

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

MOANNA MARIA DE ANDRADE

DOS EFEITOS DA DECISÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO NO CONTROLE
JUDICIAL DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

SOUSA
2013

MOANNA MARIA DE ANDRADE

DOS EFEITOS DA DECISÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO NO CONTROLE
JUDICIAL DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof.(a) Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa

SOUSA

2013

MOANNA MARIA DE ANDRADE

DOS EFEITOS DA DECISÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO NO CONTROLE
JUDICIAL DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof.(a) Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa

BANCA EXAMINADORA:

DATA DE APROVAÇÃO: 12/04/2013

Orientador: Prof.(a) Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa

Prof.(a) Me. Jacyara Farias Souza

Prof.(a) Esp. Carla Rocha Pordeus

Dedico este trabalho a Deus, aquele que é meu mestre e meu condutor. Pois Ele é o responsável por todas as vitórias que já alcancei na vida. Obrigada meu Pai do Céu, continua a iluminar meus passos. Que a sabedoria me conduza pelos bons caminhos e a fé nunca me faça desistir de lutar.

AGRADECIMENTOS

Ao Deus todo Poderoso, pela força, discernimento e por toda inteligência que me concedeu para que eu chegasse até aqui.

Aos meus pais, que a cada palavra de carinho renovaram minhas forças e com todo amor e sabedoria me fizeram crescer capaz de acreditar em mim, dividindo comigo cada etapa da realização do meu maior sonho.

Aos meus irmãos: João Maria e Polianna. Em especial, a minha irmã, obrigada pelas palavras de orientação que contribuíram muito para conclusão desse trabalho.

Aos meus familiares pela preocupação, incentivo e pela imensa torcida.

À minha orientadora, Vanina Oliveira, por toda paciência e cuidado que me foram dedicados. Obrigada por me conduzir e me guiar na elaboração desse projeto.

Aos amigos que conquistei durante a minha trajetória, agradeço por todos os momentos de alegria, apoio e companheirismo. Desde os mais próximos aos menos presentes, mas que de certa forma atravessaram meu caminho e deixaram suas marcas.

Meus sinceros agradecimentos à UFCG por ter possibilitado a realização deste tão belo sonho. Minha gratidão a todos os funcionários, professores e colegas que tive a honra de conhecer e que me acolheram de braços abertos.

A todos que, de uma forma ou de outra, demonstram amizade e carinho.

"O direito não é elemento, mas síntese, não é premissa de validade, mas validade cumprida [...], não é prius, mas posterius, não é dado, mas solução, não está no princípio, mas no fim. [...]"

(Castanheira)

RESUMO

Este trabalho tem como escopo analisar os efeitos das decisões em Mandado de Injunção no controle judicial da omissão legislativa inconstitucional. O Mandado de Injunção é um instrumento constitucional criado com a finalidade de dar efetividade a direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania que não possuem aplicabilidade imediata, por necessitarem de um complemento normativo posterior por parte do Poder Público. A omissão legislativa inconstitucional surge quando o Poder Legislativo silencia quanto à edição da norma regulamentadora. O Poder Judiciário ao realizar o controle de constitucionalidade da omissão legislativa inconstitucional depara-se com inúmeros óbices, no qual se destaca o princípio da separação dos poderes. Inicialmente as decisões do Mandado de Injunção se limitavam a declarar a omissão legislativa e cientificar o Poder Legislativo para este realizar as devidas providências à efetivação da norma. Evolutivamente, o Supremo Tribunal Federal, através da hermenêutica e da mutação constitucional, modificou os efeitos do Mandado de Injunção para minimizar a mora legislativa. E assim passou a emanar sentenças normativas, sem assumir uma típica função legislativa, distanciando das decisões inicialmente perfilhadas. A Suprema Corte, em relação ao direito de greve dos servidores públicos, determinou a aplicação subsidiária da Lei 7783/88, lei que regulamenta o direito de greve nas relações empregatícias, evidenciando uma nova sinalização quanto ao modo de interpretar o princípio da separação dos poderes e estabelecendo uma nova postura aos efeitos do Mandado de Injunção. Para construção do presente trabalho, a metodologia empregada é a de cunho dedutivo, através do estudo geral de controle de constitucionalidade e do instituto do Mandado de Injunção, levando em consideração os seus efeitos no controle judicial da omissão legislativa inconstitucional. E como técnica de pesquisa será utilizada a documentação indireta, de cunho essencialmente bibliográfico, através da coleta das doutrinas nacionais e estrangeiras, como também de jurisprudências e periódicos que tratam acerca da temática, para formação do referencial teórico a ser utilizado na construção de todo trabalho. Contudo, trata-se de um tema polêmico na órbita do Ordenamento Jurídico, uma vez que ainda não há uma definição quanto a real natureza desse remédio jurídico, o que gera a inaplicabilidade de inúmeros preceitos constitucionais.

Palavras-chave: Omissão Legislativa Inconstitucional. Mandado de Injunção. Efeitos.

ABSTRACT

This work has the objective to analyze the effects of decisions on Writ of Injunction in judicial control of legislative unconstitutional omission. The Writ of Injunction is a constitutional instrument created with finality of giving effectiveness to rights, freedoms and prerogatives inherent to nationality, sovereignty and citizenship that don't have immediate applicability because require a prescriptive subsequent complement by the public authorities. The legislative unconstitutional omission arises when the Legislative Branch is silent to edition of Regulatory Norm. The Judiciary Branch to make the judicial control of constitutionality of legislative unconstitutional omission came across countless obstacles, in which there stands out the principle of the separation of the powers. Initially the decisions of the Writ of Injunction was limited to declare legislative omission and check the Legislative Branch to accomplish the necessary steps for the execution of the rule, which generated a likeness of the effects produced in the Direct Unconstitutionality Action by omission. Evolutionarily, the Supreme Court through constitutional hermeneutics changed the effects of the Writ of Injunction to minimize delay legislative. And so began to emanate rulings without assuming a typical legislative function, distancing of the initially adopted decisions. The Supreme Court, regarding the right of strike of the civil servants, determined the subsidiary application of the Act 7783/88, the law that regulates the right to strike in employee relations. Showing a new signaling on how to interpret the principle of separation of powers and establishing a new posture to the effects to Writ of Injunction. However it is still a controversial topic and undefined in the orbit of legal system, since there is no definition as to the actual nature of this legal remedy, producing so the inapplicability of countless constitutional precepts. The methodology for construction of this project will be that of deductive hallmark, through the general study of constitutionality control and the Writ of Injunction, taking into account his effects on judicial control of legislative unconstitutional omission. And as research technique will be used indirect documentation, of essentially bibliographical hallmark, through the collection of national and foreign doctrines, as well as case law and journals that talk about the subject, for formation of the theoretical referential system to be used in the construction of all work.

Keywords: Legislative Omission unconstitutional. Writ of Injunction. Effects.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

MI – Mandado de Injunção

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

STF– Supremo Tribunal Federal

TSE– Tribunal Superior Eleitoral

P. - Página

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL	13
2.1 Constituição, rigidez constitucional e inconstitucionalidade	13
2.2 Aplicabilidade das normas constitucionais	19
2.3 Institutos de controle da inconstitucionalidade por omissão.....	22
3 DO MANDADO DE INJUNÇÃO	26
3.1 Do aporte conceitual do Mandado de Injunção	26
3.2 Pressupostos para propositura do Mandado de Injunção	28
3.3 Procedimento	30
4 DOS EFEITOS DA DECISÃO EM MANDATO DE INJUNÇÃO NO CONTROLE JUDICIAL DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL	36
4.1 Do Princípio da Separação dos Poderes.....	36
4.2 Problemas da hermenêutica no Mandado de Injunção	40
4.3 Dos efeitos da decisão em Mandado de Injunção no controle Judicial da omissão Legislativa inconstitucional	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

O Mandado de Injunção é uma inovação jurídica contida no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988, criado com a finalidade de combater a omissão inconstitucional, em busca da defesa de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, que por ausência de norma regulamentadora, não possuem aplicabilidade para gerar efeitos no mundo jurídico.

Observa-se que a implementação desses direitos decorre de uma atividade legislativa integradora a fim de conferir-lhes exequibilidade, e no momento em que não se estabelece as medidas tendentes à efetivação dessas normas, configurada estará à omissão inconstitucional.

O Mandado de Injunção instituiu-se com a finalidade de combater a omissão inconstitucional, suas decisões não supriram de maneira satisfatória a ausência da norma regulamentadora.

Inicialmente as decisões do Mandado de Injunção só possuíam o condão de declarar a inconstitucionalidade por omissão e informar ao Poder Público, a ausência normativa. Evolutivamente, o Poder Judiciário, observando a necessidade de conferir efetividade aos preceitos constitucionais, uma vez que o legislador continuava a se omitir, regulamentou de maneira mais incisiva, passando a emitir sentenças de cunho normativo sem, contudo, assumir uma típica função legislativa.

Vale destacar que a Suprema Corte teve que eliminar muitas barreiras, e se utilizou da hermenêutica e da mutação constitucional de modo a não ferir o Princípio da Separação dos Poderes, tendo em vista que a atividade legislativa é função típica do Poder Legislativo.

Nesse diapasão, o presente trabalho analisa a problemática em torno dos efeitos das decisões em Mandado de injunção e a sua gradativa evolução frente ao controle de constitucionalidade da omissão legislativa inconstitucional.

A elaboração deste trabalho é justificada pela relevância do tema, pois o Mandado de injunção como sendo remédio constitucional ainda não obteve sua natureza de seus efeitos definida pela existência de óbices jurídicos, sendo objeto discutido pela doutrina e jurisprudência, tendo sido analisado diversas vezes pela Suprema Corte, sem, contudo haver a consolidação de um posicionamento que atribua os parâmetros de atuação desse instrumento como remédio constitucional

apto a expurgar a omissão inconstitucional do Ordenamento Jurídico, além das críticas em se atribuir a esse instrumento constitucional os mesmos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bem como a importância de se entender o processo de hermenêutica e mutação constitucional utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para afastar o princípio da separação dos poderes e emitir uma sentença de cunho normativa sem, contudo, ferir o princípio da separação dos poderes.

Diante das dificuldades e repercussões existentes com a omissão inconstitucional, este trabalho tem como objetivo geral analisar a gradativa evolução das decisões do Mandado de Injunção para se efetivar a real tutela dos direitos constitucionais. Assim, para o desenvolvimento desta pesquisa faz-se necessário demonstrar os aspectos da omissão legislativa inconstitucional no Ordenamento Jurídico, assim como também expor o posicionamento do Judiciário frente ao Mandado de Injunção com a explanação dos efeitos das decisões em Mandado de Injunção, verificando os diversos posicionamentos divergentes que abrolharam acerca do tema.

