art. 1º EC nº26, determinava: “Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional”.

²⁶ BESTER, Gisela Maria. Op. Cit. p. 112.

²⁷ Tal alcunha deveu-se à restituição da ampla cidadania e dos direitos fundamentais, após duas décadas de restrições e cerceamentos no exercício destes e de supressão de liberdades públicas em

Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte. Salutar trazer um trecho do discurso do ilustre congressista, proferido na data da promulgação:

Tipograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem, colocando-o no umbral da Constituição e catalogando-lhe o número não superado, só no art. 5º, de 77 incisos e 104 dispositivos. Não lhe bastou, porém, defendê-lo contra os abusos originários do Estado e de outras procedências. Introduziu o homem no Estado, fazendo-o credor de direito e serviços, cobráveis inclusive com o Mandado de Injunção. Tem substância popular e cristã o título que a consagra: 'A Constituição Cidadã'.²⁸

Assim, em uma concepção formal a Constituição Federal de 1988, contempla o verdadeiro significado da Lei Fundamental de Bonn²⁹, pois coloca em posição de destaque os direitos fundamentais que estão dispostos em seus primeiros capítulos. Ademais se destaca sua relevância, no sentido de que foi a responsável por instituir um Estado Democrático de Direito.

Mediante a realização de uma análise acerca do texto da Carga Magna verifica-se que esta destoa dos modelos de Constituições cujo texto é conciso, curto, como a norte-americana, por exemplo. No entanto, verifica-se que nenhuma das Constituições que a antecederam, eram breves.

Apesar de alguns entenderem tal característica como defeito, e, até mesmo, fator que obste a governabilidade, há que se ter em mente que, em razão da ampla participação popular em sua elaboração, provavelmente a Constituição de 1988 reflita exatamente as virtudes e os defeitos do povo brasileiro. Veja-se o posicionamento de Gisela Maria Bester, a respeito:

E se ela é extensa, é porque não somos sutis a ponto de termos regras claras e objetivas com paralela economia de palavras. Não, não somos

geral, bem como ao regate da noção de Estado Social de Direito. (BESTER, Gisela Maria. **Direito Op.** Cit. p. 12).

²⁸ Idem.

²⁹ Semelhante à Constituição Federal Alemã.

dados a sutilezas; nós somos explícitos, minudentes e repetitivos, e bem por isso precisamos inserir e repetir no texto constitucional regras que pareceriam óbvias em outras culturas.³⁰

Ainda, de acordo com tal autora, acredita-se que tais críticas se dêem em razão do inconformismo e do descontentamento das parcelas da sociedade quanto ao ingresso de novos direitos e garantias no texto constitucional.

Logo, depreende-se que além de sua função legislativa e reguladora, a Constituição Federal de um ordenamento jurídico, finda por refletir as características de seu povo, pois para que possa ser dinâmica e acompanhar as freqüentes mudanças da sociedade, nada melhor que dela ser reflexo.³¹

Ainda, em defesa da Carta Magna, Barroso:

Nesta linha de raciocínio, é preciso evitar que a crítica, cabível e necessária, venha a encobrir as virtudes e inovações criativas e valiosas trazidas pela Carta de 1988. Os direitos fundamentais, por exemplo, trazidos para o início do texto constitucional, antes da disciplina da organização do Estado e dos Poderes, configuram, a despeito da enunciação prolixa e desarrumada, uma valiosa carta de proteção dos cidadãos brasileiros contra os abusos, tanto estatais como privados. Novas ações judiciais, como o Mandado de Segurança Coletivo, e a constitucionalização da ação civil pública ampliaram os mecanismos de proteção dos direitos (...)³²

Paulo Bonavides, por sua vez, afirma que a Constituição Federal de 1988, promoveu um grande avanço, quando inseriu em seu texto três grandes garantias, quais sejam: o Mandado de Injunção, o Mandado de Segurança Coletivo e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. Pois, desta maneira, logrou êxito em resolver,

³⁰ Ibidem. BESTER, Gisela Maria. p. 115.

³¹ Mister fazer citação de uma frase do ilustre Léon Duguit: “a eterna quimera dos homens é procurar inserir nas Constituições a perfeição que eles não têm”. Assim, tendo em vista que a Constituição Federal tem como destinatários a sociedade, melhor é que aquela seja reflexo desta, com suas perfeições e imperfeições.

³² BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**, e. 2ª Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar. 2002. p. 12, 13.

nas palavras deste autor, ao que chama de “o grande problema do Direito Constitucional”³³, que seria o de como juridicizar³⁴ o Estado Social.

Assim, a Constituição Federal de 1988 deu um passo à frente no que tange à garantia dos direitos fundamentais, pois não obstante elencar um vasto rol de direitos foi além, e inseriu em seu texto instrumentos que possibilitam ao indivíduo assumir seu papel ativo na postulação de seus direitos constitucionalmente previstos.

No que tange às características da Constituição Federal de 1988, pode-se dizer, em linhas gerais, que se trata de uma Constituição, formal, escrita, dogmática, promulgada, rígida, dirigente (com um núcleo super-rígido), aberta, e analítica. Para Barroso:

A doutrina constitucional caracteriza a Carta de 1988 como sendo compromissória, analítica e dirigente. Compromissória por ter um texto dialético, sem predomínio absoluto de uma única tendência política.

(...) analítica, na tradição do constitucionalismo contemporâneo, materializado nas Constituições Portuguesa e Espanhola, de 1976 e 1978, de Países que, a exemplo do Brasil, procuravam superar as experiências autoritárias.

(...) Por fim, a Carta brasileira é dirigente. O termo, trazido do constitucionalismo português, identifica uma opinião pela inclusão no texto constitucional de grandes linhas programáticas, que procuram sinalizar caminhos a serem percorridos pelo legislador e pela Administração Pública. Estabelecem-se fins, tarefas e objetivos para o Estado e para a sociedade. Este tipo de constitucionalismo, de certa forma, diminui a densidade jurídica do texto, embora represente um esforço para condicionar a atuação dos Poderes e impulsioná-los na direção eleita pelo constituinte, notadamente em domínios como os da educação, cultura, saúde e realização de valores como a justiça social e os direitos a ela inerentes.³⁵

³³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. e.17ª. São Paulo: Malheiros. 2005. p.372-373.

³⁴ A judicialização decorre do modelo analítico de Constituição e do sistema abrangente de controle de constitucionalidade adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Assim, a judicialização não decorre da vontade do judiciário, mas do constituinte. BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 4ª e. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 344.

³⁵ Ibidem. BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**, p. 12, 13.

Neste sentido, a característica da Constituição Federal de 1988 mais relevante para o presente estudo é de ser dirigente, razão pela qual será abordada com mais afinco no próximo tópico.

2.2. CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

Classificar determinada Constituição como Dirigente significa dizer, em outras palavras, que esta é dotada de um texto extenso, e que em seu bojo define fins, programas, planos e diretrizes para a atuação futura dos órgãos estatais. Neste sentido, é a própria Constituição que estabelece um programa para direcionar a evolução política de seu Estado, um ideal social a ser futuramente concretizado pelos órgãos do Estado, ou seja, estabelece algumas metas a serem alcançadas.

O termo Dirigente significa que o poder constituinte, ao redigir o texto constitucional, “dirige” a atuação futura dos órgãos governamentais, tendo em vista os programas que metas que a constituição estabeleceu em seu texto. Logo, para que uma constituição possa ser classificada de dirigente, é necessário que esta contenha em seu texto normas programáticas. Assim, socialmente falando, tendo em vista a supremacia da constitucional, e a importância de seu texto para o ordenamento jurídico pátrio, ao menos na teoria, inserir no texto constitucional metas sociais, seria uma garantia de que essas metas sejam realmente alcançadas.

No entanto, como a seguir se constatará, tais metas nem sempre são concretizadas em razão da omissão estatal. Isto ocorre, de acordo com Barroso, pelo fato de que: *“o constitucionalismo dirigente é extremamente dependente da atuação do Congresso Nacional na edição de leis ordinárias necessárias ao desenvolvimento dos programas meramente alinhavados na Constituição”*³⁶. Mas, por ora, faz-se importante abordar a classificação de José Afonso da Silva no que tange à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, a fim de se compreender a importância das normas constitucionais de eficácia programática.

³⁶ Idem.

2.3. EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS:

No que tange à classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia existem vários autores e diversas classificações, no entanto, verifica-se que a predominantemente adotada seja a de José Afonso da Silva, razão pela qual, esta será abordada no presente estudo. Assim, para este autor, todas as normas são dotadas de eficácia jurídica³⁷, mas de acordo com sua classificação tal eficácia pode se revelar com maior ou menor grau de intensidade.

Primeiramente o autor aborda o que denomina de norma de eficácia plena, com aplicabilidade direta, imediata e integral. Tais normas incidem diretamente nas relações concretas, ou seja, dispensam a atuação do legislador infraconstitucional para que possam, não precisam de complementação de nenhum tipo. São aquelas que desde a entrada em vigor da Constituição produzem, ou têm condições de produzir todos os seus efeitos.

Já as normas de eficácia contida³⁸, aplicabilidade direta e imediata, não integral. Tais normas produzem eficácia desde o início apesar de preverem a possibilidade de restrição posterior. Explica-se: até o advento de lei que regulamente determinado instituto previsto na Constituição a qual preveja a restrição deste, a norma constitucional tem eficácia, plena, com o advento de tal legislação, tal direito regulamentado, pode ser restringido, é o que ocorre, por exemplo, com os incisos, VII e XIII ambos do art. 5º da Constituição³⁹.

³⁷ Frise-se que está a se falar de eficácia jurídica, pois há diferenciação no que tange a eficácia, podendo ser dividida em: eficácia jurídica, da qual, de acordo com José Afonso da Silva, todas as normas são dotadas; e eficácia social, que consiste no fato da norma socialmente aceita.

³⁸ Há autores que preferem, em razão de maior precisão terminológica, defini-las como normas de eficácia contível, pois sua eficácia não é contida desde o início.

³⁹ Art.5º, inc XIII, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Assim, tal dispositivo assegura o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, mas sujeita-se à imposição de restrições por parte do legislador

E a última, e mais importante para o presente estudo, as normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata ou indireta, que subdividem-se em declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípios programáticos. São as normas que dependem de legislação complementar ou de atuação estatal sob forma de programas de governo.

