

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ -
ESMEC
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO
GUILHERME BESERRA MOREIRA**

**O MANDADO DE INJUNÇÃO E A EVOLUÇÃO DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**FORTALEZA
2013**

GUILHERME BESERRA MOREIRA

**O MANDADO DE INJUNÇÃO E A EVOLUÇÃO DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Público, sob a orientação do Professor Daniel Gomes de Miranda

**FORTALEZA
2013**

A Deus,
por ter me dado tudo que alguém precisa
para vencer.

Aos meus pais,
que me deram todo apoio nos meus
estudos.

A minha esposa e ao meu filho,
que são minhas maiores motivações.

A minha irmã, pelo companheirismo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por mais um desafio superado e por toda ajuda em todos os momentos da minha vida.

À minha esposa, meu filho, meus pais e minha irmã, pelo apoio incondicional em todos os desafios.

Ao Secretário da Saúde do Estado do Ceará, Dr. Raimundo José Arruda Bastos, por mais uma oportunidade de aperfeiçoamento profissional.

Aos servidores e demais profissionais da ESMEC pelo auxílio em diversos momentos.

Aos professores da ESMEC, em especial a professora Ana Iório.

Ao professor Daniel Miranda pela orientação do presente trabalho e inspiração como profissional e excelente pessoa.

RESUMO

A importância da pesquisa sobre o tema “O Mandado de Injunção e a Evolução da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” está em esclarecer os pontos relevantes sobre essa garantia constitucional e a evolução da mesma na interpretação do Supremo Tribunal Federal. O que se pretende com este trabalho, em sentido amplo, é demonstrar que há a possibilidade de haver uma decisão mais efetiva no mandado de injunção, de modo a garantir ao impetrante os direitos, liberdades e prerrogativas da forma disposta no artigo 5º, LXXI da Constituição Federal de 1988, sem que isso se configure em invasão da esfera de atuação do legislador, pois a inércia deste acabou por gerar um dever de atuação por parte do Judiciário. Em sentido estrito, pretende-se: Identificar os aspectos históricos que envolvem o surgimento do mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro; identificar a evolução da interpretação constitucional, a evolução do papel do judiciário nas decisões políticas, bem como as novas perspectivas sobre a separação dos poderes; identificar as teorias acerca dos efeitos da sentença de mérito do mandado de injunção; definir a posição do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema, esclarecendo a posição inicial do referido Tribunal e a evolução da interpretação sobre o Mandado de Injunção; Identificar as consequências dessa mudança da jurisprudência do Supremo e as perspectivas para o futuro.

Palavras – chave: Mandado de injunção.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 O MANDADO DE INJUNÇÃO.....	11
1.1 Histórico.....	11
1.1.1 No Direito Comparado.....	11
1.1.2 No Brasil.....	15
1.2 Conceito e cabimento.....	18
2 A NOVA HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL, A EVOLUÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES NA DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	23
2.1 A evolução da hermenêutica.....	23
2.2 A nova hermenêutica constitucional, seus métodos e princípios decorrentes.....	27
2.2.1 Métodos.....	27
2.2.2 Princípios.....	31
2.3 O atual papel do Poder Judiciário na concretização da Constituição.....	32
2.4 A evolução do princípio da separação dos poderes e as novas perspectivas do Poder Judiciário.....	35
3 A EVOLUÇÃO DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A DECISÃO NO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	43
3.1 Posição não concretista.....	44
3.2 Posição concretista.....	46
3.2.1 Posição concretista individual intermediária.....	46
3.2.2 Posição concretista individual direta.....	49
3.2.3 Posição concretista Geral.....	53
3.3 As principais consequências decorrentes da mudança da jurisprudência sobre o mandado de injunção.....	63
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS.....	67

INTRODUÇÃO

No dia 05 de outubro de 2013 comemoraremos os vinte e cinco anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, a qual foi criada após difíceis anos de Ditadura Militar, marcados por uma intensa limitação dos direitos dos indivíduos.

Consciente da necessidade de mudança do panorama jurídico e social, o constituinte acolheu no texto constitucional a proteção a diversos setores da sociedade. A Constituição Federal de 1988 englobou a proteção dos indivíduos em geral, a proteção ao trabalhador, à mulher, à família ao idoso, ao meio ambiente, à cultura, ao esporte e tantos outros constantes de seus duzentos e cinqüenta artigos e noventa e cinco Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Dentre os direitos dispostos em seu texto, alguns foram estabelecidos na forma de norma constitucional de eficácia limitada, dependendo, assim, de uma regulamentação posterior. Entretanto, depois de quase vinte e cinco anos da promulgação da Constituição, ainda temos normas que até hoje não foram regulamentadas, impedindo aos cidadãos a plena realização dos seus direitos.

Previendo essa situação, o Constituinte adotou no texto constitucional duas principais medidas de combate à inércia legislativa, que são: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção, objeto do nosso trabalho. Este último é cabível quando a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Ocorre que o próprio Mandado de Injunção foi vítima da inércia do legislador, carecendo de norma que o regule, gerando, na doutrina e na jurisprudência, muitas discussões sobre os efeitos dessa ação constitucional.

A maioria dos doutrinadores tem definido estes efeitos de acordo com a teoria não concretista ou com a teoria concretista e suas subdivisões.

A teoria não concretista, que até o ano de 2007 foi a majoritária no STF, é aquela pela qual julgado procedente o mandado de Injunção, caberia ao Judiciário apenas informar a mora ao órgão competente para expedir a norma, sem que houvesse qualquer imposição ou poder coercitivo.

Já pela teoria concretista e suas subdivisões, constatada a inércia do órgão responsável pela regulamentação da norma, caberia ao Judiciário não apenas comunicar a inércia ao órgão, mas dar uma solução concreta ao caso, garantindo o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa. Esta segunda teoria tem diversas subdivisões de acordo com a amplitude e com a forma da regulamentação da norma pelo Judiciário e vem crescendo sua aceitação pela doutrina e nas decisões do Supremo Tribunal Federal, sinalizando este a sedimentação do seu novo posicionamento quanto a essa questão.

Para se chegar a esse novo entendimento dos efeitos do Mandado de Injunção será demonstrada a evolução da hermenêutica constitucional, bem como a evolução do papel do Poder Judiciário na concretização da Constituição, destacando, com isso, que a evolução da interpretação sobre o Mandado de Injunção não ocorreu de forma isolada. Pelo contrário, ela faz parte de um contexto de ampliação do papel do Judiciário nas decisões políticas e na proteção da Constituição.

Sendo assim, o trabalho se desenvolverá em resposta aos seguintes questionamentos: Quais os históricos da criação do Mandado de Injunção? Quais os principais aspectos referentes à hermenêutica constitucional, à evolução do papel do Judiciário e da separação dos poderes pertinentes à mudança da jurisprudência sobre o Mandado de Injunção? Quais as principais teorias sobre os efeitos da sentença de mérito do Mandado de Injunção? Qual era a posição inicial do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema e qual o entendimento atual sobre a matéria? Quais as principais consequências dessa mudança de entendimento sobre o Mandado de Injunção?

A justificativa para este trabalho é que desde o Mandado de Injunção nº 107 até os Mandados de Injunção julgados em 2007 e 2008 que o posicionamento predominante do Supremo Tribunal Federal era no sentido de que esta ação constitucional teria como única finalidade informar ao órgão responsável pela edição da norma que este está em falta com o seu dever de legislar, salvo os votos de alguns ministros dissidentes.

Partindo dessa constatação, devemos nos perguntar se tal posicionamento estaria fazendo jus à verdadeira finalidade do Mandado de Injunção, que não é a de simplesmente

declarar a inconstitucionalidade de coisa alguma, e sim resolver com efetividade a situação posta à apreciação do Judiciário.

Outro questionamento é se o Judiciário adotando tal tese não estaria fugindo da sua função precípua que é prestar uma tutela jurisdicional efetiva quando presentes os requisitos e pressupostos pertinentes.

Deve-se destacar que tal discussão retoma o questionamento sobre a repartição de poderes ou funções entre o Executivo o Legislativo e o Judiciário, pela qual tentaremos demonstrar que é possível sim o Judiciário dar uma solução efetiva ao Mandado de Injunção sem que haja necessariamente uma invasão de competência.

Atuais decisões do Supremo Tribunal Federal vêm demonstrando essa possibilidade e indicam que o Pretório Excelso deverá manter seu atual posicionamento sobre o assunto.

Sendo assim, este tema é de grande relevância, pois envolve não só as teorias pertinentes aos efeitos do Mandado de Injunção, mas também questões primordiais ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que dentro do tema devemos levar em conta a questão da interpretação da norma constitucional, buscando sempre a máxima efetividade, o poder-dever do legislador em editar suas normas, a questão da separação dos poderes, o dever do Judiciário em dar uma solução às questões levadas ao seu conhecimento e a adequação do Direito aos anseios da sociedade, sempre se modernizando para garantir aos cidadãos a plenitude do exercício dos seus direitos.

Tem-se, então, como objetivo geral, entender a evolução do instituto no âmbito do Supremo Tribunal Federal e defender a possibilidade de se adotar uma solução mais efetiva para o Mandado de Injunção. Os objetivos específicos são: identificar os históricos da criação do Mandado de Injunção; identificar os principais aspectos referentes à hermenêutica constitucional, a evolução do papel do Poder Judiciário e da separação dos poderes pertinentes à mudança da jurisprudência sobre o Mandado de Injunção; definir as principais teorias sobre os efeitos da sentença de mérito do Mandado de Injunção; identificar qual era a posição inicial do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema e qual o entendimento atual sobre a matéria; expor as principais consequências dessa mudança de entendimento sobre o Mandado de Injunção.

Em relação aos aspectos metodológicos, As hipóteses do trabalho monográfico serão investigadas mediante pesquisa bibliográfica e documental. Bibliográfica, pois buscaremos explicar o problema através da análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas,

publicações avulsas e imprensa escrita, que envolva o tema em estudo. Documental, pois partiremos também da consulta a projetos, lei, normas, resoluções, pesquisas on-line, dentre outros que abordem o tema. Quanto à utilização e abordagem dos resultados a pesquisa será pura e qualitativa. Pura, porque não vislumbra transformar a realidade. Busca-se apenas obter conhecimentos. Qualitativa, porque não busca critérios de representatividade numérica, apenas uma compreensão do mandado de injunção. Quanto aos objetivos a pesquisa será descritiva e exploratória. Descritiva, porque vai descrever fenômenos, investigar a frequência com que um fato ocorre, sua natureza e características, além de classificar, explicar e interpretar os fatos, sem interferência do pesquisador. Exploratória, pois vai procurar aprimorar idéias, ajudando na formulação de hipóteses para pesquisas posteriores, além de buscar maiores informações sobre o tema.

No primeiro capítulo, apresenta-se os antecedentes históricos da criação do mandado de injunção, demonstrando a singularidade do mesmo, comparado aos outros instrumentos de proteção dos indivíduos contra a inércia do legislador. Trata-se também do conceito e cabimento do mandado de injunção, demonstrando a finalidade do mesmo.

No segundo capítulo, analisa-se a evolução da hermenêutica constitucional, definindo seus aspectos atuais e a atuação do Judiciário frente aos novos contornos da hermenêutica. Demonstra-se também, resumidamente, a evolução do princípio da separação dos poderes.

No terceiro capítulo, trata-se especificamente da evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o mandado de injunção, demonstrando uma evolução da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema, as consequências dessa mudança de interpretação e o que se espera dos próximos anos sobre o assunto.

O ponto principal desse trabalho é não só compreender a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, mas também demonstrar que há a possibilidade de haver uma decisão mais efetiva no mandado de injunção, de modo a garantir ao impetrante os direitos, liberdades e prerrogativas da forma disposta no artigo 5º, LXXI da Constituição Federal de 1988, sem que isso se configure em invasão da esfera de atuação do legislador, pois a inércia deste acabou por gerar um dever de atuação por parte do Judiciário.

1 O MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção é um importante instrumento de combate à inércia legislativa e de aplicabilidade da norma constitucional. Porém, pela sua não regulamentação, muitas dúvidas ainda persistem principalmente quanto ao seu cabimento, efeitos e outros aspectos.

Neste capítulo serão traçados os elementos iniciais do tema, mostrando as possíveis influências internacionais para a formação do instituto em análise, os motivos de sua criação, as discussões que lhe deram origem na Constituinte, seu conceito e cabimento. Tudo isso sempre em busca de entendermos os atuais contornos que o Supremo Tribunal Federal vem dando quanto à aplicabilidade do mesmo.

1.1 Histórico

O mandado de injunção, da forma como encontra-se posto no nosso ordenamento jurídico, não se iguala a nenhum outro instrumento jurídico nacional ou estrangeiro.

Mesmo assim, para entendermos melhor o nosso instituto jurídico faz-se necessário analisar as possíveis influências advindas de outros ordenamentos jurídicos, e sua gênese nos debates travados quando da elaboração da Constituição Federal de 1988.

1.1.1 No direito comparado

Há na doutrina autores que apontam a existência de instrumentos semelhantes ao mandado de injunção, os quais teriam, segundo eles, em maiores ou menores proporções, servido de base para esta ação constitucional. São apontadas semelhanças, quanto à nomenclatura ou quanto aos fins a que se destinam, com ações existentes no direito inglês, norte-americano, alemão, português, iugoslavo e italiano.

Quanto à tese de ser o mandado de injunção uma decorrência do direito inglês e do direito norte-americano, a qual é mais comum entre aqueles que defendem uma influência externa, bem demonstra Regina Quaresma (1989, p.40) nos seguintes termos:

Assim, para nós é no direito anglo-americano que repousam as origens remotas do nosso mandado de injunção, pois tudo indica que o Constituinte originário transplantou para o direito interno um instituto baseado na equidade do direito.

Para a autora a influência decorreria do *writ of injunction*, que no direito inglês é um instrumento típico do sistema da *equity*. Encontramos nas palavras de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (1999; p.31-32) uma explicação clara desse sistema:

Na Inglaterra, a *injunction* é um instrumento típico da *equity*, sistema jurídico criado durante a dinastia dos Tudors, quando passaram a vigor dois sistemas jurídicos: a *equity*, aplicada pela *court of Chancery*, e a *Common Law*, aplicada pelas *Courts of Common Law*. Ambos funcionavam, fundamentalmente, na base dos *precedents*, ou seja, decisões judiciais sobre determinados temas que vinculam os julgamentos posteriores que decidirem sobre matéria semelhante. A *equity* foi idealizada como forma de tornar a administração da justiça a mais completa possível, outorgando proteção a situações em que a lei ou o sistema da *common law* não protegiam de forma expressa.

Da mesma forma explica Regina Quaresma (1999, p.43):

Na falta dos *statutes* (regulamentação), ou quando a *Common Law* não prevê o caso, o juízo discricionário da Chancelaria tem poderes para expedir o *writ of injunction*, regulamentando aquele caso específico. Entretanto, observa-se que o juiz decide segundo uma rígida pauta de valores sociais, na valoração judicial do caso e nos princípios de justiça material existentes, ou seja, não tem o arbítrio de criar normas próprias.

Sendo assim, percebemos uma semelhança entre a injunção inglesa e o nosso mandado de injunção, o qual também visa a superar a ausência de regulamentação. Entretanto há diferenças marcantes entre tais institutos, pois as duas principais formas da *injunction* inglesa *prohibitory injunction* e *mandatory injunction* se assemelhariam mais com o interdito proibitório e com a ação cominatória, uma vez que o primeiro seria, nas palavras de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (1999, p.32), “[...] uma ordem proibindo uma pessoa fazer determinada coisa [...]”, e o segundo, “[...] (uma ordem) compelindo alguém a fazer ou restaurar algo [...]” (aditado nosso). Outra diferença apontada pelo autor é que “[...] a *injunction* inglesa não possui o caráter de potencializar os efeitos de normas constitucionais [...]. Pelo contrário, é prevista em situações em que há um vácuo legislativo completo”, ou seja, não poderia haver sequer uma disposição geral sobre a matéria para a aplicabilidade da injunção inglesa, como ocorre no mandado de injunção.

Originário sobretudo do direito inglês, o direito norte-americano absorveu o *writ of injunction*, o qual foi introduzido em seu ordenamento jurídico na segunda metade do século XIX, como bem registra Regina Quaresma (1999, p.46) a qual dispõe: “Introduzido nos EUA por volta de 1870, o *writ of injunction* preservou seu caráter de juízo de equidade. Inicialmente, foi uma medida utilizada para defender direitos subjetivos, no campo do direito privado, aumentando seu campo de atuação gradualmente para questões de direito público.”

Da mesma forma como ocorre com a *injunction* do direito inglês, a *injunction* do direito norte-americano tem diferenças em relação ao mandado de injunção brasileiro, como bem podemos ver:

Há sensíveis diferenças com o mandado de injunção. Em primeiro lugar, a diversidade de usos que a *injunction* pode ter, o que não ocorre com o writ brasileiro, que tem sua utilização restrita a determinadas situações. Depois, normalmente a *injunction* é utilizada para coibir o desrespeito às normas constitucionais, leis ou obrigações contratualmente pactuadas, perfeitamente exigíveis, que independem de regulamentação posterior para surtirem efeitos, ao contrário do mandado de injunção, que, como veremos, é destinado a viabilizar o exercício dos direitos previstos em normas constitucionais de eficácia limitada. Ademais, a exemplo do que ocorre com o sistema inglês, o sistema jurídico norte-americano também é substancialmente distinto do sistema brasileiro, notadamente quanto ao papel do judiciário. Se nos Estados Unidos o controle jurisdicional dá-se sobretudo mediante o sistema dos *precedents*, o direito brasileiro, filiando-se à escola romano-germânica, tem a lei como fonte principal para o exercício da função jurisdicional. (PFEIFFER, 1999, P.33-34).

Vemos assim que o *writ of injunction* do direito norte-americano tem um conteúdo bastante amplo, servindo, inclusive para buscar a aplicabilidade de obrigações pactuadas entre particulares, ao contrário do mandado de injunção, o qual se presta somente às situações previstas no artigo 5º, LXXI da Constituição Federal.