Para construção do presente trabalho, a metodologia empregada será a de cunho dedutivo, através do estudo geral de controle de constitucionalidade e do instituto do Mandado de Injunção, levando em consideração os seus efeitos no controle judicial da omissão legislativa inconstitucional em casos concretos. Para tanto, serão utilizados como métodos de procedimentos o histórico-evolutivo, a partir do estudo acerca da evolução do controle de constitucionalidade das leis nos últimos anos, com a ampliação do paradigma do controle e a modificação dos efeitos constitucionais, bem como o exegético-jurídico, na análise das proposições constitucionais e infraconstitucionais sobre Mandado de Injunção. E como técnica de pesquisa será utilizada a documentação indireta, de cunho essencialmente bibliográfico, através da coleta das doutrinas nacionais e estrangeiras, como também de jurisprudências e periódicos que tratam acerca da temática, para a formação do referencial teórico a ser utilizado na construção de todo trabalho.

Visando o adequado raciocínio em torno do tema, o presente trabalho será estruturado em três capítulos, sendo que o primeiro trará lições gerais a respeito de Constituição, supremacia e rigidez constitucionais, bem como do controle de constitucionalidade e aplicabilidade das normas constitucionais, demonstrando quais os instrumentos de controle da omissão inconstitucional. No segundo capítulo,

abordar-se-á o aporte conceitual do Mandado de Injunção, os pressupostos para sua propositura e o seu procedimento. Enquanto no terceiro e último capítulo, objeto da problemática desse trabalho, serão analisados os efeitos do Mandado de Injunção das principais decisões no controle judicial da omissão legislativa inconstitucional.

Destarte, o Mandado de Injunção trata-se de um tema de extrema relevância e rodeado de muitas polêmicas, uma vez que ainda não há uma definição acerca de sua natureza, bem como quais são os seus reais efeitos, de modo que enquanto não houver um posicionamento contudente ao estabelecer a real aplicabilidade desse remédio jurídico, inúmeros preceitos constitucionais permaneceram sem efetividade.

2 DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE DA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Nesse primeiro momento da pesquisa, mostra-se indispensável o estudo do Princípio da Supremacia Constitucional, considerando a rigidez de suas disposições normativas no âmbito do Ordenamento Jurídico.

É certo que a Constituição para ser delineada como norma máxima, prescinde dos elementos de supremacia e de rigidez constitucional, que, por sua vez, são pressupostos indispensáveis para existência do controle de constitucionalidade, garantindo a existência de instrumentos jurídicos que possam solucionar os casos de omissões inconstitucionais por falta de norma regulamentadora.

2.1 Constituição, rigidez constitucional e inconstitucionalidade

A existência de um Estado requer o estabelecimento de normas que regulem a estrutura e organização deste, limitando sua atuação de forma a garantir os direitos fundamentais do indivíduo. Assim, o Estado, como ente soberano é estruturado por uma Constituição.

Registra-se que a Constituição em sentido normativo teve seu fundamento idealizado em várias teorias. Dentre as principais concepções, aponta-se a sociológica, a política e a jurídica.

A concepção sociológica defendia que uma Constituição só seria legítima se expressasse o efetivo poder social. Se a determinação emanada no texto constitucional não fosse compatível com as forças sociais, a Constituição não passaria de uma folha de papel.

Nesse pórtico, Lenza (2006, p. 43) assevera que:

Constituição só seria legítima se representasse o efetivo poder social, refletindo as forças sociais que constituem o poder. Caso isso não ocorresse, ela seria ilegítima, caracterizando-se como uma simples “folha de papel”.

A concepção política teve como idealizador Carl Schmitt, e direcionava-se no sentido de que a Constituição teria seu fundamento atribuído a uma decisão política fundamental. O fundamento estava cominado ao conjunto de decisões derivadas de uma concentração política.

Na precisa lição de Carl Schmitt, no “fundo de toda normatização reside uma decisão política do titular do poder constituinte, ou seja, o povo na democracia e do monarca na monarquia autêntica”. Assim, a Constituição seria o resultado da decisão política fundamental de um povo, que recai sobre a estruturação dos poderes estatais, o regime político adotado, a forma de governo, a amplitude dos direitos fundamentais etc. Tal decisão fundamental reclamaria a presença de uma constituinte unidade política (SCHIMITT apud. PUCCINELLI JÚNIOR, 2012).

Há que se ressaltar, neste ponto, que tal concepção estabeleceu uma distinção entre Constituição e lei constitucional. A Constituição propriamente dita seria apenas o conjunto de normas fruto da decisão política fundamental, enquanto a lei constitucional seriam todas as normas restantes, referente às matérias não contempladas naquela decisão. Nessa conjuntura, Temer (2010, p. 20) destaca que:

Aquilo que para Schmitt é conteúdo próprio de Constituição caracteriza a matéria constitucional; o mais, que assume forma constitucional (o que Schmitt chama de lei constitucional). Isto porque essa última questão poderia ser deixada para trato em nível de legislação infraconstitucional.

Por outro lado, segundo a concepção jurídica, fruto da obra do austríaco Hans Kelsen, delineava-se no sentido de que a Constituição teria seu fundamento atribuído uma norma pura, puro dever ser, caracterizando-a como fruto da vontade racional do homem, uma vez que, consoante Kelsen (1999, p. 139):

A norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como Constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo.

Assim, a concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo. Em sentido lógico jurídico, a Constituição consiste em uma “norma fundamental hipotética” (*grundnorm*). *Fundamental*, por ser o fundamento de validade da Constituição em sentido jurídico-positivo; *hipotética*, por só existir hipoteticamente, por se tratar de uma norma metajurídica- pressuposta (e não posta)-, fruto de uma convenção social indispensável para que a Constituição

jurídica e, por conseqüência, todo o Ordenamento Jurídico tenha validade [...]. A Constituição em sentido jurídico-positivo, compreendida como o conjunto de normas que regula a produção de outras normas, ou seja, a Constituição como norma positiva suprema (NOVELINO, 2009).

As teorias abordadas definem e determinam parâmetros diferenciados acerca do conceito de Constituição. Ressalte-se que nenhuma foi suficientemente completa, contudo as ideias perfilhadas por cada uma delas serviram pra estruturar a base do que hoje se entende por Constituição.

Com efeito, observa-se que o Estado pressupõe a existência de uma Constituição suprema, que defina sua formação, regule a distribuição dos poderes, atribua à função de cada poder, estabeleça as atividades que o Estado deve desenvolver, e os limites que tutela e garantem proteção aos indivíduos de modo a limitar a atuação do próprio Estado.

Nesse contexto, Canotilho (2001, p.52-53) define Constituição como:

Por Constituição moderna entende a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaravam as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.

Portanto, a Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos e deveres do cidadão (MORAES, 2006).

Considerando que a Constituição é o fundamento de validade do Ordenamento Jurídico, observa-se que esta é consubstanciada pela supremacia de seus preceitos que indicam que todas devem se compatibilizar com a mesma.

O Princípio da Supremacia da Constituição foi tracejado sob o enfoque de que as normas jurídicas precisam de um ponto de validade. As normas superiores atribuem o fundamento de validade das normas inferiores, baseado num sistema de escalonamento diferenciado de normas. Nesse escalonamento a Constituição é a norma suprema, que atribui validade as demais normas e tem seu fundamento atribuído por uma norma fundamental hipotética.

Consoante preceitua Kelsen (1999, p. 155):

A ordem jurídica não é um sistema de normas ordenadas no mesmo plano, situadas umas atrás das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de validade de outra norma, que foi produzida de acordo com outra norma, cuja produção por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental- pressuposta. A norma fundamental- hipotética, nesses termos- é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Assim, registre-se que o Princípio da Supremacia, tem a finalidade de atribuir à norma constitucional a precípua função de ser aquela que vai regular e validar a criação das demais normas que compõe o Ordenamento Jurídico.

A ideia do Princípio da Supremacia constitucional advém da constatação de que a Constituição é soberana dentro do Ordenamento Jurídico. Por isso, todas as demais leis e atos normativos a ela devem se adequar (BULOS, 2009).

A Supremacia Constitucional é permeada pela rigidez da formação e integração de seus preceitos. Verifica-se que a rigidez constitucional surgiu com o nascimento das Constituições escritas, em meados do século XIII, estabelecendo um procedimento mais rigoroso quanto ao modo de elaboração e modificação de determinada norma em relação ao procedimento de outra.

A respeito da rigidez constitucional, Bonavides (2010, p. 82) aduz que, “rígida, as que não podem ser modificadas da mesma maneira que as leis ordinárias. Demandam um processo de reforma mais complicado e solene”.

A rigidez juntamente com o Princípio da Supremacia atribui a Constituição o status de norma máxima do Ordenamento Jurídico, impedindo que uma norma classificada como de status inferior derogue uma norma de status superior. Nesse lume, Silva (2000, p. 47) destaca que:

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia constitucional.

No Brasil, adota-se o modelo de Constituição rígida, porquanto a modificação do texto constitucional depende de um procedimento solene e dificultoso que as

demais normas, estabelecido pelo próprio constituinte originário. Neste sentido, Temer (2010, p. 29) aduz que:

A Constituição brasileira é rígida. Revela essa rigidez o confronto do art. 60 com o art. 47 da CF. Aquele prevê processo especial para criação de Emenda à Constituição. Exige: a) no tocante à iniciativa, mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do Presidente da República; de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros; b) no tocante à discussão e votação, será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos; c) quanto ao quorum de votação, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, 3/5 dos votos respectivos membros. É diferente o processo de elaboração da lei comum, previsto no art. 47. Este preceitua que, “salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros”.

Das Constituições escritas, rígidas e dotadas de supremacia, nasceu controle de constitucionalidade. Uma vez que, para garantir o respeito e a obediência dos preceitos constitucionais pelas normas que compõe o Ordenamento Jurídico, faz-se necessário que existam mecanismos que controle a constitucionalidade das normas infraconstitucionais. Sobre tais mecanismos, Piovesan (2003, p. 84) lembra que:

O controle de constitucionalidade impõe a criação de instrumentos de defesa da ordem constitucional. O pressuposto do controle da constitucionalidade é, por certo, a idéia de supremacia e rigidez constitucional.

Registre-se que o controle de constitucionalidade será realizado por um poder independente daquele que elabora as normas constitucionais. É a própria Constituição que determina o órgão competente e estabelece todo o procedimento que deve ser observado para se chegar ao efetivo controle.

Para que se tenha um efetivo sistema de controle de constitucionalidade dos comportamentos, leis e atos, normativos ou concretos, faz-se insofismável a necessidade de que se determine quem é competente para analisar e decidir se houve ou não ofensa à Constituição, como também qual o processo que deve ser utilizado para se anular uma conduta inconstitucional. É a própria Constituição que estabelece os órgãos encarregados de exercer tais competências e procedimentos especiais, que variam de um regime constitucional para outro e que consubstanciam o que denominamos controle de constitucionalidade (PAULO e ALEXANDRINO, 2007).

Há que se ressaltar que como decorrência da supremacia constitucional, inicialmente, no Ordenamento Jurídico brasileiro, as leis nascem presumidamente constitucionais, notadamente por serem instrumentos que derivam diretamente da vontade do povo, o titular desse poder, como determina o art. 1º, parágrafo único da CF/88, “todo o poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição”.

