

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
MESTRADO EM DIREITO

MESTRANDO

ALEXANDRE PEREIRA PINTO

**O MANDADO DE INJUNÇÃO E A EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS: ATIVISMO JUDICIAL**

**OSASCO
2013**

ALEXANDRE PEREIRA PINTO

**O MANDADO DE INJUNÇÃO E A EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS: ATIVISMO JUDICIAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração a “Positivação e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos” inserido na linha de pesquisa “Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais”, sob a orientação da Professora Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz.

**OSASCO
2013**

ALEXANDRE PEREIRA PINTO

**O MANDADO DE INJUNÇÃO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: ATIVISMO JUDICIAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração a “Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos” inserido na linha de pesquisa “**Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais**”, sob a orientação da Professora Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz.

Osasco, 28 de fevereiro de 2013.

Prof^a. Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz
Orientadora

Prof^a. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug
Examinadora

Prof. Dr. Luiz Rodolfo Ararigboia de Souza Dantas
Examinador

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, com todo amor e carinho, à minha mãe, Clarice, um verdadeiro exemplo de vida, e ao meu pai, Nestor, o primeiro grande jurista que conheci na vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter chegado até aqui, especialmente por colocar pessoas tão especiais no meu caminho.

Agradeço aos meus pais e aos meus irmãos Ricardo, Leandro e Isabel Cristina, pelo apoio de sempre, pois estes nunca deixaram de acreditar em mim. À minha namorada Beatriz agradeço por repartir comigo todas as angústias e incertezas da minha pesquisa, sempre me apoiando e me trazendo, na ponta dos pés, um chá para motivar meus estudos. Aos meus amigos Rafael, Manoel e Andréia, por sempre entenderem minhas ausências por conta do mestrado.

Para a professora Doutora Anna Candida da Cunha Ferraz faço um agradecimento especial, pois tive o privilégio de tê-la como orientadora. A orientação dada pela professora contribuiu para eu me tornar uma pessoa melhor. Suas aulas, seus conselhos, suas correções, seus direcionamentos mudaram, efetivamente, meu modo de ver o Direito Constitucional e a pesquisa científica. Os reflexos dos seus ensinamentos foram, magnificamente, inspiradores, de forma que penso seriamente, apesar do cansaço provocado pelas pesquisas do mestrado, em seguir meus estudos no doutorado.

Agradeço também aos professores da UNIFIEO pelos ensinamentos, especialmente: Professora Margareth Anne Leister, Professora Márcia Cristina de Souza Alvim, Professor Luis Rodolfo de Souza Dantas, Professor Paulo Salvador Frontini, Professor Sérgio Seiji Shimura, Professora Maria Cristina Carmignani e Professor Eduardo Carlos Binca Bittar, pois tive a oportunidade de frequentar suas magníficas aulas.

Não posso deixar de agradecer aos colegas que cursaram comigo os créditos do mestrado, especialmente às professoras Fernanda Macedo e Márcia Santos Moreira, que lutaram comigo desde o início do curso.

Ao meu grande amigo Luiz Roberto Carboni Souza, professor de Direito Constitucional, por quem nutro profunda admiração e respeito, faço também um agradecimento especial, pois compartilhamos todas as dificuldades vividas durante o mestrado, desde o dia do processo seletivo até, se Deus assim permitir, o dia da defesa dos nossos trabalhos. Compartilhamos mais do que aulas e

pesquisas: compartilhamos uma salutar amizade, baseada em apoios recíprocos, que não nos deixou desistir diante das consideráveis dificuldades impostas pelo curso e pela vida.

Meus agradecimentos se estendem ainda aos funcionários do mestrado da UNIFIEO, especialmente à Edlaine, à Roberta e à Nadja, pois estas três acompanharam todo o meu esforço durante o curso, sempre dispensando a mim cordialidade impar.

Agradeço também aos meus amigos professores e coordenadores do curso de Direito da UNINOVE por todo o apoio, especialmente aos queridos amigos Cláudio Mikio Suzuki, Mauricio Carlos Pichiliani e ao Sérgio Gabriel, que acompanharam de perto minhas pesquisas.

Finalmente, agradeço aos meus alunos, pois eles são o maior motivo de eu ter realizado este curso de mestrado. As pesquisas feitas neste trabalho contribuíram, sem dúvida, para uma dedicação ainda maior em sala de aula, onde me realizo pessoal e profissionalmente.

RESUMO

Este trabalho dedica-se ao estudo do mandado de injunção como instrumento capaz de efetivar os direitos humanos fundamentais pendentes de regulamentação previstos na Constituição brasileira. Por uma questão de identificação do tema, limitou-se a fazer uma breve análise histórica dos direitos humanos fundamentais a fim de se destacar as chamadas dimensões de direitos humanos fundamentais, as características desses direitos, suas fontes, bem como a estrutura normativa da Constituição Federal de 1988, ressaltando a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como do remédio constitucional do mandado de injunção. Em seguida, verifica-se os aspectos materiais e formais do mandado de injunção, solucionando problemas de autoaplicabilidade do instituto. No que se refere à aplicação deste remédio da injunção, destacam-se as novas perspectivas de interpretação constitucional frente à tripartição dos Poderes, identificando-se o fenômeno do ativismo judicial.

Palavras-chave: Mandado de Injunção. Direitos fundamentais. Estrutura normativa da Constituição brasileira de 1988. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Inconstitucionalidade por omissão. Tripartição de Poderes. Ativismo judicial.

ABSTRACT

This work is dedicated to the study of the injunction as a tool capable of effecting fundamental human rights pending regulations set by the Brazilian Constitution. As a matter of identifying the subject, merely make a brief historical analysis of fundamental human rights in order to highlight the dimensions calls for fundamental human rights, the rights of these characteristics, its sources, as well as the normative structure of the Federal Constitution 1988, highlighting the importance of the principle of human dignity and the constitutional remedy of injunction. Then there is the material and formal aspects of the injunction, solving problems self applicability the institute. As regards the application of this remedy of injunction, we highlight the new perspectives of constitutional interpretation against the tripartition of Powers, identifying the phenomenon of judicial activism.

Keywords: Writ of Injunction. Fundamental rights. Normative framework of the Constitution of 1988. Effectiveness and applicability of constitutional norms. Unconstitutionality by omission. Tripartition of powers. Judicial activism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
PARTE I. OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E SEUS REFLEXOS SOBRE O MANDADO DE INJUNÇÃO	14
1 Escorço histórico dos direitos fundamentais: a constatação das dimensões de direitos.....	14
2 Características dos Direitos Humanos Fundamentais	27
3 Fontes dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.....	31
4 Os Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988	36
4.1 Distinção entre Direitos e Garantias Fundamentais	36
4.2. Dos remédios constitucionais: A caracterização do Mandado de Injunção	39
4.3 A estrutura normativa da Constituição Federal de 1988.....	41
4.3.1 O princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	47
4.3.2 Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais: a pertinência das normas de eficácia limitada ao mandado de injunção	51
4.4 A prolixidade constitucional e o problema da falta de regulamentação da Constituição	65
PARTE II. O MANDADO DE INJUNÇÃO E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	71
5 O mandado de injunção na Constituição de 1988: viés material.....	71
5.1 Previsão constitucional: o instrumento que carece de regulamentação	75
5.2 Pressupostos do mandado de injunção: análise crítica dos aspectos materiais.....	78
5.3. As lacunas no ordenamento jurídico constitucional e as Omissões Inconstitucionais: a possível solução pelo mandado de injunção	79
5.3.1 Outras possibilidades para sanar as omissões inconstitucionais.....	83
5.4 Abrangência do mandado de injunção quanto aos direitos tutelados.....	87
6 Viés processual do Mandado de Injunção	95
6.1 Condições de processamento: incertezas quanto ao procedimento utilizado para o mandado de injunção.....	95
6.2 Competência para o processamento do Mandado de Injunção.....	97
6.3 Legitimidade para agir no mandado de injunção: quem são as partes do processo?...	102

PARTE III. NOVAS PERSPECTIVAS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: O ATIVISMO JUDICIAL E O MANDADO DE INJUNÇÃO	108
7 A separação dos poderes: o expansionismo do Poder Judiciário	108
8 Ativismo Judicial e seus parâmetros hermenêuticos	116
9 Manifestações ativistas do Supremo Tribunal Federal via Mandado de Injunção: a efetivação das normas constitucionais de eficácia limitada.....	125
CONCLUSÃO	145
REFERÊNCIAS	151

INTRODUÇÃO

Esta dissertação trata do mandado de injunção e da efetivação dos direitos humanos fundamentais, especificamente no que se refere à postura ativista do Judiciário quanto aos direitos previstos constitucionalmente que dependam de um complemento normativo.

Antes, porém, de uma abordagem direta do remédio constitucional do mandado de injunção, necessário se faz verificar os aspectos principais dos Direitos Humanos Fundamentais, delimitando suas dimensões, características, fontes no ordenamento jurídico brasileiro. A referida abordagem justifica-se para uma constatação dos reflexos que irradiam os Direitos Fundamentais sobre o Mandado de Injunção.

Necessário, ainda, é o estudo dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição brasileira de 1988, distinguindo-se os institutos, bem como traçando um breve panorama do Mandado de Injunção como um “remédio” constitucionalmente previsto.

Não se pode olvidar da complexa estrutura normativa da Constituição de 1988, a qual contempla um sistema aberto de regras e princípios, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deve nortear todas as ações do Poder do Estado, incluindo-se a interpretação por parte do Judiciário.