Quanto à influência alemã, há neste país uma ação constitucional, a *Verfassungsbeschwerde*, que visa a proteger o cidadão contra atos omissivos ou comissivos de autoridades que afetem determinados direitos estipulados na constituição alemã.

Entretanto, a pesar de algumas semelhanças entre a ação constitucional alemã e o mandado de injunção, não se trata de institutos idênticos, tendo sido destacadas as seguintes diferenças, nas palavras de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (1999, p.36-37):

Em primeiro lugar a ação alemã presta-se à impugnação de qualquer violação (omissiva ou, principalmente, comissiva), enquanto que o mandado de injunção somente pode ser utilizado quando houver inércia na edição de regulamentação. Outra distinção de fundamental importância é o fato de exigir-se, para a utilização da *Verfassungsbeschwerde*, o prévio esgotamento da via processual ordinária e a presença de perigo de dano irreparável à vítima da violação, requisitos estes que não estão presentes no mandado de injunção. Ademais, o mandado de injunção, atendidos os seus requisitos, presta-se à viabilização do exercício de qualquer direito com assento constitucional, enquanto que a *Verfassungsbeschwerde* presta-se a coibir a violação apenas dos direitos fundamentais e dos direitos incluídos nos artigos 20, seção 4, 33, 38 e 101 a 104 da Lei Fundamental de Bonn. Finalmente, há que ser ressaltado que a ação alemã somente é utilizada quando há omissão parcial do legislador, enquanto o mandado de injunção é utilizado para impugnar a omissão total. Ademais, no direito alemão, quando se tratar de omissão que demande regulamentação que não pode ser suprida senão pelo Poder Legislativo, ou seja, que demande a edição de lei regulamentadora da matéria constitucional, o Tribunal não poderá expedir regulamentação subsidiária. Nesse caso, o Tribunal limitar-se-á a declarar inconstitucional a eventual legislação omissa, sem a sanção de nulidade.

Já o mandado de injunção presta-se justamente às hipóteses em que a intervenção do órgão regulamentador fazia-se necessária, pois viabiliza direitos até então inoperantes justamente pela ausência da regulamentação necessária para a plena eficácia do aludido direito.

Percebemos, então que a ação alemã é ampla quanto á possibilidade de lesão por omissão ou por ação, sendo, no entanto, restrita quanto à matéria, uma vez que limita a constituição daquele país os artigos protegidos pela ação constitucional alemã. Também devemos destacar que na Alemanha o Tribunal limita-se a declarar a inconstitucionalidade da omissão no caso de regulamentação que não possa ser suprida pelo Judiciário, o que não vem ocorrendo atualmente no mandado de injunção brasileiro.

No direito português, haveria influência na formação do mandado de injunção decorrente da ação de inconstitucionalidade por omissão portuguesa, como destaca Rodrigo Reis Mazzei (2009, p.211): “Com os contornos que foram traçados pela Carta Magna, o mandado de injunção apresenta características muito peculiares, ainda que se diga ter sofrido forte influência do ordenamento inglês, do norte-americano e do luso”. Explica ainda o autor que “O registro ao direito luso ocorre em razão da ação de inconstitucionalidade por omissão prevista na Constituição da República Portuguesa [...] (MAZZEI, 2009)”

Sobre o tema discorre Regina Quaresma (1999, p.66):

A ação de inconstitucionalidade por omissão surgiu em Portugal como a solução garantidora das normas passíveis de infração oriunda de omissões do legislador. Foi a tentativa de transformar o Poder Judiciário em executor do projeto constitucional, dotando-o de uma função positiva/criadora de direitos.

A pesar de percebermos nitidamente uma igualdade de finalidade com o mandado de injunção, uma vez que ambos se prestam ao combate da omissão por parte do legislador, na verdade a ação portuguesa seria mais próxima da nossa ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Quanto à influência do direito iugoslavo, esta se deu, na verdade, na formação da nossa ação direta de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que serviu de base para a ação de inconstitucionalidade por omissão portuguesa, a qual influenciou diretamente o direito brasileiro. Sobre o assunto dispõe novamente Regina Quaresma (1999, p.63): “A ação de inconstitucionalidade por omissão brasileira foi recepcionada diretamente do art. 283 da Constituição Portuguesa, que teve como fontes a Constituição da República Federativa da Iugoslávia de 1974 e a Constituição Alemã de 1949”.

Há, por ultimo, registro na doutrina de uma ação italiana, a *injunzione*, tratada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p.320), o qual diz que:

No direito italiano há uma *injunzione*. No dizer de Roberto Sciacchiatano, ‘trata-se de um instituto processual mediante o qual pode conseguir-se uma decisão de condenação de forma mais simples que a do processo ordinário. Dada esta característica, o procedimento é particularmente útil para os créditos certos e munidos de provas, em relação os quais o devedor não teria razão para resistir em juízo e poderia fazê-lo num processo ordinário, somente com a finalidade dilatória da condenação.’ (grifo original).

Vê-se, portanto, que aí também não está a fonte do nosso Mandado de Injunção.

Como bem demonstra o autor citado, não haveria semelhança entre o nosso mandado de injunção e este instituto, tratando-se, apenas, de uma semelhante nomenclatura.

Diante desses instrumentos processuais encontrados em diversos ordenamentos jurídicos, percebe-se que é uma preocupação crescente quanto a inércia do legislador em regulamentar, principalmente, as normas constitucionais, as quais servem de base para todo o ordenamento jurídico. Há também um crescente aumento do âmbito de atuação do Poder Judiciário, buscando-se sempre salvaguardar os cidadãos da má atuação das autoridades constituídas.

1.1.2 No Brasil

Como foi demonstrado anteriormente, o mandado de injunção é, apesar das possíveis influências internacionais sofridas, um instrumento específico do constituinte brasileiro, criado na Constituição Federal de 1988.

Por ter seu surgimento na Constituição de 1988, disposto em um inciso apenas, sem qualquer regulamentação que o defina com mais detalhes, o instituto ainda está em formação, sendo fruto de amplas discussões nos tribunais e entre doutrinadores.

Diante dessa novidade proporcionada pelo Constituinte de 1988, faz-se necessário entender o motivo do surgimento dessa ação constitucional, assim como as discussões geradas quando da sua elaboração até chegar ao texto final presente no Art. 5º, LXXI, da CF/88.

Regina Quaresma (1999, p.40) destaca inicialmente o Anteprojeto da Comissão Afonso a Arinos, que, segundo a autora, no artigo 10, trazia a seguinte redação:

Os direitos e garantias constantes desta Constituição tem aplicação imediata.

1º - Na falta ou omissão da lei prevista para discipliná-la, o Juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional.

2º - Verificada a inexistência ou omissão da lei, inviabilizando a plenitude de eficácia de direitos e garantias assegurados nesta Constituição, o STF recomendará ao poder competente a edição de norma que venha a suprir a lacuna.

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (1999, p.24), por sua vez, explica que foram quatro fases que formaram o processo de elaboração constitucional e que deram origem ao

mandado de injunção, quais sejam: “a fase das Subcomissões, a das correspondentes Comissões Temáticas, a da Comissão de Sistematização e a do Plenário.”

Inicialmente o autor destaca a importância da proposta nº 155-4 do senador Virgílio Távora e do deputado Carlos Virgílio, na fase das Subcomissões, o qual tinha o seguinte texto: “Art. Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á ‘mandado de injunção’, observando o rito do mandado de segurança”. (PFEIFFER, 1999,p.). Por conta dessa proposta e da proposta 156-2, que versa sobre a inconstitucionalidade por omissão é que se diz que o senador Virgílio Távora foi o primeiro a trazer o tema para discussão. (QUARESMA, 1999).

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (1999, p.26) destaca ainda que foram várias as Subcomissões que apresentaram essa preocupação com a falta de regulamentação das normas constitucionais, como a Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias; a subcomissão de Direitos e Garantias Individuais; e ainda a Subcomissão de Educação Cultura e Esportes.

O trabalho dessas Subcomissões sofreu várias alterações, trazendo, já nos trabalhos das respectivas Comissões Temáticas, um texto que seria próximo do atual. Sobre o trabalho da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, dispõe Regina Quaresma (1999, p.53):

Essa redação sofreu profunda alteração no âmbito da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, passando a constar ao mandado de injunção, no substitutivo do Relator da comissão, Senador José Paulo Bisol, nos seguintes termos:

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

Art. 48, §1º - A lacuna permanente depois de seis meses da promulgação da Constituição, qualquer cidadão, associação, partido político, sindicato ou entidade civil poderá promover mandado de injunção para o efeito de obrigar o Congresso a legislar sobre o assunto no prazo que a sentença consignar.

Seguindo na questão, posteriormente aos trabalhos desenvolvidos pela comissão da Soberania e dos direitos e Garantias do Homem e da Mulher, complementa Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (1999, p.27):

No primeiro Substitutivo do Relator (julho/87) nada se alterou em relação ao dispositivo nas Comissões Temáticas, estando o mandado de injunção previsto em três artigos: Arts. 32, IV, 36 e 373, I, que, reproduziam, respectivamente, a redação dos arts. 34 e 48, § 1º da Comissão de Soberania e dos direitos e Garantias do Homem e da Mulher e no art. 3º, § único, da Subcomissão de Educação, Cultura e Desportos.

Nesse Primeiro Substitutivo não havia nenhuma regra específica em relação à competência para processamento e julgamento do *writ*, que estava, assim, submetido à seguinte regra geral, prevista no parágrafo único do art. 32 do Substitutivo:

‘Qualquer juízo ou Tribunal, observadas as regras da lei processual, é competente para conhecer, processar e julgar as garantias constitucionais’

No que tange à procedimentalização, determinava que o rito a ser seguido para o mandado de injunção seria aquele pelo qual é regrado o mandado de segurança.

Nota-se que, quanto ao rito a ser seguido, tal Substitutivo estaria antecipando o que mais tarde foi disposto na Lei 8.038/90, qual, no seu art. 24, parágrafo único, dispõe que: “Art. 24 - No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada lei específica,”

Terminados os trabalhos das Comissões Temáticas, a Comissão de Sistematização deu os penúltimos contornos ao texto final, como destaca Regina Quaresma (1999, p.53):

Já na fase de emendas ao primeiro substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização, o então Senador Fernando Henrique Cardoso ofereceu a Emenda nº 34.970, de 05.09.1987, que foi acatada pelo Relator quanto à supressão da referência ao rito processual do mandado de segurança, influenciando, decisivamente, para a redação final do instituto.

O segundo substitutivo da Comissão de Sistematização contemplou o mandado de injunção com a seguinte redação:

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

o Projeto de Constituição (A) (*terceiro substitutivo do relator da Constituinte*) inovou apenas quanto à norma regulamentadora do instituto, subtraindo a referência à lei complementar e prevendo a lei ordinária. (grifo original).

Na ultima fase, das discussões no Plenário, com o Projeto de Constituição (B), o mandado de injunção sofre as ultimas alterações e chega ao texto atual assim redigido no artigo 5º, LXXI da Constituição Federal de 1988:

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

[...]

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

Toda a discussão formada na criação do mandado de injunção assim como sua presença marcante em diversas Subcomissões demonstrou o intuito do constituinte em criar no ordenamento jurídico brasileiro um mecanismo de segurança para garantir a implementação dos direitos constitucionais.

1.2 Conceito e cabimento

O conceito legal de mandado de injunção encontra-se expresso no Art. 5º, inc. LXXI, da Constituição Federal de 1988 pelo qual:

Art. 5º- [...]

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

Explicando o conceito legal deste instituto, dispõe José Afonso da Silva (2010, p.448) nos seguintes termos:

Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdade, ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal *finalidade* consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento da realização prática da disposição do art. 5º, §1º. (grifo original).

Percebemos então o grau de importância que tem o instituto em análise, uma vez que o mesmo se presta a dar efetividade a bens jurídicos de alta relevância para a sociedade. No entanto, a pesar dessa importância, pouco foi o interesse do legislador ordinário em regulamentar o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, não delimitando a interpretação de seus termos, deixando para a doutrina e a jurisprudência o trabalho de interpretar e delimitar a incidência do mandado de injunção.

Primeiramente, sobre o termo mandado de injunção, Nagib Slaibi Filho (2006, p.432) dispõe que:

A injunção, gramaticalmente, é o ato de *injungir*, que significa *impor obrigação a, obrigar, forçar, constranger*. Mandado ou mandamento é o ato de mandar que tem, também, o mesmo significado gramatical, daí resultando certa redundância na denominação da nova garantia constitucional. Do ponto de vista jurídico, injunção é a ordem, essencialmente judicial, de natureza mandamental, em função da qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, ou seja, a praticar ou a se abster da prática de algum ato específico. (grifo original)

[...]

“O caráter do mandado de injunção é suprir, pelo provimento jurisdicional, a *falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*. (grifo original).

Ou seja, já pelo termo utilizado pelo legislador constituinte, trazido, como vimos, pelo senador Virgílio Távora nos trabalhos da constituinte, indica que o mandado de injunção tem força de ordem, duplamente indicada em sua nomenclatura, seja como mandado ou seja como injunção, e não com simples aspecto declaratório, como defendem alguns.

Em seguida, continuando na análise do conceito legal, voltamos às lições de José Afonso da Silva (2010, p.449-450) o qual explica o que se entende por falta de norma regulamentadora, segundo elemento encontrado no conceito legal do mandado de injunção:

Resta saber o que se deve entender por norma regulamentadora. Muitos direitos constam de normas constitucionais que prevêm uma lei ordinária ou uma lei complementar para terem efetiva aplicação. Nessas hipóteses, é fácil verificar a norma pendente de regulamentação. Há casos, contudo, em que a norma constitucional apenas supõe, por sua natureza, por sua indeterminação, a necessidade de uma providência do Poder Público para que possa ser aplicada. Norma regulamentadora é assim, toda ‘medida para tornar efetiva norma constitucional’, bem como diz o art. 103,§2º. Nesses casos, a aplicabilidade da norma fica dependente da elaboração da lei ou de outra providência regulamentadora. Se ela não vier, o direito previsto não se concretizará. É aí que entra a função do mandado de injunção: fazer com que a norma constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada. Se tivesse sido regulamentada, o mandado de injunção não teria cabimento. O direito, a liberdade, ou as prerrogativas estabelecidas em normas constitucionais regulamentadas, quando não satisfeitos, só podem ser reclamados por outro meio judicial (mandado de segurança, ação cautelar inominada, ação ordinária).

Não há, assim, uma obrigatoriedade de a Constituição estabelecer expressamente a necessidade de regulamentação para que seja cabível o mandado de injunção, basta que aquele direito ou liberdade constitucional ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, constante em seu texto, estejam inviabilizados pela ausência de norma que os regule para estar caracterizada a falta de norma regulamentadora.

Cabe indagar se ante à a ausência parcial de norma regulamentadora seria viável a impetração do mandado de injunção. Quanto a esse aspecto, como muitos relativos ao mandado de injunção, não há unanimidade no entendimento. Helly Lopes Meirelles (2006, p.271-272), por exemplo, defende que havendo norma em vigor não cabe mandado de injunção:

[...] De um modo geral, pode-se dizer que o mandado de injunção não se presta a resolver controvérsias baseadas em norma em vigor, mas apenas e tão-somente a possibilitar o exercício de um direito constitucional frustrado pela omissão na edição da norma regulamentadora competente [...].

Luís Roberto Barroso (2011, p.161), por sua vez, entende que, em regra, a existência da norma inviabilizaria o mandado de injunção, salvo em caso de omissão inconstitucional parcial:

[...] A propósito, se norma houver, o fato de ser ela insatisfatória não ensejará o ajuizamento do requerimento da injunção, a menos que se esteja diante de um vício de omissão inconstitucional parcial, que ocorre quando há a exclusão de um determinado grupo que deveria necessariamente figurar entre seus destinatários. Nesse caso, os excluídos deverão poder utilizar-se do mandado de injunção, porque para eles a situação equivale à ausência de norma.

Da mesma forma, em defesa da utilização do mandado de injunção no caso de omissão parcial ou de norma regulamentadora inconstitucional, dispõe Flávia Piovesan (2003, p. 137):

Defende-se o cabimento do mandado de injunção na hipótese de omissão legislativa parcial que afronte o princípio da isonomia, o que ocorre ante a exclusão legal de benefício. Neste sentido, a omissão legislativa parcial seria equiparável à falta de norma regulamentadora, o que ensejaria o cabimento do mandado de injunção para estender a disciplina legal aos grupos impetrantes excluídos, de modo a tornar viável o exercício de direito constitucional.

Até certo ponto, esta questão se aproxima da polêmica, já instaurada, sobre o cabimento do mandado de injunção na hipótese em que a norma regulamentadora é inconstitucional.

Pode-se afirmar que a norma regulamentadora inconstitucional é equiparável à ausência de norma regulamentadora, pela ineficácia da regra de direito contrária à Constituição. Neste raciocínio, admite-se a injunção, cabendo ao legitimado impetrá-la, arguindo a inconstitucionalidade e, por isso, a ineficácia da norma regulamentadora.

Mesmo diante do brilhantismo da argumentação, a própria autora reconhece que o Supremo Tribunal Federal não tem aceito tal posição:

A respeito desta polêmica, insta anotar que o Supremo Tribunal Federal já firmou princípio de que se há lei preexistente à ordem jurídica, não é o caso de falar-se em omissão, tendo em vista que a questão de a lei satisfazer ou não os ditames constitucionais não se identifica com a falta de norma regulamentadora, pressuposto de cabimento da injunção, mas identifica-se com o controle de constitucionalidade tradicional. (PIOVESAN, 2003, p. 138).

Quanto ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, temos divergências na doutrina em relação ao âmbito de incidência do mandado de injunção.

Por um lado, defende Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p.321) que as expressões “inerentes à nacionalidade à soberania e à cidadania” seriam uma limitação ao mandado de injunção, expondo nos seguintes termos:

O mandado de injunção tem um campo restrito. Cabe quando ‘a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania’.