Tais normas têm eficácia imediata no que tange a impedir que leis sejam editadas em discordância com seu conteúdo, e também, funcionam como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis já existentes. No entanto, tais efeitos são tidos como secundários, pois no que tange aos efeitos principais, a norma espera concretização⁴⁰.

O professor José Afonso da Silva classifica, ainda, as normas de eficácia limitada em definidoras de princípio institutivo ou organizativo; e definidoras de princípio programático. Sendo que, as primeiras têm como finalidade a de traçar esquemas gerais de estruturação e atribuições dos órgãos, entidades ou institutos, para que, em momento posterior, sejam estruturadas em definitivo, mediante lei. Como exemplo pode ser citados os artigos 33 da Constituição Federal que, dispõe: “a lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos territórios”.

Quanto as segundas, em que o legislador constituinte, limitou-se a traçar diretrizes e princípios a serem cumpridos pelos órgãos da administração, com vistas à realização dos fins sociais do Estado.

ordinário, devendo ser interpretada da seguinte maneira: (i) enquanto não estabelecidas em lei as qualificações profissionais necessárias para o exercício de determinada profissão, o seu exercício será amplo, ou seja, qualquer pessoa pode exercê-la; (ii) posteriormente, havendo a edição de lei que estabeleça as qualificações profissionais necessárias para o exercício dessa profissão, só poderão exercê-la aqueles que atenderem às qualificações estabelecidas em lei. (PAULO Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. e.2ª São Paulo: Método. 2009. p. 21).

⁴⁰ A concretização – como processo que leva a tornar as normas constitucionais aplicáveis aos casos concretos – pode ser legislativa, administrativa ou judicial. (BESTER, Gisela Maria. Op. Cit. p. 120).

Como exemplo de programas a serem realizados pelo Poder Público disciplinando interesses econômico-sociais, podem ser citados: realização da justiça social; valorização do trabalho; amparo à família e o combate ao analfabetismo. Tais normas são elencadas pela doutrina pátria como normas programáticas. Como já dito, no tópico anterior, a presença das normas de eficácia programática fazem com que determinada Constituição seja classificada como dirigente.

2.4. NORMAS DE EFICÁCIA PROGRAMÁTICA E A RESERVA DO POSSÍVEL

Como se depreende até o presente momento do estudo, a Constituição Federal de 1988 é abundante em normas programáticas mediante uma espécie de solução de compromisso, que finda por projetá-la para o futuro, caracterizando-a como Dirigente e em alusão ao modelo de constitucionalismo social da célebre Constituição de Weimar.

O ponto de maior conflito no que tange às normas de eficácia programática reside no fato de que acabam por servir de pretexto para a inaplicabilidade da Constituição. Explicando melhor, esta “desculpa” é dada pelos governantes para o não cumprimento de preceitos constitucionais sob a fundamentação de que não há verba, tal alegação foi denominada de reserva do possível.⁴¹

Assim, esses governantes alegam que, apesar de expressamente previsto na Constituição Federal, alguns direitos não podem ser concretizados em razão da reserva do possível, ou seja, alegam a falta de verba, que acaba funcionando como limitação de direitos subjetivos devendo, portanto, ser combatida.

De acordo com os ensinamentos da professora Regina Ferrari, este argumento deve ser combatido mediante a utilização do princípio da proporcionalidade. Veja-se o posicionamento da ilustre doutrinadora:

Em nome da reserva do possível, isto é, sob o argumento da impossibilidade de realizá-lo por questões financeiras, materiais ou políticas, o comando constitucional acabe destituído, completamente, de eficácia. É o princípio do razoável, da proporcionalidade que deve reger a sua observância e efetividade.⁴²

⁴¹ Ibidem. BESTER, Gisela Maria. p. 136.

⁴² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: RT. 2001. p. 235.

Situação pior é se dá quando se verifica que o Estado além de não cumprir os mandamentos constitucionais, ainda, por meio de reformas, extirpa do texto constitucional as normas que entende incômodas. Assim, a tendência é um processo de diminuição do número de direitos sociais, e demais direitos garantidos no texto constitucional.⁴³

Eros Roberto Grau, por sua vez, afirma que a Constituição Federal deveria passar por um processo de restauração de dignidade, o que seria promovido por meio da regra de que todos os preceitos nela contidos deveriam ter eficácia e aplicação imediata, não devendo ela contemplar promessas inexecutáveis, pois só assim se evitaria que ela fosse instrumento de mentira, engodo e enganação.⁴⁴

Como contraponto à noção de reserva do possível, ou pelo menos como parâmetro de solução de conflitos, tem-se o denominado mínimo existencial, o qual assegura que ao cidadão, além dos direitos individuais, também lhe serão asseguradas condições mínimas de existência.

Assim, verifica-se que havendo conflito entre orçamento e direitos constitucionalmente assegurados, a reserva do possível deve conviver harmonicamente com o princípio do mínimo existencial. Assim, de acordo com a professora Regina Ferrari, o conflito pode ser perfeitamente resolvido através da proporcionalidade e razoabilidade, visando sempre à efetividade dos preceitos constitucionais.

Lembrando que o não cumprimento das normas programáticas, por inércia legislativa ou passividade executiva, configura inconstitucionalidade por omissão, e possibilita a impetração de Mandado de Injunção, conforme abordagem a seguir.

⁴³ Ibidem. BESTER, Gisela Maria. p. 137.

⁴⁴ Eros Roberto Grau, Op. Cit. p. 139.

2.5. OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Antes de abordar o tema de omissões legislativas, mister a explanação a respeito da responsabilidade do Estado de maneira geral. Assim, verifica-se que prevalece no ordenamento jurídico a imputação de responsabilidade ao Estado, por danos causados por seus agentes, sejam estes servidores públicos, particulares em colaboração com o Poder Público ou, ainda, agentes políticos no desempenho de funções judiciais ou legislativas.⁴⁵

Partindo da irresponsabilidade total do Estado sob a alegação de que o “o rei não erra”, que vigorava na fase da irresponsabilidade civil do Estado, na qual afirmava-se que a Administração Pública não tinha o dever de indenizar os danos causados aos seus administrados.⁴⁶

O ordenamento jurídico pátrio evolui para a responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, na qual, há dever de indenizar o dano ocasionado pelo Poder Público ao administrado, independentemente da comprovação de dolo ou culpa.

Todavia, a responsabilidade pode ser suavizada pela perspectiva da teoria do risco administrativo, desde que, se comprove que o particular concorreu para a ocorrência do dano, ou se demonstrar que seu comportamento não ensejou o dano. No entanto, mais radical, a teoria do risco integral, não admite suavização, bastando a mera participação do Estado, ainda que indireta, para sua responsabilização.⁴⁷

Como é de amplo conhecimento a razão reside na ponderação, motivo pelo qual, em tempos hodiernos, pode-se afirmar que os extremos foram erradicados do

⁴⁵ Ibidem. PUCCINELLI. André Júnior. p. 224.

⁴⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 840.

⁴⁷ Idem.

ordenamento jurídico, ou seja, verifica-se inaplicável tanto a teoria da irresponsabilidade do Estado, e poucos são os ordenamentos jurídicos que adotam a teoria do risco integral. Logo a teoria amplamente adota é a do risco administrativo.⁴⁸

No que tange à responsabilização do Estado no exercício da atividade legislativa, verificou-se, a princípio certa resistência em reconhecê-la, pois entendia-se que a responsabilidade do Estado abarcava somente as lesões ocasionadas no exercício da função administrativa.

No entanto, este entendimento foi alterado no século XX, na França, sendo a partir de então, passou a ser admitida a responsabilidade do Estado por danos oriundos do exercício legislativo.

Todavia, verifica-se que a maior celeuma a respeito da responsabilidade do Estado reside justamente na responsabilização pela omissão legislativa. Somente em Portugal, ao contrário do que ocorre em outros países, parcela significativa da doutrina defende a responsabilização civil do Estado, no que tange a omissão que enseja a inviabilidade de direitos fundamentais.

Neste sentido, André Puccinelli Júnior, fazendo referência a Manuel Afonso Vaz: “a falta de medidas que torne absolutamente inexeqüível o conteúdo essencial de um direito, liberdade ou garantia preceituados na Constituição fará incorrer o Estado em responsabilidade”.

No entanto, o posicionamento atual do STF a respeito se dá pela improcedência do pedido de responsabilização estatal ante a mora legislativa, veja-se recente julgado a respeito:

Turma do STF concluiu julgamento de recurso extraordinário em que servidores públicos federais, sob a alegação de ofensa ao art. 37, X, da CF,

⁴⁸ Idem. p. 214.

com a redação dada pela EC 19/98, pretendiam obter indenização do Estado, em virtude de não haverem sido contemplados com a revisão geral anual, instituída por aquela Emenda, no período compreendido entre o seu advento e o termo inicial da vigência da Lei 10.331/2001, que estabeleceu a mencionada revisão ao funcionalismo público. Por maioria, desproveu-se o recurso ao fundamento de que **os requisitos necessários à caracterização da responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa não estariam presentes**. O Min. Gilmar Mendes, em voto-vista, registrou que, no julgamento da ADI 2061/DF (DJU de 29.6.2001), **o Plenário atestara a mora do Presidente da República em desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, contudo, não fixara prazo para esse mister**. Na seqüência, aduziu que o STF possuiria entendimento consolidado no sentido de não caber indenização, especialmente, pelo fato de não ter sido estabelecido prazo para o Chefe do Poder Executivo encaminhar o projeto de lei sobre a revisão. Não obstante, salientou haver necessidade de se refletir se o reconhecimento da mora legislativa tornar-se-ia ineficaz para efeito da responsabilidade civil na hipótese de não ter sido fixado prazo para o seu suprimento. No ponto, consignou que, de acordo com a complexidade da matéria, a demora no envio do projeto de lei deveria ser submetida ao crivo da razoabilidade. Na situação dos autos, asseverou que o requisito da mora existiria — em face da declaração constante da aludida ADI 2061/DF —, contudo, não se verificaria sua permanência, porquanto o Chefe do Poder Executivo, logo em seguida, encaminhara o projeto de lei referente à revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos da União, sendo este, em menos de 6 meses, transformado na Lei 10.331/2001. Vencido o Min. Carlos Velloso, relator, que provia o extraordinário por considerar inequívoco o dever de indenizar do Estado.⁴⁹

No caso em tela, verifica-se que, em 2001 foi julgada Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão na qual simplesmente foi reconhecida a mora, porém, sem a fixação de prazo para a elaboração da norma. Assim, com base na ausência de fixação de prazo, a suprema corte entendeu descabida a responsabilização pela mora em legislar.