Acerca do Princípio da Presunção de Constitucionalidade, Novelino (2009, p. 164) assinala que:

Por terem suas competências estabelecidas pela Constituição, há uma presunção, ainda que relativa (*iuris tantum*), de que os Poderes Públicos agiram em conformidade com ela. Esta presunção é reforçada pelo controle preventivo de constitucionalidade pelo qual as leis passam antes de serem promulgadas. [...] A análise prévia, no entanto, não impede um posterior reconhecimento da inconstitucionalidade pelo órgão jurisdicional competente.

Destarte, num primeiro momento, todas as leis são presumem-se constitucionais, entretanto a presunção não é absoluta, e se verificada a desconformidade com as normas constitucionais, configurada estará à inconstitucionalidade. Nesse particular, observa-se que as leis e atos normativos serão tidos como constitucionais até que o órgão competente profira uma decisão devidamente motivada, conforme determina o art. 93, IX, da CF/88, estabelecendo a inconstitucionalidade desses atos.

Assim, inconstitucionalidade remete ao controle de constitucionalidade das leis, e no momento em que houver afronta aos preceitos constitucionais a inconstitucionalidade deverá ser declarada.

Segundo Paulo e Alexandrino (2007, p. 5) a inconstitucionalidade seria, “qualquer manifestação do Poder Público, (ou de quem exerça, por delegação, atribuições públicas), comissivas ou omissivas, em desrespeito à Carta da República”.

Constata-se que a inconstitucionalidade por ação ocorre quando uma norma constitucional é desrespeitada por uma atitude comissiva do Estado, tal situação se evidencia, por exemplo, quando o Legislativo edita uma lei com preceitos que ferem a Constituição. Como bem elucida Mendes e Branco (2012, p. 1123), “a inconstitucionalidade por ação é aquela que resulta da incompatibilidade de um ato normativo com a Constituição”.

Conforme Piovesan (2003, p. 88) “a inconstitucionalidade por ação pode resultar seja da afronta ao conteúdo consagrado pela Constituição, seja da afronta ao processo de produção normativa por ela previsto”.

Por sua vez, a inconstitucionalidade por omissão é quando o Poder Público se omite em cumprir determinada obrigação, de praticar determinado ato, gerando o descumprimento de uma imposição da CF/88. Nesse contexto, Bulos (2009, p.75) considera que “a inconstitucionalidade por omissão é a que viola a carta magna pela prática de um comportamento negativo”.

Assim, infere-se que o controle de constitucionalidade garante o respeito à supremacia e rigidez da Constituição e atuará diante de todas as situações em que preceitos constitucionais forem violados, seja de forma comissiva, através de uma ação do Estado, seja por meio da omissão do Poder Público.

2.2. Aplicabilidade das normas constitucionais

As normas do Ordenamento Jurídico comportam uma análise a partir de três planos diversos: o da existência, o da validade e o da eficácia.

Uma norma existe quando, ocorre a perfeita adequação dos requisitos exigidos pela lei, no processo de sua formação. Assim, caso haja desconformidade a norma conseqüentemente não existirá. Neste pórtico, Caubet (2011, p. 46) assevera que:

O ato normativo considera-se existente quando se compõe de suficiente suporte fático à sua incidência, ou, em outros termos, quando estão “presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência”.

Por sua vez, a validade das normas constitucionais é compreendida através de uma análise sistemática do Ordenamento Jurídico como um todo. Para que uma norma seja válida é necessário que não haja desacordo com as normas de escalão superior. Piovesan (2003, p.56) destaca que, “norma válida é aquela que cumpre o processo de formação ou produção normativa em conformidade com aquilo que determina o ordenamento jurídico”.

Corroborando desse pensamento, Puccinelli Júnior (2012, p. 105) aduz:

A validade uma norma, portanto, é aferida pela relação de dependência que possui perante outra norma juridicamente superior, da qual retira apoio e vinculação sistêmica. Assim, a validade pode ser vista como o vínculo de pertinência estabelecido entre a norma e a ordem jurídica, sendo válida se pertencer ao sistema, para o que deverá: 1º) sob o aspecto formal, emanar de órgão competente para criá-la e atender a todas as formalidades previstas para sua criação; 2º) sob o aspecto material, apresentar conteúdo compatível as normas superiores que lhe dão fundamento.

Assim, norma válida é aquela que cumpre perfeitamente todos os requisitos necessários para sua forma, não contendo imperfeição ou defeito que gere sua retirada do mundo jurídico.

As normas constitucionais necessitam possuir também eficácia, que consiste na capacidade da norma produzir efeitos no mundo jurídico, quando é devidamente analisada, acatada e aplicada juridicamente. Nesse sentido, Piovesan (2003, p. 57) assegura que “cabe acentuar que, para Kelsen, a eficácia corresponde ao fato de a norma jurídica ser efetivamente aplicada, observada e respeitada”.

Sobre a eficácia das normas, Puccinelli Júnior (2012, p. 105) elucida que:

Uma norma é juridicamente eficaz quando está apta a produzir os efeitos que lhe são inerentes, atributo que pressupõe sua vigência, ou seja, a exigibilidade da conduta prescrita em lei. Via de regra, só a lei perfeita e acabada, após sua publicação e respeitado o prazo de *vacatio legis*, produz efeitos jurídicos.

A eficácia das normas pode ser entendida em duas dimensões a depender de sua aplicação ou não no caso concreto, podendo, então, ser classificada em eficácia jurídica e eficácia social.

Eficácia jurídica corresponde às condições técnicas de atuação da norma, ou seja, apresenta eficácia jurídica a norma que tiver condições de aplicabilidade. [...] Já a eficácia social significa a efetiva aplicação da norma ao caso concreto (PIOVESAN, 2003).

Observa-se que a eficácia jurídica é a produção de efeitos no campo jurídico, assim, por exemplo, no momento que as normas são produzidas já possui aptidão para revogar as leis anteriores a sua edição. Já eficácia social é a observância da norma no campo das relações concreta, vincula-se a expectativa da adequada conduta humana ao que foi estabelecido na norma.

Dessa forma, verifica-se que uma norma poderá produzir efeitos no mundo jurídico sem, contudo, gerar efeitos no campo social, uma vez que são delineadas em campos distintos.

O conceito de aplicabilidade está relacionado ao de eficácia jurídica. Registre-se que todas as normas constitucionais possuem aplicabilidade, o que ocorre é apenas uma variação quanto ao grau de atuação, que se divide em normas de eficácia plena, contida e limitada. Assim, ressalta Piovesan (2003, p. 66):

O primeiro postulado dessa teoria centra-se na ideia de que todas as normas constitucionais possuem aplicabilidade imediata. Todavia, é variável é o grau de aplicabilidade por elas apresentados. Sob este enfoque, as normas constitucionais são classificadas quanto ao grau de aplicabilidade, em normas de eficácia plena, contida e limita.

As normas de eficácia plena são as que já possuem aplicabilidade completa, imediata, direta, integral, de forma que, consoante exposto por Temer (2010, 26) “independem de legislação posterior para sua inteira operatividade”. Segundo Silva (1998, p. 82) tais normas,

Desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais, ou melhor, têm a possibilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objetivos de sua regulamentação jurídica.

Já normas constitucionais de aplicabilidade contida são aquelas que também possuem aplicabilidade imediata, contudo, pode ocorrer que uma lei posterior venha a conter ou alargar seus efeitos. Sobre tais normas, Silva (1998, p. 82) discorre que:

Como as do grupo anterior, as normas constitucionais de eficácia contida “incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. São normas de aplicabilidade direta, imediata mas não integral.

Assim, normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficiente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos de conceitos gerais nelas enunciados (MORAES, p. 2006).

Por seu turno, normas de eficácia limitada são aquelas que não possuem aplicabilidade completa.

No momento de sua edição, o legislador ordinário entendeu que sua aplicabilidade só ocorreria com uma atuação posterior do Poder Público. Quanto às normas de eficácia limitada, Silva (1998, p. 83) ressalta que:

Não produzem todos os seus efeitos essenciais com a simples entrada em vigor da Constituição, “porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso o bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. Têm, portanto, aplicabilidade indireta, mediata ou reduzida.

Desse modo, as normas de eficácia limitada ou reduzida são todas as normas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso o bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a órgão do Estado (PIOVESAN, 2003).

Infere-se que dentre as três classificações somente as normas constitucionais de eficácia limitada não possuem aplicabilidade completa e dependem de um complemento, seja normativo ou legislativo por parte do Poder Público, de modo que caso ocorra à indevida omissão do Estado na regulamentação dessas normas, estará configurada a omissão inconstitucional.

2.3. Institutos de controle da inconstitucionalidade por omissão

Com efeito, observa-se que das normas que compõe o texto constitucional nem todas possuem aplicabilidade imediata, sendo certo que o constituinte originário estabeleceu para algumas normas que o seu complemento normativo proviesse posteriormente por emanção de um ato do Poder Público.

A falta desse complemento normativo diante da necessidade de aplicação da norma de eficácia limitada induz a inconstitucionalidade por omissão. Lenza (2008, p. 128) aduz que “inconstitucionalidade por omissão, decorrente da inércia legislativa na regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada”.

A configuração da omissão inconstitucional, porém, não se perfaz com a simples inércia do legislador. Pressupõe, ao revés, a existência de um não fazer do Poder Público em face de norma constitucional impositiva da obrigação de disciplinar normativamente dada situação (BINENBOJM, 2010).

Registra-se que a omissão inconstitucional divide-se em omissão inconstitucional normativa ou do Executivo e omissão legislativa inconstitucional. A omissão inconstitucional normativa se refere às medidas de cunho administrativo, atos da administração pública e de cunho político, com exceção dos atos materiais. No caso da omissão do Executivo, Carrazza (*apud* Caubet, 2011, p. 60) destaca que esta “caracterizar-se, não só pela não edição de normas, como também pela não tomada de medidas de efeitos concretos, aptas a dar efetividade a normas constitucionais”.

A omissão legislativa inconstitucional ocorre quando a Constituição emana uma ordem concreta de legislar e o Poder Legislativo, simplesmente se omite em cumprir a determinação. Nesse lume, Canotilho (*apud* Furlan, 2013) destaca que:

Na omissão legislativa inconstitucional o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela Constituição, não se trata, pois, apenas de um simples negativo ‘não fazer’, trata-se sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado.

A omissão inconstitucional Legislativa se caracteriza quando o Poder Legislativo simplesmente silencia se omite em relação ao dever de legislar. Entretanto, não é qualquer silêncio que caracteriza esta omissão, mas somente nos casos em que a Constituição estabelece a ordem concreta de legislar (PIOVESAN, 2003).

Com a finalidade de combater a omissão inconstitucional, a Constituição criou dois mecanismos constitucionais, quais seja a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão) e o Mandado de Injunção (MI).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem a função de tutelar direitos referentes a defesa da ordem jurídica constitucional, de modo a suprir as lacunas normativas derivadas da falta de regulamentação do Poder Público. Nessa conjuntura, Piovesan (2003, p. 113) ressalta que:

Pretende-se através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, suprir as lacunas inconstitucionais da ordem jurídica constitucional. Trata-se

de um instrumento voltado a preencher de forma geral e abstrata, as lacunas inconstitucionais do ordenamento jurídico.