Disto resulta que, como é óbvio, não alcança outros direitos, por exemplo, os inscritos entre os direitos sociais. Realmente a parte final – ‘inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania’ – restringe o alcance desse mandado. Ele serve para garantir os direitos, liberdades e prerrogativas diretamente vinculados ao *status* de nacional (os do art. 5º, cujo *caput* reconhece aos brasileiros determinados direitos fundamentais, ou que possam ser deduzidos do Cap. III do Tít. II, capítulo este relativo à nacionalidade), ao de cidadão, quer dizer, o nacional politicamente ativo que, como integrante do povo, o soberano na democracia, tem a participação no governo, como o direito de voto, e a elegibilidade (são os direitos, liberdades e prerrogativas que podem ser deduzidos do Cap. IV do Tít. II – capítulo sobre os ‘Direitos Políticos’).

A omissão de norma regulamentadora eferente a outros campos, bem como a de norma necessária para que uma expectativa de direito passa a direito subjetivo, reclama não o mandado de injunção, mas a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (v. adiante). (grifo original).

Em sentido contrário, comentando o posicionamento do autor citado, defende Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (1999, p.58) que tais termos não correspondem a uma restrição ao mandado de injunção em matéria constitucional, restringiria apenas quanto às prerrogativas citadas:

Com a devida vênia, ousamos discordar da posição restritiva adotada pelo conceituado constitucionalista. Ocorre que existe a conjunção 'e' entre as expressões direitos e liberdades constitucionais da expressão *prerrogativas*. Assim, o referido vocábulo aditivo somente acrescentou uma terceira espécie de norma aos direitos e liberdades constitucionais, sem restringir o alcance do mandado de injunção. Dessa maneira, somente as prerrogativas possuem seu campo limitado à nacionalidade, cidadania e soberania. Aos direitos e liberdades dependente de norma regulamentadora bastará possuírem assento constitucional, para serem tuteláveis pelo mandado de injunção. Assim, quanto ao conteúdo, o mandado de injunção é aplicável: (a) aos direitos constitucionais; (b) às liberdades constitucionais; (c) às prerrogativas inerentes à nacionalidade, cidadania e soberania. Este amplo rol acaba por englobar todo e qualquer direito inserto na Constituição. (grifo original).

Da mesma forma, dispõe José Afonso da Silva (2010, p.448-449) tratando do objeto do mandado de injunção nos seguintes termos:

Daí *seu objeto*: assegurar o exercício (a) de *qualquer direito constitucional* (individual, coletivo, político ou social) não regulamentado; (b) de *liberdade constitucional*, não regulamentada, sendo de notar que as liberdades são previstas em normas constitucionais comumente de aplicabilidade imediata, independente de regulamentação; vale dizer, incidem diretamente; de modo que raramente ocorrerá oportunidade de mandado de injunção nessa matéria, mas há situações como a do art. 5º, VI, em que a liberdade de cultos religiosos ficou dependente, em certo aspecto, de lei regulamentadora, quando diz: 'garantida, na *forma da lei*, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias'; (c) *das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*, também quando não regulamentadas; *soberania é a soberania popular*, segundo dispõe o art. 14, não a soberania estatal; aqui igualmente não ocorrerão muitas hipóteses de ocorrência do mandado de injunção; é que as questões de nacionalidade praticamente se esgotam nas prescrições constitucionais que já a definem de modo eficaz no art. 12; apenas a naturalização depende de lei, mas esta, como vimos, já existe, portanto é matéria regulamentada, que, por isso mesmo, não dá azo ao mandado de injunção; as prerrogativas da soberania popular e da cidadania se desdobram mediante lei, mas estas já existem, embora devam sofrer profunda revisão, quais sejam o Código Eleitoral e a Lei Orgânica dos Partidos Políticos; a lei prevista no art. LXXVII, destinada à definição dos atos necessários ao exercício da cidadania, também já foi promulgada: Lei 9.265, de 12.2.1996. (grifo original).

Mesmo posicionamento é defendido por Luís Roberto Barroso (2006, p.245-246):

Tendo em vista o complemento 'inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania', defendeu-se a restrição do alcance do mandado de injunção aos direitos individuais elencados no art. 5º, e aos direitos políticos dos arts. 12 a 16, não podendo ser utilizado para tutela de direitos sociais. Com a vênia devida, tal interpretação se afigura antes ideológica que científica, e não corresponde nem à história nem à teleologia do remédio jurídico introduzido. Como não há cláusula restritiva, estão abrangidos todos os direitos constitucionais, sejam individuais, coletivos, difusos, políticos ou sociais. Aliás, é precisamente no campo dos direitos sociais que se registram os principais casos de omissão legislativa [...].

Sendo assim, havendo norma constitucional que necessite de uma regulamentação, independente da natureza dessa norma, materialmente constitucional ou apenas formalmente constitucional, independentemente do direito que ele visa a tutelar, estará caracterizada o cumprimento deste requisito específico.

Percebe-se, então, no estudo do conceito e cabimento do mandado de injunção que o mesmo é cabível quando houver falta de regulamentação, que impeça o impetrante de exercitar plenamente direito constitucional, seja este qualquer direito ou liberdade constitucional, ou impeça o exercício de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania.

A evolução da interpretação relativa ao mandado de injunção é justamente, diante do contexto do seu surgimento e características do mesmo, no sentido de ampliar o papel do Judiciário na concretização da Constituição, o qual vem adotando decisões mais proativas na solução dos conflitos, baseando-se nas novas perspectivas da hermenêutica constitucional, conforme demonstraremos no capítulo que segue.

2 A NOVA HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL, A EVOLUÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES NA DECISÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

O capítulo em questão visa analisar o desenvolvimento da hermenêutica, do seu surgimento até as novas perspectivas constitucionais, com seus métodos e princípios, bem como as novas perspectivas sobre o papel do Poder Judiciário na guarda da Constituição e efetivação das normas constitucionais, assim como a nova visão da separação dos poderes dentro dessa realidade.

Em seguida, o capítulo se destina a fazer a junção de todos esses elementos na questão da sentença de mérito do mandado de injunção. Ou seja, analisar se poderia o Judiciário, frente ao princípio da separação dos poderes estabelecer no mandado de injunção uma sentença que supere a ausência da atividade normativa, regulamentando o direito aplicável no caso concreto.

Esse questionamento faz parte de um dos temas mais polêmicos do mandado de injunção, tendo em vista a resistência da doutrina tradicional em conciliar uma posição mais atuante do Judiciário com a divisão de funções adotadas no nosso ordenamento jurídico. Porém, diante das atuais perspectivas do Judiciário, assim como dos princípios e métodos da nova hermenêutica constitucional e do novo tratamento dado ao princípio da separação dos poderes, faz-se necessário analisar, sobretudo no mandado de injunção, a possibilidade de o Judiciário adotar um posicionamento mais efetivo, superando a inércia do legislador.

2.1 A Evolução da Hermenêutica

O termo hermenêutica tem, para a maioria da doutrina, sua origem na Grécia antiga, por conta do deus Hermes, como destaca Rodolfo Viana Pereira (2001, p.08-09): “Muitos são os autores que afirmam ser a palavra um derivativo do deus grego *Hermes*, que, tendo por função trazer e traduzir as mensagens divinas para os seres humanos, realizava a típica tarefa hermenêutica no sentido acima descrito[...]”. (grifo original).

Entretanto, a hermenêutica nesse período ainda não era uma ciência e sim simples técnica voltada para a transmissão de mensagens, como demonstra Ricardo Henrique Carvalho Salgado (2006, p.05-06):

Assim, parece claro que na Grécia antiga a hermenêutica era vista primordialmente sob um caráter lingüístico. A hermenêutica é voltada apenas para uma transmissão de mensagem.

[...]

Desse modo, a hermenêutica não pode ser tida na Grécia antiga como uma ciência, mas, sim, como uma simples técnica.

Quanto à evolução da hermenêutica da Grécia antiga até o surgimento da hermenêutica como teoria científica em Schleiermacher e Dilthey, assim resume o Professor Glauco Barreira Magalhães Filho (2003, p.09-10):

É claro que antes de Schleiermacher e Dilthey já se falava em hermenêutica. Aristóteles, inclusive, no seu *Organon*, escreveu uma obra sobre o assunto intitulada *Sobre a Interpretação (Peri Hermenéias)*. Santo Agostinho também escreveu um impressionante livro acerca do problema da interpretação denominado *Da Doutrina Cristã*. Além disso, o cristianismo deu ensejo ao surgimento de muitas escolas de hermenêutica bíblica, como a Escola da Antioquia e a de Alexandria, para não falar nos *doutores da lei* do judaísmo, intérpretes das Escrituras do Antigo Testamento.

No Direito Romano, os doutrinadores formularam muitas regras de interpretação e, do mesmo modo, no Direito Canônico, os mestres da Igreja Romana.

Na idade Média, os glosadores da Escola de Bolonha (séculos XI a XIII) desenvolveram a interpretação gramatical com maior rigor, e os pós-glosadores da Escola dos Comentaristas (século XIII a XV) se serviram do método dialético-retórico, precursor da moderna Tópica (Viehweg).

A hermenêutica, apesar do que se disse, era vista como a própria interpretação ou a arte de interpretar. Ela só se tornou um rigoroso método científico, no seu sentido moderno, com Schleiermacher e Dilthey. Estes fizeram da hermenêutica uma teoria científica da interpretação e o método das ciências do espírito ou culturais. (grifo original).

Posteriormente à hermenêutica metodológica de Schleiermacher e Dilthey, tivemos a hermenêutica ontológica de Heidegger e Gadamer, com o desenvolvimento da ideia de círculo hermenêutico pelo qual o intérprete parte de uma pré-compreensão para se chegar a uma compreensão. (MAGALHÃES FILHO, 2001, p.40-43).

Com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, o foco se volta para a Lei, com grandes limitações de sua interpretação, isso porque temiam os burgueses que depois de todo o esforço revolucionário seus poderes fossem limitados por interpretações subjetivistas, como destaca Glauco Barreira Magalhães Filho (2001, p.49): “Em face disso, fez-se a proposta da construção de um novo mundo, um mundo de *luzes*, assentado sobre bases racionais, e, portanto, autônomas, de modo que o homem não se submetesse a nenhum poder heterônimo” (grifo original). Tal visão teve voz, principalmente, entre os seguidores da Escola da Exegese e teve como marco a criação do Código Civil napoleônico, o qual partia da

idéia de que o Código era completo, não necessitando de uma interpretação além da literal. (MAGALHÃES FILHO, 2001, p.49).

Contra-pondo-se a essa visão auto-suficiente da Lei, Savigny se volta contra a codificação, contra a idéia de um Direito universal e defende o valor do costume, tendo tal pensador grande valor para a hermenêutica jurídica clássica, como dispõe Glauco Barreira Magalhães Filho (2001, p.10-11), tratando também sobre o método do autor:

Savigny fez do jurista, e não do legislador, o sistematizador do Direito, o que era possível através da hermenêutica. O seu método era filosófico (= sistêmico) e histórico, sendo histórico em sentido próprio e em sentido filológico. Admitiu, além interpretação gramatical e da lógica, a interpretação sistemática e a histórica. É com Savigny que começa a hermenêutica jurídica clássica, metodológica e científica, voltada para o Direito privado e para as normas com estrutura de regra. Essa hermenêutica recebeu posteriormente contribuições do pensamento teleológico de Ihering e de diversas escolas sociológicas do Direito.

Além das contribuições de Savigny e de Ihering, antes de chegarmos a uma hermenêutica tipicamente constitucional, teremos ainda as contribuições de Kelsen e sua Teoria Pura do Direito, fundamentando uma autonomia do Direito, o qual se mostraria como um ordenamento jurídico fechado, piramidal, cujo fundamento residiria em uma norma hipotética fundamental. Diante desse aspecto, Kelsen não propôs nenhum método hermenêutico, pois não acreditava na participação de outro elemento fora do âmbito jurídico, tal como a evolução da sociedade, ou o espírito do povo, para auxiliar na interpretação. (MAGALHÃES FILHO, 2001, p.54-56).

Com as primeiras constituições liberais, oriundas das revoluções burguesas que derrubaram as estruturas do Estado Absolutista, ainda não havia uma abertura constitucional que englobasse os interesses sociais. Limitaram-se a introduzir nos seus textos o núcleo material mais resumido, como a forma e organização do Estado, divisão de competências e liberdades fundamentais.

Nesse período inicial, a Constituição era interpretada de forma limitada, com base principalmente nos métodos e técnicas da hermenêutica clássica, como destaca Paulo Bonavides (2011, p. 464-465):

A Constituição considerada assim lei ou tomada na sua acepção jurídica predisponha os juristas pois a interpretá-la como qualquer outra lei, sendo esse estado de ânimo bastante expressivo da profunda e ilimitada confiança depositada na obra racional dos constituintes e nos fundamentos sobre os quais repousava a sociedade. Não sondava o intérprete o campo das forças extraconstitucionais porque esse campo não existia no sentido que tomou com a sociedade industrial, a sociedade de massas. De modo que toda a sua tarefa de percepção do sentido da norma se movia no interior da própria norma, bem como de uma exegese que, ainda alargada às possibilidades derradeiras, resultantes do emprego conjugado dos elementos

interpretativos clássicos, enunciados por Savigny, não excedia a esfera positiva da Constituição.

Entretanto, a evolução social não suporta por muito tempo esse distanciamento entre a Constituição e as lutas da sociedade, o que faz com que pouco a pouco, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social ela agregue em seu texto os mais diversos princípios e regras atinentes aos mais diversos setores sociais, fazendo-se necessária uma hermenêutica mais moderna, apta a conciliar a realidade social mutante e o texto constitucional.

Uma das grandes modificações apontada pela doutrina a partir do chamado pós-positivismo é o reconhecimento do caráter normativo dos princípios constitucionais, conforme destaca Marcelo Novelino (2011, p.203):

A preocupação com o conteúdo justo das normas jurídicas e, notadamente, com os direitos humanos, fez com que a ciência do Direito fosse repensada após o fim da Segunda Grande Guerra, dando início ao desenvolvimento de uma nova dogmática com o objetivo de promover uma reaproximação entre o direito e a moral, o retorno dos valores ao direito e o reconhecimento do caráter normativo dos princípios consagrados nos textos constitucionais: o *pós-positivismo*.(grifo original).

Com a ampliação da matéria constitucional, incorporando diversos princípios, bem como a constatação do caráter normativo dos mesmos, o intérprete constitucional que antes se limitava aos métodos tradicionais da hermenêutica, voltada para interpretação de regras, passa a necessitar de uma nova forma de solucionar conflitos, haja vista a distinção entre princípios e regras.

Como diferenças entre princípios e regras podemos citar que os princípios possuem maior grau de abstração do que as regras, além disso, os princípios estabelecem de forma genérica valores a serem realizados, enquanto que as regras são mais específicas. Quanto à aplicação, as regras são aplicadas a um fato com exclusão das outras, já no caso dos princípios deve haver uma harmonização, um sopesamento diante do fato concreto. Sendo assim, a regra carece de interpretação, enquanto o princípio, de concretização. (MAGALHÃES FILHO, 2001, p.68-70).

Com essas diferenças fica mais clara a impossibilidade da utilização, sozinha, da hermenêutica clássica para a interpretação da norma constitucional, principalmente nos processos mais complexos, relativos a grandes questões sociais, como assim dispõe Paulo Bonavides (2011, p. 494):

Os métodos clássicos de interpretação, os quais formulou Savigny, sempre tiveram grande voga na jurisprudência dos séculos XIX e XX. Toda a velha metodologia está porém debaixo de pressões renovadoras. Em nenhum ramo do direito sua influência se fez tão patente do que no Direito Constitucional. De origem civilista, os métodos clássicos tinham já dificuldades em acomodar-se ao seu objeto – a Constituição – que, sobre a dimensão jurídica, comporta uma outra lata, de natureza

política, entretecida de valores – o que fazia deveras precário o emprego da hermenêutica tradicional.

Dentro das perspectivas modernas da hermenêutica constitucional, alguns autores e teorias se destacam, formando uma nova hermenêutica voltada para a aplicação de princípios, a qual é de grande importância para se compreender a evolução relativa à interpretação do mandado de injunção no nosso ordenamento jurídico.

2.2 A nova hermenêutica constitucional, seus métodos e princípios decorrentes

Como dito anteriormente, as primeiras Constituições, advindas das revoluções burguesas, eram interpretadas ainda sob a idéia de um sistema fechado, carente de valores, visto que nelas constavam apenas os elementos mais necessários de um Estado, levando essas interpretações em consideração apenas os métodos e técnicas da hermenêutica tradicional.

Com a evolução do Estado Liberal para um estado mais intervencionista, o chamado Estado Social, o conteúdo constitucional foi ampliado, passando a adotar uma série de demandas das mais diversas camadas sociais, o que fez com que a velha hermenêutica desse lugar a uma hermenêutica constitucional que leva em consideração a amplitude da constituição e que busca sempre uma modernização do texto constitucional reavaliado no caso concreto.

2.2.1 Métodos

Como principais métodos criados a partir do surgimento de uma nova hermenêutica constitucional, podemos citar os métodos tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual e normativo-estruturante.

Quanto ao método tópico-problemático, seu principal expoente é Viehweg, o qual retomou a tópica de Aristóteles e adequou-a à interpretação constitucional. Paulo Bonavides (2011, p.488-490) dispõe que:

Com a tópica inaugurou-se para a hermenêutica contemporânea uma direção indubitavelmente renovadora.

[...]

'O pensamento jurídico é tópico' – foi o lema do novo combate que iria refazer toda a discussão sobre a metodologia contemporânea do direito.

A tópica seria renovadora na medida em que buscaria pensar o problema e solucioná-lo, partindo de pontos de vista, desenvolvendo-os por meio de uma argumentação para se chegar ao resultado mais justo aplicável ao caso concreto. (BONAVIDES, 2011, p. 490-491).