Deste modo, depreende-se que, a simples declaração da ausência de norma ao órgão omissão demonstra-se inócua às finalidades dos jurisdicionados, pois sem a fixação de prazo para o cumprimento da determinação, sequer indenização pela continuidade da omissão será reconhecida.

⁴⁹ RE 424584/MG, rel. orig. Min. Carlos Velloso, red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 17.11.2009. (RE-424584). http://www.altosestudos.com.br/ExibirNoticia.aspx?idt_conteudo=63927) acesso em: 25/10/2010

2.6. INSTRUMENTOS DE COMBATE À OMISSÃO LEGISLATIVA

O objetivo do presente tópico é trazer um panorama geral dos meios disponíveis aptos a sanar as omissões que obstam a efetividade⁵⁰ das normas constitucionais, sendo que, a seguir tais meios terão capítulo próprio para serem abordados com maior profundidade.

Motivo de grande avanço e de louvor à Constituição Federal de 1988, deve-se ao fato de que esta não somente se limitou a prever direitos, mas preocupou-se em prever meios para que os cidadãos pudessem garanti-los. A Carta Magna vigente prevê dois instrumentos que visam assegurar a eficácia e a aplicabilidade de todas as normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais.

O Mandado de Injunção, inserido no ordenamento jurídico pátrio em 1988, está previsto no art. 5º, LXXI, consubstancia-se em instrumento que torna todas as normas constitucionais potencialmente aplicáveis, sua função é fazer valer um direito previsto na norma constitucional, cujo exercício é inviabilizado pela inércia legislativa.

Já a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, também inserida no ordenamento jurídico brasileiro em 1988, encontra respaldo no art. 103 da Carta Magna vigente. Diferentemente do Mandado de Injunção, a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão tem por finalidade apenas dar ciência ao órgão

⁵⁰ Quanto a efetividade, salutar citação de Barroso a respeito: “A idéia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de uma função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão tímida quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social.” BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional. Tomo III**, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar. 2005. p.71

omisso, e, em se tratando de omissão administrativa há a fixação do prazo de trinta dias para sanar a omissão.

A professora Gisela Maria Bester cita, ainda, um terceiro meio disponível com vistas a sanar a não efetivação das normas constitucionais, a iniciativa legislativa popular. A novidade nessa temática, segundo a autora, é a criação das Comissões de Legislação Participativa (CLP), tais comissões aprofundam a democracia participativa e aumentam o exercício da cidadania.⁵¹

Tendo em vista o objetivo precípua da presente pesquisa, tal estudo abordará em capítulo próprio e com pormenores, os dois primeiros meios supra citados.

⁵¹ Idem. p.145

3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

3.1. O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o instrumental desenvolvido para o combate das leis inconstitucionais, não se mostrava suficiente para combater a inconstitucionalidade oriunda de um não fazer estatal. Neste sentido, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi amplamente debatida nos anos que antecederam a promulgação da Constituição Federal de 1988, razão pela qual é considerado um fenômeno novo.

Salutar trazer à lume posicionamento de Barroso:

A marca da falta de efetividade, impulsionada pela insinceridade normativa, acompanhou o constitucionalismo brasileiro pelas décadas afora.

(...)

Destituídas de normatividade, as Constituições desempenham o papel menor, mistificador, de proclamar o que não era verdade e prometer o que não seria cumprido. Boa parte da responsabilidade por essa disfunção pode ser creditada à omissão dos Poderes Públicos em dar cumprimento às normas constitucionais⁵²

Salienta-se que, assim como a inconstitucionalidade por ação, a inconstitucionalidade por omissão pode ser atribuída aos três Poderes, não apenas ao Legislativo, pois pode ocorrer do Executivo não entregar prestações positivas previstas na Constituição, pode o Judiciário se omitir na prestação jurisdicional.⁵³

Para que reste configurada a inconstitucionalidade por omissão, não basta a inércia Estatal, é necessário que esta inércia seja qualificada com um mandamento

⁵² Idem.

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit. p. 32.

constitucional para que o Estado regulamente tal matéria. De acordo com Barroso, a inconstitucionalidade por omissão:

A Constituição é uma norma jurídica. Atributo das normas jurídicas é a sua imperatividade. Não é próprio de uma norma constitucional, nem de qualquer norma jurídica, sugerir, recomendar, alvitrar. Normas jurídicas têm comandos. A maior parte dos comandos constitucionais se materializa em normas cogentes, que não podem ter sua incidência afastada pela vontade das partes, como ocorre no âmbito privado, com as normas dispositivas. É possível, portanto, violar a Constituição praticando ato que ela interditava, ou deixando de praticar um ato que ela exigia. Porque assim é, a Constituição é suscetível de violação por via de ação, uma conduta positiva, ou por via de uma omissão, uma inércia ilegítima.

(...) se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal. A inconstitucionalidade resultará, portanto, de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo⁵⁴

Assim, em via de regra a omissão não é considerada inconstitucional, pois a atividade legislativa é um poder e não uma obrigação, no campo da conformação.

Veja-se Barroso, a respeito:

Normalmente, o legislador tem a *faculdade* – e não o dever – de legislar. Insere-se no âmbito de sua própria discricionariedade a decisão acerca da edição ou não de uma norma jurídica. De regra, sua inércia não caracterizará um comportamento inconstitucional. Todavia, nos casos em que a Lei maior impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará um caso de inconstitucionalidade por omissão.⁵⁵

Com respaldo em Barroso, verifica-se que o fato da Constituição Federal ter ascendido à condição de norma jurídica, superando a idéia de que esta seria apenas um instrumento político, passou a desfrutar de atributos essenciais do gênero, ou seja, tornou-se dotada de efetividade, razão pela qual, as normas contidas na Constituição, não sugerem, indicam ou solicitam algo, mas constituem-se

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**, e. 4ª, Amp. e Atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 162

verdadeiros mandamentos, e assim, ao descumpri-los, mesmo de forma comissiva, o ente omissor incorre em inconstitucionalidade por omissão.⁵⁶

No que se refere à classificação, a omissão inconstitucional pode ser total, ou parcial. Neste sentido, a primeira hipótese, que ocorre quando, havendo o dever de atuar o legislador se abstém totalmente deixando um vazio normativo na matéria.

Ao se deparar com tal situação surgem três possibilidades à atuação judicial no âmbito do controle de constitucionalidade: (i) possuindo a norma constitucional densidade suficiente para a aplicação imediata, pode reconhecer a auto-aplicabilidade à norma e fazê-la incidir diretamente; (ii) apenas declarar a existência da omissão, constituindo em mora o órgão competente para saná-la; e (iii) não sendo a norma auto-aplicável, criar para o caso concreto a regra faltante.⁵⁷

⁵⁶ Idem. BARROSO. p.68 - 69

⁵⁷ Idem, p. 34

3.2 COMPETÊNCIA

O constituinte tratou da jurisdição constitucional de maneira unitária, tendo em vista que apenas o que varia são os pedidos de cada ação. Veja-se, a previsão constitucional do artigo 102:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhes:
I – processar e julgar originariamente:
ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.⁵⁸

Apesar de não haver previsão normativa expressa quanto ao cabimento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão no âmbito estadual, a doutrina em geral tem admitido tal hipótese de cabimento, pois aos Estados é conferida a autonomia em matéria de auto-organização e auto-governo, desde que, observado o modelo Federal.⁵⁹

A relevância de falar a respeito da competência para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, faz-se relevante para ser possível a comparação deste instituto com o Mandado de Injunção, do qual se tratará no próximo capítulo.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Ibidem, BARROSO, p. 253

3.3. LEGITIMAÇÃO

No que tange à legitimidade ativa na Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, primeiramente há que se ressaltar que se trata de legitimidade extraordinária, pois a atuação não se dá na defesa de um direito próprio, mas no interesse geral, que se materializa no princípio da supremacia da Constituição.

Na dicção expressa do artigo 103 da Carta Magna, são legitimados:

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I – o Presidente da República;
II – a Mesa do Senado Federal;
III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV – a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V – o Governador do Estado ou do Distrito Federal;
VI – Procurador-Geral da República;
VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.⁶⁰

Ainda, no que tange à legitimidade ativa, a jurisprudência tem separado os legitimados em universais e especiais. Quanto aos primeiros, verifica-se a desnecessidade de demonstração de interesse jurídico especificamente afetado em virtude da omissão, neste rol estão compreendidos: o Presidente da República, as mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos.

Aos legitimados especiais, por sua vez, é exigida a demonstração do vínculo de pertinência temática⁶¹, salienta-se que tal exigência não advém do texto

⁶⁰ Idem.

constitucional, mas da jurisprudência, instituído pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que exige a comprovação da existência de relação entre a omissão inconstitucional que se pretende reconhecer e as atribuições do autor na área de atuação. Dentre os legitimados especiais estão: as confederações sindicais, as entidades de classe de âmbito nacional, as Mesas das Assembléias Legislativas Estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e por Governadores dos Estados e do Distrito Federal.

Tendo em vista que trata-se de imputação de responsabilidade por uma omissão, a legitimidade nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão mostram-se mais relevantes do que na ação de inconstitucionalidade genérica. Assim, o legitimado passivo desta demanda deve ser o ente responsável pela produção do ato exigido pela Constituição e que não foi editado.⁶²

⁶¹ “A jurisprudência do STF erigiu o vínculo de pertinência temática à condição objetiva de requisito, qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam* do Autor, somente naquelas hipóteses de ação direta ajuizada por confederações sindicais, por entidades de classe de âmbito nacional, por Mesas das Assembléias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e, finalmente, por Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal”. Barroso, p. 155. STF, DJU, 22 set. 1995, ADIn 1.096-RS, rel. Min. Celso de Mello.