Nesse aspecto, a análise da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais mostra-se de suma importância, haja vista existirem dispositivos normativos que não dispõem, necessariamente, de efetividade imediata, direta e integral, atribuindo um encargo ao legislador infraconstitucional, o qual, por sua vez, não se vê necessariamente compelido a legislar por conta do comando constitucional, ainda que esse traga em seu conteúdo a essência de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Por conta disso, questiona-se a utilidade de uma Constituição que seja analítica, extensa, prolixa. Questiona-se a eficácia de uma norma contida nessa Constituição que não seja de pronta aplicabilidade e eficácia.

Talvez, a prolixidade das constituições provoque a inconstitucionalidade por omissão, o que abriria campo, além do controle abstrato de constitucionalidade, para um controle concreto, com enfoque na proteção de direitos fundamentais. Destaque-se que, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão não se mostra, aparentemente, efetiva para a concretização dos direitos fundamentais. Convém salientar que o enfoque deste trabalho não se direciona à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, mas sim ao Mandado de Injunção.

Assim, analisaremos se o remédio constitucional do mandado de injunção é o único instrumento capaz de curar a inconstitucionalidade por omissão pela via difusa de controle. Os indivíduos que estiverem diante de uma omissão inconstitucional que os impeça de exercer livremente direitos e liberdades constitucionais, ou mesmo prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, poderão valer-se desta garantia para a sua efetivação, ou até mesmo para a sua concretização?

Aspecto interessante recai sobre a extensão dos direitos passíveis de proteção pelo mandado de injunção. Afinal, quais os direitos protegidos por esse remédio constitucional? O questionamento se justifica também por conta da possibilidade de regulamentação do Art. 5º, LXXI, da CRFB/88, que prevê o mandado de injunção. Isto, para que sejam delimitadas as fronteiras do referido instrumento, tanto no seu aspecto de “campo de proteção”, como nos limites impostos ao Poder Judiciário.

O viés formal do mandado de injunção também será enfrentado, de forma a revelar quais são os obstáculos que eventualmente se colocam à frente do instituto, tais como o procedimento, a legitimidade de agir, dentre outros que serão abordados neste trabalho.

Será, ademais, enfrentado o complexo tema da hermenêutica constitucional, tendo em vista uma possível novidade nas perspectivas de interpretação constitucional, com especial enfoque no que hoje se denomina *ativismo judicial*, ou *judicialização da política*.

Nesse passo, trataremos do princípio da separação dos Poderes, o que parece ser o maior entrave na efetivação do mandado de injunção. Eis que o

Judiciário, ao decidir concretamente sobre as lacunas inconstitucionais, estaria extrapolando as suas competências funcionais.

Analisaremos, brevemente, a origem do ativismo judicial, com especial atenção para a possibilidade de sua influência na efetivação dos direitos humanos fundamentais, especificamente no que se refere ao mandado de injunção. Não deixaremos, nessa mesma abordagem, de apontar para um possível aspecto negativo do ativismo.

Oportuno salientar, entretanto, que o ativismo judicial não será explorado pormenorizadamente, apesar de que esse fenômeno, supostamente novo, vem causando discussões doutrinárias intensas, tendo em vista, por exemplo, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade da união homoafetiva.

Por fim, analisaremos os principais julgados do Supremo Tribunal Federal quanto ao mandado de injunção diante dessa nova perspectiva de interpretação, especialmente quanto a alguns casos emblemáticos, de acordo com o direito de greve do servidor público (CF, art. 37, VII), com a aposentadoria especial (CF, art. 40, §4º), ou até mesmo quanto ao recentíssimo caso do aviso prévio proporcional (CF, art. 7º, XXI).

Por fim, pretende-se, com a presente dissertação, contribuir para a efetividade do instituto do mandado de injunção, diante de todos os empecilhos postos pela estrutura constitucional brasileira.

PARTE I. OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E SEUS REFLEXOS SOBRE O MANDADO DE INJUNÇÃO

1 Escorço histórico dos direitos fundamentais: a constatação das dimensões de direitos

Do ponto de vista histórico, os Direitos Humanos Fundamentais concebidos nas constituições mundo afora são fruto da evolução da sociedade.

A propósito, o termo “Direitos Humanos Fundamentais” é equívoco e, segundo André Ramos Tavares, a imprecisão terminológica para os direitos fundamentais do homem é característica do Direito Internacional, o qual, para obter uma aceitação, necessita de utilizar-se de imprecisão, ou ambiguidade, sem olvidar-se de que os direitos humanos possuem forte carga emotiva, o que fomenta contradições na própria determinação do conteúdo que se aloja em cada um desses designativos.¹

Antes da positivação desses direitos nas constituições, é possível identificar sementes, antecedentes constitucionais, que surgiram, em verdade, fora dos moldes do constitucionalismo moderno², mas que, de forma incisiva, o influenciaram. Assim, essas sementes, de forma ainda tímida, surgiram na Antiguidade.

Aristóteles identificou, em Atenas, leis constitucionais que conferiam direitos àqueles que eram considerados cidadãos, notadamente quanto ao direito de participação na vida política das *ciudades*, o que é visto hoje como parte integrante dos direitos fundamentais.

É de se ressaltar, no entanto, que os detentores do poder não se sujeitavam às normas jurídicas de comportamento. Uadi Lammêgo Bulos

¹TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 446.

²FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33. Segundo o autor: “Confunde-se, no plano político, com o liberalismo e, com este, sua marcha no século XIX e nos primeiros três lustros do século XX foi triunfal. Ou pela derrubada dos tronos, ou pela “outorga dos monarcas, um a um, todos os Estados europeus adotaram Constituição.”

enquadra essa conduta, a de irresponsabilidade governamental, na “*tese do grau zero da eficácia constitutiva do direito constitucional*”, todavia, esse “grau zero” deve ser visto do ponto de vista da *eficácia social* ou da *efetividade*, jamais sob a ótica normativa, pois não há Constituição que contenha cláusulas com conteúdo de meras recomendações, avisos, lembretes ou lições. Destaca assim que, em regra, todas as constituições, do ponto de vista normológico, têm força imperativa.³

Da antiguidade vale destacar também o pensamento que se extrai da obra “Antígona”, de Sófocles, principalmente quanto à existência de um Direito superior, não estabelecido pelos homens, mas dado e esses pelos deuses.

Nada obstante, é importante frisar que foi justamente no período axial (séculos VIII a II a.C.), conforme aponta Fábio Konder Comparato, que a importância do homem foi evidenciada.

Em suma, é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.⁴

Ultrapassado esse período, as *sementes constitucionais* de direitos humanos fundamentais são, de forma um pouco mais contundente, reconhecidas, principalmente por conta dos documentos escritos que se difundiram a partir da segunda metade da Idade Média.

Sobre esses antecedentes, Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca os pactos.

Os pactos, de que a História constitucional inglesa é particularmente fértil, são convenções entre o monarca e os súditos concernentes ao modo de governo e às garantias de direitos individuais. Seu fundamento é o acordo de vontades (ainda que os reis disfarcem sua transigência com a roupagem da

³BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 15.

⁴COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 11.

outorga de direitos). O mais célebre desses pactos é a Magna Carta, de 1215.⁵

Em seguida, o autor esclarece os aspectos dos forais ou cartas de franquia, de modo que destaca as particularidades e as diferenças entre os institutos.

Os forais ou cartas de franquia, que se encontram por toda a Europa, têm em comum com os pactos a forma escrita e a matéria, que é a proteção a direitos individuais. Esboça-se nelas, porém, a participação dos súditos no governo local, inserindo-se assim, nesses forais, um elemento propriamente político, estranho à maioria dos pactos. Por outro lado, seu fundamento é a outorga pelo senhor (ainda que essa outorga nem sempre seja espontânea).⁶

Sem dúvida, o mais importante⁷ dos pactos ingleses foi a Magna Carta de 1215, documento pelo qual o rei João Sem-Terra, pressionado pelos *prelados* e *barões feudais*, outorgou direitos essenciais⁸ a esses privilegiados⁹.

De acordo com os ensinamentos de Fabio Konder Comparato, apesar de a Magna Carta ter reconhecido direitos apenas aos dois estamentos livres (clero e nobreza), o documento foi “*pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados*”¹⁰.

Nesse sentido, destaca Fábio Konder Comparato:

Graças a essa primeira limitação institucional dos poderes do rei, pode-se dizer que a democracia moderna desponta em embrião nesse documento do século XIII. Nada a ver, obviamente, com a

⁵FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p. 30.

⁶Id., loc. cit.

⁷A Magna Carta, pelo menos parte dela, ainda integra a constituição “não escrita” da Inglaterra, além, evidentemente, dos costumes e de todos os elementos que compõem aquele sistema constitucional. É, portanto, documento indispensável para o estudo da evolução do direito constitucional.

⁸Artigo 39 da Magna Carta de 1215 prevê que “nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido, ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.”

⁹COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 71. Segundo o autor, a concessão feita pelo rei João foi bastante restrita àqueles detentores de uma parcela de poder. A maioria da população inglesa, que não pertencia aos dois primeiros estamentos, não aproveitou o reconhecimento.

¹⁰Id. Ibid., p. 80.

demokratia grega. Esta se caracteriza, com efeito, pela soberania popular ativa, com o *demos* exercendo conjuntamente as funções legislativa e judiciária, além da tomada das grandes decisões políticas, como a paz e a guerra.