Já o método hermenêutico-concretizador, decorrente do método tópico, segundo Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p.163) parte da ideia de que:

[...] a leitura de qualquer texto normativo, inclusive do texto constitucional, começa pela *pré-compreensão* do intérprete/aplicador, a quem compete *concretizar* a norma a partir de uma dada situação histórica, que outra coisa não é senão o ambiente em que o problema é posto ao seu exame, para que ele o resolva *à luz da Constituição* e não segundo critérios pessoais de justiça.

Dessarte, embora prestigiando o procedimento tópico orientado ao problema, os adeptos ao método hermenêutico-concretizador procuram ancorar a interpretação *no próprio texto constitucional* – como limite da concretização – mas sem perder de vista a realidade que ela intenta regular e que, afinal lhe esclarece o sentido[...]. (grifo original).

Sobre esse método, dispõe Paulo Bonavides (2011, p. 481) nas seguintes palavras:

O método concretista considera a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição. De modo que o teor da norma, segundo Hesse, só se completa no ato interpretativo. A concretização, acrescenta o mesmo publicista, pressupõe uma 'compreensão' do conteúdo da norma que se interpreta, sendo relevante na operação interpretativa o vínculo que prende a 'compreensão previa' do intérprete ao problema cuja solução se busca.

Partindo assim do pressuposto de que a norma só se completa diante do problema, podemos dizer também que ela renova sua interpretação na medida que novos problemas vão surgindo, ocorrendo, assim, uma auto-renovação da Constituição frente às mudanças sociais.

Quanto a esse método Pedro Lenza (2008, p.70-71) o diferencia do método tópico-problemático afirmando que: “Diferente do método tópico-problemático, que parte do caso concreto para a norma, o método hermenêutico-concretizador parte da Constituição para o problema [...]”.

Outro método da chamada nova hermenêutica é o científico-espiritual. Esse método parte da ideia de Constituição como um instrumento de integração jurídica, política e social e busca estabelecer interpretações que considerem a Constituição não como um sistema normativo estático, e sim constantemente renovador, como percebemos nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010; p.166):

A essa luz, portanto, em que aparece como instrumento ordenador da totalidade da vida do Estado, do seu processo de integração e, também, da própria dinâmica social, a Constituição não apenas permite, como igualmente exige, uma interpretação extensiva e flexível, em larga medida diferente das outras formas de interpretação jurídica, sem necessidade de que seu texto contenha qualquer ordenação nesse sentido.

Pelo contrário, é da natureza das constituições abarcarem os seus objetos de um modo simplesmente esquemático, deixando livre o caminho para que a própria experiência vá operando a integração dos variados impulsos e motivações sociais, de

que se nutrem tanto a dinâmica política quanto a especificamente constitucional. Daí se caracterizarem os enunciados constitucionais - nisso bem diferentes dos enunciados legais - precisamente pela sua elasticidade e capacidade de autotransformação, de regeneração e de preenchimento das próprias lacunas.

Há ainda o método normativo-estruturante, o qual tem como principal expoente Friedrich Müller, o qual parte da idéia de que a norma é muito mais do que o texto, como bem destaca Paulo Bonavides (2011, p.499):

Compreende ele a norma jurídica como algo mais que o texto de uma regra normativa. De sorte que a interpretação ou concretização de uma norma transcende a interpretação do texto, ao contrário portanto do que acontece com os processos hermenêuticos tradicionais no campo jurídico.

Partindo dessa ideia de uma norma vista de forma mais ampla que o texto legal, a interpretação, que é concretização também, deverá levar em consideração esses elementos externos, como assim destaca Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 167-168):

Dessa forma, na tarefa de *concretizar* a Constituição - porque, nesse domínio, pela estrutura aberta e indeterminada dos preceitos constitucionais, a interpretação, retrospectiva, cedeu lugar à prospectiva *concretização* -, o aplicador do direito, para fazer justiça à complexidade e magnitude da sua tarefa, deverá considerar não apenas os elementos resultantes da interpretação do *programa* normativo, que é expresso pelo texto da norma, mas também aqueles que decorram da investigação do seu *âmbito* normativo, elementos que também pertencem à norma, e com igual hierarquia, enquanto representam o pedaço da realidade social que o programa normativo "escolheu" ou, em parte, criou para si, como espaço de regulação. Em síntese, no dizer de Müller, o teor literal de qualquer prescrição de direito positivo é apenas a 'ponta do iceberg'; todo o resto, talvez a parte mais significativa, que o intérprete-aplicador deve levar em conta para *realizar* o direito, esse âmbito de incidência é constituído pela *situação normada*, na feliz expressão de Miguel Reale. (grifo original)

Mesmo não tendo esse método a perspectiva de completude do texto da norma, este não é desvalorizado, tendo seu papel fundamental como direção e limite da concretização possível (BONAVIDES, 2011, p. 507).

Diante dos métodos apresentados, percebemos que a nova hermenêutica acompanha um momento histórico de superação da concepção positivista de sistema fechado e abriu espaço para interpretações mais próximas da realidade concreta, mais próximas do dia a dia da sociedade. Outra decorrência direta dessa nova concepção interpretativa é uma valorização da atividade dos responsáveis pela interpretação das normas constitucionais, pois, se partirmos da ideia de que a norma constitucional, em algumas situações, não tem uma forma completa e acabada, necessitará esta da atividade do intérprete para definir seus contornos diante do caso concreto.

A doutrina adverte, porém que, diante desses novos métodos que tratam a Constituição com uma maior abertura interpretativa, corremos também riscos, seja de uma arbitrariedade por parte do intérprete, mascarada no argumento de indefinição da norma, ou de uma valorização demasiada dos elementos sociais, crítica essa feita por Paulo Bonavides (2011, p. 483 - 484):

Mas a interpretação, quando excede os limites razoáveis em que há de conter, quando cria ou 'inventa' *contra legem*, posto que aparentemente ainda aí à sombra da lei, é perniciosa, assim à garantia como à certeza das instituições. Faz-se mister, por conseguinte, ponderar gravemente nas consequências que advêm de um irrefletido alargamento do raio de interpretação constitucional, como a observação tornou patente desde que se introduziram métodos desconhecidos na hermenêutica das constituições.

[...]

Acontece porém que a moderna metodologia de interpretação da Constituição ampliou demasiadamente a importância do fator político ao ocupar-se da matéria social, empobrecendo assim a consciência jurídica da Constituição normativa ou conduzindo-a a um estado de crise e carência que se avizinha da desintegração.

O mesmo autor, porém, reconhece que, muito embora os novos métodos da hermenêutica constitucional tragam prejuízos ao aspecto jurídico da constituição, eles são necessários sobretudo naqueles países que não resolveram seus principais problemas sociais, como o caso do Brasil, conforme segue:

Não se deve contudo perder de vista que os modernos métodos interpretativos compõem uma metodologia de crise, são métodos por excelência afeiçoados a um constitucionalismo periclitante, métodos para os dias turvos de mudança e transição, que aguardam ainda a conciliação da legitimidade hegemônica com a legalidade em declínio ou recuo, às vésperas de uma eventual substituição.

Não é possível todavia dispensar os préstimos dessa metodologia, nomeadamente naqueles países onde a democracia não resolveu ainda a questão social. Do contrário a plenitude da velha hermenêutica faria estremecer os fundamentos da ordem social, cuja correnteza desce vertiginosa para um leito que ainda não se acha de todo definido ou escavado.

A interpretação das Constituições tem um sentido nos países desenvolvidos, possuindo outro, porém, inteiramente distinto nos países subdesenvolvidos ou em fase de desenvolvimento. É nestes que os nascentes métodos aplicados no século XX exercem sua máxima função estabilizadora com relação aos sistemas políticos, fazendo exequível a possibilidade de o Estado Social compadecer-se com o Estado de Direito num regime de equilíbrio, cuja firmeza relativa se mede por graus. (BONAVIDES, 2011, p. 486-487).

Dessa forma, conclui-se que os novos métodos da hermenêutica constitucional são importantes mecanismos para uma adequação do texto constitucional com a realidade que muda a cada instante, atualizando seu conteúdo às novas perspectivas da sociedade em um esforço constante de manutenção da própria constituição.

2.2.2 Princípios

Tão importantes quanto os métodos elencados são os princípios de interpretação das normas constitucionais que surgiram a partir dessa abertura hermenêutica.

Pelo princípio da unidade da Constituição o intérprete deve analisar as normas constitucionais de forma que não haja contradição entre as mesma, uma vez que ambas tem o mesmo valor dentro do sistema jurídico (CANOTILHO, 1993, p. 226).

O princípio do efeito integrador é aquele pelo qual, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 227): “[...] na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.”.

Outro princípio destacado pelo constitucionalista português, com grande relevância para o nosso trabalho, é o princípio da máxima efetividade, pelo qual a toda e qualquer norma constitucional deve ser dada interpretação que lhe confira a máxima efetividade, principalmente às normas atinentes aos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 1993, p.227).

O princípio da justeza ou da conformidade funcional é aquele pelo qual na atividade do intérprete este não pode ultrapassar o esquema organizatório-funcional estabelecido no texto constitucional, sendo vedado ao mesmo ultrapassar a repartição de funções estabelecida. (CANOTILHO, 1993, p. 227).

Pelo princípio da concordância prática ou da harmonização, José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p.228) dispõe que:

Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

[...]

Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.

Pelo princípio da força normativa da Constituição, o intérprete deverá buscar na sua atividade a atualização interpretativa do texto normativo, adequando-o às mudanças sociais, garantindo assim sua eficácia e permanência. (CANOTILHO, 1993, p.229).

Por ultimo, O princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição é aquele pelo qual dentre os vários significados advindos de um texto legal deve-se aplicar

aquele que se adequa com Constituição, sem contudo ultrapassar a literalidade do texto, ou nas palavras de Alexandre de Moraes (2012, p. 798-799):

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de norma com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente *conformidade com as normas constitucionais*, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.

[...]

Portanto, não terá cabimento a *interpretação conforme a Constituição* quanto contrariar texto expresso da lei [...].

Cabe ainda destacar a importância do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade o qual deve ser aplicado paralelamente ao uso de qualquer dos princípios elencados buscando sempre a solução mais justa.

Dentro do tema do presente trabalho, os princípios da força normativa da Constituição e, principalmente, o princípio da máxima efetividade fundamentam uma decisão no mandado de injunção que supere a ausência normativa e regule o caso concreto, pois, decidindo de outra forma, o mandado de injunção não cumpriria seu papel de garantia constitucional, vez que não protegeria os indivíduos contra a falta de regulamentação, deixando também sem eficácia as normas constitucionais que necessitam dessa regulamentação.

2.3 O atual papel do Poder Judiciário na concretização da Constituição

Como destacado nos tópicos acima, as primeiras constituições após as revoluções burguesas foram marcadas pela ausência do conteúdo valorativo presente nas cartas constitucionais que surgiram após a decadência do modelo de estado dito liberal. Havia inicialmente uma grande restrição à atividade do intérprete constitucional, o qual foi ganhando cada vez mais espaço com a ampliação da matéria constitucional e com a incorporação às constituições dos frutos das demandas sociais.

Uma das conseqüências claras dessa evolução foi a ampliação dos temas levados aos Tribunais Constitucionais ou Cortes Constitucionais, vez que, se o conteúdo da constituição é ampliado englobando as principais conquistas sociais, naturalmente uma das conseqüências disso é o aumento das demandas que envolvam matéria constitucional. Dessa forma, o órgão responsável pela definição interpretativa do conteúdo da norma constitucional passará ser o responsável por definir, em último grau, o conteúdo dessas normas.

Com isso, surgem conceitos na doutrina e na jurisprudência como judicialização da política e ativismo judicial, os quais passaremos a analisar.

O Ministro Luis Roberto Barroso (2011, p.360) apresenta como conceito de judicialização:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (grifo original).

Para ele há várias causas para esse fenômeno. A primeira seria o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente como elemento essencial para as democracias modernas. A segunda causa seria uma crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral, que gera uma desilusão com a política majoritária. Uma terceira causa seria o fato de que alguns atores políticos preferem ficar de fora de questões que possam gerar desgaste, deixando ao Judiciário esse papel de cuidar de assuntos polêmicos. Referido autor destaca ainda, especificamente em relação ao Brasil, dois fatores importantes para a judicialização: o modelo de constituição analítica e sistema de controle de constitucionalidade, que comporta várias possibilidades de discussão da matéria constitucional, com amplo direito de propositura. (BARROSO, 2011, p.361-362).

O ativismo judicial, por sua vez, não se confunde com a judicialização, muito embora façam parte de um contexto comum de busca por uma maior efetividade das normas constitucionais. Luis Roberto Barroso, em artigo sobre o tema, assim dispôs:

A Judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um dodo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre as classes política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Sobre essa nova dimensão do Poder Judiciário, mais participativo nas decisões políticas dispõe Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p.604-605):

Assim, alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição.

Apesar de que, muitas vezes, é tarefa demasiado complicada precisar os limites que separam uma questão política de outra de natureza jurídica ou não política, tal fato não deve servir de subterfúgio para que o Poder Judiciário se abstenha do cumprimento de seu dever constitucional na defesa dos direitos fundamentais.

Mantendo essa postura, o Supremo Tribunal Federal, na última década, tem atuado ativamente no tocante ao controle judicial das questões políticas nas quais observa violação à Constituição. Os diversos casos levados recentemente ao Tribunal envolvendo atos das Comissões Parlamentares de Inquérito corroboram essa afirmação. No julgamento do MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, deixou o STF assentado o entendimento segundo o qual 'os atos das Comissões Parlamentares de Inquérito são passíveis de controle jurisdicional, sempre que, de seu eventual exercício abusivo, derivarem injustas lesões ao regime das liberdades públicas e à integridade dos direitos e garantias individuais'.

Tais constatações doutrinárias quanto à evolução da temática pertinente à ampliação das matérias levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, bem como da evolução do perfil das decisões judiciais relativas a matérias de maior impacto na sociedade encontram diversos exemplos nas decisões atuais do Supremo Tribunal Federal, como destaca Luis Roberto Barroso (2011, p.362-363):

Como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal. A enunciação que se segue, meramente exemplificativa, serve como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3.105-DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3.367-DF); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510-DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82.424-RS — caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91.952-SP e Súmula Vinculante n. 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388-RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3.330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12-DF e Súmula 13); (x) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130-DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1.085-Itália e MS 27.875-DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101-DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3.937-SP). Merece destaque a realização de diversas audiências públicas, perante o STF, para debater a questão da judicialização de prestações de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS).

Muito embora não conste no rol de decisões elaborado pelo ilustre doutrinador e Ministro na transcrição acima, o julgamento dos mandados de injunção nº 670, 708, 712 e 721 refletem perfeitamente esse aspecto do atual momento da jurisdição constitucional, voltada

para uma interpretação mais efetiva da Constituição, superando a inércia do legislador naquilo para garantir a concretização dos direitos previstos na Constituição Federal.

Tal mudança de atitude do Poder Judiciário não deixa de ser questionada, principalmente pelos integrantes do Poder Legislativo e do Poder Executivo, os quais, na maioria das vezes, argumentam em seu favor o princípio da separação dos poderes disposto na Constituição Federal.

Conforme demonstraremos no tópico a seguir, a própria noção de separação dos poderes passa por evoluções, traduzindo-se atualmente em complexa divisão de funções, buscando o equilíbrio e tentando impedir justamente uma rigidez que engesse a evolução social ou que sirva de escudo para aqueles que teimam em descumprir os comandos constitucionais.

2.4 A evolução do princípio da separação dos poderes e as novas perspectivas do Poder Judiciário

Como foi visto, com a ampliação da matéria constitucional, agregando valores sociais dos mais diversos segmentos, surgiu uma nova forma de interpretar as normas constitucionais, valorizando sua estrutura aberta e atualizando a Constituição diante do caso concreto. Dessa forma, com a falta de completude do texto normativo, foi ampliada a responsabilidade do Judiciário, tendo em vista que cabe a este, diante da demanda, determinar e atualizar o sentido dos termos dispostos na norma e não mais aplicá-la de forma mecânica, levando em conta apenas seus aspectos textuais, como era feito nos primórdios do constitucionalismo.

Com essa nova perspectiva surgiu o questionamento quanto a possibilidade de, agindo assim de forma mais atuante estar o Judiciário usurpando funções típicas do Legislativo ou do Executivo. Diante dessa questão, faz-se necessário entender o princípio da separação dos poderes, suas origens e a sua abordagem atual.

Michel Temer (2006, p. 119-120) dispõe que: “Não há *Estado* sem *poder*. Este é emanção da soberania. É nota tipificadora do Estado. É de sua atuação que surgem as normas organizadoras do Estado: trata-se do conjunto de preceitos imperativos incidentes sobre certos seres fixados em determinado território”. (grifo original).

Desde a antiguidade se discute a forma de o Estado dispor desse poder, tendo em Aristóteles a primeira manifestação acerca da separação dos poderes, como destaca Dalmo de Abreu Dallari (2007, p. 217-218):

O antecedente mais remoto da separação dos poderes encontra-se em Aristóteles, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática de que um só homem previsse tudo que nem a lei pode especificar.

Após Aristóteles, em 1324, Marcílio de Pádua estabelece a distinção entre Poder Legislativo e Poder Executivo, no qual este seria exercido pelo Príncipe, e aquele seria exercido pelo povo. No século XVI, na França, já havia três poderes distintos: o Legislativo, exercido pelo parlamento, o Executivo, exercido pelo rei, e um Judiciário independente. Entretanto, a primeira sistematização da separação dos poderes surge somente no século XVII, com Locke, baseado no Estado Inglês. Locke concebia a existência, no Estado, de quatro funções, divididas em dois órgãos. A função legislativa era exercida pelo parlamento, a função executiva era exercida pelo rei, o qual exercia ainda a função federativa, a qual era voltada para assuntos externos, e a função chamada prerrogativa, pela qual o rei poderia realizar o bem público, sem se submeter às regras. (DALLARI, 2007, p. 218).