Observa-se que os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade, previstos no art. 103 da CF/88, ao estabelecer que:

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

Verifica-se que a legitimidade passiva é enquadrada ao Executivo e ao Legislativo. No Executivo, pertence às autoridades competentes em proferir a norma e em relação ao Legislativo a qualquer órgão que gerar a omissão inconstitucional.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão deriva do controle concentrado de constitucionalidade e suas decisões terão eficácia *erga omnes*. A eficácia *erga omnes* faz com que a decisão proferida na ação de atinja todos os casos que se enquadre naquela situação, retroagindo ao momento da edição da norma (*ex tunc*). Nesse sentido, Moraes (2006, p. 687) elucida que:

Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeitos retroativos (*extunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos.

As decisões emanadas da sentença da ação direta de inconstitucionalidade por omissão determinam a ordem de informar os órgãos competentes da decisão proferida, para que sejam tomadas as providências, conforme previsto no art. 103, § 2º, da CF/88, que reza que:

Art. 103[...]
 §2º-Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a

adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Verifica-se que os órgãos administrativos têm um prazo de 30 dias para proceder à regulamentação, caso isso não ocorra, o Supremo Tribunal Federal tomará as providências cabíveis, enquadrando o órgão administrativo em responsabilidade jurídica. Nesse pórtico, Temer (2010, p. 52) destaca que “em se tratando de órgão administrativo, o agente público encarregado da prática do ato poderá ser responsabilizado se não o praticar no prazo fixado de 30 dias”.

Nas decisões que os preceitos a serem regulamentados forem de atribuição legislativa, não há nenhuma delimitação de prazo pela Constituição para se efetivar as providências, não sendo enquadrado em qualquer responsabilidade diante de sua inércia.

Sobre a ausência de delimitação de prazo para o legislativo sanar a omissão, Piovesan (2003, p. 121-122) alerta que:

Com efeito, em face desta sistemática, não há como assegurar o efetivo cumprimento do preceito constitucional, ou seja, nada está a garantir que o Poder Legislativo irá legislar e, ao mesmo tempo, caso não legisle, não há como imputar sanção ao comportamento inconstitucional deste Poder.

Infere-se que a Constituição delineou consequências diversas nas decisões da ação de inconstitucionalidade por omissão. Para o órgão administrativo estabelece um prazo de 30 dias, contudo ao legislativo, face ao Princípio da Separação dos Poderes, não definiu limite temporal para o cumprimento da decisão, o que prejudica a efetivação prática da regulamentação pretendida com a declaração de inconstitucionalidade.

3 DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Neste capítulo serão perfilhadas ideias acerca do Mandado de Injunção, considerando-o como remédio constitucional idealizado pelo constituinte de 1988, que possui a finalidade de combater a mora do Poder Público, diante da omissão em regulamentar. Para tanto, serão analisados o conceito, a sua natureza jurídica, os legitimados, além de fixar os parâmetros e as linhas estruturais do seu procedimento.

3.1 Do aporte conceitual do Mandado de Injunção

O Mandado de Injunção é uma ação constitucional, introduzido pela Constituição Federal de 1988, fazendo-se integrar na parte dos direitos e garantias fundamentais. Está delineado no art. 5º, LXXI, da CF/88, que assim dispõe:

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.

Observa-se que o Mandado de Injunção tem por finalidade promover e viabilizar a efetivação dos direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando estes se acharem impossibilitados de serem exercidos por ausência de norma regulamentadora. Nessa esteira, segundo Lenza (2006, p. 583) “o Mandado de Injunção surge para “curar” uma “doença” denominada síndrome da inefetividade das normas constitucionais”.

Moreira (*apud* Oliveira, 2013) conceitua o Mandado de Injunção como “o remédio constitucional que visa a combater a falta de regulamentação legal, um dos pontos em que se atribui falta de efetividade ao texto constitucional”.

Destarte, verifica-se que o Mandado de Injunção tem como finalidade garantir efetividade às normas constitucionais, que por falta de norma regulamentadora não possuem aplicabilidade. Assim, qualquer pessoa que se achar impedida de exercer

seu direito por falta de regulamentação do Poder Público pode se utilizar do Mandado de Injunção. Nesse lume, Piovesan (2003, p. 134) admite que:

Para que se compreenda o alcance do novo instrumento, importa destacar que a concessão da injunção está condicionada a uma relação jurídica de causa e efeito. Vale dizer, a uma causa- a falta da norma regulamentadora- a ordem jurídica atribui uma consequência- a inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Portanto, trata-se de um remédio constitucional colocado à disposição de qualquer pessoa que se sinta prejudicada pela falta de norma regulamentadora, sem a qual resulta inviabilizado o exercício dos direitos, liberdades e garantias constitucionais [..]. A preocupação, portanto, é conferir efetiva aplicabilidade e eficácia ao texto constitucional, para que este não se torne “letra morta”, em razão de omissão do legislador ordinário na sua regulamentação (PAULO E ALEXANDRINO, 2008)

Há que se ressaltar que a expedição da norma regulamentadora não é o fim, e sim o meio para efetivação de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania no Mandado de Injunção. Chimenti, Capez, Rosa, Santos (2009, p. 41), ponderam que:

O mandado de injunção não visa a expedição da norma regulamentadora. Objetiva, sim, realizar um dos direitos ou garantias nele previstos em favor de uma pessoa ou grupo específico de pessoas.

Desse modo, o Mandado de Injunção tutela direitos que pelo silêncio do legislativo ou do executivo não possuem aplicabilidade completa. Com base nos requisitos apontados, verifica-se que o Mandado de Injunção possui natureza jurídica de ação cível. Nessa esteira, Moraes (2008, p. 639) dispõe que:

O mandado de injunção é revestido da natureza jurídica de ação cível, pela qual pretensão individual, singular ou plúrima, pode ser deduzida em juízo ou tribunal, submetida a procedimento especial de jurisdição contenciosa.

Vale destacar, que em relação às partes que compõe o Mandado de Injunção, como sendo essa ação de jurisdição voluntária, não haveria partes e sim interessados. Nesse particular, Pfeiffer (1999, 155) destaca que “o Mandado de

Injunção teria características de jurisdição voluntária, não haveria propriamente partes, dada a ausência de litígios”.

Assim, depreendida as devidas considerações acerca da parte conceitual do Mandado de Injunção, importante compreender os pressupostos elencados na Constituição que viabilizam sua impetração.

3.2 Pressupostos para propositura do Mandado de Injunção

A ação de Mandado de Injunção visa garantir a efetivação de normas que, por ausência do Poder Público, não alcançaram aplicabilidade. Observa-se que a Constituição aponta um encadeamento de requisitos que somente se preenchidos viabilizará a impetração desse remédio jurídico.

Dentre os requisitos indispensáveis para a propositura do Mandado de Injunção tem-se: (i) primeiro a existência de um preceito constitucional que não obteve regulamentação por parte do Poder Público; (ii) segundo, a exposição de direitos, liberdades e prerrogativas inerente à nacionalidade, à soberania e a cidadania; e (iii) terceiro, a uma exclusão ou inaptidão de produção de efeitos no mundo jurídico, gerado pela ausência de uma norma regulamentadora.

O Mandado de Injunção necessita da existência de um direito constitucional, que não pode ser exigido de imediato por tem sua viabilidade condicionada a uma atuação posterior do Poder Público. Nesse lume, Mendes (2008) assevera que:

O mandado de injunção há de ter por objeto o não-cumprimento de dever constitucional de legislar que, de alguma forma, afeta direitos constitucionalmente assegurados (falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania).

Por sua vez, todo e qualquer direito, liberdade e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, previstos na Constituição, que estejam sendo inviabilizados por falta de norma regulamentadora serão tutelados e garantidos por meio do Mandado de Injunção. Piovesan (2003, p. 139) aduz que:

À luz do disposto no art. 5.º, LXXI, o objeto do mandado de injunção corresponde: a) a todo e qualquer direito e liberdade constitucional e b) a

toda e qualquer prerrogativa inerente à nacionalidade, à cidadania e à soberania, cujo exercício estiver obstado por faltar norma regulamentadora.

Esse é o entendimento da jurisprudência dominante, segundo Moraes (2008, p. 641):

A jurisprudência predominante, na esteira da doutrina ou teoria ampliativa [...] “o mandado de injunção que não existe, apenas, para proteção das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, incluindo antes, da forma mais ampla possível, todos e quaisquer direitos pela Carta Magna assegurados.

Ainda nesse contexto, Mendes (2008) lembra que:

O mandado de injunção destinava-se a garantir os direitos constitucionalmente assegurados, inclusive aqueles derivados da soberania popular, como o direito ao plebiscito, o direito ao sufrágio, a iniciativa legislativa popular (CF, art. 14, I, III), bem como os chamados direitos sociais (CF, art. 6º), desde que o impetrante estivesse impedido de exercê-los em virtude da omissão do órgão legiferante.

A exclusão ou inaptidão de produção de efeitos no mundo jurídico é gerada pela ausência de uma norma regulamentadora. A norma regulamentadora pode abranger quaisquer normas, tendo como requisito apenas a inviabilidade de direitos constitucionais.

No que diz respeito à norma regulamentadora, pode ser ela de qualquer hierarquia – lei complementar, ordinária, regulamento, resolução, portaria, decisões administrativas normativas – desde que sua ausência inviabilize um direito constitucional. Norma regulamentadora é, assim, toda “medida para tornar efetiva norma constitucional”, como bem dita o art. 103, §2º. da Constituição (BARROSO *apud*. KERBER, 2009).

Assim, o Mandado de Injunção será viável, desde que exista uma norma constitucional, que se ache inviabilizada por ausência de regulamentação por parte do Poder Público, originando a inaptidão de direitos, liberdades e prerrogativas referentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

3.3 Procedimento

O procedimento do Mandado de Injunção é indispensável para o andamento processual de tais ações, determinando os seus legitimados, os atos processuais que abarcam tal instrumento, bem como os recursos cabíveis à espécie.

Assim, no âmbito do seu procedimento, observa-se que foi atribuída competência originária para conhecer esta ação tanto ao juízo monocrático quanto originariamente aos tribunais.

Infere-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão originariamente competente para julgar a ação de Mandado de Injunção, quando a regulamentação da norma depender da atuação do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal. Assim, dispõe o art. 102, I, “q”, da CF/88:

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

I - processar e julgar, originariamente:

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

Além da competência do Supremo Tribunal Federal, a Constituição atribuiu competência originária ao Superior Tribunal de Justiça para julgar o Mandado de Injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for de atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, seja da administração pública direta ou indireta, consoante prevê o art. 105, inc. I, “h”, da CF/88 ao dispor:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

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

A Justiça Federal também é competente para julgar as ações do Mandado de Injunção quando a edição da norma regulamentadora depender das demais autoridades federais. Assim, o art. 109, I da CF/88 dispõe:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

O Tribunal de Justiça e os juízes de direito são incumbidos de apreciar ações de Mandado de Injunção no âmbito estadual, quando a ausência de regulamentação derivar da atribuição das autoridades e órgãos do estado e do município.