Na democracia moderna, a soberania popular é meramente passiva ou formal, pois o governo é representativo. Em compensação, os poderes governamentais são sempre limitados e as liberdades individuais, solenemente afirmadas.¹¹

Esse antecedente de Constituição traz importante informação para o aprimoramento da pesquisa do *mandado de injunção*, pois a *soberania popular*¹² é, conforme veremos na segunda parte deste trabalho, um dos objetos de proteção do instituto.

Ainda na Idade Média, outros documentos assinalaram a ideia de reconhecimento de direitos humanos fundamentais. A Lei do *Habeas Corpus*, de 1679¹³, da Inglaterra, criou um remédio capaz de proteger a liberdade de locomoção. É verdade, pois, que a noção de *habeas corpus* antecede até mesmo a Magna Carta de 1215, mas sua eficácia era duvidosa em razão da ausência adequada de regras de aplicação. O *Habeas Corpus Act* trouxe definições mais precisas, que viabilizaram a segurança na efetividade da liberdade.

Não podemos olvidar que o direito inglês não concebe a existência de um direito sem que haja uma ação própria para a sua defesa. O brocardo *remedies precede rights*¹⁴ explica-se pela origem do direito inglês, que foi criado tal como o direito romano clássico, isto é, “ao longo do tempo pelos práticos do foro: advogados, solicitadores processuais e juízes.”¹⁵

Estamos, no direito brasileiro, acostumados com a tradição francesa, que declara em primeiro lugar o direito, para depois criar um instrumento capaz de garanti-lo.

¹¹COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 80.

¹²Cumpramos, neste ponto do trabalho, apenas destacar e acompanhar a evolução do direito à participação política dos indivíduos perante o Estado. E de forma oportuna, identificamos distinções essenciais, como bem apontado na transcrição acima, no referente à democracia grega e à democracia moderna.

¹³CONSTITUTION Society. Habeas Corpus Act. Disponível em: <<http://www.constitution.org/eng/habcopra.htm>>. Acesso em: 29 nov. 2012.

¹⁴Nossa tradução: “Os remédios precedem os direitos”

¹⁵COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 88.

Em matéria de direitos humanos, esse diferente método de criação do direito deu nascimento a duas linhas de tradição bem distintas: a inglesa e a francesa. Os ingleses, mais pragmáticos, consideram que o progresso na proteção jurídica da pessoa humana provém mais das garantias, sobretudo judiciais, do que das simples declarações de direitos. Já para a tradição francesa, uma declaração de direitos tem sempre grande força político-pedagógica, como forma de mudança de mentalidades.¹⁶

Sem adentrarmos em discussões mais aprofundadas sobre qual sistema seria mais eficaz, o da *civil law* ou o da *common law*, é conclusivo que o sistema inglês tem importante papel no cenário dos remédios constitucionais, ao menos no que tange à sua essência, porquanto esse sistema sugere a existência de um *writ*, um mandado judicial, dirigido à autoridade competente para a preservação de um certo direito.

Outro antecedente que se mostra indispensável para a nossa pesquisa é o *Bill of Rights*, de 1689¹⁷. Desse documento destacamos o fim do regime de monarquia absolutista, pois os poderes de legislar e criar tributos não mais pertencem ao monarca, mas sim ao Parlamento. Eis a ideia mais madura de separação dos poderes tratada por Montesquieu logo em seguida.

O documento proposto à aceitação do Príncipe de Orange, como condição de seu acesso ao trono da Inglaterra, representou a institucionalização da permanente separação de poderes no Estado, à qual se referiu elogiosamente Montesquieu meio século depois. Embora não sendo uma declaração de direitos humanos, nos moldes das que viriam a ser aprovadas cem anos depois nos Estados Unidos e na França, o *Bill of Rights* criava, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma garantia institucional, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana.¹⁸

A separação dos poderes, ainda que em fase embrionária, é de suma importância para o estudo dos direitos humanos em geral. Não há dúvida que essa separação também interessa ao exame do mandado de injunção, pois se o *poder* fosse concentrado, de modo que o monarca açambarcasse todas as

¹⁶COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 89.

¹⁷BILL OF RIGHTS. Disponível em: <www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights.html>. Acesso em: 25 nov. 2012.

¹⁸COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 93.

funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária), um dos principais desafios deste trabalho já estaria resolvido, ao menos quanto a uma possível invasão das funções¹⁹ do poder do Estado, já que, conforme será explorado com pormenores em momento oportuno, o mandado de injunção tem por escopo pôr fim, pelo *Judiciário*, a uma omissão, na maior parte das vezes, do *Legislativo*.

Independentemente da ideia trazida pelo *Bill of Rights* quanto à separação dos poderes²⁰, é certo que sua importância não se resume a esse ponto. Embora haja duras críticas quanto à falta de liberdade religiosa, tendo em vista a imposição de uma religião oficial, é certo que essa declaração de direitos fortaleceu a instituição do júri e reafirmou alguns direitos fundamentais como o “direito de petição²¹” e a proibição de penas inusitadas ou cruéis²².

Até esse momento da história foram percebidas as sementes, antecedentes de direitos humanos fundamentais. No entanto, do final do século XVII até os dias hodiernos, foi possível identificar a evolução desses direitos em gerações, partindo-se, com o advento do iluminismo, do reconhecimento de direitos individuais (primeira geração), até o reconhecimento, com o avanço da engenharia genética, dos direitos relacionados à não intervenção genética (quarta geração), embora essa última geração seja objeto de divergência doutrinária.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de forma pontual, resume a trajetória dos direitos humanos a partir do final do século XVII. Vejamos.

Na verdade, o que aparece no final do século XVII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: as liberdades públicas. A segunda virá logo após a primeira Guerra Mundial, com o fito de complementá-la: são os direitos sociais. A terceira,

¹⁹ Apesar de os termos “poder” e “função” serem impróprios, preferiu-se referir às “funções” do Estado, eis que o “poder” é uno.

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 96. Segundo o autor: “Mas o essencial do documento consistiu na instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei e cujo funcionamento não pode, pois, ficar sujeito ao arbítrio deste.”

²¹ Hoje, no Brasil, o direito de petição está disposto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a” da Constituição Federal. Na Declaração de Direitos da Inglaterra, de 1689, o direito de petição vem assim disposto: “que os súditos têm direitos de apresentar petições ao Rei, sendo ilegais as prisões e vexações de qualquer espécie que sofram por esta causa (BILL OF RIGHTS. Disponível em: <www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights.html>. Acesso em: 25 nov. 2012. Nossa tradução).

²² Encontramos correspondente no Artigo 5º, III, da CRFB/88. Na Declaração de Direitos da Inglaterra, de 1689, o direito de petição vem assim disposto: “que os súditos têm direitos de apresentar petições ao Rei, sendo ilegais as prisões e vexações de qualquer espécie que sofram por esta causa (Id. Ibid. Nossa tradução).

ainda não plenamente reconhecida, é a dos direitos de solidariedade.²³

Assim, passemos a analisar cada uma dessas gerações de direitos fundamentais, acrescentando, no que for pertinente ao estudo do mandado de injunção, algumas informações. Importante frisar também que a partir desse momento, inicia-se a ideia de constitucionalismo, notadamente quando da elaboração da Constituição Norte-Americana de 1787.

Antes, porém, de começarmos a explorar a mencionada partição evolutiva dos direitos humanos, convém atinarmos para as críticas feitas por André Ramos Tavares acerca dos termos “geração” e “dimensão” de direitos humanos fundamentais.

É preciso anotar que os autores têm preferido falar em gerações, querendo significar gerações sucessivas de direitos humanos. A ideia de “gerações”, contudo é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as “gerações” ou “dimensões” dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo “dimensão”.²⁴

Independentemente do termo que se prefira, é conveniente esclarecer que essas gerações ou dimensões complementam-se, aperfeiçoam-se, na medida em que as preocupações da humanidade se modificam; em que os próprios direitos humanos evoluem; em que há um amadurecimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

A primeira geração tem origem nas Revoluções Burguesas, ou Liberais. Trata-se do movimento ocorrido a partir das revoluções americana e francesa, motivadas pela necessidade de limitação do Poder e da busca pela liberdade individual.

Em primeiro lugar, surge a revolução americana, no ano de 1776, com o processo de independência norte-americano. As 13 colônias, que formavam a chamada Nova Inglaterra, revoltaram-se contra os abusos perpetrados pela

²³FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 6.

²⁴TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 460.

Inglaterra, que explorava como podia as riquezas de suas colônias com a instituição de impostos abusivos, afetando a liberdade da atividade mercantil dessas colônias.

A América do Norte foi, desde o início, uma sociedade de proprietários, em que a igualdade perante a lei exercia a função de garantia fundamental da livre concorrência; ou seja, uma democracia burguesa. Ao escrever nos *Federalist Papers* contra o poder ilimitado de tributação (ensaio nº 35), Hamilton designou claramente as classes dominantes do novo Estado federal que tencionava criar, ao afirmar que as câmaras legislativas, com raras exceções, seriam compostas de proprietários rurais, comerciantes e profissionais liberais.²⁵

Ao se tornarem independentes, pela Declaração da Virgínia, os indivíduos pugnam por liberdades individuais. Trataram de insculpir na declaração da Virgínia de 1776 direitos que afastavam o Estado, o Poder, da esfera individual. O artigo 1º da Declaração de Direitos de Virgínia proclama que todos os homens são por natureza livres e têm direitos inatos, de que não se despojam ao passar a viver em sociedade. Tais direitos são os de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar e obter a felicidade e a segurança.