Com Montesquieu a teoria da separação ganha novos contornos, como demonstra Dalmo de Abreu Dallari (2007, p. 219):

Finalmente, com Montesquieu, a teoria da separação dos poderes já é concebida como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições. Em sua obra *'De L'Espirít des Lois'*, aparecida em 1748, Montesquieu afirma a existência de funções intrinsecamente diversas e inconfundíveis, mesmo quando confiadas a um só órgão. Em sua opinião, o normal seria a existência de um órgão próprio para cada função, considerando indispensável que o Estado se organizasse em três poderes, pois 'Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes'. O ponto obscuro da teoria de Montesquieu é a indicação das atribuições de cada um dos poderes. Com efeito, ao lado do poder legislativo coloca um poder executivo 'das coisas que dependem do direito das gentes' e outro poder executivo 'das coisas que dependem do direito civil'. Entretanto, ao explicar com mais minúcias as atribuições deste último, diz que por ele o Estado 'pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos'. E acrescenta: 'chamaremos a este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado'. O que se verifica é que Montesquieu, já adotando a orientação que seria consagrada pelo liberalismo, não dá ao Estado qualquer atribuição interna, a não ser o poder de julgar e punir. Assim, as leis elaboradas pelo legislativo, deveriam ser cumpridas pelos indivíduos, e só haveria interferência do executivo para punir quem não as cumprisse. (grifo original).

Em seguida, O princípio da separação dos poderes constou na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776 e ainda com mais vigor na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, com o intuito de enfraquecer o poder do Estado para resguardar a liberdade dos indivíduos. (DALLARI, 2007, p. 219-220).

José Afonso da Silva (2010, p.109) traz a evolução histórica resumidamente nos seguintes termos:

O princípio da separação dos poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação dos poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.9.1787. Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é.

A burguesia realizou suas revoluções que derrubaram o Estado Absolutista, o qual pelo seu intervencionismo prejudicava os interesses daquela classe social em ascensão que, para assegurar suas conquistas, adotou o princípio da separação dos poderes como dogma central contra o poder ilimitado e concentrado.

Sobre o fortalecimento da burguesia e as limitações do Estado Absolutista, Paulo Bonavides (2006, p. 146) dispõe que:

A empresa capitalista, com a burguesia economicamente vitoriosa dispensava os reis, nomeadamente os monarcas da versão autocrática. O rei era o Estado. O estado, intervencionista. O intervencionismo fora um bem e uma necessidade, mas de súbito aparecerá trasfeito num fantasma que o príncipe em delírio de absolutismo poderia improvisamente soltar, enfreado o desenvolvimento de uma economia já consolidada, de um sistema, como o da economia capitalista, que, àquela altura, antes de mais nada demandava o máximo de liberdade para alcançar o máximo de expansão; demandava portanto menos o paternalismo de um poder obsequioso mas cioso de suas prerrogativas de mando, do que a garantia impessoal da lei, em cuja formação participasse ativa e criadoramente.

Sendo assim, percebe-se que para a burguesia fazer valer seus interesses era preferível o estabelecimento de um Estado de Direito, no qual o respeito à lei é fator primordial e a atuação do Estado é estabelecida pela própria lei, evitando-se assim os abusos daquele que está no poder. Tendo assim, com o estabelecimento dessa necessidade de limitação do poder, crescido demasiadamente a relevância do princípio da separação dos poderes, chegando-se ao exagero em alguns casos.

Além da questão da limitação do poder para combater os abusos que pudessem ser cometidos, o princípio da separação dos poderes apresentou, posteriormente, uma segunda finalidade, como destaca Dalmo de Abreu Dallari (2007, p. 216):

Proposta essa idéia de maneira sistemática no século XVIII, com o fim exclusivo de proteção da liberdade, mais tarde seria desenvolvida e adaptada a novas concepções, pretendendo-se então que a separação dos poderes tivesse também o objetivo de aumentar a eficiência do Estado, pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados. Esta última idéia, na verdade, só apareceu no final do século XIX, quando já se havia convertido em dogma a doutrina da separação dos poderes, como um artifício eficaz e necessário para evitar a formação de governos absolutos.

Passados esses elementos históricos principais, cabe apresentar um conceito geral do que seria o princípio da separação dos poderes, nas palavras de Vicente Paulo (2007, p. 88):

A separação de Poderes consiste em atribuir cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, respectivamente). Contrapõe-se à ideia de concentração de poderes, quando as funções são exercidas por um órgão apenas.

Alerta a doutrina para a impropriedade do termo “separação de poderes”, pois, na verdade, deveríamos falar em separação de funções, como dispõe Michel Temer (2006, p. 120): “Equivocam-se os que utilizam a expressão ‘tripartição dos poderes’. É que o poder é uma unidade. Como já vimos, é atributo do Estado. A distinção é entre os órgãos desempenhadores de *funções*”.

No Brasil, sobre a positivação do princípio da separação dos poderes nas Constituições brasileiras Paulo Bonavides (2006, p.154) descreve que:

O Brasil, ao decidir-se pela forma republicana de governo, aderiu ao princípio da separação dos poderes na melhor tradição francesa – a de Montesquieu – com explicitação formal. O Império se abraçara porém a uma separação inspirada em Benjamim Constant, onde os poderes são quatro ao invés de três, conforme veremos noutro lugar.

A Constituição republicana de 1891 dispunha no artigo 15: ‘São órgãos da soberania nacional o poder legislativo, o executivo e o judiciário, harmônicos e independentes’.

A Constituição de 16 de julho 1934 manteve o princípio nos seguintes termos: ‘Art. 30. São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si’.

A Constituição de 18 de setembro de 1964 não se afasta da tradição republicana: ‘Art. 36. São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.’

O artigo 60 da Constituição de 24 de janeiro de 1967 reproduz o princípio: ‘São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário’

A Constituição de 5 de outubro de 1988 tem redação quase idêntica: ‘Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário’.

Percebe-se que o Brasil sempre teve a preocupação de explicitar a adoção desse princípio, o qual consta na nossa atual Constituição como cláusula pétrea, conforme consta no artigo 60, §4º, III da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, sem desconsiderar a importância de estabelecer esse princípio no texto constitucional e o papel que o mesmo desempenha, garantindo a liberdade dos indivíduos contra os abusos do poder, é importante destacar também que tal princípio, ante as aberturas interpretativas que vêm se consolidando e as mudanças sociais ocorridas, tem sido analisado de forma menos rígida, em forma de sistema de freios e contrapesos, com observamos nas palavras de Vicente Paulo (2007, p. 89):

Em face dessas peculiaridades, é que temos, na relação entre os Poderes, a aplicação do denominado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Esse mecanismo é o garantidor do equilíbrio e da harmonia entre os Poderes, por meio do estabelecimento de controles recíprocos, isto é, interferências legítimas de

um Poder sobre o outro, constitucionalmente admitidas. Visa tal postulado ao estabelecimento de um sistema de controles recíprocos entre os três Poderes, de forma a propiciar um equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro. (grifo original).

A própria Constituição atual traz em seu texto exceções a esse princípio que demonstram nitidamente a realização de outras funções além das peculiares de cada poder, como demonstra José Afonso da Silva (2010, p. 110):

De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Se ao Legislativo cabe a edição de *normas* gerais e impessoais, estabelece-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalançada pela possibilidade que o Congresso tem de modificá-lo o projeto por via de emendas e até de rejeitá-lo. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderá rejeitar o veto, e, pelo Presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo previsto (art. 66).

Se o Presidente da República não pode interferir nos trabalhos legislativos, para obter aprovação rápida de seus projetos, é-lhe, porém, facultado marcar prazo para sua apreciação, nos termos dos parágrafos do artigo 64.

Se os Tribunais não podem influir no Legislativo, são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando neste caso.

O Presidente da República não interfere na função jurisdicional, em compensação os ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, sob controle do Senado Federal, a quem cabe aprovar o nome escolhido (art. 52, III, a).

Além dessas exceções constitucionalmente previstas, a doutrina, conforme já destacado, vem ampliando as possibilidades de atuação do Judiciário, reconhecendo ao mesmo uma maior amplitude na sua atuação, podendo este tomar decisões mais efetivas, com a finalidade de defender a força normativa da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico. O ativismo judicial, como já destacamos, cresce na medida em que os demais poderes permanecem sem regulamentar matérias de alta importância e a sociedade, cada vez mais consciente de seus direitos, recorre ao Judiciário cobrando deste a missão de defender a Constituição. Nesse aspecto destaca Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 112) que:

Nesse contexto de *ativismo judicial*, alguns juristas mais enfáticos chegam a anunciar, entre nós, um sensível deslocamento do centro das decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo – por eles reputados inertes -, em direção ao Poder Judiciário, porque acreditam que a *nova magistratura* estaria disposta a resgatar as promessas de emancipação social inseridas na Constituição de 1988. (grifo original).

É perfeitamente legítima, neste sentido, essa atuação do Judiciário, dando novos contornos interpretativos às normas constitucionais e ultrapassando a inércia do legislador, uma vez que decorre do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal o dever de o mesmo prestar uma tutela jurisdicional efetiva quando demandado; ou o artigo 102 do mesmo diploma legal, pelo qual “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição[...]”; ou também o princípio do Estado Democrático de Direito, cuja consequência, entre outras é a defesa e eficácia dos direitos e garantias fundamentais; também o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais; ou ainda normas infraconstitucionais, como o artigo 126 do Código de Processo Civil, pelo qual o Juiz não pode deixar de julgar alegando lacuna ou obscuridade na lei; ou o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual determina a atuação do Juiz diante da omissão legislativa.

Dentro dessa necessidade de atuação diferenciada do Judiciário, o princípio da separação dos poderes não pode ser visto como um limitador para a atuação do mesmo, pois o que este está fazendo não é mais do que manter o equilíbrio da ordem jurídica, evitando que a inefetividade das normas constitucionais não regulamentadas, em caso de omissão legislativa, cause o desprestígio da Constituição e, futuramente, a necessidade de substituí-la.

Nesse aspecto, cabe ao Judiciário realizar novas leituras do texto constitucional, com a finalidade de adequá-lo às realidades sociais, efetuando as chamadas mutações constitucionais, conforme se vê nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 115-116):

Em sede de interpretação constitucional, essas novas leituras denominam-se *mutações constitucionais*, expressão que Anna Cândida Cunha Ferraz utiliza para designar exclusivamente os processos informais que, sem contrariar a Constituição, alterem ou modifiquem o sentido, o significado ou o alcance de suas normas [...]. (grifo original).

É partindo, então dessas constatações que se consegue entender como a ponderação entre a garantia constitucional do mandado de injunção, com o dever do Judiciário de proteger os cidadão contra lesões ou ameaças a direitos, e com o princípio da separação dos poderes evoluiu de uma interpretação que limitava o Judiciário a informar a mora ao legislador, para uma interpretação que permite que o Judiciário, atuando de forma mais ativa, supere a ausência da norma aplicando a saída que entender mais eficaz. Dentro dessa perspectiva, em recente julgado o Ministro Marco Aurélio, relator do MI 721, julgado parcialmente procedente por unanimidade, em seu voto, dispôs que:

É hora de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia

entre os poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, ao cidadão.

É de fato esse o posicionamento que deve prevalecer no Supremo Tribunal Federal quanto ao papel do Judiciário no julgamento do mandado de injunção, o qual vem sendo adotado em diversas ocasiões, conforme declinaremos no capítulo próximo.

Agindo como está o Poder Judiciário, buscando a efetividade da Constituição e respeitando os limites interpretativos do texto constitucional, harmoniza-se a segurança jurídica, o princípio da separação dos poderes, a garantia constitucional do mandado de injunção, o dever do Judiciário de solucionar as demandas postas a sua apreciação e a necessária readequação constante do texto constitucional com a realidade social.

Corroborando com esse entendimento a lição de Alexandre de Moraes (2012, p.190) sobre o princípio da separação dos poderes e as novas perspectivas do mandado de injunção, conforme segue:

Dessa forma, plenamente conciliável o art. 5º, LXXI (conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania) e o art. 5º, XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito), com o art. 2º (são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário), todos da Constituição Federal, pois o Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, deverá evitar a ameaça ou a lesão a direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, decorrentes da omissão do Poder competente, declarando a existência de omissão e permitindo que o prejudicado usufrua da norma constitucional, nos moldes previstos na decisão, enquanto não for colmatada a lacuna legislativa ou administrativa.

Da mesma forma, Luís Roberto Barroso (2011, p.173) afasta a lesão ao princípio da separação dos poderes em relação à efetividade do mandado de injunção e defende a legitimidade dessa atuação proativa do Poder Judiciário:

Ainda em relação ao tema, cabe uma última observação acerca da legitimidade do estabelecimento judicial de um regramento temporário nos casos de omissão legislativa. Tal possibilidade não deve ser vista como violação à separação dos Poderes, por pelo menos dois motivos. Em primeiro lugar, pelo fato de a própria Constituição ter instituído o mandado de injunção para controle das omissões inconstitucionais, sendo certo que doutrina já defendia que o efeito normal da decisão deveria ser o suprimento da omissão. A atribuição de eficácia geral à disciplina temporária assim instituída confere racionalidade ao sistema e tutela a isonomia evitando que situações semelhantes recebam tratamentos distintos por motivos diversos. Em segundo lugar, veja-se que os poderes constituídos em geral, incluindo o legislador, estão submetidos à Constituição. No caso, o principal fator de legitimação da atuação do Judiciário é a omissão de outro Poder, que tinha como efeito a paralisação da eficácia de normas constitucionais. O provimento do mandado de injunção serve justamente para evitar a eternização dessa situação de desrespeito à força normativa da Constituição. Finalmente, veja-se que a adoção de

um regime temporário não impede a atuação superveniente do Poder omissivo, que pode abandonar a inércia e dar ao tema tratamento específico, afastando o regime que haja sido instituído pelo Judiciário.

Abordaremos em seguida as concepções sobre os efeitos do mandado de injunção e a evolução do mesmo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual, como dito, assumiu uma postura de ativismo judicial quanto ao tema, dando maior efetividade ao mandado de injunção.

3 A EVOLUÇÃO DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A DECISÃO NO MANDADO DE INJUNÇÃO

Já se sabe que o mandado de injunção é um instrumento inédito no ordenamento jurídico brasileiro, criado na Constituição Federal de 1988 para, juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, combater a inércia do legislador, a qual foi constatada nas diversas Constituições anteriores.

Sabe-se também que, apesar de sua grande relevância para a efetividade dos direitos e garantias constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, ao mandado de injunção foi inicialmente dado efeito semelhante ao decorrente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, qual seja o de apenas declarar inconstitucional a omissão e informá-la ao legislador, sob o principal argumento de que o Supremo Tribunal Federal não poderia avançar nesse ponto em respeito ao princípio da separação dos poderes, consagrado no artigo segundo da Constituição Federal de 1988.

Apesar dessa relutância inicial do Supremo em dar efetividade ao mandado de injunção, com a permanente falta de regulamentação de normas constitucionais de alta relevância, mesmo após vários anos da promulgação da mesma, o Tribunal, valendo-se da nova hermenêutica surgida a partir da segunda metade do século vinte, a qual foi pouco a pouco ganhando adesão da doutrina, e com a pressão da sociedade clamando por uma maior efetividade da Constituição, os efeitos do mandado de injunção foram modificados nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Sendo assim, desde o mandado de injunção 107-3, até os julgamentos mais atuais, grande foi a mudança na interpretação dada quanto aos efeitos dessa garantia constitucional, adotando-se inicialmente a posição não concretista, e, em poucas ocasiões, a concretista individual intermediária, concretista individual direta e concretista geral, conforme abordaremos na sequência.

3.1 Posição não concretista

Inicialmente, muitas controvérsias surgiram quanto ao mandado de injunção por conta da falta de elementos primordiais no texto constitucional relativo a essa garantia. Não se tinha ainda um consenso quanto a sua auto-aplicação, seu procedimento, finalidade ou efeitos.

Em questão de ordem levantada pelo Ministro José Carlos Moreira Alves no mandado e injunção 107-3, julgado em 31/10/1990, um marco para o estabelecimento da corrente não concretista, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceram a auto-aplicabilidade do mandado de injunção e concluíram que a finalidade do mesmo seria simplesmente declarar a inconstitucionalidade da omissão por parte do legislador e, em caso de demanda contra o Estado, suspender os processos judiciais ou administrativos em que se pudesse vislumbrar um dano que não ocorreria se não houvesse a falta de regulamentação, como podemos perceber no texto da ementa:

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

Assim, fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência dessa Corte – que está devidamente definida pelo artigo 102, I, q -, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber.

Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator.

Deu-se assim, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o estabelecimento da posição não concretista, utilizando-se a nomenclatura adotada por Alexandre de Moraes (2012, p.184), posição esta que tem como um dos principais expoentes Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p.321), o qual dispõe que:

O alcance do mandado de injunção é análogo ao da inconstitucionalidade por omissão. Sua concessão leva o Judiciário a dar ciência ao Poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental. Não importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito. Aliás, tal alcance está fora da sistemática constitucional brasileira, que consagra a 'separação dos poderes', não apenas pela referência contida no art. 2º, incluída entre os 'princípios fundamentais' da República, mas também por ter sido ela incluída no cerne imutável da Constituição.

Percebe-se assim que o renomado jurista, assim como os Ministros do Supremo Tribunal Federal, defendiam que o mandado de injunção teria os mesmos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, qual seja, declarar a inconstitucionalidade da omissão e informá-la ao órgão responsável para que o mesmo tome providências, sem aplicar-lhe qualquer sanção no caso de descumprimento do dever de regulamentar a norma.

Nota-se que, diante dessa falta de coercibilidade na decisão prolatada, pouca era a eficácia do mandado de injunção, já que em caso de persistência da mora do legislador nenhuma sanção poderia ser aplicada, como também, de acordo com a interpretação que era dada ao mandado de injunção, não poderia o Judiciário superar a falta da regulamentação e concretizar o direito, liberdade ou prerrogativa do impetrante.