⁶² Ibidem. BARROSO, p. 254

3.4. OBJETO

No que tange ao objeto da Inconstitucionalidade por Omissão, este depende do sujeito passivo da demanda em tela, pois em se tratando de órgão de quaisquer dos três Poderes figurando como sujeito passivo, a providência postulada pelo autor limitar-se-á a dar ciência ao órgão omissor, para que adote as medidas necessárias. Não obstante o Supremo Tribunal Federal já ter admitido a fixação de prazo, salientou que se tratava de mera indicação e não estabeleceu qualquer consequência para o descumprimento.⁶³

Todavia, se a omissão inconstitucional for imputável a órgão administrativo, a decisão oriunda da tutela jurisdicional terá característica de verdadeira ordem, cabendo ao órgão omissor adotar as medidas necessárias dentro de 30 dias, sob pena de responsabilização, neste caso, o interesse final do autor é sanar a lacuna, promovendo o cumprimento do mandamento constitucional.⁶⁴

É sabido que o tipo de omissão impugnada da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão deve ser de cunho normativo, ou seja, podem ser objeto desta ação: atos normativos primários, atos normativos secundários, tais como, regulamentos ou instruções de competência do Executivo.

Salienta-se que a jurisprudência tem se consolidado no sentido de não admitir a conversão de mandado de injunção em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, alegando a inexistência de fungibilidade entre as ações. Para Barroso, tal posicionamento mostra-se: “excessivamente formalista, em desarmonia com o entendimento dominante na doutrina e até na jurisprudência do próprio Tribunal (...)”

⁶³ Ibidem. BARROSO, p. 256

⁶⁴ Idem.

Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal foi eleito pela Carta Magna como seu guardião, e encontramos-nos sob a égide de um Estado Social, e ainda, com base no princípio da economia processual, o judiciário não pode se apresentar como mais uma barreira ao exercício dos direitos dos indivíduos que já se encontram prejudicados pela omissão.

Neste sentido, é realmente desarrazoado o posicionamento do Supremo Tribunal em opor-se à conversão de mandado de injunção em Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, ainda mais, tendo em vista que este Tribunal tem admitido a cumulação⁶⁵.

⁶⁵ Ibidem. BARROSO, p. 257. STF, DJU, 6 DE Fev. 1998, p.2, ADInMC 1.600, rel. Min. Sidney Sanches.

3.5. EFEITOS DA DECISÃO

No que se refere ao ponto de vista objetivo, de acordo com Barroso, somente haverá modificação no mundo jurídico se e quando o órgão ou Poder omissor editarem o ato normativo faltante.

Com relação ao aspecto subjetivo, como é natural às ações de tutela constitucional, a decisão proferida tem eficácia com relação a todos e efeito vinculante. No entanto, no que tange aos efeitos temporais, não se pode fazer a mesma analogia, pois tendo em vista que trata-se de ausência legislativa, assim, faz-se necessário aguardar um lapso temporal para sua caracterização. No caso de lei que deve ser aprovada anualmente, como a de reajuste salarial dos servidores públicos, a mora se caracteriza pelo decurso do prazo de doze meses sem encaminhamento da proposta do Executivo.⁶⁶

Apesar da Constituição Federal não distinguir os efeitos oriundos da omissão total e da parcial, depreende-se que são casos diversos, portanto, merecem tratamento diferenciado.

Quanto à declaração de inconstitucionalidade por omissão total, para que esta seja ajuizada é necessário o decurso do prazo razoável para a edição da norma exigida constitucionalmente. A decisão oriunda desta medida judicial acarretará, necessariamente, a constituição em mora do órgão omissor, fixando prazo de 30 dias quando se tratar de medida administrativa.

No entanto, como já dito anteriormente, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a hipótese de estabelecer um prazo para a atuação do Congresso Nacional, mas ressaltando que se trata apenas de um parâmetro para a edição da

⁶⁶ Ibidem. BARROSO, p. 269 et. seq.

lei. Mas, salienta-se que tal posicionamento é jurisprudencial, sem precisão normativa neste sentido.

Salutar trazer à lume o posicionamento de Barroso, acerca dos efeitos das decisões oriundas do controle abstrato das omissões inconstitucionais, veja-se:

A literalidade do §2º do art. 103 e a resistência do STF em dar-lhe sentido mais abrangente, sob fundamento de que não pode tornar-se legislador positivo, tornam a ação direta de inconstitucionalidade por omissão um remédio jurídico de baixa eficiência e, conseqüentemente, de uso limitado. A reduzida valia da mera ciência dá ao instituto um efeito essencialmente moral ou político, próprio par quem busca uma declaração de princípios, mas insuficiente para a tutela objetiva do ordenamento constitucional, quando vulnerado na sua supremacia. Por essa razão, autores diversos propõem uma redefinição do alcance do controle abstrato das omissões constitucionais.⁶⁷

Realmente, a mera constituição em mora do órgão omissor, ou mesmo a fixação de prazo para que providências sejam tomadas, sem a imposição de sanção, não se mostra suficiente para tornar a norma constitucional eficaz.

No entanto, como a seguir se verá o Supremo Tribunal tem avançado no que se refere aos efeitos do Mandado de Injunção admitindo um regramento provisório para evitar que a omissão paralise a eficácia das normas, o que poderia, inclusive, estender para o controle abstrato das omissões inconstitucionais, todavia, o STF não evidencia nenhuma possibilidade de alterar seu posicionamento atual.

Concernente a omissão parcial, que ocorre quando o legislador atua de maneira incompleta ou deficiente. O exemplo utilizado por Barroso para ilustrar esta hipótese é da lei de fixação do salário mínimo, pois verificando-se que o valor determinado na lei não atende às finalidades estipuladas na Constituição, a atuação jurisdicional está limitada.⁶⁸

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Ibidem. BARROSO. 266

Primeiramente, se declarada inconstitucional a referida lei, restabeleceria o valor anterior, obviamente menor que o atual. Se o próprio Judiciário fixasse um valor adequado ofenderia o princípio da tripartição de poderes e em termos práticos traria transtornos referentes ao orçamento estatal.

Tendo em vista tal problemática, o posicionamento do Supremo Tribunal é a da declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial, com ciência ao Poder competente, veja-se:

SALÁRIO MÍNIMO – VALOR INSUFICIENTE – SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL

- A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o Legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional, está realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica.

- As situações configuradoras de omissão constitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que se deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, às censuras do Poder Judiciário.

- A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional.⁶⁹

Outra hipótese ocorre quando determinada lei exclui de sua hipótese de incidência determinada categoria, privando-a de um benefício, de forma a violar o princípio da isonomia. Neste caso, verifica-se que o legislador é livre para legislar, no entanto, ao fazê-lo deve nortear-se pelos princípios constitucionais, sob pena de editar uma lei inconstitucional.

Ao se deparar com um caso como o supra citado, como primeira solução tem-se a de declarar inconstitucional a norma que ofendeu a isonomia, não estendendo a

⁶⁹ Idem.

isonomia a todos, mas colocando todos na posição desfavorável. No entanto, de acordo com Barroso a solução mais adequada seria:

Nos casos de patente injustiça, há uma fórmula que se pode alvitrar para legitimar a decisão aditiva, que estende determinado benefício a quem tenha sido indevidamente excluído. Nas hipóteses extremas, o Supremo Tribunal Federal poderia estabelecer um prazo – e.g., início do exercício financeiro seguinte – para que se procedesse à inclusão ou se desse outra solução constitucionalmente legítima. Desse modo, estar-se-ia buscando uma forma de conciliação entre princípios como o da supremacia da Constituição e da isonomia, de um lado, e os princípios orçamentários, da separação de Poderes e da legalidade, de outro.⁷⁰

Neste sentido, a solução indicada pelo autor é a de colocar todos em patamar e igualdade sem que isto implique em melhorar a situação de quem não tem direito, tampouco piorar a situação daqueles que tem direito, tal igualdade surgiria do fato de estabelecer prazo para a edição da norma faltante, de modo que todos ficariam na mesma situação aguardando a edição da norma dentro do prazo razoável.

⁷⁰ Ibidem, BARROSO, p. 269.

3.6. LEI Nº 12.063/09 - ALTERAÇÃO DA LEI 9868/99

Com intuito de tornar o presente estudo o mais atual possível torna-se importante trazer à lume a alteração legislativa trazida pela lei nº 12.063/2009, que inseriu os seguintes artigos na lei nº 9869/99 que trata do procedimento da ações do controle de constitucionalidade. Veja-se:

Da Admissibilidade e do Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Art. 12-A. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Art. 12-B. A petição indicará:

I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, se for o caso, será apresentada em 2 (duas) vias, devendo conter cópias dos documentos necessários para comprovar a alegação de omissão.

Art. 12-C. A petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Art. 12-D. Proposta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se admitirá desistência.

Art. 12-E. Aplicam-se ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, as disposições constantes da Seção I do Capítulo II desta Lei.

§ 1º Os demais titulares referidos no art. 2º desta Lei poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.

§ 2º O relator poderá solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 3º O Procurador-Geral da República, nas ações em que não for autor, terá vista do processo, por 15 (quinze) dias, após o decurso do prazo para informações.

(...)

Seção II

Da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na

suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

§ 2º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias.

§ 3º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

Art.12-G. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União, a parte dispositiva da decisão no prazo de 10 (dez) dias, devendo solicitar as informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão inconstitucional, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I do Capítulo II desta Lei.

(...)

Seção III

Da Decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

§ 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

§ 2º Aplica-se à decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, o disposto no Capítulo IV desta Lei.⁷¹

A referida lei inseriu do artigo 12-A ao 12-H, sendo que, dentre as inovações que trouxe à lei nº9868/99, a mais importante situa-se no fato de prever a possibilidade de medida cautelar no controle de constitucionalidade por omissão.

⁷¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso em 24 de outubro de 2010.