No âmbito estadual, os Tribunais de Justiça e Juízos de Direito são os responsáveis pra realizar a apreciação do Mandado de Injunção, quando a norma reguladora faltante for de atribuição das autoridades e órgãos estaduais e municipais (MORAES, 2008).

Observa-se que ao Mandado de Injunção ainda não se atribuiu um procedimento próprio, mas a lei determinou que enquanto não editado procedimento específico, a ação de Mandado de Injunção, seriam aplicadas as regras referentes ao procedimento do Mandado de Segurança. Assim determina o art. 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038/90, ao dispor:

Art. 24. [...]

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

Ressalte-se que embora o legislador não tenha editado um procedimento exclusivo para o Mandado de Injunção, de modo suplementar determinou que fossem aplicadas as regras do Mandado de Segurança, a fim de suprir a deficiência procedimental até que sobrevenha legislação específica.

A ação de Mandado de Injunção pode ser impetrada por qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, que tenha ou não nacionalidade brasileira, bastando apenas que seja detentor de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa que esteja sendo violada pela falta de regulamentação, uma vez que não possui eficácia suficiente para produzir efeitos.

Corroborando tal pensamento, Puccinelli Júnior (2012, p. 331) aduz que:

O mandado de injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, desde que titular de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais tolhidos por ausência de regulamentação.

Desse modo, o Mandado de Injunção pode ser impetrado por toda e qualquer pessoa, diversamente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cuja legitimidade ativa é reservada aos entes elencados no art. 103, I a IX, da Constituição.

Cumprido destacar que, em relação à legitimidade passiva, observa-se que há certa divergência doutrinária, em identificar os sujeitos que irão compor a ação de Mandado de Injunção. Parte da doutrina defende que são legitimados tanto as autoridades públicas como particulares, desde que sejam os responsáveis por viabilizar o direito, não se vinculando ao órgão responsável em proferir a norma. Contudo, outro lado da doutrina defende que os particulares não teriam essa legitimidade pelo fato de não terem atribuição de editar normas. A propósito Moraes (2008, p. 649) tece as seguintes considerações sobre o tema:

A autoridade, órgão ou entidade responsável pela omissão normativa e a pessoa, natural ou jurídica, pública ou privada, que impede o exercício do direito subjetivo constitucional em razão de inexistência da norma regulamentadora, em litisconsórcio passivo e necessário.

Nessa ótica, sustenta-se que no Mandado de Injunção a legitimidade passiva recai sobre a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da injunção. Isto é, a legitimidade passiva recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício de direito e não recai, portanto, sobre a autoridade competente para elaborar a norma regulamentadora faltante (PIOVESAN, 2003).

Observa-se que todas as pessoas nas quais recai a concessão da norma terão legitimidade para figurar no pólo passivo da ação de Mandado de Injunção, tendo em vista que não é considerada a análise que só somente as autoridades que elaborem as normas é que serão terão legitimidade. Assim, não importa o fato de ser pública ou privada, física ou jurídica, desde que seja para aqueles o responsável

pelo direito infringido pela ausência da norma regulamentadora. Contudo, Puccinelli Júnior (2012, p. 332), entende que:

Os particulares não poderiam integrar a ação injuncional, posto não lhe competir o dever de editar normas reclamadas para viabilizar o exercício do direito vindicado pelo impetrante. André Ramos Tavares, Clèmerson Merlin e Alexandre Moraes compartilham tal entendimento.

Nessa linha de raciocínio, constata-se que os particulares não podem figurar no pólo passivo da ação de Mandado de Injunção, pelo fato de não possuem competência para editar normas, desse modo, como a ação de Mandado de Injunção é para suprir falta normativa, só o Estado detém essa competência e somente seus órgãos e autoridades estariam legitimados a figurar no pólo passivo da ação de Mandado de Injunção.

Desse modo, verifica-se que não há um posicionamento uníssono nem da doutrina nem na jurisprudência, acerca da legitimidade passiva na ação de Mandado de Injunção. No Supremo Tribunal Federal a matéria ainda não foi pacificada e a questão encontra-se indefinida. Nessa esteira, Puccinelli Júnior (2012, p. 332) lembra que:

É oportuno dizer que a legitimação passiva dos órgãos encarregados de elaborar a norma faltante não é pacífica nem mesmo no STF. De fato, o Min. Carlos Velloso já havia levantado voz discordante quando integrava aquela corte: “Sustento a tese de que está legitimidade passiva para ação do mandado de injunção a pessoa física ou jurídica, pública ou privada que deva suportar os efeitos da sentença.

Assim, infere-se que a tese que confere legitimidade passiva a pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, já foi defendida no STF, contudo atualmente, a questão ainda não foi julgada.

Quanto à natureza jurídica da sentença proferida no Mandado de Injunção há uma série de posicionamentos. Parte da doutrina afirma que é de natureza constitutiva, outra parte defende que é declaratória, e há quem entenda que é mandamental. Para Bulos (2009, p. 647) a ação de Mandado de Injunção tem natureza cível de caráter mandamental:

O mandado de injunção tem a natureza de uma ação civil, de caráter essencialmente mandamental e procedimento específico, destinado a combater a síndrome de inefetividade das constituições.

Por sua vez, Puccinelli Júnior (2012, p. 332) aduz que ação é de natureza constitutiva, uma vez que cria uma nova relação jurídica, destacando que:

A sentença proferida em mandado de injunção tem natureza constitutiva, pois estabelece uma nova relação jurídica ao investir alguém no dever de viabilizar ou ao menos tolerar o exercício de um direito fundamental, não cumprido apenas a tímida missão de exortar outro órgão do Estado a regulamentar certa norma constitucional.

Já, segundo Pfeiffer (1999, p. 149), a decisão do Mandado de Injunção, seria meramente declaratória, com a função apenas de informar ao órgão competente acerca da omissão e assim realizar as devidas providências, e assim assegura que:

O órgão incumbido de proceder à regulamentação pertença ao Poder Legislativo e a decisão limitar-se à declaração de inconstitucionalidade por omissão e ciência do órgão competente para tomar as medidas necessárias para supri-la, vislumbramos um conteúdo, sobretudo declaratório e não mandamental.

Ressalte-se que embora exista o embate na doutrina, a Suprema Corte já decidiu que a ação de Mandado de Injunção tem natureza jurídica de ação cível mandamental, uma vez que a ação de Mandado de Injunção não se resume apenas em comunicar as autoridades e órgãos competentes da omissão inconstitucional, mas expressa uma decisão que impõe a realização de uma medida para suprir a ausência normativa que impede a efetivação da norma. Nessa acepção, o Supremo Tribunal Federal destaca:

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. (MI 1083, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, , Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2010, DJ 03/09/2010).

Assim, infere-se que a Suprema Corte atribuiu ao Mandado de Injunção natureza jurídica de uma ação mandamental e não simplesmente declaratória, notadamente porque o órgão ou a pessoa responsável pela omissão tem o dever de cumprir a decisão emanada, uma vez que, trata-se de uma ordem e não simplesmente de uma comunicação.

As decisões proferidas nas sentenças de Mandado de Injunção têm o condão apenas vincular as partes, uma vez que faz parte do controle de constitucionalidade por via de exceção e concreto a análise é restrita ao caso concreto, bem como poderá ser apreciado por qualquer juízo, mesmo que de forma restrita, compondo assim o controle difuso. Nesse contexto, Caubet (2011, p. 102) destaca que:

Na tipologia das formas de controle de constitucionalidade, o mandado de injunção consiste num controle difuso (embora na prática a competência para seu julgamento seja bastante restrita), por via de exceção e concreto.

Nesse lume, Piovesan (2003, p. 194) destaca que os efeitos da decisão quando do julgamento do Mandado de Injunção são *inter partes*, restritos ao caso concreto.

Quanto aos recursos no Mandado de Injunção, será de atribuição do Supremo Tribunal Federal, através do recurso ordinário, a responsabilidade de reapreciar as decisões decididas em única instância pelos Tribunais Superiores. Contudo, a Constituição excepcionou essa atribuição ao determinar que em relação à justiça Eleitoral, a competência seria do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e não do Supremo Tribunal Federal.

Acerca de recurso no Mandado de Injunção, a Constituição elenca as seguintes competências no art. 102, II, "a" e no art. 121, § 4º, V. Nos termos, do art. 102, II, "a" da Constituição assim dispõe:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
II - julgar, em recurso ordinário:
a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

Nesse lume, Chimenti, Capez, Rosa, Santos (2009, p. 412) reforçam que "ao TSE compete julgar recurso contra decisão de TRE que denegar o mandado de injunção".

Assim, os recursos da ação de Mandado de Injunção serão de competência do Supremo Tribunal Federal, somente de forma excepcional é que a Constituição atribui competência ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

4 DOS EFEITOS DA DECISÃO EM MANDATO DE INJUNÇÃO NO CONTROLE JUDICIAL DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

Neste capítulo serão abordadas considerações acerca dos efeitos da decisão do Mandado de Injunção sob o enfoque do controle judicial da omissão legislativa inconstitucional, destacando o Princípio da Separação dos Poderes e a hermenêutica constitucional, evidenciando a busca de uma interpretação que garanta o real sentido e os valores subjacentes aos preceitos constitucionais omissos.

4.1 Do Princípio da Separação dos Poderes

O Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, fundamenta-se no Princípio da Separação de Poderes, de modo que todos exercem com autonomia e independência suas atribuições.

As primeiras ideias de Separação dos Poderes surgiram ainda na antiguidade clássica, com a tripartição elencada por Aristóteles, onde afirmava que o Estado deveria exercer três funções distintas que seriam desempenhadas pelo poder soberano. Assim, de acordo Lenza (2006, p. 221):

As primeiras bases teóricas para a 'tripartição dos poderes' foram lançadas na antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra "Política", através da qual o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano.

Tempos depois, Montesquieu utilizando da teoria de Aristóteles, arquitetou a importância das três funções serem exercidas por poderes diferentes, uma vez que se estivesse todo concentrado nas mãos do Estado de nada serviria classificação elencada. Assim, existiria a função Legislativa, a Executiva e Judiciária, de modo que o poder continuaria sendo um só, mas haveria independência de um em relação aos outros, gerando um sistema de equilíbrio entre eles, no qual cada poder serviria

para limitar a atuação do outro, de modo a evitar arbitrariedades ou abuso, gerando assim uma harmonia e conexão entre cada um.

Neste pórtico, Wedy (2012) adverte que:

O princípio da separação e independência dos poderes remonta a Aristóteles que distinguia a Assembleia Geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário. Esse princípio foi sistematizado por Montesquieu no seu célebre *O Espírito das Leis* [...] No entendimento de Montesquieu tudo estaria perdido se aqueles Três Poderes, o de criar leis; o de executar as políticas públicas e o de julgar se reunissem num só homem ou associação de homens.