Na França, movimento similar surge com a Revolução de 1789²⁶. A liberdade individual também foi priorizada naquele momento. Essa revolução surge como uma reação ao absolutismo, que sufocava as liberdades individuais. Assim, o artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prescreve que o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limite senão as restrições necessárias para assegurar aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos.

Aspecto importante da Declaração de 1789 é o seu espírito universal, de modo a ser considerado mais amplo, mais generalizante do que a Declaração de direitos dos Estados Unidos. Destaca Fábio Konder Comparato que “os

²⁵LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. p. 243.

²⁶CASTILHO, Ricardo dos Santos. *Direitos humanos: processo histórico: evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70. Segundo o autor: “A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi inspiração para a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.”

americanos, em regra, com a notável exceção, ainda aí, de Thomas Jefferson, estavam mais interessados em firmar a sua independência e estabelecer o seu próprio regime político do que em levar a ideia de liberdade a outros povos.”²⁷

Esses dois importantes movimentos do século XVIII, portanto, evidenciam que os indivíduos estavam saturados da interferência do Poder na esfera individual. Pugnavam, assim, por *liberdades públicas*.

Eduardo C. B. Bittar traça interessante raciocínio acerca das liberdades, as quais sustentam, verdadeiramente, uma Constituição.

Não há Constituição se não houver distribuição da liberdade. É a partir de um lidar-se com a liberdade que se pode falar de Constituição. Neste sentido, uma Constituição estará necessariamente atrelada à governança da liberdade, à construção da liberdade, à priorização do convívio fundado na liberdade. A liberdade aqui está significando o caminho para a autonomia dos indivíduos. Há portanto, aqui, um sentido vetorial inabóvel na perspectiva de atuação da Constituição. Constituição em dissonância com esta carta mínima de princípios não é propriamente Constituição, mas sim mero ato de poder. Pode até mesmo tomar a forma de uma Constituição, mas não chega, pelo seu aspecto formal a conquistar pertinência com seu aspecto ético.²⁸

As liberdades sustentavam, portanto, essa *primeira dimensão* de direitos fundamentais. O anseio pela não interferência do Estado na esfera individual demonstrava que o ser humano entendia-se *hipersuficiente* isto é, plenamente capaz de buscar seu objetivo de acordo com a sua própria capacidade. Não aceitava a ideia de um Estado interveniente, pois esse deveria tão somente exercer sua função contratualista de proporcionar segurança aos indivíduos, para se evitar o que Thomas Hobbes²⁹ chamou de “estado de natureza”, situação hipotética em que a liberdade e a ausência de leis ou de punição eram patentes. Assim, o Estado deveria proporcionar a segurança aos indivíduos para se evitar a chamada “guerra de todos contra todos”.

²⁷COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 88.

²⁸In BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Constituição e direitos fundamentais: reflexões jusfilosóficas a partir de Habermas e Häberle. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 6, n. 2, p. 46, jul./dez. 2006.

²⁹RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. . In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2001. v. 1, p. 54.

Os direitos baseavam-se, assim, na limitação da atuação do Estado, que encontrava obstáculos em normas superiores que ordenavam respeito às *liberdades públicas*, as quais, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁰, “são poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos”.

Portanto, esse movimento liberal, consubstanciado nas revoluções norte-americana e francesa, contribui para o estudo do mandado de injunção, porquanto há uma ligação com a nova legitimidade política, qual seja, a *soberania popular*. Anna Candida da Cunha Ferraz ressalta que o princípio da soberania popular representa “o direito de o povo participar, direta ou indiretamente, do exercício do poder a que se submeterá.”³¹

A emancipação alcançada pelo indivíduo com as revoluções liberais o tornou mais vulnerável às vicissitudes da vida, pois não havia mais a proteção familiar, estamental ou religiosa.

A segurança da legalidade, como garantia de igualdade de todos perante a lei³², não foi suficiente para afastar as mazelas do sistema capitalista. Essa *igualdade formal* gerou, em verdade, desigualdades acentuadas entre patrões e operários. A liberdade de contratar, proporcionada pelo sistema capitalista, provocou um brutal pauperismo das massas proletárias, que tiveram de suportar os flagelos sociais consubstanciados pela fome, miséria e marginalização.

De forma simplificadora destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, “paralelamente ao avanço do liberalismo político e econômico, o período acima referido assistiu à deterioração do quadro social, particularmente nos Estados mais desenvolvidos da Europa ocidental e nos Estados Unidos.” Na primeira metade do século XIX, diante dessas desigualdades sociais³³, a classe trabalhadora teve que se organizar para propugnar por isonomia, a fim de que

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, cit., p. 28.

³¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Fundamentos constitucionais da participação popular no exercício do poder: garantia da cidadania e dos direitos políticos. *Revista de Mestrado em Direito*, Osasco, ano 8, n. 2, p. 29-50, 2008.

³² Trata-se de igualdade formal, que não faz distinção entre os indivíduos. Essa igualdade é a regra constitucional, a qual pode, entretanto, abrir exceções buscando, por outro lado, a chamada igualdade material.

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, cit., p. 41.

houvesse uma interferência por parte do Estado, com o propósito de proporcionar à coletividade o mínimo existencial.

Assim, a *igualdade material* foi o princípio norteador da segunda geração de direitos humanos fundamentais, que exigia do Estado uma prestação positiva, ao contrário do que os indivíduos esperavam do Estado na primeira geração de direitos humanos fundamentais.

Reconheceram-se, nessa fase, os chamados direitos humanos de caráter econômico e social.

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas.³⁴

Nesse passo, as constituições mexicana, de 1917, e alemã, de 1919, foram as primeiras a positivar direitos sociais num sistema eminentemente capitalista. Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que a Constituição do México, acima referida, teve repercussão mínima, mesmo na América Latina. Destaca o autor que essa Constituição apresentou como novidade “o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco dos direitos do trabalhador (Título VI).”³⁵

Quanto à Constituição alemã, Manoel Gonçalves Ferreira Filho pondera.

Estava assim estabelecido um novo modelo. Foi ele seguido e imitado nas constituições que pouco mais tarde se editaram na Europa (especialmente a espanhola de 1931), e pelo mundo afora, chegando ao direito positivo brasileiro com a Carta de 1934. Esta é a primeira das nossas que enuncia uma Ordem Econômica e Social (Título IV).³⁶

³⁴COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 54.

³⁵FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, cit., p. 46.

³⁶Id. Ibid., p. 49.

Apesar de uma influência mais significativa da Constituição de Weimar sobre as constituições mundo afora, não podemos descartar a importância da Constituição mexicana na seara dos direitos sociais, de modo que Ricardo Castilho salienta que esse documento foi pioneiro na consagração dos direitos sociais.³⁷

Dessa forma, o Estado do bem-estar social tentou reduzir as desigualdades sociais, insculpindo em seu texto constitucional normas que necessitariam de uma complementação, seja de ordem institutiva ou organizativa ou mesmo de ação governamental, de programas de governo.

Por fim, pode-se dizer que os direitos coletivos ou difusos, denominados como direitos de solidariedade ou de fraternidade, compõem a chamada *terceira geração de direitos fundamentais*. Ao fim da segunda guerra mundial, diante das catástrofes ocorridas, tanto no que se refere aos “campos de concentração” quanto no que tange a destruição das cidades de Hiroshima e Nagasaki, a humanidade se deu conta de que o princípio da fraternidade, que já servira de lema da Revolução de 1789, deveria ser posto em prática.

Marco dessa dimensão de direitos foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que serviu como uma recomendação que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros, sem força vinculante³⁸.

Feita essa breve síntese da evolução dos direitos humanos fundamentais, é importante reconhecer que existem vícios implícitos sobre essa ideia. No entanto, há que se reconhecer o aproveitamento didático dessa classificação.

Nada obstante, três críticas³⁹ são bem elaboradas por André Ramos Tavares. A primeira refere-se à partição dos direitos humanos fundamentais em dimensões numericamente sucessivas, pois esses direitos não surgem de forma ordenada. Em verdade, “houve (e há, ainda, por toda a parte) retrocessos e fortes polêmicas em torno desses direitos, até porque constituem uma classe vaga e variável, uma categoria materialmente aberta e mutável”.

³⁷ CASTILHO, Ricardo dos Santos. op. cit., p. 57-62.

³⁸ Apesar disso, reconhece-se que a existência dos direitos humanos independe de sua declaração em normas, pois se está diante de respeito à dignidade da pessoa humana.

³⁹ TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 439.

Uma segunda crítica, feita pelo autor, faz alusão à postura do Estado, notadamente quanto à exigibilidade e implementação dos direitos. Como tratamos acima, na primeira geração de direitos exige-se uma prestação negativa do Estado, o que não se mostra suficiente, pois para a viabilização de alguns direitos assim classificados, *v.g.*, o direito de propriedade, é necessária a presença estrutural e fiscalizadora do Estado.