3.7. DECISÃO RECENTE DO STF EM SEDE DE ADIN POR OMISSÃO

Finalizando o tema referente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é de relevante importância trazer à lume inteiro teor da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que funcionou como relator o Ministro Gilmar Mendes, no qual depreende-se que além de reconhecer a mora legislativa, ainda estabeleceu um prazo para que esta fosse suprida. Veja-se:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição.

2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, **não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional.** A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

3. **A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal.**

4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, **em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão.** Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até

que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.⁷²

Esta decisão foi proferida em 06 de setembro de 2007, e constituiu grande avanço no que tange à concretização do direito obstado pela inércia e constitucionalmente previsto, pois determinou prazo razoável para que a mora fosse suprida.

⁷² ADIN 3682, Min. Relator Gilmar Mendes. decisão publicada no d.j. e no d.o.u <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3682&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 24 de outubro de 2010.

4. MANDADO DE INJUNÇÃO

4.1. CONCEITO

De acordo com o disposto no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal: “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”.

Alguns autores trazem possíveis conceituações para o referido instituto, os quais serão citados a seguir, começando pelo conceito de Marcelo Figueiredo: “Mandado de injunção é a ação constitucional posta à disposição de qualquer pessoa física ou jurídica, apta à tutela de direito individual, coletivo ou difuso, toda vez que houver falta de regulamentação de direitos infraconstitucional, que obstaculize a fruição.”⁷³

⁷³ FIGUEIREDO, Marcelo. **Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: RT, 1991, p. 33

4.2. COMPETÊNCIA

De acordo com a definição de Arruda Alvim, competência é “a atribuição a um dado órgão do Poder Judiciário daquilo que lhe é afeto, em decorrência de sua função específica”.⁷⁴

No que tange à fixação de competência, nosso ordenamento jurídico dispõe de três critérios, quais sejam: objetivo, territorial e funcional, sendo que, o primeiro se subdivide em razão da: matéria, das pessoas e do valor da causa, como também se fixou a competência pelo critério funcional e territorial.⁷⁵

De acordo com o ex-Min. Moreira Alves, a fixação de competência para julgar o Mandado de Injunção adotou o critério em razão da pessoa, veja-se:

(...) em razão da condição dos Poderes, órgãos, entidades ou autoridades a que seja imputada a omissão regulamentadora, o que, segunda técnica processual, se dá, quando essas pessoas estão em causa, participando, portanto, da relação jurídica processual, na defesa de interesse jurídico.⁷⁶

Deste modo, a Constituição Federal prevê, em seu artigo 102, I, Alínea “q”, a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar Mandado de Injunção quando a designação para elaboração da norma seja do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das mesas de uma das Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Para o Superior Tribunal de Justiça, a Constituição Federal, sem seu artigo 105, I, Alínea “h”, reservou a competência para julgar e processar originariamente

⁷⁴ Manual de Direito Processual Civil: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.v.1, p.123.

⁷⁵ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição**, e. 2ª, São Paulo: Atlas, 2004, p. 80.

⁷⁶ Idem. p. 81. Apud. Moreira Alves

Mandado de Injunção quando o órgão omissor seja entidade ou autoridade federal da administração pública direta ou indireta, excluídos os casos de competência do Supremo Tribunal Federal, e dos órgãos da Justiça Militar, Eleitoral, do Trabalho e Federal.

São competentes, ainda, os Estados integrantes da Federação, desde que, incluam em suas respectivas constituições estaduais o instituto do Mandado de Injunção, sempre observando os limites constitucionais sobre o assunto, além de pautarem-se pelos princípios da hierarquia e da autoridade.⁷⁷

Deste modo, o Tribunal de Justiça do Estado, tem a competência de processar e julgar Mandado de Injunção quando a elaboração de lei regulamentadora seja atribuída ao Governador do Estado, Secretário de Estado, ou ainda, da Assembléia Legislativa estadual. Ao juiz de direito é atribuída a competência de julgar a injunção, quando o órgão omissor seja o Prefeito, Autoridade Municipal inferior, ou ainda, a Câmara dos Vereadores.

Assim, ao contrário do que ocorre com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, na qual a competência para apreciá-la está concentrada no Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Injunção esta competência é fixada em razão da pessoa, fazendo com que vários órgãos do judiciário tenham competência para julgá-lo.

⁷⁷BARBI. Celso Agrícola. Mandado de Injunção, in: RT 637/11

4.3. LEGITIMAÇÃO

No que tange à legitimidade ativa pra impetração de Mandado de Injunção não há espaço para discussão, pois é cediço o entendimento de que o titular para a propositura da referida medida judicial é o titular do direito da liberdade constitucional ou da prerrogativa inerente à nacionalidade, cidadania ou soberania.

Ademais, de acordo com Barroso, em analogia ao Mandado de Segurança Coletivo, o Mandado de Injunção também pode ser intentado por sindicatos ou órgãos de classe, veja-se:

Também as entidades de classe ou associativas e os sindicatos, substituindo processualmente seus membros ou filiados, a exemplo do que ocorre no mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX), poderão ajuizar a ação de mandado de injunção. Tratar-se-á, no caso, de verdadeiro 'mandado de injunção coletivo'.⁷⁸

Quando a discussão envolver direitos difusos ou coletivos a serem protegidos, a medida judicial pode ser proposta pelo Ministério Público, com respaldo na Lei Complementar nº 75/93, Artigo 6º, VIII, sendo que, tal dispositivo faz menção especificamente ao Ministério Público da União, mas, por força do disposto no artigo 80 da Lei nº 8625/93, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União, aplicam-se subsidiariamente aos Ministérios Públicos dos Estado. Saliencia-se que esta legitimidade prevista para o Ministério Público não impede a legitimidade de terceiros nas mesmas hipóteses, tais como as já referidas entidades ou associações de classe.⁷⁹

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Ibidem. p. 251

Já no se refere à legitimidade passiva, à luz dos ensinamentos do Professor Barroso, tal aspecto exige análise mais apurada, pois, segundo ele a constituinte “instituiu o remédio, mas não detalhou sua aplicação”,⁸⁰ prosseguindo o autor sugere dois tratamentos para solucionar a questão da legitimidade passiva, veja-se:

A primeira é de que recairia sobre a autoridade ou órgão público a que se imputa a omissão, bem como, em litisconsórcio necessário, sobre a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da ordem de injunção. Se, por exemplo, o Congresso se omitir em regulamentar um benefício constitucional outorgado aos segurados da Previdência Social, partes passivamente legitimadas seriam o Congresso Nacional e o INSS, a quem caberia, em última análise, suportar as conseqüências de eventual desfecho desfavorável ao impetrante. A segunda posição em relação a este tema é no sentido de que a legitimação passiva deve recair, *tout court*, sobre a parte à qual cabe prestar a obrigação decorrente da norma a integrar, ficando de fora o órgão que haja quedado inerte. Todavia, mesmo que não figure como parte, parece de todo conveniente que se dê ciência ao responsável pela omissão, que poderá, inclusive, trazer elementos e informações relevantes para a decisão.⁸¹

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em total contrariedade com o posicionamento acima esposado, afirma que a legitimidade passiva recai somente sobre a autoridade ou órgão omissor, sem incluir a parte privada ou pública devedora da prestação. Veja-se o posicionamento de Moreira Alves, no julgamento do MI nº 323-8-DF:

Em face da natureza mandamental de injunção (...) ele se dirige às autoridades ou órgãos públicos que se pretendem omissos quanto à regulamentação que viabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais (...), não se configurando, assim, hipótese de cabimento de litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos públicos que deverão, se for o caso, elaborar regulamentação necessária, e particulares, que em favor do impetrante do mandado de injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora quando vier esta, em decorrência de sua elaboração, a entrar em vigor.⁸²

⁸⁰ Ibidem, BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 250 et seq.

⁸¹ Idem.

⁸² DJU- 14.2.92, p. 1.164, MI 323-8-DF, Rel. Min. Moreira Alves

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal fixou o posicionamento de que somente figurará no pólo passivo da injunção o órgão omissor, tendo em vista a natureza mandamental da referida medida.

4.4. HIPÓTESES DE CABIMENTO

4.4.1. Direitos Protegidos

De acordo com o texto constitucional é cabível Mandado de Injunção quando houver falta de norma regulamentadora que inviabilize o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania. Tal dispositivo não delimitou precisamente a quais direitos ou liberdades se referia.

Assim, apesar de haver discussão acalorada na doutrina a respeito da abrangência do instituto, tendo em vista que as garantias constitucionais devem ser interpretadas de maneira ampliativa, e nunca restritiva, e apesar do texto fazer menção expressa ao direito de nacionalidade, soberania e cidadania, tal destaque não autoriza a buscar uma interpretação restritiva e limitadora de seu campo de incidência.⁸³ Veja-se Celso Agrícola Barbi a respeito:

“Deve-se entender que a menção à nacionalidade, cidadania e soberania é apenas exemplificativa, não devendo considerar excluído do campo de proteção do mandado de injunção nenhum direito constitucionalmente garantido e que dependa de norma regulamentadora para sua efetivação”⁸⁴

Logo, verifica-se que a intenção do constituinte foi assegurar o exercício de qualquer direito ou liberdade constitucional, não havendo possibilidade de aplicação de interpretação restritiva neste aspecto.

⁸³ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Op. Cit. p. 75

⁸⁴ Idem.

4.4.2. Norma Regulamentadora Faltante

Para ser possível a impetração de Mandado de Injunção faz-se necessário o cumprimento de dois requisitos quais sejam: a inviabilização do direito constitucional assegurado, já debatido no tópico anterior, o qual concluiu que todos os direitos e prerrogativas constitucionais são abrangidos pela proteção do instituto; e a inexistência de norma regulamentadora.

Primeiramente urge delimitar o que o constituinte quis dizer com a expressão “norma regulamentadora”, é necessário delimitar a abrangência de tal expressão, para definir a aplicabilidade do instituto. Veja-se o entendimento de Wander Paulo Marotta Moreira a respeito:

A expressão constitucional tem, entretanto, alcance maior. Não quis o constituinte referir-se apenas a esses atos administrativos (refere-se ao regulamento). A abrangência do conceito engloba qualquer ato normativo expedido para a regulamentação de serviço; alcança qualquer regra, escrita ou não, que inviabilize o exercício de direito constitucionalmente consagrado, ou que o dificulte ou retarde.