A tripartição, portanto, é a técnica pela qual o poder é contido pelo próprio poder, um sistema de freios e contrapesos (também denominado *check and balances*, verificações e equilíbrio ou métodos das compreensões), uma garantia do povo contra o arbítrio e o despotismo (CHIMENTI; CAPEZ; ROSA; SANTOS, 2009).

No Ordenamento Jurídico Brasileiro, o Princípio da Separação dos Poderes foi consagrado no art. 2º da CF/88, na parte dos princípios fundamentais, em que estabelece “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O Poder, em sua estrutura, determina-se pela concentração de forças imperativas, condensadas em um determinado ponto. Este é uno e indecomponível, garantindo a segurança jurídica da organização do Estado.

Assim, o Estado na sua formação detém o poder político, de modo a garantir a imposição de suas normas, sob pena de quem descumpri-las ser punido. É assim que o Estado comanda uma nação, através da imperatividade de suas decisões. Nesse ponto, Silva (2000, p. 111) destaca que:

O Estado como grupo social máximo e total, tem também o seu poder, que é o poder político ou poder estatal. A sociedade estatal, chamada também sociedade civil, compreende uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que ao Estado cumpre realizar.

Registra-se que no Brasil o poder está concentrado nas mãos do povo, como bem determina o art. 1º, parágrafo único, em que afirma “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

A trilogia Separação dos Poderes é inadequada para titular a tripartição que existe entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, tendo em vista que o Poder é uno e indivisível, não admitindo fragmentação, uma vez que assim haveria uma distorção de seu conceito. Contudo, face à grande repercussão que essa expressão adquiriu no Ordenamento Jurídico, mesmo sendo imprópria acabou se mantendo.

Ao elencar a divisão em três poderes independentes e harmônicos entre si, houve a determinação que cada poder exerceria uma função. Desse modo, ao Legislativo cabe a função de legislar e fiscalizar; ao Executivo a função de administrar; e ao Judiciário a função de julgar. Contudo, nos casos que a Constituição autorizar, cada poder, tanto o Legislativo, como Executivo ou Judiciário também desenvolverão funções atípicas. Chimenti *et.al.* (2009, p. 38) asseguram que:

Na prática, sem qualquer violação do art. 2º da CF, cada um dos Poderes exerce predominantemente sua função típica e excepcionalmente, as funções dos outros poderes. Trata-se da “interpenetração dos Poderes”, ou seja: tanto o Legislativo quanto o Judiciário exercem atipicamente funções administrativa.

Desse modo, há a distinção entre exercício típico e atípico. O primeiro é evidenciado pela: i) função legislativa pelo Poder Legislativo (e.g.: art. 48); ii) função administrativa pelo Executivo (e.g.: art. 84, inc. II) e iii) função jurisdicional pelo Poder Judiciário (e.g.: art. 5º, inc. LXIX). O segundo é exteriorizado pela i) função administrativa pelo Poder Legislativo, na hipótese de organização dos serviços internos (v.g.: arts. 51, inc. IV e 52, INC. XIII); ii) função jurisdicional pelo Poder Legislativo, na hipóteses de processo e julgamento do Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, Advogado Geral da União e membros dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, nos crimes de responsabilidade (v.g.: art. 52, incs. I e II); iii) função administrativa pelo Poder Judiciário, nas hipóteses de organização dos serviços internos (v.g.: art. 96, inc. I, “b”); iv) função legislativa pelo Poder Judiciário, na hipótese de elaboração dos regimentos dos tribunais (v.g.: art. 96, inc. I, “a”), e v) função legislativa pelo Poder Executivo, na hipótese de edição de medida provisória (v.g.: art. 62). Em consequência, não há exercício atípico da função jurisdicional pelo Poder Executivo, já que a decisão final no sistema de contencioso administrativo, mesmo que tenha sido alcançada pela presunção interna, não é atingida pela coisa

julgada material, comportando revisão judicial, nos termos do art. 5º, inc. XXXV da CRFB (MORAES, 2008).

Observa-se que a cada poder só poderá exercer a sua função e somente realizará atipicamente a função de outro nos casos expressamente previstos pela Carta Magna.

Com efeito, verifica-se que o Princípio da Separação de Poderes por ser fundamentado na autonomia constitucional da independência do exercício das funções típicas por parte dos órgãos especializados, acarreta em algumas situações previstas constitucionalmente, a inviabilização de garantias fundamentais, devido à impossibilidade da interferência direta de uma função sobre a outra. Assim, é o caso do Mandado de Injunção que, diante da omissão legislativa, deixa ao judiciário o dever de garantir a implementação de direitos e prerrogativas relacionados à nacionalidade, soberania e cidadania.

Ressalte-se que o Mandado de Injunção, como remédio jurídico constitucional voltado a sanar a ineficiência legislativa, para ter aplicabilidade e concordância prática requer uma nova dimensão do Princípio da Separação dos Poderes. Nessa esteira, Piovesan (2003, p. 168) elucida que:

Não há dúvidas de que o sucesso do mandado de injunção requer uma leitura renovada do princípio da separação dos poderes. Na ótica tradicional, este princípio tem sido elevado a um dos maiores obstáculos à efetivação do mandado de injunção.

Caubet (2011, p. 95), por sua vez, destaca que “óbice à efetividade dos instrumentos de controle das omissões constitucionais [...] é a falta de coercibilidade das decisões do Poder Judiciário em face do Legislativo e do Executivo”.

Desse modo, infere-se que o Princípio da Separação dos Poderes deve ser abordado em uma nova perspectiva, haja vista a premissa necessidade da efetivação de inúmeros direitos constitucionais. Devendo ser reestruturado para se adequar a nova realidade social, de modo que garanta que instrumentos tais como o Mandado de Injunção tenha sua viabilidade prática.

4.2 Problemas da hermenêutica no Mandado de Injunção

O Mandado de Injunção é um remédio jurídico que desde a edição, passou por uma gradativa evolução de seus efeitos, fruto da hermenêutica constitucional. Com efeito, verifica-se que a hermenêutica constitucional constitui-se em um conjunto de métodos, princípios e técnicas necessárias a interpretação dos dispositivos constitucionais. Desse modo, diante de qualquer norma caberá ao operador do direito buscar sua real intenção e aplicá-la ao caso concreto. Contudo a norma jurídica pode abarcar vários entendimentos, e, daí surge à importância daquele que realiza a interpretação da norma, pois é ele que decide qual interpretação será aplicada ao caso concreto.

Para Moraes (2008, p. 111) a interpretação constitucional seria uma atividade intelectual, uma vez que se busca:

Revelação do sentido, alcance e conteúdo de determinada norma constitucional, por meio de regras e princípios de hermenêutica jurídica, com o fim de fazê-la incidir sobre o conceito de um fato, de acordo com a capacidade expressiva do texto constitucional.

A ciência do Direito, porém é incapaz de fornecer uma interpretação que seja a única correta, em qualquer caso. A Ciência do Direito pode fornecer apenas algumas interpretações razoáveis, sem que possa afirmar ser uma delas correta e as demais erradas. O ato pelo qual o aplicador da norma escolhe uma das interpretações apontadas pela Ciência do Direito é, inegavelmente uma norma, sustenta ser determinada interpretação a correta, afastando as demais, ele está tentando exercer uma influência na criação do Direito, não se trata de atividade jurídico-científica, mas de atividade de política jurídica (MACHADO *apud* CAUBET, 2011).

Desse modo, observa-se que nenhuma interpretação da norma é insuficientemente incorreta, ou mesmo correta. O que implicará na atuação do aplicador do direito é a premissa necessidade de cada caso. Assim, o intérprete da norma não exerce uma atividade jurídico-científica, que parte do campo jurídico e vai buscar o alcance da norma no mundo do direito, e sim uma atividade política-jurídica, que busca o alcance da norma diante da situação abordada.

Observa-se também que pode ocorrer o processo de mutação constitucional. Essa se evidencia quando é atribuída a norma uma evolutiva interpretação, sem modificar o texto, só lhe atribuindo um novo sentido. Nesse lume, Mendes e Branco (2012, p. 152) asseveram que:

Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído.

Registre-se que no controle de controle de constitucionalidade vem ocorrendo mudança quanto à atuação do Senado para conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF no controle concentrado de constitucionalidade. Assim, Cunha Junior (2008, p. 152) ressalta que:

De feito, num sistema em que se adota um controle concentrado-principal, e as decisões de inconstitucionalidade operam efeitos *erga omnes* e vinculantes, a participação do Senado para conferir eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal, prolatadas em sede de controle incidental, é providência anacrônica e contraditória.

Defende o Ministro Gilmar Mendes a adoção de uma técnica chamada de *mutação constitucional aplicável* ao art. 52, X, da Constituição Federal 1988, para conferir à resolução do Senado caráter tão-somente de dar publicidade às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal que declarem a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos incidentalmente, a qual já teriam, desde a publicação, eficácia *erga omnes* se assim decidido pelo Plenário da Corte (LIMA, 2010).

Observa-se que antes o Senado detinha a função de atribuir efeitos *erga omnes*, contudo, através da mutação constitucional, passou a entender que caberia ao órgão apenas a função de conferir publicidade a essas decisões.

Os problemas existentes no Mandado de Injunção, remonta aos aspectos da interpretação realizada pela Suprema Corte. Nesse pórtico, Caubet (2011, p. 89) destaca “os problemas de hermenêutica [...] dizem respeito à interpretação restritiva, dada pelo Supremo Tribunal Federal, aos institutos do controle de inconstitucionalidade por omissão, principalmente ao mandado de injunção”.

Assim, infere-se que o Mandado de Injunção desde o início de sua criação obteve uma interpretação restrita, o que demonstra que ao longo do tempo o

aplicador do direito, para se chegar a uma solução eficaz teve que reportar várias interpretações no que se refere aos seus efeitos.

4.3 Dos efeitos da decisão em Mandado de Injunção no controle Judicial da omissão Legislativa Inconstitucional

A jurisdição constitucional brasileira tem apresentado um gradual desenvolvido em relação às diferentes técnicas de decisão no que se refere ao Mandado de Injunção na omissão legislativa inconstitucional.

Observa-se que, inicialmente, o STF se compendiou apenas a declarar a inconstitucionalidade por omissão do órgão legislativo, evidenciando a mora do Poder Público, para que lhes dando ciência dessa omissão fossem adotadas as devidas providências necessárias, de modo a gerar a efetivação os direitos, garantias e prerrogativas a que alude o art. 5º LXXI, da CF/88. Nesse sentido, expressa a jurisprudência do STF no MI 107:

Visa a obter do poder judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração, para que adote as providencias necessárias, a semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, par-2., da carta magna). (STF, MI 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Publicação DJ 21/09/1990).