Algumas críticas foram feitas a essa corrente por conta da falta de efetividade da decisão tomada, como bem destaca Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (1999, p. 84-85):

Dessa maneira, entendemos que os institutos processuais, em especial os remédios constitucionais, devem ser interpretados e atuados sempre tendo em vista a potencialização de sua efetividade. E é sob o prisma hermenêutico da efetividade que deve ser interpretado o alcance e a função do mandado de injunção, adotando-se a solução que mais amplamente possibilite o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais previstos em normas de eficácia complementar. Não nos parece que a simples declaração em mora do órgão incumbido da regulamentação seja suficiente para viabilizar o exercício de tais direitos, liberdades e prerrogativas.

Outra crítica apontada pela doutrina é que se o mandado de injunção foi criado para ter os mesmos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não faria sentido de, nesta, o constituinte limitar o ajuizamento aos elencados no artigo 103, I a IX da Constituição Federal de 1988 e dar ao mandado de injunção legitimidade ampla, como dispõe Flávia Piovesan (2003, p. 151):

Ora, faltaria qualquer razoabilidade ao constituinte se criasse dois instrumentos jurídicos com idêntica finalidade. A duplicidade de instrumentos jurídicos afastaria a ligicidade e coerência do sistema constitucional, mesmo porque não haveria sentido em centrar a legitimidade ativa no caso de ação direta de inconstitucionalidade por omissão nos entes elencados pelos incs. I a IX do art. 103 e, ao mesmo tempo, admitir a ampla legitimidade do mandado de injunção, que pode ser impetrado por qualquer pessoa, se ambos instrumentos apresentassem idênticos efeitos.

É também difícil acreditar que o constituinte ao criar dois institutos distintos, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, daria a ambos o mesmo efeito, crítica esta também apontada por Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (1999, p.83): “Seria pouco razoável que a Constituição estatuísse dois institutos com a mesma função, pois, se é princípio cediço que a Constituição não contém palavras inúteis, impõe-se a conclusão que não pode conter institutos inúteis”.

Resta claro que a posição não concretista não condiz com a grandeza do mandado de injunção, o qual não se presta a declarar a inconstitucionalidade da omissão do legislador e sim a viabilizar o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, superando a falta de regulamentação, conforme entendimento atual do Supremo Tribunal Federal.

Diante das críticas apontadas, outros posicionamentos foram sendo adotados no julgamento do mandado de injunção, passando este a adotar uma decisão mais efetiva em determinados casos, mesmo ainda comunicando a omissão ao órgão responsável pela edição da norma e estabelecendo prazo como intuito de não usurpar a função deste, conforme veremos a seguir.

3.2 Posição concretista

A falta de efetividade do mandado de injunção na adoção da corrente não concretista e a necessidade de implementar os direitos consagrados na Constituição, fizeram com que a interpretação da doutrina e do Supremo Tribunal Federal avançassem no sentido de conferir ao Judiciário maiores poderes nessa questão.

Dessa forma, algumas decisões ultrapassaram a simples comunicação ao legislador em mora, estabelecendo também as condições necessárias para o exercício do direito que estava obstaculizado pela inércia do responsável pela edição da norma regulamentadora.

Porém, não havia consenso, e em alguns casos ainda não há nas decisões atuais, quanto à amplitude da decisão, havendo os seguintes questionamentos: se a decisão teria efeito *erga omnes* ou *inter partes*; se haveria a necessidade de fixação de um prazo para edição da norma e, decorrido o prazo, se não houvesse regulamentação, tomaria o Judiciário uma decisão mais efetiva, dentre outras questões.

Diante de tais divergências, os efeitos da sentença de mérito do mandado de injunção podem ser divididos em outras três posições: posição concretista individual intermediária, posição concretista individual direta e posição concretista geral.

3.2.1 Posição concretista individual intermediária

A posição concretista individual intermediária é aquela pela qual, julgado procedente o mandado de injunção o Judiciário dará ao legislador prazo para que este edite a norma regulamentadora, caso contrário, passado o prazo sem que haja a regulamentação, caberá ao Judiciário estabelecer as condições necessárias para o exercício do direito do impetrante.

Nas palavras de Alexandre de Moraes (2012, p.189) encontramos a definição da posição tratada:

Pela segunda, *concretista individual intermediária*, posição do Ministro Néri da Silveira, após julgar a procedência do mandado de injunção, fixa ao Congresso Nacional o prazo de 120 dias para a elaboração da norma regulamentadora. Ao término desse prazo, se a inércia permanecer o Poder Judiciário deve fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor. (grifo original).

Ulderico Pires dos Santos (1988, p. 60) defende tal entendimento ao dispor que:

O que o Poder Judiciário deve fazer no exercício de seu poder jurisdicional é examinar se o direito subjetivo do postulante da injunção está sendo postergado em face da apatia de quem tem o dever de regulamentar. Se se convencer de que o ato omissivo está realmente lhe causando lesão, marcará prazo para o responsável pela violação fazer o regulamento, de modo a poder o titular do direito entrar no seu exercício, sob pena dessa providência ser tomada pelo poder judiciário. Esgotado o prazo marcado para a autoridade executiva ou legislativa tomar a providência que lhe compete, sem que o faça, deverá ser expedido mandado de injunção assegurando ao impetrante o direito que reclama.

Esta corrente foi adotada, em parte, no mandado de injunção nº 283-5, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 20 de março de 1991, o qual foi ajuizado por um Oficial da Aeronáutica que foi desligado da corporação durante a Ditadura Militar, em virtude das portarias S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e S-285-GM5, tendo a Constituição Federal de 1988 no artigo 8º, §3º do ADCT, garantido aos prejudicados por tais portarias o direito de receber reparação econômica, na forma da lei, a qual deveria ter sido criada e ter entrado em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição. Esse mandado de injunção foi deferido para:

- a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, §3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República;
- b) assinar prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;
- c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem;
- d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.

Percebe-se que além de fixar prazo para a edição da norma regulamentadora o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de o impetrante, persistindo a inércia do legislador, postular pela via processual adequada o direito pleiteado. O Supremo Tribunal Federal admitiu, nessa decisão, o exercício do direito pleiteado por meio do mandado de injunção, sem desconsiderar a atividade normativa do legislador, pois esta deverá existir e será aplicada naquilo que for benéfico ao requerente.

Houve uma evolução quanto à posição inicial do Supremo Tribunal Federal, ao não se limitar a sentença à declaração da omissão inconstitucional e comunicação ao responsável pela criação da norma, mas que, entretanto, delegou ao Juízo de primeiro grau a concretização completa do direito do impetrante, pelas peculiaridades do direito invocado, havendo a necessidade de um outro processo para tal objetivo.

Semelhante entendimento foi adotado no julgamento do mandado de injunção nº 232-1, da relatoria do Ministro Moreira Alves, julgado em 02 de agosto de 1991, no qual determinada entidade filantrópica pleiteava a isenção constante no artigo 195, §7º da Constituição Federal. Nesse julgamento o Supremo Tribunal Federal aplicou uma solução mais efetiva ao mandado de injunção, uma vez que, ante a resistência do legislador em cumprir seu dever normativo, caberia à impetrante, de imediato, o exercício do seu direito como podemos perceber nos termos da decisão proferida:

No mérito, por maioria dos votos, em conhecer em parte do mandado de injunção e nessa parte o deferir para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar, decorrente do art. 195, § 7º da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo, sem legislar, passe a requerente a requerente a gozar da imunidade requerida [...].

Observa-se que, ao se fixar um prazo para que a norma seja editada, estaria o Judiciário dando nova oportunidade ao legislador, para, somente depois de persistir a inércia em regulamentar o direito, atuar de forma mais efetiva. É de fato uma visão que preserva um pouco mais o princípio da separação dos poderes, mas que perde sentido diante de diversos mandados de injunção semelhantes, pois não haveria razão de em cada um deles fixar um novo prazo.

Quanto ao respeito à separação dos poderes ao se estabelecer um prazo para a atuação do legislador, o Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, durante o voto do Ministro José Celso de Mello Filho no Mandado de injunção 283-5 se manifestou nas seguintes palavras:

Confesso a V. Exa, que, ouvindo o seu voto, realmente me seduziu a idéia de que, onde houvesse prazo constitucional superado, já não haveria porque fixar um novo. Mas, estamos no campo da construção constitucional, extraindo dessa norma a tantos títulos defeituosa do mandado de injunção, uma construção viabilizadora da sua eficácia possível. Creio que no jogo dos Poderes é mais adequado essa fixação de um prazo breve ao Congresso Nacional.

Há na doutrina críticas quanto à posição concretista individual intermediária em relação ao efeito *inter partes*, pois, ao se admitir tal efeito haveria a necessidade de cada interessado ingressar com um mandado de injunção para poder usufruir de seu direito, liberdade ou prerrogativa e, com isso, haveria o risco de o Judiciário dar regulamentações

distintas ao caso concreto, mesmo decorrentes da mesma norma, atacando assim o princípio da isonomia, assim como dificultaria a atividade do Judiciário diante da necessidade de cada um interpor o mandado de injunção individualmente, como destaca Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (1999, p.98), nos seguintes termos:

[...] a função desempenhada pelo Poder Judiciário no mandado de injunção, embora possua natureza jurisdicional, apresenta peculiaridades em relação à função desempenhada nos feitos comumente decididos. Trata-se de hipótese em que o órgão julgador terá que efetivamente proceder a uma regulamentação prévia para poder concretizar o direito constitucional. Desse modo, torna-se, ao nosso ver, pouco recomendável assumir o risco de permitir o proferimento de decisões discrepantes, sendo potencialmente maior o desassossego que estas regulamentações distintas podem trazer aos jurisdicionados, restando, ademais, desatendidos os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

De outro modo, não se desconhece que o julgamento do mandado de injunção normalmente é atribuído aos plenários ou órgãos especiais dos tribunais competentes. Assim, é inegável que a tendência será alcançar uniformidade nas decisões, diminuindo bastante a chance de coexistência de acórdãos díspares.

No entanto, essa constatação merece ser refletida à luz da seguinte indagação: se o teor das milhares de decisões regulamentando idêntico direito tender a ser igual, por que não se admitir uma única decisão que sirva de paradigma a ser estendido a todas essas milhares de situações isonômicas? Por que não adotar então a solução preconizada pela terceira corrente?

Ademais, entendemos que as funções dos tribunais competentes para a apreciação do mandado de injunção, principalmente o STF, não são harmônicas com a análise de centenas ou milhares de ações individuais, o que torna extremamente dificultosa a operacionalização de tal corrente.

Diante de tais críticas é inegável que tal posição não dá ao mandado de injunção a interpretação mais eficaz, pois a sentença não confere de imediato a concretização do direito pleiteado e ainda só tem eficácia entre as partes, embora se reconheça que ela consubstancia um avanço na interpretação da doutrina e do Supremo Tribunal Federal.

3.2.2 Posição concretista individual direta

Outro posicionamento encontrado na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é aquele pelo qual, diante da omissão do legislador, caberá ao Judiciário superar a omissão legislativa, garantindo ao impetrante o exercício do direito no caso concreto, sem a necessidade de fixar prazo para o legislador editar a norma.

Defensor dessa corrente, Ivo Dantas (1989, p.97) dispõe que:

Já a sentença de mérito examina o direito invocado e, se procedente a pretensão, deverá preencher a lacuna da omissão que vinha existindo, pela não ação de quem era responsável para tornar efetivos os direitos e liberdades constitucionais.

Seus *efeitos* – já o dissemos em capítulos anteriores – são apenas *interpartes*, ou seja beneficiarão àqueles que foram parte no processo. (grifo original).

Há nas palavras de Luis Roberto Barroso (2006, p. 248) defesa a esta corrente, o qual dispõe que:

Em consequência, afigura-se fora de dúvida que a melhor inteligência do dispositivo constitucional (art. 5º, LXXI) e de seu real alcance está em ver no mandado de injunção um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficientes ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo. O objeto da decisão não é uma ordem ou uma recomendação para edição de uma norma. Ao contrário, o órgão jurisdicional substitui o órgão legislativo ou administrativo competentes para criar a regra, formulando ele próprio, para os fins estritos e específicos do litígio que lhe cabe julgar, a norma necessária.

Também segue esse posicionamento José Afonso da Silva (2010, p. 450), nos seguintes termos: “O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício”.

Tal adesão por parte de alguns doutrinadores se dá pela possibilidade de, seguindo essa corrente, conseguir-se concretizar o direito pleiteado sem que haja a necessidade de se aguardar uma atuação por parte do legislador. É Também por a decisão ter eficácia apenas para as partes, não se estendendo aos que não ajuizaram a ação, o que, na visão daqueles que defendem esta corrente, é necessário diante do caráter de proteção a direito subjetivo do mandado de injunção, bem como para que não haja maior grau de abstração na decisão, gerando assim, menor semelhança com a função do Legislador.

É o que dispõe Flávia Piovesan (2003, p.159) nos seguintes termos:

A decisão proferida em mandado de injunção, nesta ótica, permite remover, no caso concreto, a inconstitucionalidade por omissão em matéria de direitos subjetivos constitucionais. Em outras palavras, no caso de lacuna inconstitucional, caberá ao Poder Judiciário criar norma de decisão para o caso concreto, dentro da teleologia do sistema normativo existente, sendo-lhe vedado editar normas de regulamentação gerais e abstratas, como já analisado quando do exame da primeira corrente interpretativa.

[...]

Vale dizer, no mandado de injunção, ao enfrentar as lacunas inconstitucionais, cabe ao Poder Judiciário criar normas jurídicas individuais válidas para o caso concreto, efetuando o preenchimento de lacunas. Assim, a decisão judicial preenche, mas não elimina, a lacuna do sistema jurídico. A eliminação da lacuna, via de regra, é tarefa do Poder Legislativo, quando da elaboração da norma jurídica geral e abstrata faltante.

No momento da criação da norma aplicável ao caso concreto, que irá suprir a falta da norma regulamentadora enquanto esta não for criada pelo legislador, o Judiciário utilizará os meios de integração do ordenamento jurídico, conforme dispõe Flávia Piovesan (2003, p. 160-161):

Em face da ausência de norma regulamentadora que torne viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, ao julgar o mandado de injunção, o magistrado há de desvendar normas implícitas do sistema jurídico e recorrer às demais fontes do ordenamento, como a analogia, os princípios gerais do Direito, os costumes e a equidade, no sentido de, colmatando a lacuna, concretizar o exercício de direito

constitucional. A respeito do preenchimento de lacunas, merece destaque o art. 4º. Da Lei de Introdução ao Código Civil que estabelece: 'Quando a Lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito'. Também destaca-se o art. 5º da mesma Lei, ao determinar que: 'Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum'.

Dentro da posição concretista individual direta existe um importante questionamento quanto à concretização do direito do impetrante no mandado de injunção. Para alguns doutrinadores, adeptos da corrente concretista individual direta, seria cabível no mandado de injunção a criação de uma norma individual regulamentando o direito do impetrante. Entretanto, não seria possível concretizar de pronto o direito pleiteado, sendo necessário o impetrante ajuizar uma outra ação contra o responsável pelo cumprimento do que estiver disposto na norma criada no mandado de injunção, para, aí sim, conseguir gozar do direito, liberdade ou prerrogativa.

Tal posição foi defendida pelo Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, como podemos perceber no seu voto no mandado de injunção 95-6, julgado em 07 de outubro de 1992, o qual tratava sobre a falta de regulamentação do aviso prévio proporcional disposto no artigo 7º, XXI da Constituição Federal:

Obtida a norma – e é isso que o impetrante procura obter no mandado de injunção – retornam os autos ao Juízo Trabalhista, onde prosseguirá a reclamação trabalhista já ajuizada. No Juízo Trabalhista, o reclamante comprovará os dados fáticos que comporão a relação fatos-norma objetiva, vale dizer os fatos sobre os quais a norma obtida incidirá. Dessa incidência, poderá surgir o direito subjetivo perseguido, sendo tal decisão do Juízo Trabalhista.

No mesmo mandado de injunção, o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso fixou a norma que ele entendeu cabível para regulamentar o caso concreto: “[...] o aviso prévio será de dez dias por ano de serviço ou fração superior a seis meses, observado o mínimo de trinta dias (C.F., art. 7º, XXI).” Entretanto, a maioria dos Ministros seguiu a posição não concretista julgando procedente, em parte, o mandado de injunção para declarar a mora e notificar o legislador.

O mandado de injunção 361-1, julgado em 08 de abril de 1994, tratou sobre o limite de juros reais em 12% ao ano, constante no art. 192, §3º, da Constituição Federal, posteriormente revogado pela Emenda Constitucional número 40, de 29 de maio de 2003, no qual o Ministro Ilmar Nascimento Galvão em seu voto dispôs que: “[...] voto no sentido de julgar procedente a ação para o fim de, neste caso, fixar os juros em 12% ao ano, claro, excluída a taxa de inflação.”

No mesmo mandado de injunção o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, seguindo o que havia decidido no mandado de injunção 95-6, dispôs que:

Obtida a norma – reporto-me aos votos que proferi nos MMII 95-RR, 124-SP e 369 – o impetrante irá ao Juízo comum, onde, na ação própria, pedirá a citação do credor. No Juízo comum haverá, então, o aperfeiçoamento da relação fato-norma. Lá, no Juízo comum, na ação adequada, o impetrante provará, se for o caso, os fatos sobre os quais incidirá a norma aqui obtida.