(...)

A omissão pode ser de lei, decreto, regulamento, portaria ou qualquer outro ato que se faça necessário para a execução da regra que institua ou garanta o direito postergado.⁸⁵

Após definido o instituto da norma, mister delimitar a partir de que momento a omissão Estatal é considerada relevante e autoriza a impetração do mandado de injunção. Desta feita, nos casos em que a Constituição prevê um prazo para a elaboração da norma, antes de decorrido este, não cabe a impetração. Nos demais casos, vê a necessidade de um juízo sobre um prazo razoável para a elaboração da norma, cujo decurso do prazo seria indispensável ao cabimento da injunção.⁸⁶

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ MOESSA, Luciane. Op. Cit. p. 79

Há autores partidários da tese de que não é necessária a caracterização da omissão administrativa ou legislativa, pois o direito constitucional garantido é exigível desde logo, deste modo, estaria autorizada a impetração da injunção imediatamente após a edição da norma constitucional.⁸⁷

⁸⁷ São partidários desta tese: Carlos Ari Sundfeld, Clèmerson Merlin Clève e Paulo Eduardo Modesto.

4.4.3. Inviabilidade do exercício de Direito

Em consonância com o entendimento de Roque Carazza, e com base nos ensinamentos de José Afonso da Silva, não é passível de injunção diante de normas constitucionais de eficácia plena, tampouco das normas de eficácia contida. No que tange às primeiras, verifica-se que estas são dotadas de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata, ou seja, são auto-aplicáveis e não dependem de regulamentação infraconstitucional.

No que tange às normas de eficácia contida, estas têm eficácia direta e imediata, porém não integral, mas que, da mesma forma que as normas de eficácia plena, não dependem de legislação para serem aplicadas.

Deste modo, somente as normas de eficácia limitada são passíveis de injunção, pois para que o cidadão tenha assegurado o exercício do direito constitucionalmente previsto, é necessária a regulamentação, haja vista que tais normas não tem aplicabilidade imediata. Logo, é necessário que seja configurada a inviabilidade do exercício do direito previsto na Carta Magna para que seja possível a impetração do mandado de injunção.

Assim, pode-se concluir que são estes os requisitos para a impetração do mandado de injunção, quais sejam: ausência de norma regulamentadora infraconstitucional; esta norma deve ter por objeto um direito, liberdade ou prerrogativa, previstos na Constituição Federal; esta ausência deve resultar na inviabilidade do exercício do direito.

4.5. O MANDADO DE INJUNÇÃO E A AÇÃO

Após trazer à lume os pontos genéricos a respeito da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, e do Mandado de Injunção, chega-se ao momento de diferenciá-los. Neste aspecto, em linguagem precisa, o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, em artigo doutrinário, estremeou os dois institutos:

A diferença entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso judicial abstrato, de competência exclusiva do STF, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de 30 dias (CF, art. §2º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável.⁸⁸

No mesmo sentido, salutar trazer à lume os ensinamentos de José Afonso da Silva a respeito:

O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente, em favor do impetrante, o direito, a liberdade ou a prerrogativa, sempre que a falta da norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição de norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da Ação de Inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).⁸⁹

Assim, depreende-se dos texto supra que a primeira das diferenças havidas entre os dois institutos está no objetivo, porquanto, a ação de inconstitucionalidade

⁸⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **As novas garantias constitucionais**, in Revista dos Tribunais, nº 644, São Paulo, 1989. p.14

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Mandado de Injunção e “habeas data”** São Paulo: RT, 1989 P. 397

por omissão visa apenas a ciência ao órgão omissor, a injunção visa algo mais, pois seu objetivo é viabilizar o exercício do direito obstaculizado pela omissão estatal.

Em segundo lugar, verifica-se que a competência para julgamento da ação de inconstitucionalidade por omissão é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, enquanto, o mandado de injunção, em decorrência do critério de fixação de competência em razão da pessoa, pode ser apreciado por diversos órgãos do poder judiciário, dependendo do ente omissor em legislar.

Em terceiro lugar, verifica-se que a ação de inconstitucionalidade por omissão tem um rol taxativo de legitimados delimitado pela Constituição Federal, por outro lado, o mandado de injunção pode ser proposto, além do Ministério Público e entidades de classe e sindicatos, por qualquer indivíduo que encontra-se obstado de exercer seu direito constitucionalmente previsto em razão de omissão estatal.

Desta feita, após a exemplificação de algumas distinções entre os dois institutos estudados, verifica-se que cada um tem um objeto distinto do outro, legitimados distintos e órgãos julgadores distintos. Pode-se concluir, também, que o Mandado de Injunção, por ter um leque de legitimados mais amplo e flexível, é um instrumento mais acessível ao cidadão, o que faz com que seja o instrumento mais adequado para sanar as omissões legislativas e coibir o descrédito a que está fadada a Constituição Federal.

E é justamente esta a razão pela qual, no próximo capítulo o Mandado de Injunção será tratado de maneira mais aprofundada, fazendo um apanhado geral, desde seu advento, passando pela fase de descrédito, e por fim, seu auge com a sua aplicabilidade efetiva.

4.6. O MANDADO DE INJUNÇÃO E A VIRADA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Assunto especial referente ao tema de omissão legislativa é a questão do direito de greve do servidor público. No ano de 2006, no mandado de injunção nº 20, que teve como Relator o Ministro Celso de Mello, firmou-se entendimento que o direito de greve dos servidores públicos constituía norma de eficácia limitada, portanto, desprovida de auto-aplicabilidade.

Deste modo, sempre que o STF era chamado a se manifestar a este respeito, decidia-se unicamente pela necessidade da edição da norma reclamada, sem admitir a concretização direta da norma prevista constitucionalmente.

No entanto, em sessão de 7 de junho de 2002, foi proposta revisão parcial do entendimento adotado até o momento pelo STF. Nesta ocasião, o Ministro Eros Grau recomendou a adoção de uma “solução normativa e concretizadora” para a omissão em tela. Veja-se, trecho do voto do Ministro Eros Grau:

Neste contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve dos servidores públicos civis deva ficar a bel-prazer do juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 17 anos), remanesce sem qualquer alteração. Isto é, mesmo com as modificações implementadas pela Emenda nº 19/98 quanto à exigência de lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu o tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com os imperativos constitucionais.

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.⁹⁰

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 1266-1267, apud.Eros Grau

Com a alteração sugerida pelo Ministro Eros Grau, verifica-se que este posicionamento demonstra-se como efetiva garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado Democrático de Direito.

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal abandonou a orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição da norma reguladora específica, passou, sem assumir compromisso como o exercício de uma típica atividade, a aceitar a possibilidade de uma regulamentação provisória pelo judiciário.

Assim, esta decisão tornou-se um importante precedente para a alteração no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, bem como, para o surgimento de outras correntes doutrinária, as quais serão estudadas a seguir, e também contribuiu para a concessão de maior eficácia ao instrumento do mandado de injunção.

5. O RENASCIMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

5.1. NOÇÃO INTRODUTÓRIA.

Até o presente momento este estudo se empenhou em trazer os principais traços da ação de inconstitucionalidade por omissão, e do mandado de injunção a fim de poder esclarecer qualquer dúvida a respeito e evitar que tais institutos sejam confundidos.

Pode soar desarrazoado ou, até mesmo, fora de propósito trazer em capítulo posterior à explicação inicial sobre o instituto, tópico referente à trajetória do mandado de injunção, mas o motivo para tanto é simples, explica-se: o mandado de injunção foi desenvolvido com muita boa vontade por parte do constituinte originário, no entanto, desde seu advento sugeriram inúmeras discussões e dúvidas a respeito deste instituto.

No capítulo anterior foram esclarecidos alguns pontos que já se encontram pacificados na doutrina e na jurisprudência, e o leitor poderia incorrer no erro de pensar que este maravilhoso instrumento não tenha enfrentado críticas e tenha sido de pronto utilizado pelos aplicadores do direito nacional.

Tal afirmação é falsa, pois logo após a promulgação da Carta Magna de 1988, questionou-se a respeito de sua auto-aplicabilidade, e inúmeros questionamentos posteriores, ou seja, questões correlatas a um novo instituto. Num momento seguinte, chegou-se a afirmar deste “O que foi sem nunca ter sido”, tamanho o seu descrédito.

Desta forma, o presente capítulo se presta a trazer à lume a trajetória do mandado de injunção passando pelo advento da Constituição Federal de 1988, à fase de descrédito do instituto, e por fim sua renovação. Posteriormente, nos tópicos seguintes, serão abordadas as teorias a respeito da postura das decisões oriundas da injunção.

5.2. TRAJETÓRIA: DA DESCRENÇA À EFICÁCIA

No que tange à origem do Mandado de Injunção, parcela expressiva da doutrina pátria entende se sua origem foi influenciada pelo modelo norte-americano, denominado *writ of injunctio*.⁹¹ De outro lado, há quem defenda a idéia de que o instituto teve origem com respaldo na ação constitucional alemã (*Verfassungsbeschwerde*) oriunda do direito alemão.⁹²

Alguns doutrinadores defendem a tese de que o Mandado de Injunção nacional é um instituto sem precedentes, não tendo sofrido qualquer influência oriunda do direito alienígena.⁹³

O Mandado de Injunção é um instituto que foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição Federal de 1988, sendo que, antes mesmo da instalação da Assembléia Constituinte, já havia clamores da sociedade jurídica pela criação de instrumentos de garantia da efetividade das normas constitucionais.⁹⁴ Veja-se Rui Bacellar a respeito:

(...) não basta a mera enunciação de direitos na Carta Constitucional. De que, na realidade, adianta ao cidadão que a Lei suprema do país declare, expressamente, o direito, por exemplo, à educação ou à saúde, se o Estado não é compelido a pôr em prática o mandamento constitucional? (...) nos últimos anos, diversos assuntos que poderiam ser objeto de legislação ordinária foram inseridos nas Constituições pela grande importância que a sociedade lhes dedica. Isto possibilitou maior estabilidade para estes preceitos. Mas, como se sabe e como já dissemos, a Constituição deve ser sintética. Em consequência, muitos desses novos preceitos foram, apenas, enumerados, e diversos deles como princípios programáticos a nortearem a ação do Estado. Na prática, porém, a maioria não saiu do papel da impossibilidade de ser o Estado compelido a qualquer ação. Essa omissão do Estado, frente ao texto da Lei Maior, tem sido denominado por alguns autores de omissão inconstitucional. Mas, não há, no direito brasileiro, um

⁹¹ Clèmerson Clève, Diomar Ackel Filho, Hélio Tornaghi, José Afonso da Silva e Moacyr Amaral Santos.