A preservação jurídica da propriedade privada exige, igualmente, um sistema de registros que seja capaz de assegurar os títulos dominiais, que implica uma manutenção e, pois, uma despesa inevitável, ainda que seja para o Estado apenas manter uma fiscalização sobre eles (como ocorre no Brasil). São demandas por instituições estatais que estão e sempre estiveram, historicamente falando, à disposição das chamadas liberdades públicas (direitos negativos).⁴⁰

André Ramos Tavares aponta para uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, “para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias dos direitos fundamentais captavam unilateralmente”. Ressalta que se pode falar numa *pluridimensionalidade* de cada um dos direitos, não só porque não há direitos que não se exerçam em sociedade e para a sociedade, desempenhando cada homem seu papel social, como também há uma dependência que muitas vezes se expressa na projeção de um direito em relação a outro.

Por fim, Norberto Bobbio destaca que as necessidades humanas surgem sem a previsão dos indivíduos. Isso ficou evidente quando o capitalismo mostrou-se problemático a ponto de provocar desigualdades fundamentadas não mais na divisão estamentária da sociedade, mas sim na marginalização daqueles que sucumbiram ao sistema, que não suportaram a revolução industrial, e passaram a viver em verdadeiro estado de miserabilidade.

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez, ou de uma vez por todas.⁴¹

⁴⁰TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 440.

⁴¹BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. 9. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5.

Nesse aspecto, é inegável que as necessidades humanas que reclamam direitos vivem em constante mutação, motivo pelo qual as garantias devem igualmente ser aperfeiçoadas para que haja uma efetivação de tais direitos fundamentais.

2 Características dos Direitos Humanos Fundamentais

Uadi Lammêgo Bulos traça as principais características que marcam os Direitos Humanos Fundamentais⁴². São características que se prestam à identificação desses direitos, bem como das garantias fundamentais. São caracteres comuns, porém não absolutos⁴³, que podemos encontrar em todas as dimensões de direitos humanos fundamentais.

São, a princípio, *históricos*, posto que resultam de uma longa evolução da sociedade. Como pudemos observar anteriormente, as gerações de direitos surgem conforme as necessidades humanas.

Essa primeira característica dos direitos humanos fundamentais nos dá a ideia de que, ao longo do tempo, há uma soma desses direitos. Como vimos, a geração mais atual de direitos humanos não substitui a anterior, simplesmente soma-se a essa, aperfeiçoando sua aplicação, acrescentando valores agregados por uma determinada sociedade.

A segunda característica de direitos humanos fundamentais é a da *universalidade*, que revela a abrangência dos direitos. Significa dizer que ultrapassam os limites territoriais de um determinado Estado para alcançar o indivíduo. Há certos direitos que não necessitam dessa ou daquela qualidade individual para a sua devida aplicação.

É certo, pois, que nem todos os direitos fundamentais são *universais*. Como vimos, a doutrina diferencia direitos humanos de direitos fundamentais, de modo que os direitos humanos estão para uma ordem internacional, ao passo que

⁴²BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit., p. 409.

⁴³Ao nosso ver, essas características não são absolutas, porquanto os direitos podem se apresentar com peculiaridades que culminam numa relativização dessa ou daquela característica.

os direitos fundamentais são os direitos humanos (em sua substância) positivados em uma Constituição de um determinado Estado. Assim, alguns direitos necessitam, para que haja a concretização, de verificação de qualidades de seu suposto titular. É o caso, *v.g.*, dos direitos políticos previstos em nossa Constituição Federal de 1988, que somente podem ser exercidos por quem esteja em pleno gozo dos direitos políticos, preservando a sua qualidade de cidadão.⁴⁴

A ideia dos *destinatários* dos direitos fundamentais está intimamente ligada à questão da sua universalidade, ao passo que nem todos são destinatários de todos os direitos fundamentais, embora tais direitos sejam universais. Não se trata, pois, de *discriminação negativa*, mas sim de verificação de algumas qualidades que garantam o bom exercício de determinados direitos. Alexandre de Moraes⁴⁵ faz interessante apontamento sobre o *caput* do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988.

O art. 5º da Constituição Federal afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Observe-se, porém, que a expressão *residentes no Brasil* deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional, que possui igualmente acesso às ações, como o mandado de segurança e demais remédios constitucionais.

É possível encontrar na Constituição de 1988 direitos fundamentais destinados às pessoas naturais, às pessoas jurídicas e ao próprio Estado, *v.g.*, direito da legalidade e de propriedade, previstos no artigo 5º, incisos II e XXII. Ou ainda, direitos destinados somente às pessoas naturais e às pessoas jurídicas, como o direito de inviolabilidade do domicílio e a assistência judiciária gratuita integral, previstos no artigo 5º, incisos XI e LXXIV. Podemos destacar, também, direitos fundamentais destinados exclusivamente às pessoas naturais, como o direito de locomoção. Direitos restritos aos cidadãos, como o ajuizamento de ação popular. Ou, ainda, direitos destinados ao próprio Estado, como se extrai do artigo

⁴⁴O termo cidadão aqui é empregado em sentido estrito, conforme artigo 14 e seguintes da CRFB/88.

⁴⁵MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 38.

5º, XXV, da CRFB/88, o qual prevê a possibilidade de requisição da propriedade privada somente pelo Estado.

Ainda com relação às características dos Direitos Fundamentais, Uadi Lammêgo Bulos refere-se à *concorrência* desses direitos, pois podem ser exercidos ao mesmo tempo, de forma cumulativa, a exemplo do direito de informação e da liberdade de manifestação do pensamento previstos no artigo 5º, incisos IV e XXXIII, da CRFB/88.⁴⁶

É possível, ainda, identificar a característica da *irrenunciabilidade*, a qual permite, por outro lado, que um determinado direito deixe de ser exercido, mas nunca renunciado, porquanto renúncia implica abrir mão de um direito fundamental de forma definitiva. Presente nas características está ainda a *inalienabilidade*, que sugere que os titulares de direitos humanos fundamentais não podem vendê-los, aliená-los, comercializá-los, pois tais direitos não têm conteúdo econômico. São bens indisponíveis. Por não apresentarem caráter patrimonial, os direitos humanos fundamentais são também *imprescritíveis*.

Por fim, característica importante dos direitos fundamentais é a de que são relativos, limitáveis⁴⁷, não são, portanto, absolutos. Isto decorre do princípio da convivência entre liberdades, pois nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo danoso às demais.

Não há, no rol dos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição, direito que seja superior a outro. Isto por conta da *formalidade* de nossa Constituição, que considera todas as normas igualmente constitucionais.

É possível, no entanto, encontrarmos direitos que devem ser exercidos de maneira absoluta, como no caso do art. 5º, III, da CRFB/88, que cuida da proibição à tortura e do tratamento desumano ou degradante. Mesmo que outros direitos estejam em perigo, mesmo que uma coletividade esteja ameaçada, não há que se permitir o uso da tortura para se obter informação do suposto sujeito que provocou o perigo. Todavia, a intenção é evitar o abuso por parte do Estado, e não incentivar práticas antijurídicas. Não se pode utilizar os direitos e garantias

⁴⁶BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit., p. 410.

⁴⁷STF, MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12-5-2000. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>. Acesso em: 29 nov. 2012.

fundamentais como escudo para a prática de ilícitos. Nesse sentido, encontramos precedente no Superior Tribunal de Justiça.

Está muito em voga, hodiernamente, a utilização *ad argumentandum tantum*, por aqueles que perpetraram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, sequestram, destroem lares e trazem a dor a quem quer que seja, por nada, mas, depois buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente por aqueles que impensadamente, cometem os censurados delitos trazendo a dor aos familiares da vítima.⁴⁸

Até mesmo a Declaração Universal de 1948 estabelece uma limitação aos direitos humanos fundamentais, em seu artigo XXIX, 2:

No exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.⁴⁹

A *limitabilidade* dos direitos humanos fundamentais é questão complexa, que demanda estudos apurados, na medida em que são necessários critérios hermenêuticos de *sopesamento*⁵⁰ de direitos, ou da utilização da *técnica da ponderação de valores*⁵¹, pela quais são analisadas as circunstâncias de cada caso, reduzindo-se, na medida do possível e de forma proporcional, o âmbito de alcance dos interesses em disputa.

⁴⁸STJ, 6ª. T., RHC 2.770-0/RJ. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>. Acesso em: 29 nov. 2012.

⁴⁹DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2012.

⁵⁰ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 93.

⁵¹BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit., p. 345.

3 Fontes dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro

A fim de delimitarmos os direitos protegidos pelo mandado de injunção, necessário se faz determinar a sua localização em nosso sistema constitucional brasileiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reservou o título II, artigo 5º ao 17, para tratar dos direitos e garantias fundamentais. São os chamados direitos fundamentais catalogados.

Os direitos constantes desse “catálogo” são, sem dúvida, *fundamentais*. A Assembleia Constituinte de 1988 insculpiu valores, *dogmas* de nossa sociedade que constariam de um título específico em nosso texto magno.

Nesse título II da Constituição de 1988 constam normas com características próprias dos direitos fundamentais, seja no sentido de serem *históricos, universais, cumuláveis, irrenunciáveis, inalienáveis, imprescritíveis e relativos*, seja porque encaixam-se nas *dimensões* de direitos fundamentais de *primeira geração*, quando exigem do Estado tão somente uma prestação negativa, ou de *segunda geração*, quando clamam por medidas governamentais⁵².

Apesar da tentativa da Assembleia Constituinte de organizar os direitos fundamentais em um único título, é fácil notar que existem direitos fundamentais fora desse catálogo. Algumas normas guardam características próprias dos direitos humanos fundamentais, como a de limitar o poder do Estado, a exemplo do art. 150, III, da CRFB/88, que trata da limitação do poder de tributar, ou até mesmo do art. 225, que trata de um direito de terceira geração, eis que cuida essencialmente de direitos relativos ao meio-ambiente. Isso não significa que todos os direitos insculpidos em nossa Constituição sejam direitos fundamentais⁵³. Tais direitos devem guardar relação com os caracteres formadores e fundantes dessa importante espécie normativa.