Por outro lado, há quem defenda que, para que se possa, na sentença de mérito do mandado de injunção, além de regular a matéria criando uma norma aplicável ao caso concreto, obter a concretização do direito postulada pelo impetrante, teria que figurar no pólo passivo aquele que arcaria com o que fosse decidido pelo Judiciário, seja sozinho ou em litisconsórcio com o órgão responsável pela edição da norma. É o que ensina Luiz Roberto Barroso (2006, p.253):

Duas construções parecem razoáveis no tratamento da legitimação passiva. A primeira é a de que ela 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 e o INSS, a quem caberia, em última análise, suportar as conseqüências de eventual desfecho favorável 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. (grifo original)

No Supremo Tribunal Federal referido tema foi tratado pelo Ministro Carlos Mário da Silva Velloso no julgamento do mandado de injunção 283-5, o qual criou a norma aplicável ao caso concreto e, em seguida, determinou a notificação, com obrigação de fazer, à União Federal e à Previdência Social, dispondo o Ministro nos seguintes termos:

Também aqui, Senhor Presidente, devo fixar a norma que, em concreto, tornará viável o exercício do direito concedido pelo §3º do art. 8º do ADCT à CF/88. Faço-o, Senhor Presidente, inspirando-me no projeto de lei que, com o propósito de regulamentar a norma constitucional, está em andamento no Congresso Nacional: ‘Será pago ao impetrante o maior salário pago a piloto na aviação comercial brasileira, salário esse que será informado pelo sindicato da categoria, multiplicado pelo número de vezes em que o impetrante ficou impedido de exercer a sua função de aviador, fazendo jus o impetrante, ademais, a habilitar-se à aposentadoria especial paga pela União por intermédio da Previdência Social, vedada a acumulação de aposentadorias.’

[...]

Senhor Presidente, defiro, em parte, o mandado de injunção, determinando a expedição de notificação à União Federal e à Previdência Social, para a concessão dos benefícios nos termos acima expostos. A notificação conterá, portanto, uma obrigação de fazer.

Ao perceber que a União e a Previdência Social não foram citadas e, conseqüentemente não participaram do pólo passivo da relação processual, o eminente Ministro retificou seu voto nos seguintes termos:

Sr. Presidente, o meu voto foi proferido na suposição de que estavam citadas para a ação as pessoas que devem suportar os efeitos da sentença. Todavia, verificou-se, depois, que essas citações inexistiam. Propus, então, que o julgamento fosse convertido em diligência, a fim de que as citações se fizessem. Fiquei, entretanto, vencido e as citações não foram feitas.

[...]

Retificando, no ponto, o meu voto, deixo de determinar a expedição da notificação contenedora de uma obrigação de fazer, para assegurar ao impetrante um segundo processo, no qual ele, tendo em seu favor a norma que fixei para o seu caso, pedirá o cumprimento desta, ou a efetivação desta, processo no qual serão citadas a União Federal e Previdência Social.

No mesmo mandado de injunção, o eminente Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, seguindo a orientação que a sentença no mandado de injunção só poderia concretizar o direito do impetrante se aquele que suportasse a condenação estivesse no pólo passivo, dispôs que:

Talvez cogitasse, aqui, de um provimento constitutivo. Jamais falei em condenação no mandado de injunção porque, para chegar a essa condenação, teria que chamar ao processo aquele que a suportaria, no caso, a União. Mas ela não está na relação processual.

Agora vejam a situação sui generis: O Tribunal, dizendo-se competente para apreciar o mandado de injunção – e ninguém tem dúvida quanto a isso – reconhece que, passados dois anos, até hoje não foi editada a lei de que cogita o dispositivo constitucional. Em um passo subsequente, ao invés de atuar de forma concreta e fixar os parâmetros da reparação que serão futuramente disciplinados por lei, transfere essa fixação ao Juízo.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – V. Exa. Admite, então, sentença constitutiva. Contra quem? Contra o Congresso Nacional?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Então vamos suspender o julgamento para chamar que deveria estar no processo! (grifo original).

Nota-se que a posição concretista individual direta representa uma evolução na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao mandado de injunção, dando mais efetividade a este que as posições não concretista e concretista individual intermediária, pois, em relação à primeira, não se limita a declarar inconstitucional a omissão e notificá-la ao legislador, e, em relação à segunda, não aguarda prazo para proceder à concretização pleiteada.

3.2.3 – Posição concretista geral

Há, por ultimo, quanto às possibilidades de julgamento do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal a adoção da corrente concretista geral, pela qual, segundo Alexandre de Moraes (2012, p. 186): “Pela *concretista geral*, a decisão do Poder Judiciário terá efeito *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente.” (grifo original).

Segundo essa posição, julgado procedente o mandado de injunção, o Judiciário estabelece as regras necessárias para a realização do direito do impetrante, utilizando-se dos

meios de integração, e estende os efeitos da sentença aos casos semelhantes, para que, assim, não haja a necessidade de se estabelecer um novo debate a cada ação idêntica.

Tal corrente foi bastante criticada por alguns doutrinadores, principalmente em relação aos efeitos *erga omnes*, conforme podemos perceber nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2006, p. 277):

Contudo não poderá a Justiça legislar pelo Congresso Nacional, mesmo porque a Constituição manteve a independência dos Poderes (art. 2º). Em vista disso, o Judiciário decidirá o mandado de injunção, ordenando à autoridade impetrada que tome as providências cabíveis, fixando-lhe um prazo se necessário. Essa decisão não fará coisa julgada *erga omnes*, mas apenas *inter partes*. Somente a norma regulamentadora, expedida pela autoridade impetrada, terá aquele efeito, cessando, com isso, a competência do Judiciário. (grifo original).

No mesmo sentido é a lição de Flávia Piovesan (2003, p. 148-149) a qual dispõe nos seguintes termos:

Se assim o é, não seria razoável que o Poder Judiciário elaborasse norma geral e abstrata, quando da apreciação de um caso concreto cujo pedido é a restauração de direito subjetivo violado. Não condiz com a finalidade de um instrumento de tutela direito subjetivo, o intuito de sanear vícios da ordem jurídica, ou seja, do direito objetivo.

[...]

Também há que se considerar que atribuir ao Poder Judiciário a elaboração de normatividade geral e abstrata implica em afronta ao princípio da tripartição dos poderes, tendo em vista que a produção de norma geral e abstrata é atividade típica e própria do Poder Legislativo.

O Ministro José Carlos Moreira Alves, defensor da corrente não concretista, faz críticas no mandado de injunção 107-3 à posição concretista com efeitos *erga omnes* nas seguintes palavras:

Também outra variante dessa segunda corrente – a que entende que a regulamentação decorrente do mandado de injunção tem eficácia erga omnes – encontra óbices intransponíveis. Com efeito, por ela, o que, expressamente, a Constituição não permite na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é abstrata e que se destina a ter eficácia erga omnes por sua própria natureza, seria permitido a qualquer um do povo: a regulamentação de texto constitucional feita pelo Poder Judiciário e aplicável a todos os casos análogos. O que não se permite seja obtido pelos legitimados ativamente para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que é processo objetivo em que não há a defesa de interesses particulares e que se destina ao interesse público maior que é a defesa da Constituição, seria lícito alcançar por qualquer pessoa na defesa de interesse individual, o que levaria ao absurdo de o mandado de injunção esvaziar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. (grifo original).

Percebe-se que, resumidamente, as críticas em relação a esta posição se referem à questão da separação dos poderes, à impossibilidade de o mandado de injunção tutelar direito objetivo, e, por não ter o constituinte concedido efeitos amplos à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mesmo tendo limitado nela o rol de legitimados no pólo passivo, o que não autorizaria a concessão de amplos efeitos ao mandado de injunção.

Durante muitos anos permaneceu a visão retrógrada da posição não concretista em vários julgamentos, como nos mandados de injunção 321-1, 361-1, 431-5, 502-8, 530-3 e em muitos outros.

Entretanto, diante da persistência do legislador em não regulamentar diversas normas constitucionais, a doutrina e a jurisprudência foram mudando no sentido de conferir ao mandado de injunção efeitos mais práticos, como os concedidos aos mandados de injunção 232-1, 283-5, 284-3, 384-0,543-5, 562-9, em geral nos acasos relacionados às portarias do Ministério da Aeronáutica já tratados anteriormente.

Além da evolução do mandado de injunção, da hermenêutica constitucional a albergar uma maior atuação das Cortes Constitucionais e da visão da doutrina e da jurisprudência em relação à separação dos poderes, tivemos também uma alteração na composição do Supremo Tribunal Federal, trazendo uma renovação na concepção do mandado de injunção.

Nesse contexto, durante a votação dos mandados de injunção 670-9, 712-8 e 708-0, os quais versavam sobre o direito de greve do servidor público civil, constante no artigo 37, VII da Constituição Federal, voltou-se a discutir a natureza do mandado de injunção, sua finalidade e efeitos, resultando em uma verdadeira virada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema, acatando-se a corrente concretista geral nesses casos, uma vez que tais decisões foram prolatadas com efeito *erga omnes*.

Inicialmente destaca-se que a falta de regulamentação do direito de greve do servidor público civil foi tratada em diversos mandados de injunção anteriores, tendo sido aplicada sempre a posição não concretista, como destaca o Ministro Gilmar Ferreira Mendes em seu voto no Mandado de injunção 670-9, julgado em 25/10/2007:

[...] nos casos em que se apreciaram as possibilidades e condições para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis, esta Corte ficou adstrita tão-somente à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica.

A falta de regulamentação do direito de greve do servidor público civil, somada à falta de efetividade dos mandados de injunção impetrados ocasionou diversos transtornos para a sociedade, uma vez que as greves no setor público ocorreram sem respeitar, na maioria das vezes, os direitos dos usuários, afetando setores de extrema importância para a sociedade, como polícia, agentes penitenciários, controladores de voo, servidores da área de saúde, e etc.

Outras questões que colaboraram para uma tomada de postura mais eficaz do Supremo Tribunal Federal dentro dessa questão são apontadas pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no mesmo mandado de injunção citado:

O direito de greve dos servidores públicos tem sido objeto de sucessivas dilações desde 1988. A Emenda Constitucional nº 19/1998 retirou o caráter complementar da Lei regulamentadora, a qual passou a demandar, unicamente lei ordinária e específica para a matéria. Não obstante subsistam as resistências, é bem possível que as partes envolvidas na questão partam de premissas que favoreçam o estado de omissão ou de inércia legislativa.

A representação de servidores não vê com bons olhos a regulamentação do tema, porque visa a disciplinar uma seara que hoje está submetida a um tipo de lei da selva. Os representantes governamentais entendem que a regulamentação acabaria por criar o direito de greve dos servidores públicos. Essas visões parcialmente coincidentes têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem sem qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal. (grifo original).

Sobre a inércia do legislador nessa questão a Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha no Mandado de injunção 670-9 se manifestou nos seguintes termos:

Por essa razão, fiz questão de chamar a atenção para a circunstância de estarmos na quinta legislatura subsequente à promulgação da Constituição, que garante esse direito. Há treze anos, o supremo Tribunal Federal pronunciou-se e pôs em mora o Congresso Nacional.

Exatamente para ao caso concreto, como o do mandado de injunção, penso que se configura fraude à Constituição a não – legislação, de tal forma a se negar eficácia ao que entrou em vigor para produzir efeitos no mundo jurídico.

Diante de tanta relutância em se regulamentar o direito de greve do servidor público civil, além de todos os fatores já elencados, como a evolução da hermenêutica e a ampliação do papel do Judiciário, o entendimento do Supremo Tribunal Federal evoluiu no sentido de garantir na sentença do mandado de injunção o exercício do direito reclamado, obtendo-se a partir dos meios de integração uma norma suficiente, embora imperfeita, para traçar os principais aspectos do direito pleiteado, estendendo seus efeitos para os casos semelhantes.

Em defesa da posição concretista geral importantes argumentos foram levantados. Com relação à atividade normativa do Judiciário e a separação dos poderes, o Ministro Eros Roberto Grau, em seu voto no mandado de injunção 712-8, afirmou que:

Apenas para explicitar, lembro que texto e norma não se identificam. O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas.

O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado [...].

Ademais, não há que falar em agressão à ‘separação dos poderes’, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada ‘separação do poderes’ provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada Mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de ‘separação dos poderes’, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes no voto do mandado de injunção 670-9 expressou a necessidade de haver uma solução mais efetiva por parte do Supremo Tribunal Federal na questão do direito de greve do servidor público civil:

Nesse quadro não vejo mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões desta Corte.

Comungo das preocupações quanto à não-assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não-atuação no presente momento já se configuraria como uma espécie de ‘omissão judicial’.

O Ministro Carlos Ayres Britto, embora defendendo o estabelecimento da eficácia *inter partes*, em seu voto no mandado de injunção 670-9 expressou a necessidade e a legitimidade desse protagonismo legislativo do Judiciário frente a omissão do legislador, vez que essa atividade se insere, segundo as palavras do Ministro, no sistema de freios e contrapesos:

Nesse contexto, secundando o que disse o Ministro Celso de Mello no seu antológico voto, o mandado de injunção, seja o individual, seja o coletivo, é uma ação constitucional, mas uma ação que se inscreve no sistema de freios e contrapesos para favorecer, justamente, o Poder Judiciário. O mandado de injunção é um mecanismo prestigiador do Poder Judiciário, habilitando este Poder a, heterodoxamente embora, atuar ali nos flancos, ali no espaço vago deixado pelo Poder Legislativo. Por isso, diante desse vácuo legislativo, dessa inércia legislativa, o Poder Judiciário fica autorizado a produzir uma norma individual, ou seja, uma sentença, uma decisão naquela linha Kelseniana: toda decisão judicial é uma norma, não geral, não impessoal, não abstrata, mas individual, particular e concreta.

No mandado de Injunção 708-0 o Ministro Carlos Ayres Britto destacou também que seria uma contradição o Judiciário ao decidir sobre norma de eficácia limitada prolatar uma sentença também de eficácia limitada:

Agora, tenho dito também que pressuposto do mandado de injunção é uma norma constitucional de eficácia limitada, por isso carecedora de regulamentação que torne viável o exercício daquelas situações jurídicas ativas. Ora, se o pressuposto lógico do manejo do mandado de injunção é uma norma constitucional de eficácia limitada, a nossa resposta judicante não pode ser de eficácia limitada. Não se pode responder a uma norma constitucional de eficácia limitada com uma decisão de eficácia limitada. É uma contradição dos termos.

Em relação aos efeitos *erga omnes*, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, durante o voto da Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha no mandado de injunção 670-9, assim se manifestou quanto à solução que estava sendo sugerida:

[...] no meu voto, referindo-me quanto ao aspecto da eficácia **erga omnes**, ressaltei que, a rigor, os casos de omissão inconstitucional, quando resolvidos – isso é pacífico numa parte da doutrina em Direito Comparado, pelo menos quando imaginamos esse tipo de regra geral -, acabam por ser decididos, na verdade, com eficácia **erga omnes**, seja no âmbito da ação direta por omissão, seja no âmbito do próprio mandado de injunção. Estamos aqui a dizer, neste mandado de injunção, que isso vai se aplicar aos demais casos. Tanto que não vamos, espero, nos pronunciar sobre outros casos idênticos; não ficaremos a fazer regulações específicas, porque essa decisão valerá, a meu ver, como eficácia **erga omnes**. No

caso, na verdade, a chamada ‘proteção subjetiva’ se transmuda também num tipo de proteção objetiva. Pelo menos foi essa a posição por mim assumida. (grifo original).

De fato, não faz sentido que o Supremo Tribunal Federal se manifeste em diversos julgamentos envolvendo matérias semelhantes, somente para repetir o que já foi decidido, sobretudo quando o direito postulado, no caso, direito de greve do servidor público, por sua natureza possui aspecto coletivo e não individual.

O Ministro Eros Roberto Grau também se manifestou no mandado de injunção 712-8 no sentido de estender a decisão para casos análogos:

No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia norma regulamentadora que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. E nada obsta a que, no que tange às hipóteses de outras impetrações, no futuro, que versem situações análogas, a elas seja estendida, por despacho monocrático do relator, essa mesma regulação, nos termos do disposto no artigo 21 do Regimento Interno desta Corte.

Demonstra-se assim, nos votos dos Ministros, que houve uma revisão quanto à interpretação do mandado de injunção, principalmente em relação aos seus efeitos, tendo sido julgados procedentes, por maioria dos votos, os mandados de injunção 670-9 e 708-0, constando na ementa dos referidos julgados o seguinte texto:

Aplicabilidade aos servidores públicos civis da lei nº 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao Juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de ‘serviços ou atividades essenciais’ (Lei nº 7.783/1989, arts. 9º a 11).

Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei nº 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

[...] Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, ‘a’, da Lei nº 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores públicos municipais, estaduais ou federais.

[...] os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade que esse juízo se reveste.

Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis [...].

Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos

ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria.

Percebe-se claramente a evolução na interpretação do mandado de injunção, uma vez que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, por analogia, a norma necessária para superar a ausência de regulamentação enquanto não for criada a norma específica pelo legislador; estendeu essa decisão para todos os servidores públicos civis e ainda estabeleceu a competência para a solução dos eventuais conflitos possivelmente existentes em cada caso. Assim, o Supremo Tribunal Federal deu efetividade ao mandado de injunção quanto ao exercício do direito de greve do servidor público civil, ao mesmo tempo resguardou a Corte contra uma enxurrada de processos idênticos e também conciliou a solução adotada com a possibilidade ser adotado um regime mais severo em virtude de atividades imprescindíveis à sociedade. O Supremo Tribunal Federal não só avançou na interpretação do mandado de injunção, mas deu condições para que esse avanço possa ser posto em prática.

Em relação ao mandado de injunção 712-8, a mesma solução foi dada, no que diz respeito à aplicação da Lei nº 7.783/1989 para a greve do servidor público civil.

Destaca-se também as decisões proferidas nos mandados de injunção 721-7 e 758-6, os quais tratavam sobre o exercício do direito à aposentadoria especial do servidor público, expresso no artigo 40, §4º da Constituição federal de 1988. Nesses processos o Supremo Tribunal Federal continuou a aplicar a nova interpretação dada ao mandado de injunção no que diz respeito à elaboração de uma decisão concretizadora, apta a viabilizar a realização do direito que estava obstaculizada pela falta de regulamentação, ainda que sem efeito *erga omnes*, tendo a ementa sido redigida nos seguintes termos, idêntica em ambas as decisões:

MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada.