⁹² José Rubens Costa.

⁹³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Celso Ribeiro Bastos

⁹⁴ MOESSA, Luciane. Op. Cit. p.77

instituto capaz de garantir o direito do indivíduo contra a omissão do Estado”⁹⁵

Assim, em atendimento aos clamores da sociedade jurídica, após longas discussões a respeito da redação adequada ao tema a ser inserto na Carta Constitucional, o Mandado Injunção foi inserido no art. 5º, inc. LXXI: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a ausência e norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.⁹⁶

Como se depreende da leitura do referido dispositivo, a Constituição apenas previu o instituto, mas não estabeleceu o procedimento aplicável, fato que ensejou enorme discussão a respeito da aplicabilidade do instituto, houve quem sustentasse a não aplicabilidade imediata do instituto.

Todavia, a discussão deu-se por encerrada após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal pela auto-aplicabilidade do instituto⁹⁷, e da precisão do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que determinou que, até a superveniência de regulamentação a respeito do procedimento, ao Mandado de Injunção, deveriam ser aplicadas as disposições do Código de Processo Civil e do Mandado de Segurança.⁹⁸

A comunidade jurídica depositou suas esperanças de efetividade da Constituição neste novo instituto, veja-se, trecho do texto de Canotilho a respeito:

Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vasar em moldes normativos regras actuais de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância constitucional, se conseguir chegar a

⁹⁵ Diário da Assembléia Nacional Constituinte, de 30.04.1987, p. 15, 2ª e 3ª col., Suplemento, p. 15. Apud Pfeiffer, Roberto, Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Atlas, 1999. p.25

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Mi 107-3-df,j.23.11.1989, rel. Min. Moreira Alves, DJU28.11.1989 e DJU21.099.1990.

⁹⁸ Idem. Pfeiffer, Roberto, Augusto Castellanos. p. 30

uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o 'rochedo de bronze' da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará seus objetivos.⁹⁹

No entanto, até idos de 2000, a visão do referido instituto não era das melhores, para Barroso, era inegável que o referido instituto não tinha logrado êxito em atingir às expectativas sobre ele lançadas, veja-se:

Decorridos mais de doze anos de vigência da Constituição, é inegável que o mandado de injunção não atendeu, de modo significativo, às expectativas criadas com sua introdução. A principal causa de tal frustração de propósitos tem sido identificada na posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, na linha do precedentes assentado no julgamento de MI nº 107-3-DF.¹⁰⁰

O precedente supra citado externa o entendimento do Supremo Tribunal Federal que espousa o posicionamento de que o mandado de injunção teria natureza mandamental. No entanto, o que fez com que o instituto fosse levado ao descrédito, seria o fato de que sua finalidade seria de meramente declarar a omissão, com a simples ciência do órgão omissor para que adote as providências necessárias.

Este posicionamento fez com que Barroso denominasse o instituto de "*Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido*"¹⁰¹. Ora, se esta fosse, realmente, a finalidade prevista para o instituto pelo constituinte originário, sequer o teria criado, pois é esta a finalidade da ação de inconstitucionalidade por omissão.

Após receber severas críticas da doutrina em razão de seu posicionamento acima citado, o Supremo Tribunal, paulatinamente amenizou a rigidez de seu posicionamento, que se consolidou com a decisão proferida no MI nº 284-3,

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ Ainda, de acordo como entendimento de Barroso em 2006: "No contexto atual do constitucionalismo brasileiro, o mandado de injunção tornou-se uma desnecessidade, havendo alternativa teórica e prática de muito maior eficiência". BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro**, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p.112. Note-se que este posicionamento foi perfilado pelo autor na 2ª edição de seu livro cujo título é O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Mas, que, no entanto, em sua última edição como se verá a seguir, o autor altera radicalmente seu posicionamento.

posicionando-se da seguinte forma: i) admitiu converter uma norma constitucional de eficácia limitada em norma de eficácia plena; ii) considerou o mandado de injunção para obter regulamentação de qualquer direito previsto na Constituição.

No entanto, apesar de haver progredido em seu posicionamento, não autorizava que o tribunal suprisse qualquer lacuna, apenas autorizava a auto-aplicabilidade da norma de eficácia limitada, nos termos de regulamentação posterior. Deste modo, não se exigia do judiciário uma atuação no sentido de integrar a ordem jurídica, ou inovar no direito positivo.

Ainda, de acordo com o pensamento de Barroso acerca do Mandado de Injunção, na década passada, veja-se:

O mandado de injunção, na atual quadra, tornou-se uma complexidade desnecessária. Mais simples, célere e prática se afigura a atribuição, ao juiz natural do caso, da competência para a integração da ordem jurídica, quando necessária para a efetivação de um direito subjetivo constitucional submetido à sua apreciação.¹⁰²

Referido autor chegou a formular uma proposta¹⁰³ de Emenda à Constituição, com o intuito de dar mais efetividade ao referido instituto, veja-se o teor da referida proposta:

§1º. As normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais têm aplicabilidade direta e imediata. Na falta de norma regulamentadora necessária ao seu pleno exercício, formulará o juiz competente a regra que regerá o caso concreto submetido à sua apreciação, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito.

Esta é apenas um dos posicionamentos a respeito do Mandado de Injunção, atualmente existem três teorias a respeito da finalidade e da postura da decisão oriunda da injunção. O tópico a seguir tratará minuciosamente de cada uma delas.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ Idem.

Atualmente, tendo em vista os diversos posicionamentos que visam conceder ao referido instituto maior efetividade, este partiu do total descrédito aos elogios por parte da doutrina. Inclusive o ilustre doutrinador Luis Roberto Barroso que outrora o criticou severamente, em 2009 se retratou, veja-se:

Em edições anteriores, defendi a desnecessidade do mandado de injunção, uma vez que a decisão produzida limitava-se à notificação do Poder omissor. Entendia também que os juízes, ao identificarem uma lacuna normativa capaz de impedir o exercício de um direito, deveriam, como regra, integrar a ordem jurídica, tal como determina o art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Embora essa possibilidade subsista, **é possível cogitar de uma utilidade prática na preservação do mandado de injunção, diante de sua reabilitação pela nova linha jurisprudencial firmada pelo STF.** É que a concentração da competência para apreciá-lo nos tribunais, sobretudo no STF, propicia a possibilidade de decisões de caráter geral, em benefício da isonomia.¹⁰⁴ Grifo nosso

Desde modo, com fulcro no entendimento do ilustre doutrinador, depreende-se que o Mandado de Injunção, apesar de uma trajetória um pouco conturbada, passou do descrédito à total aplicabilidade graças ao avanço do entendimento jurisprudencial e doutrinário a ele dado.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 274

5.3. CORRENTES ACERCA DA FINALIDADE E OBJETO

Referente ao tema há três correntes, sendo que, a primeira conclui que o provimento jurisdicional do mandado de injunção deve ser o mesmo obtido na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou seja, a mera ciência ao órgão omissor, tese defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho.¹⁰⁵

A segunda corrente doutrinária entende que a finalidade do mandado de injunção é viabilizar o direito no caso concreto, são partidários deste entendimento Celso Agrícola Barbi, Celso Bastos, Clèmerson Clève, Hélio Tornaghi, José Afonso da Silva, José Carlos Cal Garcia, Luiz Roberto Barroso, Michel Temer, Paulo Napoleão da Silva, Sérgio Bermudes.

Com entendimento totalmente oposto à primeira corrente, a terceira corrente defende o posicionamento de que ao judiciário cabe, em sede de mandado de injunção, atuar como verdadeiro legislador positivo a fim de suprir a lacuna legislativa em questão, de maneira que a omissão legislativa seja suprima com eficácia “*erga omnes*”.

Nos próximos tópicos cada corrente será abordada em suas minúcias, bem como seus argumentos e possíveis críticas que podem ser tecidas em face de cada uma delas.

¹⁰⁵ LUCIANE MOESSA, Op. Cit. p. 102

5.3.1. Declaração da omissão e ciência ao órgão omissor

Este primeiro posicionamento também é conhecido como teoria não concretista, e de acordo com o entendimento de Manoel Gonçalves Filho, que defende a tese de que o papel do mandado de injunção restringe a declarar a omissão e dar ciência ao órgão omissor, o autor fundamenta seu posicionamento no fato de que “não se pode dar ao mandado de injunção um alcance que não tem a inconstitucionalidade por omissão. Esta, que é reservada a autoridades e a entes de alta representatividade, que apenas corre perante o mais alto Tribunal do país”.

Em face deste posicionamento foram elaboradas duas críticas, quais sejam: primeiramente o fato de que não é razoável comparar o mandado de injunção com ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois são ações distintas e com finalidades distintas, pois não haveria motivo para o constituinte desenvolver duas ações para atingir a mesma finalidade. Segundo Flávia Piovesan, “faltaria qualquer razoabilidade ao constituinte se criasse dois institutos com idêntico objeto ou, em outras palavras, duas ações distintas cuja prestação jurisdicional fosse a mesma”.¹⁰⁶

A segunda crítica se situa no fato de que ao afirmar que a finalidade do mandado de injunção é meramente declarar a omissão faz que este instituto seja fadado à inefetividade. De acordo com estudo realizado por Roberto Pfeiffer mediante pesquisa em mandado de injunção que obedeceram a esta regra, verificou-se que existe total ausência de efetividade das decisões do Supremo Tribunal Federal nestes casos.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ MI 219-3. In: REALE JR., Miguel. *Casos de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 1992.p. 69-73

A finalidade do processo é ter um provimento jurisdicional útil ao jurisdicionado, no entanto, em se adotando a presente teoria verifica-se que o conteúdo jurisdicional torna-se totalmente inócuo e totalmente inútil ao jurisdicionado.