⁵²É o caso do Art. 6º, da CRFB/88, que trata de direitos sociais.

⁵³Uma Constituição comporta normas estruturantes do Estado, as quais tratam de sua organização em si. No caso brasileiro, a Constituição conta ainda com a peculiaridade de ser prolixa, ou seja, cuida de assuntos que extrapolam a matéria constitucional, uma vez que

Dessa forma, os direitos fundamentais existentes em nossa Constituição constam tanto do seu título II quanto fora dele. Interessante notar que tais direitos recebem proteção especial de nosso ordenamento jurídico, uma vez que o art. 60, §4º, inciso IV, da CRFB, impede que haja modificação tendente a abolir tais valores máximos de nossa sociedade. São as chamadas *cláusulas pétreas*.

Nada obstante, nosso ordenamento permite que normas localizadas fora do texto constitucional sejam dotadas de supremacia. Isso se deve à Emenda Constitucional nº 45/2004, que provocou a inserção de um terceiro parágrafo ao nosso artigo 5º, no sentido de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. A esse respeito, Anna Candida da Cunha Ferraz pondera:

Certamente buscou o Poder Constituinte Derivado, seguindo respeitáveis opiniões doutrinárias e, particularmente, uma indiscutível tendência do Direito Internacional, afastar outras opiniões doutrinárias e a posição até então fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (e que não são estranhas a outros sistemas constitucionais) em torno da natureza dos Tratados e Documentos Internacionais de Direitos Humanos que integravam o ordenamento interno brasileiro. Como é do conhecimento do mundo jurídico, o Supremo Tribunal Federal, de longa data, vinha mantendo a posição jurisprudencial de que os Tratados e as Convenções Internacionais em geral, ratificados por Decreto Legislativo e publicados por Decreto Presidencial, tinham a natureza de leis ordinárias⁵⁴

Assim, diante dessa alteração no texto constitucional, o tratado internacional sobre direitos humanos⁵⁵ inserido em nosso ordenamento, nos termos do §3º, do art. 5º, estará constitucionalmente protegido, sendo, a partir de

existem nela assuntos que poderiam ser tratados perfeitamente em uma norma infraconstitucional.

⁵⁴FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n. 45. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 7, n. 1, p. 118, jan./jun. 2007.

⁵⁵PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciencia Política*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 32, out./dez. 1994. Segundo a autora: “A Carta de 1988 é a primeira Constituição brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), como princípio fundamental a reger o Estado brasileiro nas relações internacionais. Com isto, a soberania do Estado sofre limites e condicionamentos. Isto é, a soberania estatal está submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos, o que vem a romper com a concepção tradicional de soberania absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização.”

então, considerado um direito fundamental brasileiro, com todas as consequências dessa espécie normativa, inclusive quanto à possibilidade de *petrificação*, pois recebe proteção de cláusula pétrea, e controle de constitucionalidade, visto que todas as normas infraconstitucionais devem respeitar tal preceito normativo.

A respeito da *petrificação* do tratado internacional que passa pelo processo do §3º, do art. 5º, da Constituição, Vladimir Oliveira da Silveira e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug ponderam:

Nessa linha de raciocínio, consoante o disposto no art. 60, §4º, inc. IV da Constituição, os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser abolidos por emenda à Constituição. Assim, resta saber se os tratados de direitos humanos aprovados na forma do §3º do art. 5º do Texto Constitucional são cláusulas pétreas ou não – o que entendemos que seja. Se forem considerados como cláusulas pétreas não poderão sofrer qualquer modificação por emenda à Constituição, de modo que mesmo sendo denunciado o tratado, o texto aprovado permanecerá como parte integrante da Constituição.⁵⁶

Como já afirmado, concordamos com a possibilidade de inserir tais direitos às chamadas cláusulas pétreas, pois isto reforça ainda mais o princípio de prevalência dos Direitos Humanos, ora identificado no art. 4º, II, da Constituição Federal de 1988.

Interessante observar a constatação do status constitucional da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

Interessante registrar que a despeito de todas essas controvérsias o Congresso Nacional aprovou em 9 de julho de 2008 e, sem que houvesse qualquer Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2000, na forma do §3º do art 5º. Trata-se do Decreto Legislativo n. 186 (ato infraconstitucional) com força de norma constitucional. Nesse sentido, tem-se que o Congresso Nacional acabou por dar efetividade direta ao referido dispositivo constitucional. Todavia, os questionamentos suscitados ainda permanecem em aberto e devem ser enfrentados. A denominação

⁵⁶SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Tratados de direitos humanos e a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier (Org.). *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2012. p. 187.

dada a essa espécie normativa passou a ser “decreto legislativo com força de norma constitucional”.⁵⁷

Partindo desse pressuposto, infere-se que é possível exercer controle de constitucionalidade tendo como paradigma o tratado internacional com *status* constitucional. A lei que contrariar o conteúdo desse ato normativo deverá ser expurgada do ordenamento jurídico. Entendemos ser possível tanto o controle concreto quanto o abstrato⁵⁸.

Além dos direitos constitucionalmente protegidos, dotados de supremacia, é perfeitamente possível encontrarmos direitos fundamentais na legislação infraconstitucional. Isto decorre do art. 5º, §2º, da CRFB, o qual prevê que os direitos fundamentais constantes da Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Direitos estampados, por exemplo, no Código Eleitoral, esse que cuida dos direitos classificados por *Jellinek* como de *status ativo*, pelos quais os indivíduos desfrutam de competências para influir sobre a formação da vontade estatal, correspondendo essa posição ao exercício dos direitos políticos manifestados principalmente por meio do voto.

Ao seu lado, estão os tratados internacionais aprovados antes da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, fora dos moldes do parágrafo terceiro do artigo quinto da Constituição. Amoldam-se a aprovação convencional, que exige *quorum* simplificado, encaixando-se em nosso ordenamento jurídico como norma infraconstitucional.

Ante as breves considerações expostas, forçoso é concluir que o §3º do artigo 5º da Constituição de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, não retroage, em seus efeitos, para alcançar os Tratados e Convenções de Direitos Humanos que já integravam o ordenamento jurídico brasileiro, para o fim de lhes atribuir o *status* de *equivalência* às normas constitucionais aprovadas na forma do disposto no próprio §3º. Permanecem tais documentos internacionais com o *status* de leis ordinárias, que detinham antes da EC nº 45/2004, demandando, por necessário, providências *de constitutione ferenda* dos poderes competentes

⁵⁷Id., loc. cit.

⁵⁸Em sede de controle abstrato, acreditamos ser adequada a utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, observando-se a Constituição de 1988, art. 102, §1º, e Lei 9.882/1999.

para alterar tal situação, indesejável sob todos os pontos de vista.⁵⁹

Conforme conclui a professora Anna Candida da Cunha Ferraz, os tratados internacionais aprovados antes da EC nº 45/2004 permaneceriam com *status* infraconstitucional, de leis ordinárias. Nesse sentido, afirma a autora:

Em primeiro lugar cabe ressaltar que se o Poder Reformador introduziu a inovação constante do §3º em discussão é de se tirar como ilação necessária o fato de que, antes da EC nº 45/2004, não tinham os Tratados e Convenções de Direitos Humanos status de equivalência às emendas constitucionais. Por óbvio, partilhava referido Poder da tese dominante no País sobre a natureza infraconstitucional desses documentos internacionais, a despeito das interpretações doutrinárias sobre a extensão e a abrangência dos §1º e 2º do artigo 5º da Constituição. Trata-se, portanto, inegavelmente de norma inovadora do sistema constitucional brasileiro e como tal deve ser interpretada.⁶⁰

Não se pode olvidar, entretanto, que se esses tratados internacionais, aprovados antes da referida emenda constitucional, versarem sobre *direitos humanos*, como é o caso do Pacto de San Jose da Costa Rica, alcançam importância de destaque em nosso ordenamento. Não se equiparam às emendas constitucionais, mas estão acima das leis ordinárias. É o chamado status *supralegal*⁶¹ que, segundo Valério de Oliveira Mazzuoli⁶², “estão abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior, posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais”.

Independentemente das discussões que surjam a respeito desses ou daqueles tratados internacionais, é importante consignar que os direitos

⁵⁹FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n. 45, cit., p. 131.

⁶⁰FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n. 45, cit., p. 117-132.

⁶¹O Ministro Gilmar Ferreira Mendes defende a tese da supralegalidade em seu voto no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>. Acesso em: 29 nov. 2012.

⁶²MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. *Revista CEJ*, Brasília, v. 5, n. 14, p. 115, maio/ago. 2001.

fundamentais expressos em normas infraconstitucionais, ainda que supralegais⁶³, não são protegidos pelo sistema de Controle de Constitucionalidade previsto em nosso ordenamento, seja ele concentrado ou difuso, incluindo-se, evidentemente, o mandado de injunção.

4 Os Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

4.1 Distinção entre Direitos e Garantias Fundamentais

A ideia de direitos humanos fundamentais parte, como vimos, de conquistas da humanidade, as quais têm como objetivo limitar a atuação do Estado, ou ainda obrigá-lo a prestar serviços sociais aos indivíduos⁶⁴.