Desse modo, a Suprema Corte acabou por equiparar os efeitos da ação de inconstitucionalidade por omissão aos efeitos do Mandado de Injunção, muito embora tais instrumentos correspondam a espécies de controle de constitucionalidade diferente, tendo legitimados diferentes e foram criados para surtirem efeitos diversos, tendo em vista que não haveria a necessidade de dois remédios jurídicos para auferir uma mesma solução. Nesse lume, Piovesan (2003, p. 150-151) destaca que:

Inconcebível é admitir que, no julgamento do mandado de injunção, o Poder Judiciário declare inconstitucionalidade a omissão e dê ciência ao órgão competente para adoção das providências necessárias à realização da norma constitucional. Caso contrário, estar-se-ia a atribuir ao mandado de injunção idêntica finalidade à ação direta de inconstitucionalidade por

omissão. Inexistindo distinção entre a finalidade do mandado de injunção e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos moldes em que é prevista pelo art. 103, § 2.º, do texto constitucional.

Corroborando desse pensamento, Pfeiffer (1999, p. 81) aduz que:

Não pode dar ao mandado de injunção alcance que não foi conferido sequer à ação de inconstitucionalidade por omissão, na qual a legitimidade ativa é conferida às mais altas autoridades da República, e que é processada e julgada apenas pela mais alta corte jurisdicional brasileira.

Julgando dessa maneira, o STF equiparou dois institutos distintos, chegando-se à situação em que existem duas ações para cientificar o Poder Legislativo, de sua omissão, mas nenhuma para tornar efetivo, por via judicial, o direito Constitucional (CAUBET, 2011).

Posteriormente, percebe-se que o Tribunal passou a modificar os efeitos da ação de Mandado de Injunção, que não mais se restringia a declarar a omissão legislativa, passando a impor prazo para que o poder público tomasse as providências imprescindíveis à efetivação da norma, bem como passou a garantir ao titular do direito obstado a possibilidade de obter em juízo uma indenização por perdas e danos, caso a omissão subsistisse. Tal posicionamento do STF restou sobejamente evidenciado no MI 283, consoante se observa do seu excerto de jurisprudência:

Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu

exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. **Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da Republica; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.**(MI 283, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991, DJ 14-11-1991, p. 16355) (grifo do autor)

Verifica-se que essa decisão passou a conferir novos efeitos à decisão do Mandado de Injunção, contudo ainda demonstrava-se insuficiente, uma vez que a omissão inconstitucional não havia sido combatida. Sobre o referido julgado e sua evolução em termos de efeitos da decisão do Mandado de Injunção, Caubet (2011, p.93) destaca que:

Não obstante a inegável evolução que este julgado representa em relação à postura anterior, ainda ficou-se aquém do potencial do mandado de injunção: primeiro, o STF prorrogou um prazo que, havia muito, estava encerrado; segundo, condicionou o exercício do direito à obtenção, em juízo, de sentença condenatória em ação ordinária de compensação de perdas e danos.

Destarte, Piosevan (2003 p. 155) lembra que “embora esta decisão acene a um avanço se comparar com a orientação anterior do Supremo Tribunal Federal, o impetrante não obteve no âmbito do Supremo a efetiva concretização de seu direito”.

Observa-se que esse posicionamento acarretaria soluções discordantes quando aos efeitos da reparação cível, uma vez que a fixação dos limites seria realizada por juízos diferentes. Nesse lume, Pfeiffer (1999, p. 89) assevera que:

Não se pode deixar de destacar a contradição em que incorreu o Supremo Tribunal Federal com essa decisão: entendeu que não poderia fixar os contornos da indenização, mas restou implícito que o juiz federal do primeiro grau a quem for submetida a demanda indenizatória poderá fazê-lo. Ademais, tal solução permite a possibilidade de decisões díspares, que confirmam de modo aleatório a cada um dos postulantes uma regulamentação diferente.

Destaque-se que, distanciando dos posicionamentos anteriores, o STF no julgamento do MI 232/RJ, em que demandava a efetivação do art. 195, §7º da CF/88, quanto à isenção de contribuição para a seguridade social pelas entidades beneficentes de assistência social, determinou que o Poder Legislativo editasse, no prazo de seis meses, a lei estabelecendo quais eram as exigências que deveriam ser tomadas pelas entidades beneficentes, uma vez que se esgotado esse prazo o impetrante passaria a gozar da imunidade requerida. Convém mencionar tal posicionamento solidificado no MI 232 do STF:

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7. da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. (MI 232, Relator (a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1991, DJ 27-03-1992).

Assim, aos poucos a jurisprudência do STF foi evoluindo no sentido de acolher uma solução eficaz para o Mandado de Injunção, admitindo a possibilidade da fixação de prazo para atuação legislativa, que, por sua vez, se mantivesse inerte, escoado o prazo estabelecido, o direito fosse eficazmente aplicado. Nesse esteio, Piovesan (2003, p.154) destaca que:

Trata-se de precedente inédito que, rompendo com a orientação tradicional do Supremo Tribunal Federal, veio a conferir ao mandado de injunção a função delineada pelo texto constitucional, não obstante a Supremo tenha optado, inicialmente, por demarcar prazo para que o legislador suprisse a omissão, para só após tornar viável o exercício do direito constitucional.

Sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, no que diz respeito ao Mandado de Injunção. As decisões proferidas nos Mandados de Injunção n. 283 (Rel. Sepúlveda Pertence) e n. 232 (Rel. Moreira Alves) e, ainda, no MI n. 28434 (Rel. Celso de Mello) sinalizaram para uma nova compreensão do

instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial (MENDES, 2008).

Contudo, observa-se que a grande evolução do tema, ocorreu no julgamento referente ao direito de greve dos servidores públicos. Ressalte-se, nesse ponto, que o direito de greve dos servidores públicos, embora seja uma determinação estabelecida no art. 37, VII, da CF/88, que assegura que tal direito seja exercido nos termos e limites definidos em lei específica, trata-se de norma constitucional aberta, que necessita de complementação.

Observa-se que no que tange ao direito de greve, no MI 708, o STF elencou a seguinte determinação:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIACÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). [...]1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. **A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva [...]** O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. [...] **aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei no 7.783/1989) [...]** observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. **A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem**

constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes.[...] O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. **Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional.** 4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).(MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007). (grifo do autor).

Nesse lume, observa-se que o MI 708 foi um grande marco na jurisprudência do Mandado de Injunção, notadamente porque o Supremo Tribunal Federal se distanciando das decisões inicialmente perfilhadas fixou prazo de sessenta dias para que o Legislativo emanasse a norma, e caso não se efetivasse a edição da norma que fossem aplicadas as leis nº 7701/88 e nº 7783/89, que regulamentam, respectivamente, sobre a especialização de turmas ou tribunais do trabalho em processos coletivos e a sobre o exercício do direito de greve nas relações empregatícias.

Sobre essa inovação em termos de feitos do Mandado de Injunção, Marinela (2012, p. 59) ressalta que:

O pleno do STF, julgando-os em conjunto, declarou a omissão legislativa do Congresso Nacional quando ao dever constitucional de editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, decidiu aplicar aos servidores públicos, no que couber, a lei de greve vigente para o setor privado, a já citada Lei nº 7783/89, além da Lei nº 7701/88.

Piovesan (2003, p. 159), sobre o referido julgado, acrescenta que:

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.

Contudo, posteriormente a edição do MI 708, surgiu várias intromissões no sentido de se questionar sobre a legitimidade da decisão adotada, uma vez que o STF estava exercendo uma atividade tipicamente legislativa, ao editar sentenças de cunho normativo, de modo a desrespeitar o Princípio da Separação dos Poderes. Nesse lume, Piovesan (2003, p.168) destaca que:

Na doutrina constitucionalista há aqueles que apostam na ineficácia social do mandado de injunção, com a justificativa de que se trata de um instituto que exorbitou o lineamento das limitações dos Poderes. Nesse raciocínio, não tem o Poder Judiciário obrigação de interferir em atos de exclusiva competência do Legislativo, sob pena de distorção da concepção da tripartição dos Poderes.

Ademais, no MI 712, a Suprema Corte declarou que eram insubsistentes as alegações afirmadas, uma vez que não estava exercendo uma tarefa legislativa, de modo a ferir o Princípio da Independência e Harmonia dos poderes. Mas estava apenas exercendo um poder dever-dever de prestar uma tutela justa e adequada, editando assim supletivamente a norma ausente para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. Nesse contexto, cumpre transcrever o excerto do MI 712 que destaca as seguintes considerações:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano.[...] **de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que**

carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. (MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007) (grifos do autor)

Destarte, registra-se a possibilidade que uma regulamentação provisória pelo Judiciário, em nenhum momento assumiu compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, uma que se utilizou de uma artinha judicial, as chamadas sentenças normativas de caráter aditivo ou modificativo, admitindo assim soluções mais acauteladas na efetivação do Mandado de Injunção e no provimento jurisdicional.

Observa-se que o STF se utilizando do instituto da hermenêutica e da mutação constitucional, para garantir eficácia ao Mandado de Injunção e utilizando-se das chamadas sentenças aditivas, que seriam aquelas que agregam ou integram um regime que de antemão já fora adotado pelo legislador, ou mesmo para complementar a solução edificada pelo tribunal a preencher determinada lacuna constitucional, que não obteve êxito pela atuação do legislador.

Assim, a Suprema Corte através da mutação constitucional, entendeu que as sentenças adotadas não quebraram os limites impostos pelo Princípio da Separação dos Poderes, que até então era o grande óbice a efetivação do Mandado de Injunção. Através dessa hermenêutica o judiciário efetivou ao menos minimamente o direito impetrado, tornando o um instrumento constitucional eficaz.

Nesse lume, faz-se importante destacar o informativo 485 do STF:

No MI 670/ES e no MI 708/DF prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes. Nele, inicialmente, teceram-se considerações a respeito da questão da conformação constitucional do mandado de injunção no Direito Brasileiro e da evolução da interpretação que o Supremo lhe tem conferido. **Ressaltou-se que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.** Registrou-se, ademais, o quadro de omissão que se desenhou, não obstante as sucessivas decisões proferidas nos mandados de injunção. Entendeu-se que, diante disso, talvez **se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo. Aduziu-se, no ponto, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime**

previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora "solução constitucionalmente obrigatória". Saliou-se que a disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, no que tange às denominadas atividades essenciais, é especificamente delineada nos artigos 9 a 11 da Lei 7.783/89 e que, no caso de aplicação dessa legislação à hipótese do direito de greve dos servidores públicos, afigurar-se-ia inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro. **Assim, tendo em conta que ao legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional.** (INFORMATIVO 485 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL) (grifos do autor).