MANDADO DE INJUNÇÃO – DECISÃO – BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada.

APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ARTIGO 40, §4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, §1º, da Lei nº 8.213/91.

Sendo assim, percebe-se que de fato, com o julgamento desses mandados de injunção no ano de dois mil e sete houve uma nova interpretação desse instituto, dando maior eficácia ao mesmo. Percebe-se ainda que a posição do Supremo Tribunal Federal, mesmo muito clara

quanto à opção de dar esse novo tratamento ao mandado de injunção, variou um pouco de acordo com o direito postulado. No caso do direito de greve, analisando com muito cuidado, os Ministros perceberam a possibilidade de dar um tratamento único ao tema, com eficácia para todos. Já em relação à aposentadoria especial do servidor, é inegável que há peculiaridades em cada caso que impedem uma generalização.

Após referidos julgamentos sobre o direito de greve do servidor público e aposentadoria especial, nos julgamentos seguintes foi mantida a nova orientação, conforme se vê no julgamento do mandado de injunção nº788-8, da Relatoria do Ministro Carlos Ayres Brito, julgado em 15/04/2009, o qual tratava sobre a aposentadoria especial do servidor público:

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 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 nº8.213/91, em sede de processo administrativo.
2. Precedente: MI 721, da relatoria do ministro Marco Aurélio.
3. Mandado de injunção deferido nesses termos.

Outro exemplo, seguindo a mesma linha jurisprudencial, foi o julgamento do mandado de injunção 795-1, julgado em 15/04/2009, da relatoria da ministra Carmem Lúcia, em que ficou da mesma forma estabelecido que ante a falta da norma regulamentadora do art. 40, §4º da Constituição Federal deveria, para o caso concreto, ser aplicado o disposto no art. 57 da lei nº 8.213/91. Destaque-se que em questão de ordem suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa no referido mandado de injunção, os ministros foram autorizados a julgar os demais casos idênticos monocraticamente.

Dessa forma, os demais mandados de injunção sobre esse tema foram julgados na mesma linha do entendimento dos precedentes citados: MI 670-9, 712-8, 708-0 e 721-7.

Havia ainda um outro tema também já discutido na corte várias vezes em sede de mandado de injunção, que era a ausência da norma regulamentadora do aviso prévio proporcional, disposto no art. 7, XXI, da Constituição Federal, pelo qual:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

Tal ausência de norma regulamentadora já havia sido levantada em outros mandados de injunção como por exemplo no MI 95-6, julgado em 07/10/1992, no qual o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso já defendia, quinze anos antes da mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a falta da norma não deveria impedir que ao impetrante fosse viabilizado o direito ao aviso prévio proporcional, sugerindo que se aplicasse um quantitativo de dez dias por ano ou fração superior a seis meses, observado o mínimo de trinta dias.

Dessa forma, cabia indagar se, com a mudança da jurisprudência sobre o mandado de injunção, nos casos do direito de greve do servidor público e aposentadoria especial do servidor público, mesmo entendimento seria mantido para o aviso prévio proporcional. Note-se que há profunda diferença, vez que nos dois primeiros casos havia no ordenamento jurídico norma semelhante para ser aplicada analogicamente. Já em relação ao aviso prévio proporcional não havia um parâmetro legal. Havia, assim, a possibilidade de, em relação a esse tema, o Supremo recuar adotando o entendimento anterior.

Em 22/06/2011 o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do mandado de injunção nº 943, tratando do tema do aviso prévio proporcional, cujo relator era o Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

No seu voto, o eminente ministro fez um histórico da jurisprudência do tribunal sobre o mandado de injunção e, reconhecendo a peculiaridade do caso, vez que não havia um parâmetro legal como nos casos do direito de greve e da aposentadoria especial, sugeriu o adiamento do julgamento. Mesmo com o adiamento, no referido voto ficou claro que não havia qualquer interesse em um retrocesso quanto à nova interpretação do mandado de injunção, conforme segue trecho do voto:

Ante o exposto, julgo procedente o mandado de injunção, para reconhecer a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional e ao Presidente da República, além de garantir a concretização do direito previsto no art. 7º, XXI, da Constituição Federal. No entanto, dada a quantidade e diversidade de sugestões oferecidas pelos eminentes colegas, indico adiamento para consolidar as propostas apresentadas e formular solução conciliatória quanto à forma de concretização do aviso prévio proporcional.

Nota-se que, para o relator, deveria ser garantida a concretização do direito, devendo apenas ser discutida a forma da concretização dele. Ficou muito claro, no decorrer do debate, que não havia interesse algum, também em relação aos demais ministros, de se adotar decisão não efetiva ao mandado de injunção, conforme trecho que segue:

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Nós temos o conforto, pelo menos, de que Vossa Excelência parte da premissa de que essa viragem jurisprudencial não pode ter retrocesso. Quer dizer, tem que ter uma solução concreta, ainda que seja deferir o direito a ser veiculado numa ação na Justiça do Trabalho.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu vou dizer o óbvio, mas na linha do pensamento de Oliver Holmes - o Ministro Peluso conhece bem esse pensamento: "Às vezes é mais importante insistir no óbvio do que pesquisar o obscuro".

O que nos cabe, aqui, é tomar uma decisão compatível com a natureza jurídica, ou a natureza constitucional do mandado de injunção, de um lado; de outro lado, uma decisão compatível com a natureza do direito assegurado pela Constituição, que é o aviso prévio proporcional. O Ministro Marco Aurélio lembra muito bem, a decisão que tomarmos não poderá deixar de homenagear o princípio da proporcionalidade embutido no dispositivo, tem que haver proporcionalidade.

Agora, o mandado de injunção, a natureza jurídica dele está na nossa Constituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não devemos, ministro, nem pensar em recuo. Custamos muito a emprestar ao mandado de injunção a eficácia que, segundo o Texto Constitucional, lhe é própria. Não há espaço para retrocesso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Perfeito.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Na verdade, se estou bem a entender, nós estamos procurando qual é a regra do caso concreto. Só isso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - O caso concreto. Vamos decidir o caso concreto.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Qual é a regra que vamos aplicar ao caso concreto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Porque o conceito nós já temos claro. (grifo original)

O adiamento do referido julgamento se justificou, porque havia várias propostas apresentadas pelos ministros Luiz Fux, com base no direito comparado, Marco Aurélio, este retomando a proposta do ex-ministro Carlos Velloso, Ricardo Lewandowski, com base em projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional e ministro Cezar Peluso.

Após o adiamento do julgamento em 22/06/2011, poucos meses depois, em 13/10/2011, foi publicada a lei nº12.506/2011, regulamentando o aviso prévio proporcional.

Dessa forma, com a retomada do julgamento do mandado de injunção nº943, em 06/02/2013, juntamente com os mandados de injunção nº1010, 1074 e 1090, os ministros passaram a analisar a situação destes frente à atual inexistência da mora legislativa com o advento da lei regulamentadora do aviso prévio, decidindo nos seguintes termos:

julgado precedente o mandado de injunção na assentada anterior, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, determinou a aplicação dos parâmetros da Lei nº12.506/2011 no caso concreto. O Tribunal autorizou os ministros a decidirem monocraticamente casos idênticos.

Diante dos mandados de injunção apresentados, vê-se que houve grande evolução na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao mandado de injunção, desde uma consequência limitada à comunicação ao órgão legislativo inerte, chegando até decisões como acima expostas, em que o tribunal, superando a lacuna, adotou outra norma como parâmetro para garantir o exercício do direito.

Essa mudança de postura do Supremo Tribunal Federal, longe de ter sido exclusiva para o mandado de injunção, reflete um novo pensar do Poder Judiciário, mais ativo, mais atento aos reclames sociais.

Pelos processos analisados no presente trabalho, nota-se que a tendência do Supremo é a da manutenção da eficácia do mandado de injunção como meio de concretização do direito obstado pela ausência da norma, até mesmo porque as atuais modificações nos quadros do Supremo apontam para isso, como se pode destacar pela posse do mais recente membro, Ministro Luis Roberto Barroso, estudioso do perfil ativo do Judiciário e defensor da efetividade do mandado de injunção.

Com essa valorização do mandado de injunção nos últimos anos, algumas consequências foram geradas, de ordem administrativa, legislativa, ou mesmo jurisdicional, conforme destacado no tópico a seguir.

3.3 As principais consequências decorrentes da mudança da jurisprudência sobre o mandado de injunção

Com a mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação aos efeitos do mandado de injunção, percebe-se a ocorrência de algumas consequências de ordem jurisdicional, administrativa e, possivelmente, legislativa.

Quanto ao aspecto jurisdicional, consultando o site do Supremo Tribunal Federal, vê-se que nos primeiros anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, poucos foram os mandados de injunção distribuídos. Para exemplificar, em 1990 foram distribuídos noventa e três mandados de injunção; em 1991, noventa e um; e em 1992, trinta e dois mandados de injunção.

O interesse pelo instituto, por conta das primeiras interpretações que esvaziaram o mesmo, foi diminuindo, de forma que no ano de 2005 foram distribuídos dezesseis mandados de injunção; em 2006, dezessete; e em 2007, doze mandados de injunção.

Com as decisões ocorridas em 2007, referentes ao direito de greve do servidor público e o direito à aposentadoria especial do servidor público, em 2008 houve significativa mudança no quantitativo de mandados de injunção distribuídos no Supremo tribunal Federal, passando de doze, em 2007, para 135 em 2008; 1.366, em 2009; 1.251, em 2010; 754, em 2011; e 802 em 2012.

Inegavelmente os números refletem o quanto a mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal despertou o interesse pelo instrumento jurídico tema deste trabalho.

A mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal gerou consequências também de ordem administrativa, no âmbito do Poder Executivo, principalmente em relação ao direito a aposentadoria especial do servidor público. Com a solução que foi dada em relação ao mandado de injunção, foram expedidas instruções normativas nº53/2011 pelo INSS, nº1/2010, pelo Ministério da Previdência Social e nº10/2010, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, todas no intuito de regulamentar o acesso dos servidores à aposentadoria especial, com base nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

O Conselho da Justiça Federal, por sua vez, expediu uma resolução, em 05/04/2013, regulamentando, no âmbito do Conselho e da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, o cumprimento das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em mandados de injunção que determinaram a aplicação da Lei nº8.213/91 à aposentadoria especial dos servidores públicos.

Por ultimo, destacamos como consequência de ordem legislativa dessa mudança de jurisprudência, uma maior pressão exercida em face do legislador para que este exerça seu mister regulamentando o direito constitucional, sob pena de uma transferência de decisão, ainda que temporária, para o Poder Judiciário.

O caso mais emblemático, a nosso ver, foi o que ocorreu com o aviso prévio proporcional, vez que quando o Supremo se preparava para julgar os mandados de injunção sobre o tema em 2011, já apontando para uma solução concretizadora, conforme demonstramos, o legislador, que estava há mais de vinte anos inerte nessa temática resolveu julgar a matéria, aprovando a Lei nº12.506/2011.

Ainda que se demonstre que a aprovação da lei referente ao aviso prévio não se deu por conta do receio de uma eventual “invasão de competência”, o fato é que negavelmente ao se considerar que o mandado de injunção é instrumento hábil para superar a inércia do legislador, este naturalmente buscará exercer seu papel, antes que alguém faça por ele. Ao menos é a atitude que se espera.

Dessa forma, são essas algumas consequências que podemos destacar pela análise da mudança da interpretação do Supremo Tribunal Federal em relação ao mandado de injunção.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe vários avanços em se tratando de amplitude à proteção de diversos setores da sociedade. Entretanto, muitos dos direitos estabelecidos em seu texto normativo foram estabelecidos na forma de norma de eficácia limitada, necessitando assim de uma atividade regulamentadora por parte do legislador ordinário.

O constituinte, atento a possibilidade de uma perigosa relação de confiança no Legislador, ao delegar a este a regulamentação de matérias de alta relevância para a sociedade, estabeleceu meios para o Judiciário controlar as omissões legislativas e para efetivar direitos, liberdades e prerrogativas dependentes dessa regulamentação.

O mandado de injunção foi criado com o intuito de ser um marco na efetivação da Constituição, garantindo aos indivíduos que tudo aquilo que foi posto na Constituição de 1988 seria realizado na prática.

O fato é que a própria garantia constitucional criada para combater a inércia do legislador foi, ela mesma, vítima da falta de regulamentação. Somado a isso, o Judiciário deu ao mandado de injunção, inicialmente, uma interpretação bastante limitadora, reduzindo os efeitos de sua sentença de mérito à mera comunicação da omissão ao legislador.

A mudança no posicionamento da doutrina e da jurisprudência sobre os efeitos do mandado de injunção teve apoio nos novos métodos, princípios e teorias da hermenêutica constitucional, os quais garantiam ao Judiciário uma postura mais eficaz nas decisões mais difíceis.

Atrelado a isso, demonstrou-se que a doutrina da separação dos poderes perdeu um pouco sua razão de ser enquanto uma proteção aos indivíduos contra os abusos do Estado, sendo entendida atualmente como uma divisão de funções voltada para o bom funcionamento do mesmo.

Ao destacarmos a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, percebeu-se que o Tribunal foi pouco a pouco delimitando seus limites de atuação, assumindo inicialmente a posição não concretista em diversas decisões postas à apreciação.

Em poucos casos era tomada uma posição mais efetiva, como as que ocorreram em relação aos mandados de injunção 283-5 e 232-1 e em outros dentro da mesma matéria, salvo uma minoria de Ministros que sempre defendeu a efetividade do mandado de injunção.

Entretanto, nos últimos anos, com a permanente inércia do legislador, com as mudanças nos quadros do Supremo Tribunal Federal e com a cobrança da sociedade, a qual passou a exigir do Judiciário uma resposta mais efetiva aos seus clamores, tivemos importantes conquistas em relação ao mandado de injunção.

No ano de 2007, quando O Supremo Tribunal Federal apreciou mandados de injunção referentes à falta de regulamentação do direito de greve do servidor público civil, foi estabelecida uma sentença com eficácia *erga omnes*, aplicando por analogia a lei de greve do empregado comum à greve do servidor público e criando todas as condições necessárias para o exercício do direito pleiteado, inclusive estabelecendo as normas de competência para eventuais demandas decorrentes da greve.

Ao serem depois apreciados os mandados de injunção referentes ao direito à aposentadoria especial do servidor público foi estabelecido, quanto a essa matéria, o entendimento do Supremo Tribunal Federal em prolatar uma sentença de mérito no mandado de injunção suficiente para garantir o exercício do direito pleiteado, independentemente do efeito ser *inter partes* ou *erga omes*, enquanto não houver a regulamentação por parte do legislador.

Em 2011, por sua vez, no início do julgamento de mandados de injunção sobre a ausência de norma regulamentadora sobre o aviso prévio proporcional, o Supremo mais uma vez ratificou o entendimento de que, pelo mandado de injunção, deve ser garantido o exercício do direito.

Após tais mudança de interpretação, aumentou bastante a quantidade de mandados de injunção distribuídos perante o Supremo Tribunal Federal, bem como ocorreram outras consequências de ordem administrativa e legislativa.

Então, pode-se dizer que, passados quase vinte e cinco anos desde a promulgação da Constituição de 1988, o mandado de injunção deixou de ser um instrumento vazio e vem cumprindo a sua real finalidade que é garantir aos indivíduos aquilo que a Constituição assegurou, mas que o legislador deixou de regulamentar.

REFERÊNCIAS

LIVROS:

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

DANTAS, Ivo. **Mandado de Injunção: Guia Teórico e Prático**. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989

FILHO, Glauco Barreira Magalhães. **Hermenêutica Jurídica Clássica**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003

_____. **A Hermenêutica Constitucional e a Unidade Axiológica da Constituição**

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FILHO, Nagib Slaibi. **Direito Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006

LENZA Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. in: DIDIER JR., Fredie. (org). **Ações Constitucionais**. 4ed.. Salvador: Podium, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

PAULO, Vicente. **Aulas de direito Constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**. 1.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUARESMA, Regina. **O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão: Teoria e Prática**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito**. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

SANTOS, Ulderico Pires dos. **Mandado de Injunção: estudos e considerações**. 1. ed. São Paulo: Paumape, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DOCUMENTOS JURÍDICOS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 95-6, Brasília, DF, 07 de outubro de 1992 disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 de jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº107-3, Brasília, DF, 31 de outubro de 1990. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 de jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 232-1, Brasília, DF, 02 de agosto de 1991. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 de jun. 2013

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 283-5, Brasília, DF, 20 de março de 1991. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 de jun. 2013

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 284-3, Brasília, DF, 22 de novembro de 1991. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 de jun. 2013

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 321-1, Brasília, DF, 01 de agosto de 1994. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 de jun. 2013

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 361-1, Brasília, DF, 08 de abril de 1994. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 de jun. 2013

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 384-0, Brasília, DF, 05 de agosto de 1993. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 de jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 431-5, Brasília, DF, 01 de

- agosto de 1994. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 de jun. 2013
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 502-8, Brasília, DF, 07 de março de 1996. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 de jun. 2013
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 530-3, Brasília, DF, 09 de maio de 1997. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 de jun. 2013
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 543-5, Brasília, DF, 26 de outubro de 2000. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 de jun. 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 562-9, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2003. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 de jun. 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670-9, Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 de jun. 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 708-0, Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 de jun. 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712/PA, Brasília, DF, 25 de dezembro de 2007. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 de jun. 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 721-7, Brasília, DF, 30 de agosto de 2007. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 de jun. 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 758-6, Brasília, DF, 01 de julho de 2008. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 de jun. 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 788-8, Brasília, DF, 15 de abril de 2009. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 de jun. 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 795-1, Brasília, DF, 15 de abril de 2009. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 de jun. 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 943, Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2013. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 de jun. 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 1010, Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2013. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 de jun. 2013
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 1074, Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2013. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 de jun. 2013
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 1090, Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2013. disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 de jun. 2013

PERIÓDICOS:

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/.../1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 08 jul. 2013.