Dentro de um sistema positivo, o direito alcançado deve ser expresso por norma jurídica com finalidade *declaratória* (*direitos*) ou *assecuratória* (*garantias*).⁶⁵ Jorge Miranda faz uma distinção inicial sobre tais direitos e garantias.

Clássica e bem actual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.⁶⁶

⁶³ Apesar de polémica essa posição, pois poderia sugerir uma nova espécie de controle em nosso ordenamento (controle dos tratados internacionais sobre direitos humanos), limitamo-nos a concluir que não há previsão expressa de controle de constitucionalidade sobre os tratados internacionais supralegais. Por outro lado, os tratados internacionais aprovados após a EC nº 45, são protegidos tanto pelo controle concentrado, quanto pelo controle difuso de constitucionalidade, eis que teriam status constitucional.

⁶⁴ Ao menos quanto às duas primeiras dimensões de direitos humanos fundamentais.

⁶⁵ Conforme já salientado, o sistema inglês não concebe a existência de um direito sem que haja uma ação própria para a sua defesa. Vigora, portanto, o brocardo "*remedies precede rights*".

⁶⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 88-89.

Nada obstante, árdua é a tarefa de se estabelecer uma distinção precisa entre direitos e garantias fundamentais em nosso atual ordenamento jurídico, pois há certa confusão a esse respeito na própria doutrina, que muitas vezes conclui que não há diferença entre direitos e garantias.

Parece-nos, resumem os direitos e garantias individuais todo o Direito Constitucional: deles se irradiam ou se permeiam os demais institutos do direito: são a base, a raiz, o fundamento. Todavia, para que esses direitos tornem-se realidade e não sejam figurativos, apenas, no texto constitucional, é necessário prever e instituir os meios adequados à sua garantia e à sua perfeita exequibilidade ou exercício. Esses meios são a sua própria inserção na Constituição, expressamente, especificados e resguardados.⁶⁷

É possível dizer que direitos e garantias não apresentam distinções tão nítidas, o que se pode comprovar pela imprecisão das terminologias utilizadas nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Esta imprecisão começa pela rubrica do Título II de nossa Constituição: “Dos direitos e garantias fundamentais”. Apesar do título, os dispositivos que dele constam não são precisos em apartar os direitos das garantias, de modo que esta tarefa fica a cargo da doutrina.

Conforme se infere de alguns dispositivos constantes do artigo 5º da Constituição atual, há ali o reconhecimento de alguns direitos que são declarados e, ao mesmo tempo, garantidos pela própria norma que o expressa. Quando o inciso V declara o direito de resposta, há, na expressão “*assegurado*”, a sua garantia, porquanto está expresso que “*é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo...*”; ou ainda quando o inciso XXII confere o direito de propriedade individual, expressa que tal direito é, ao mesmo tempo, garantido: “*é garantido o direito de propriedade*”.

⁶⁷GARCIA, Maria. Sistemas constitucionais comparados: o sistema inglês (“*common law*”) e norte-americano: alguns aspectos do direito constitucional brasileiro. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 59, 1994.

Assim, para que se estabeleça uma diferença entre direitos e garantias, a interpretação do texto constitucional deve ter em foco o conteúdo jurídico da norma, se declaratório ou assecuratório, e não a forma redacional empregada⁶⁸.

Por outro lado, José Afonso da Silva observa que existem em nosso ordenamento as chamadas *garantias gerais* e as *garantias constitucionais*. As garantias gerais são destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos. Trata-se da estrutura de uma sociedade democrática, que conflui para a concepção do Estado Democrático de Direito. As garantias constitucionais “consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais⁶⁹”.

As garantias constitucionais podem ser divididas em duas categorias: *garantias constitucionais gerais* e *garantias constitucionais especiais*. As *garantias constitucionais gerais* são os mecanismos encontrados em nosso ordenamento que dizem respeito ao sistema de freios e contrapesos dos poderes do Estado, conforme indicado no artigo 2º da Constituição da República. “São garantias gerais precisamente porque consubstanciam salvaguardas de um regime de respeito à pessoa humana em toda a sua dimensão⁷⁰”. São, enfim, imposições positivas ou negativas aos órgãos do Poder Público que buscam assegurar a observância ou, em caso de violação, a reintegração dos direitos fundamentais.

Por seu turno, as *garantias constitucionais especiais* são *mecanismos* que estão à disposição dos particulares. São meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos conferidos aos titulares dos direitos fundamentais para pugnam pelo respeito e pela exigibilidade de seus direitos. Assim, tem-se que as garantias constitucionais especiais – e não direitos fundamentais – é que são os autênticos *direitos públicos subjetivos*, pois esses se expressam por normas que permitem ao particular exigir do Estado o respeito, a observância e o cumprimento dos direitos fundamentais violados.

⁶⁸ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 110.

⁶⁹SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010. p. 187.

⁷⁰Id. Ibid., p. 188.

Inseridos nas garantias constitucionais especiais estão os *remédios constitucionais*, os quais encontram destaque em nosso ordenamento jurídico atual, seja pela própria previsão constitucional, seja pelas leis especiais que regulamentam os referidos remédios.

4.2 Dos remédios constitucionais: A caracterização do Mandado de Injunção

Remédios são, como vimos, espécies de garantias constitucionais. No entanto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho faz crítica a esse respeito.

A expressão “remédios de Direito Constitucional” parece não ser das mais felizes, por ser risível a metáfora que encerra. Entretanto, é ela consagrada, para designar “uma espécie de ação judiciária que visa a proteger categoria especial de direitos públicos subjetivos” (Alberto Buzaid), as chamadas “liberdades públicas”, ou direitos fundamentais do homem. Em lugar dela, muitos preferem usar a expressão “garantias de Direito Constitucional”. O emprego desta expressão não é errôneo. O habeas corpus, o mandado de segurança etc., garantem direitos fundamentais. É bem de ver, porém, que, rigorosamente falando, as garantias dos direitos fundamentais são as limitações, as vedações, impostas pelo constituinte ao poder público. O habeas corpus, o mandado de segurança etc., são meios de reclamar o restabelecimento de direitos fundamentais violados: remédios para os males da prepotência.⁷¹

André Ramos Tavares também faz observação a respeito dos remédios constitucionais, notadamente no que se refere à expressão empregada pela doutrina e jurisprudência.

Denomina-os a doutrina pátria *remédios*, no sentido de que são meios colocados à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a atuação das autoridades em defesa do padecimento de direitos declarados. E a noção de remédios, usada em seu sentido figurado, por óbvio, é boa, já que tanto denota o fato de servirem para prevenir lesões como para reparar aquelas que eventualmente já tenham ocorrido.⁷²

⁷¹FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 344.

⁷²TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 825.

José Afonso da Silva destaca que os remédios constitucionais “são, pois, espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e por sua função saneadora, recebem o nome de remédios, e remédios constitucionais, porque consignados na Constituição”.

Assim, a Constituição de 1988 traz em seu bojo, entre as garantias constitucionais especiais, um rol de instrumentos capazes de sanar a ilegalidade ou abuso de poder que estão eventualmente a ferir os direitos fundamentais. Esses remédios constitucionais podem se fazer representar por verdadeiras *ações constitucionais*, já que clamam pelo ajuizamento de uma ação perante o Poder Judiciário, que confere ao impetrante a devida tutela jurisdicional.

Dentre as referidas ações constitucionais estão o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação popular, as quais encontram previsão no próprio texto constitucional, o que não exclui a possibilidade de lei infraconstitucional aperfeiçoar a aplicação do instrumento, como é o caso da Lei do Mandado de Segurança, de nº 12.016/2009, ou da Lei do *Habeas Data*, de nº 9.507/1997, ou ainda da Lei que regulamenta a Ação Popular, de nº 4.717/1965.

Interessante notar que não há lei que regulamente o Mandado de Injunção, que se vale analogicamente da Lei do Mandado de Segurança para a sua aplicação, conforme veremos em momento oportuno neste trabalho.

Sem prejuízo dos remédios constitucionais que são verdadeiras ações constitucionais, podemos encontrar algumas garantias, previstas também na Constituição de 1988, que podem ser utilizados administrativamente, sem que o Estado forneça necessariamente uma tutela jurisdicional. Nesse sentido estão o Direito de Petição, que não se confunde com aquele direito manejado dentro dos processos judiciais, e o Direito a certidões, que decorre do inciso XXXIV, do art. 5º da Constituição Federal, assegurando a todos, independentemente do pagamento de taxas, a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal.

Evidentemente, as garantias extrajudiciais não raro acabam por se realizar mediante Mandado de Segurança, quando o pedido é negado ou ignorado.

Apesar de o Mandado de Segurança ser um importante remédio em nosso ordenamento, pois serve como “remédio” dos remédios constitucionais, voltamos especial atenção ao Mandado de Injunção, que figura também como uma das ações constitucionais, traduzido num remédio inovador no cenário constitucional brasileiro, o qual recebe duras críticas por parte da doutrina, principalmente no que se refere à sua efetividade, já que busca sanar a falta de norma integradora das normas de eficácia limitada.

Antes, porém, de abordá-lo de forma mais direta, temos que nos ater à estrutura constitucional brasileira, o que faremos a seguir.

4.3 A estrutura normativa⁷³ da Constituição Federal de 1988

De início, convém salientar que a Constituição nasce de um movimento constituinte *revolucionário*, que tem por escopo dar início a uma *nova fase democrática de regime político* no Estado brasileiro.