Observa-se que essa complementação judicial se fazia essencial, tendo em vista os riscos na qual estava exposta a sociedade. Para isso foi aplicada uma solução na qual regulamentava o mínimo exigido, tendo em vista que os serviços e as atividades públicas são mais essenciais que as privadas e como ao caso foi determinada a aplicação da Lei de Greve aplicada no âmbito privado, muitas questões estariam expostas ao próprio delineamento do Judiciário que reconheceu necessidade de que haveria de se estabelecer parâmetros institucionais no campo procedimental a fim de complementar e garantir uma solução que se chegasse mais próximo da realidade. Contudo, observa-se que os efeitos do Mandado de Injunção se igualaram aos efeitos da ação de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que passou a emitir uma decisão de caráter geral. Nesse sentido, Puccinelli Júnior (2012, p. 340), destaca que:

O STF não se limitou apenas a aplicar a Lei nº 7783/89 aos impetrantes, optando por estendê-la a todos os servidores público. É dizer, “o Tribunal adotou, portanto, uma moderada sentença de perfil aditivo, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão”.

Registra-se que por maior conveniência o STF, entendeu que para o caso de greve dos servidores públicos a decisão permitia uma dimensão objetiva com eficácia *erga omnes*. Nesse sentido, Mendes e Branco (2012, p. 1375) destaca que:

Em regra, a decisão em mandado de injunção, ainda que dotada de caráter subjetivo, comporta uma dimensão objetiva, com eficácia *erga omnes*, que serve para tantos quantos forem os casos que demandem a concretização de uma omissão geral do Poder Público, seja em relação a uma determinada conduta, seja em relação a uma determinada lei.

O Mandado de Injunção logrou atingir a sua proposta. No que tange à comunicação ao Poder Legislativo, esbarrou nos mesmos óbices supra referidos. Não obstante, a interpretação conservadora que lhe deu o Supremo Tribunal Federal, que recusou o ônus político de uma normatização dos casos concretos, em que se verificasse a impossibilidade do gozo de um direito em decorrência da omissão dos Poderes Públicos, reduziu os efeitos do Mandado de Injunção aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, instituto por sua vez inócuo. Embora tenha evoluído em relação à sua postura original, a jurisprudência do STF ainda está longe de conferir ao instituto os seus devidos efeitos (CAUBET, 2011).

Assim, infere-se que o STF com a tentativa de auferir ao Mandado de Injunção uma solução justa e adequada a fim de garantir a eficácia dos direitos, garantias e prerrogativas que determinam o art. 5º LXXI da Constituição, esbarrou em vários óbices. Embora evoluindo gradativamente, a Suprema Corte acabou se posicionando de modo a se chegar aos mesmos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, atribuindo a esse remédio jurídico uma abrangência normativa objetiva e de eficácia *erga omnes*.

Contudo há que se ressaltar que a natureza jurídica do Mandado de Injunção ainda está sujeita a grandes evoluções, uma vez trata-se de um remédio jurídico ainda dotado de incertezas, de modo que nem a doutrina nem a jurisprudência sabem conferir as diretrizes desse instituto, tendo em vista as nuances que o cercam, tais como o Princípio da Separação dos Poderes, e as interpretações restritivas, apontadas pela Suprema Corte.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição, como a norma que rege e regulamenta todo Ordenamento Jurídico, necessita que seus preceitos sejam efetivados e devidamente cumpridos. Contudo, existem normas que compõe o texto constitucional que não detém legitimidade imediata para produzir efeitos no mundo jurídico, as chamadas normas de eficácia limitada.

Tais normas necessitam de um complemento normativo posterior que advém do Poder Público, e não havendo o cumprimento dessa atribuição, configurada estará à omissão inconstitucional.

Esta omissão inconstitucional embora possa se delinear no campo normativo é mais frequente quando se refere à ausência legislativa.

Verificou-se que a omissão do Poder Legislativo decorre do silêncio em não promover a edição das leis que asseguram a viabilidade de aplicação das normas constitucionais.

A Constituição com a finalidade de combater as afrontas decorrentes da omissão inconstitucional instituiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão visa combater a ausência da norma no que se refere à ordem jurídica constitucional dos direitos objetivos, fazendo-se compor no controle abstrato de constitucionalidade, em que as decisões produzem efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.

O Mandado de Injunção institui-se com a finalidade de garantir eficácia a direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, que por ausência de norma regulamentadora não possuem aplicabilidade completa, compondo o controle concreto de constitucionalidade, onde as decisões emanadas produzem efeitos *inter partes*.

Em que pese o Mandado de Injunção tenha sido designado para garantir eficácia a preceitos constitucionais, suas decisões se esbarraram em inúmeros óbices e incertezas, como o Princípio da Separação dos Poderes.

Além dessa limitação, verificou-se que a Suprema Corte optou por atribuir uma interpretação restritiva quanto ao alcance dos efeitos do Mandado de Injunção, e inicialmente o Poder Judiciário determinou apenas o comando de declarar a omissão legislativa inconstitucional e realizar a devida comunicação para que

fossem efetivadas as devidas providências. Posteriormente foram atribuídos outros efeitos como a imposição de prazo para que o legislador editasse a norma, a aplicação de responsabilidade civil caso houvesse o descumprimento da sentença proferida no Mandado de Injunção, mas por mais enérgicos que fossem essas medidas, ainda não se faziam suficientes para sanar a omissão legislativa inconstitucional. Contudo, no julgamento referente ao direito de greve dos servidores públicos, observou-se que a Suprema Corte através da hermenêutica e da mutação constitucional emanou uma sentença normativa de cunho aditivo com eficácia *erga omnes*, de modo a garantir minimamente a aplicação do direito emanado, o que evidenciou uma grande evolução em relação aos efeitos do Mandado de Injunção.

O tema se revelou de grande importância no Ordenamento Jurídico por se referir à indefinição da natureza do Mandado de Injunção sendo que ainda encontrasse incerto pela doutrina e jurisprudência, uma vez que só conseguiram estabelecer a esse instrumento constitucional os mesmos efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Decisão essa, bastante polêmica e criticada pela doutrina.

Nesse diapasão, cumpre consignar que os objetivos desse trabalho foram plenamente alcançados, na medida em que foram apresentadas as principais decisões referentes ao Mandado de Injunção, abordando os óbices e entraves existentes em torno do tema, além dos aspectos da omissão legislativa inconstitucional com a ilustração dos instrumentos aptos a combatê-la, bem como o posicionamento do Judiciário nas decisões do Mandado de Injunção frente à omissão legislativa inconstitucional, reconhecendo-o como remédio jurídico constitucional apto a sanar a omissão legislativa inconstitucional, fazendo uma abordagem dos instrumentos, da hermenêutica e da mutação constitucional, utilizados pela Suprema Corte para emitir uma sentença de cunho normativo e por fim a abordagem das críticas em relação a indefinição da natureza do Mandado de Injunção e a aplicação dos mesmos efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão ao Mandado de Injunção.

Com efeito, a análise dos efeitos do Mandado de Injunção no controle judicial da omissão legislativa inconstitucional, mostra-se importante para demonstrar a fragilidade desse remédio jurídico, uma vez que mesmo havendo uma gradativa evolução das decisões do Mandado de Injunção, ainda são insuficientes para conferir eficácia as normas constitucionais, uma vez que o Poder Judiciário ao

realizar o controle de constitucionalidade da omissão legislativa inconstitucional se depara com inúmeros preceitos que obsta qualquer solução prática que se possa vim a realizar, contudo a Suprema Corte aos poucos está atribuindo uma nova conformação aos embates existentes como meio de garantir efetividade aos preceitos constitucionais.

Destarte, o Mandado de Injunção é um instrumento jurídico que precisa obter uma definição quanto a sua natureza jurídica, ou haver um juízo de ponderação quanto aos óbices existentes, de modo que se possa garantir sempre a efetivação das normas de eficácia limitada, principalmente no que tange a nacionalidade, a soberania e à cidadania, eis que são as pilstras da organização e manutenção da estrutura do Estado.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3.ed. São Paulo: Método, 2008.

_____. **Controle de Constitucionalidade**. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Diário Oficial da União: 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 mar. 2012.

_____. **Lei nº 7701, de 21 de dezembro de 1998** - Dispõe sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos e dá outras providências. Brasília, DF, Diário Oficial da União: 22 dez. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7701.htm>. Acesso em: 21 mar. 2013.

_____. **Lei. nº 7783, de 28 de junho de 1989** - Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF, Diário Oficial da União: 29 jun. 1989. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm>. Acesso em: 21 mar. 2013.

_____. **Lei. nº 8.038, de 28 de março de 1990** - Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, Diário Oficial da União: 29 mar. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm>. Acesso em 13 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 485**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo485.htm>>. Acesso em 22. Fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 107**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+injun%E7%E3o+%29%28107%2ENUME%2E+OU+107%2EACMS%2E%29&b+ase=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cvuyut2>>. Acesso em 02. Fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 232**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado>

+de+injun%E7%E3o+%29%28232%2ENUME%2E+OU+232%2EACMS%2E%29&b
ase=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d89ffjo>. Acesso em: 14 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 283**. Min. Rel. Sepúlveda Pertence, Publicação no DJ: 14 nov. 1991. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+injun%E7%E3o+%29%28283%2ENUME%2E+OU+283%2EACMS%2E%29&b+ase=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cg9bp9l>>. Acesso em 27 jan. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 708**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+injun%E7%E3o+%29%28708%2ENUME%2E+OU+708%2EACMS%2E%29&b+ase=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/buxsn29>>. Acesso em 16 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 712**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+injun%E7%E3o+%29%28712%2ENUME%2E+OU+712%2EACMS%2E%29&b+ase=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/dyqp74r>>. Acesso em: 19 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 1083**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28mandado+de+injun%E7%E3o+%29%281083%2ENUME%2E+OU+1083%2EACMS%2E%29&b+ase=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c7y4e6r>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BULOS, Uadi Lammêngo. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CAUBET, Yannick. **Controle de constitucionalidade por omissão**. Curitiba: Jurúa, 2011.

CHIMENTI, A. et. al. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA JUNIOR, Dirleyda. **Controle de Constitucionalidade Teoria e Prática**. 3.ed. Bahia: Juspodivm, 2008.

FURLAN, Mariana Kowalski. **Omissão legislativa inconstitucional e mecanismos de garantia**. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=25>. Acesso em: 30 mar. 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KERBER, Lucas de Carvalho. **Mandado de injunção e a nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2009. Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/monografias/upload_monografias/LUCAS%20DE%20CARVALHO%20KERBER.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 10.ed. São Paulo: Método, 2006.

_____. **Direito Constitucional esquematizado**. 12.ed. São Paulo: Método, 2008.

LIMA, Danilo Guimarães. **Crítica à atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade e mutação constitucional**, junho de 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5574/Critica-a-atuacao-do-Senado-Federal-no-controle-de-constitucionalidade-e-mutacao-constitucional>>. Acesso em: 23 mar. 2013.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6.ed. Niterói: Impetus, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional**. Brasília, DF, 27 mai. 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Lituania.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Guilherme Penã de. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, Ana Carolina Ribeiro de. **Mandado de Injunção à luz da separação dos Poderes**. Disponível em < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/mandado-de-injuncao-a-luz-da-separacao-dos-poderes>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de Injunção**. 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.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

WEDY, Gabriel. **Independência dos poderes e hipertrofia do Executivo**.. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-30/gabriel-wedy-independencia-poderes-hipertrofia-executivo>>. Acesso em: 21 mar. 2013.