Salutar citar o posicionamento de Barbosa Moreira a respeito:

(...) nos podemos guiar, creio eu, por uma idéia fundamental, que á a de maneira que alcance maior carga possível de efetividade. Creio até que essa é a noção que devemos ter sempre em vista na aplicação de qualquer norma jurídica. As normas jurídicas são editadas para se tornarem efetivas na sua função de reger a vida social. Mas é uma necessidade que se torna de um instituto de base constitucional. Corremos sempre o perigo de que a Constituição se mantenha em plano um tanto estratosférico, se me permitem essa imagem. (...)

E, com isso, corremos o risco de que a Constituição se transforme em uma simples declaração de princípios sem atuação direta sobre a vida da sociedade. Creio que essa tendência precisa ser revertida.¹⁰⁸

Desde modo, pode-se concluir que esta não é a teoria mais adequada a dar maior efetividade ao instrumento do mandado de injunção, pois reconhece a este a mera declaração de omissão que se mostra totalmente inócua aos objetivos intentados pelo jurisdicionado.

¹⁰⁸ Idem.

5.3.2. Viabilização do direito com efeitos *inter partes*

Esta corrente doutrinária entende que, sendo o mandado de injunção instrumento dirigido contra a omissão legislativa que impede o exercício dos direitos constitucionalmente assegurados, ao juiz competiria proferir decisão que contivesse regra concreta destinada a possibilitar o exercício do direito subjetivo em questão. Esta corrente também é conhecida como teoria concretista mitigada.

Quanto ao posicionamento desta corrente, salutar os ensinamentos de Barbosa Moreira, veja-se:

Merece preferência, destarte, outra possível construção; aquela segundo a qual, diante da lacuna, cabe ao órgão judicial formular a regra faltante e aplicá-la com alcance duplamente limitado: do ponto de vista subjetivo, porque os destinatários serão apenas as partes do processo; e do ponto de vista temporal, porque a disciplina assim fixada só prevalecerá enquanto o órgão competente não edite, passará a reger de maneira uniforme todas as situações enquadráveis em seu âmbito de incidência, inclusive as que porventura hajam sido objeto de regulamentação judicial (a título provisório) mediante mandado de injunção.¹⁰⁹

Apesar de ser considerada uma teoria ponderada, a doutrina nacional tem tecido algumas críticas em face desta corrente, quais sejam: primeiramente, questiona-se a ofensa à isonomia em face de decisões discrepantes proferidas em sede de mandado de injunção; e, posteriormente, a incompatibilidade do julgamento de inúmeras lides envolvendo direitos constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

¹⁰⁹ MI 06/90, rel. Des. Barbosa Moreira, IV Grupo de Câmaras Cíveis. j.06.02.1991. Apud MOESSA Luciane. p. 111

5.3.3. Viabilização do direito com efeitos *erga omnes*.

Por fim, a terceira corrente, que defende a tese de que a finalidade do mandado de injunção é concretizar o direito não somente entre as partes envolvidas na lide, mas com efeitos *erga omnes*. Esta corrente também é chamada de concretista geral.

Veja-se o posicionamento de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

(...) muito embora se mostre sedutora a idéia de que a regra complementar da lacuna é editada pelo juiz somente para o caso concreto (...), não parece crível, nem adequado e muito menos conveniente que o órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro passe a se dedicar ao julgamento de lides concretas, inclusive procedendo a sua instrução, colhendo depoimentos, mandando realizar perícias etc. Por tais razões, bem como pelo princípio da máxima efetividade, segundo o qual a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, e que traz como corolário esta outra proposição: 'no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais'.¹¹⁰

Assim como as demais correntes, em face da terceira corrente também foram dirigidas críticas, porém, a mais importante tem o fundamento de que a aplicação desta teoria implicaria numa violação ao princípio da separação dos poderes, pois a elaboração de normas gerais é função típica do Poder Legislativo, não do Poder Judiciário. No entanto, para Roberto Pfeiffer esta crítica não é fundada, veja-se:

Não há qualquer possibilidade do Poder Judiciário sobrepor-se aos demais poderes: bastará ao órgão incumbido da atribuição de regulamentar o direito que embasou a impetração do mandado de injunção cumprir seu dever, que se operará de imediato a substituição da regulamentação provisória realizada pelo Poder Judiciário pela regulamentação definitiva levada a cabo pelo ente originariamente competente para tanto.¹¹¹

¹¹⁰ A natureza do Mandado de Injunção. Revista de Processo nº56, p. 88.

¹¹¹ PFEIFFER, Roberto. OP.Cit. p. 109.

Apesar de totalmente arrazoadada a afirmação do autor, o Supremo Tribunal Federal tem adotado a segunda corrente ao julgar os mandados de injunção.

5.4. DECISÃO RECENTE DO STF EM SEDE DE MANDADO DE INJUNÇÃO

De acordo com a análise da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o último julgamento de mandado de injunção foi publicado em 08 de maio de 2009.

O referido mandado de segurança foi impetrado em face do Presidente da República objetivando o reconhecimento do direito da impetrante à aposentadoria especial prevista no §4º do art. 40 da Constituição Federal, para o fim de que fosse formulada supletivamente a regulamentação faltante e definir a norma adequada à regulação do seu direito, tornando viável o seu exercício. Veja-se a ementa do mandado de injunção 788:

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 termos. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente), em representação do Tribunal no exterior, e a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 15.04.2009.¹¹²

Veja-se trecho do voto do Relator:

Ora, diante deste quadro – a refletir a nova e mais arejada postura desta egrégia Corte - acredito que o caso em exame não exige maiores digressões. Até porque os documentos que acompanham a inicial (fls. 23/26) comprovam o tempo de serviço mencionado pela autora. Ou seja: 11.425 (onze mil, quatrocentos e vinte e cinco) dias até 30.11.2007. A

¹¹² [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(MI\\$.SCLA. E 788.NUME.\) OU \(MI.ACMS. ADJ2 788.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MI$.SCLA. E 788.NUME.) OU (MI.ACMS. ADJ2 788.ACMS.)&base=baseAcordaos) Acesso em 04 de novembro

ocorrência das demais condições, necessárias ao deferimento da almejada aposentadoria especial, é de ser aferida no bojo do respectivo processo administrativo e na forma da Lei nº 8.213/91.

Para este fim é que julgo parcialmente procedente o pedido, removendo, em consequência, o obstáculo consistente na inexistência de lei complementar disciplinadora dos casos arrolados nos três incisos do §4º do art. 40 da Carta Magna.¹¹³

Deste modo, depreende-se que, conforme já dito anteriormente, mediante a análise do julgamento do mandado de injunção 788, ocorrido em 2009, consolidou-se a adoção da teoria concretista mitigada, pois concedeu à impetrante o exercício dos direitos constitucionalmente previstos, independentemente de legislação infraconstitucional.

¹¹³ [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(MI\\$.SCLA. E 788.NUME.\) OU \(MI.ACMS. ADJ2 788.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MI$.SCLA. E 788.NUME.) OU (MI.ACMS. ADJ2 788.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em 04 de novembro

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante a verificação da evolução do pensamento político depreende-se que o Estado evoluiu de um “não fazer” sob a égide do liberalismo, para o patamar de garantidor sob a égide de um Estado Democrático de Direito, o qual exige a atividade legislativa para determinados direitos constitucionalmente previstos.

Deste modo, não se pode admitir que os destinatários da norma sejam privados do exercício de direitos constitucionalmente previstos, em razão da mora em legislar dos órgãos a quem a Constituição Federal determinou tal competência.

Exatamente para coibir as omissões inconstitucionais que o constituinte de 1988 previu dois instrumentos distintos, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, cujas diferenças foram oportunamente abordadas.

No entanto, verificou-se que durante longo período o mandado de injunção foi tido como instrumento inútil ou, quando muito, como instrumento que dependia de legislação infraconstitucional para ser aplicado.

É justamente este o ponto central do presente estudo, que verificou que apesar de ser alvo de críticas e desconfiança logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o mandado de injunção logrou êxito em sua aplicabilidade com o advento das teorias concretistas.

O objetivo do presente estudo não é indicar qual das teorias concretistas é a mais adequada para atingir a finalidade do mandado de injunção, mas apesar salientar que, independentemente de se adotar a teoria concretista geral ou a mitigada, o simples fato haver uma evolução e o abandono da teoria não concretista

fez com que o mandado de injunção tenha a devida atenção no Poder Judiciário pátrio.

“Mas, o grande problema do Direito Constitucional de nossa época está, ao nosso ver, em como juridicizar o Estado Social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas e institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos a fim de fazê-los efetivos.

Por esse aspecto muito avançou o Estado Social da Carta de 1988, com o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão. O Estado social brasileiro é, portanto, de terceira geração, em face desses aperfeiçoamentos temos: um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante”¹¹⁴

Deste modo, com respaldo em Paulo Bonavides, pode-se concluir que, o fato de o mandado de injunção ter verdadeiramente renascido com a adoção da teoria concretista é de fundamental importância para a garantia do indivíduo frente a omissão legislativa.

¹¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. e. 17ª. São Paulo: Malheiros 2005. p.373

REFERÊNCIAS

- BARBI, Celso Agrícola. **Mandado de Injunção**, in: RT 637/11
- BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**, e. 2ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar. 2002.
- BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional, Fundamentos Teóricos**. Vol I, São Paulo: Manole. 2005
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros. 2005
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009
- PFEIFFER, Roberto. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Atlas, 1999
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: RT. 2001
- FIGUEIREDO, Marcelo. **Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: RT, 1991
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo:LTR, 2009
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição**, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004
- Manual de Direito Processual Civil: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.v.1
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009
- MOESSA, Luciane. **Normas Constitucionais Não Regulamentadas**. Curitiba: RT, 2004
- PAULO Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 2ª ed. São Paulo: Método. 2009
- PUCCINELLI, Andre Júnior. **A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007
- SILVA, José Afonso da. **Mandado de Injunção e “habeas data”** São Paulo: RT, 1989
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **As novas garantias constitucionais**, in Revista dos Tribunais, nº 644, São Paulo, 1989