A necessidade do movimento revolucionário deu-se por conta do famigerado golpe militar de 1964 e, especialmente, pelo AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil, uma vez que afastou o reconhecimento de vários direitos fundamentais dos indivíduos.

Assim, com a EC nº 26, houve a convocação dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem em Assembleia Nacional Constituinte, a qual ficaria incumbida de elaborar um novo texto que confirmasse o fim da opressão vivida por aproximadamente 22 anos.

Aos olhos de José Afonso da Silva, o texto constitucional de 1988 “é um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição Federal de 1988

⁷³DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 23. Segundo a autora: “Somente as normas de direito podem assegurar as condições de equilíbrio imanentes à própria coexistência dos seres humanos, possibilitando a todos e a cada um o pleno desenvolvimento das suas virtualidades e a consecução e gozo de suas necessidades materiais.”

constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral”⁷⁴.

Nasce, assim, a chamada *Constituição cidadã*, a qual contou com larga participação popular, na medida em que permitiu, aliás, o envio, pelos cidadãos, de propostas normativas constitucionais.

Daí decorre, dentre outros motivos, a extensão da Constituição Federal de 1988, porquanto se busca pela norma afastar o período marcado pelo terror ditatorial.

Isso provocou, por outro lado, a elaboração de uma Constituição extensa, prolixa, pois o texto de 1988 trouxe normas que extrapolam as chamadas matérias constitucionais, as quais foram apontadas pelo liberalismo clássico de movimentos revolucionários ocorridos na América, no século XVIII, como normas essencialmente limitadoras do poder do governante.

Nada obstante, esse resquício de trauma provocou uma reação no Poder Constituinte de 1988, o qual tentou de todas as formas garantir o exercício democrático dos direitos fundamentais. Prova disso é a extensão de nossa Constituição. Esta conta com 250 artigos e 70 emendas, até esta data.

Ademais, é perceptível o traço *programático*, de cunho social, em nossa Constituição, em contraposição à *Constituição-garantia*, que trata apenas, ou mais evidentemente, da concentração de normas cuja intenção é estruturar o poder, cercando as atividades políticas das condições necessárias para o seu correto desempenho⁷⁵.

Assim, a dita *Constituição programática* busca traçar metas, programas, ações, objetivos para o próprio Estado. São normas inseridas no texto constitucional que têm por escopo planejar uma ação futura, um programa estabelecido pelo próprio Estado para que ele mesmo o cumpra em oportunidade posterior à sua promulgação.

⁷⁴SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 89.

⁷⁵MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73.

Desta forma, vale lançar um olhar mais atento à *principiologia* que afeta a Constituição Federal de 1988, posto que vários princípios podem gerar obrigações futuras, ou, ao menos, parâmetros de interpretação constitucional.⁷⁶

Com efeito, Marcelo Lamy nos alerta para uma alteração da tarefa judicial de compreensão do direito, justamente por conta dessa mencionada *principiologia*, o que ocasiona o rompimento com o positivismo clássico que se expressa em um direito constituído por regras, “especialmente pela necessidade, no Estado regido pelo pluralismo, de se harmonizar comandos paralelos, contrastantes (por exemplo, a propriedade privada e a função social da propriedade), embora não-contraditórios.”⁷⁷

Urge lembrar que a Constituição é formada, basicamente, por princípios e regras, e esse conjunto forma o que chamamos genericamente de normas jurídicas⁷⁸.

José Joaquim Gomes Canotilho estabelece alguns critérios para a distinção entre regras e princípios, basicamente fixando cinco pontos de destaque:

- a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua posição hierárquica no sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito)
- d) proximidade da ideia de direito: os princípios são <<Standards>> juridicamente vinculantes radicados nas exigências de <<justiça>> (Dworkin) ou na <<ideia de direito>> (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional”;

⁷⁶MELO, Adriana Zawada. Funções dos princípios constitucionais. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 8, n. 2, p. 14, 2008. Segundo a autora: “E o conceito de ordenamento jurídico como sistema pressupõe necessariamente a existência dos princípios jurídicos, cuja função principal é justamente garantir unidade, completude e coerência do sistema.”

⁷⁷LAMY, Marcelo. As funções jurisdicionais e a criação de direitos. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 15, p. 219, jan./jul. 2010.

⁷⁸TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 102.

e) natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.⁷⁹

Luis Roberto Barroso trata com propriedade o assunto. Observa a diversidade normativa existente, e ressalta a importante característica dos princípios, os quais são denominados de *normas-princípio*, e têm, normalmente, maior teor de abstração, e uma finalidade mais destacada dentro do sistema jurídico⁸⁰.

Neste caminho, necessário se faz a abordagem do tema com especial atenção ao fato de que princípios e regras coexistem, e esses tipos normativos formam, conforme já dito por Eros Roberto Grau, um *sistema jurídico aberto*. Aduz o autor que “o Sistema Jurídico é um sistema aberto, não fechado. Aberto no sentido que é incompleto evolui e se modifica.”⁸¹

Dessa maneira, cumpre ressaltar, portanto, que os princípios fixam comportamentos genéricos a serem seguidos pelo corpo coletivo, otimizando valores e fundamentos que contornam as características de determinada coletividade, inclusive fortalecendo suas instituições máximas⁸².

Manoel Gonçalves Ferreira Filho traz importante apontamento sobre os princípios:

Com efeito, as Constituições dogmáticas do século XVIII, do século XIX, da primeira metade do século XX incorporavam princípios que nelas apareciam como regras. A partir destas é que eles eram inferidos. Sem dúvida, na atividade de elaboração da Constituição, estavam claros como diretrizes na mente dos constituintes, mas como que desapareciam quando feita a obra, como andaimes que retiram de uma construção terminada. Assim, a Constituição brasileira poderia ser, por indução, reduzida a alguns princípios, em última instância: princípio do Estado de Direito, princípio democrático, princípio federativo, princípio da separação dos poderes, princípio liberal, ou da limitação do poder, princípio social, ou da proteção aos economicamente fracos.⁸³

⁷⁹CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 1160.

⁸⁰BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 141.

⁸¹GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Ed., 1996. p. 19.

⁸²RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz. *Princípios constitucionais do processo: visão crítica*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 5.

⁸³FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 417.

Com relação às regras, vale dizer que estas têm características menos abstratas se comparadas aos princípios, de modo que fixam, *v.g.*, comportamentos certos e determinados a serem seguidos pela coletividade. Por sua vez, os princípios são mais abstratos, visto que caracterizam *valores* eleitos pela sociedade como necessários ao desenvolvimento humano⁸⁴, que, em conjunto com as referidas regras, faria o Direito caminhar para a concretização de seu real fundamento, qual seja, a busca de uma ordem social e jurídica justa.⁸⁵

As disposições de direitos fundamentais podem – e com isso se adentra o segundo nível – ser consideradas não somente como uma positivação e uma decisão a favor de princípios, mas também como a expressão de uma tentativa de estabelecer determinações em face das exigências de princípios contrapostos. Dessa forma, elas adquirem um caráter duplo. De um lado, princípios são positivados por meio delas; mas, de outro lado, elas contêm determinações em face das exigências de princípios contrapostos, na medida em que apresentam suportes fáticos e cláusulas de restrição diferenciados. Essas determinações têm, contudo, um caráter incompleto, já que por meio delas não são possíveis decisões independentes de sopesamento em todo e qualquer caso. Além disso, as diferentes regulações constitucionais têm um grau de determinação bastante diversificado. Basta comparar a regulação da liberdade artística com a da inviolabilidade do domicílio.⁸⁶

Humberto Ávila, em trabalho desenvolvido sobre a Teoria dos Princípios, faz uma proposta conceitual das regras e dos princípios.

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a

⁸⁴MELO, Adriana Zawada. op. cit., p. 14. Segundo a autora: “De início, deve-se ter claro que a natureza dos princípios, de suas funções, da importância e da força normativa estão intrinsecamente relacionadas com o pensamento jusfilosófico adotado na concepção de determinado ordenamento jurídico.”

⁸⁵RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz. op. cit., p. 6.

⁸⁶ALEXY, Robert. op. cit., p. 139.

ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁸⁷

Na lição de José Joaquim Gomes Canotilho encontra-se a reafirmação de que tanto as regras quanto os princípios são necessários à composição do *sistema jurídico*. Senão vejamos:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa - legalismo - do mundo da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um 'sistema de segurança', mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional.⁸⁸

Na visão de Eros Grau “no Direito, dominado pelos sentidos axiológico e teleológico, a ideia de ordenação conduz à de adequação: tanto o legislador como o juiz devem tomar adequadamente os dados, axiológicos, do direito.” Desse modo, o Direito deve ser pensado de forma sistemática, com ordenação interior e unidade de sentido, eis, portanto, os motivos de, inicialmente, fazer-se referência à essência do *sistema*.⁸⁹

Assim, levando-se em conta que valorar significa atribuir uma característica ou finalidade a determinado acontecimento social, seja de forma positiva ou negativa, tal circunstância gera na sociedade o desejo de criar uma norma, sendo certo que a norma será elaborada como uma regra ou como um princípio, ressaltando-se que tais espécies normativas devem se complementar.

Portanto, é consabido que alguns princípios se destacam no cenário constitucional, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual tem função precípua de nortear os valores constitucionais do Estado brasileiro. Na

⁸⁷In ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004. p. 70.

⁸⁸CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 693.

⁸⁹GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 19.

verdade, o princípio da dignidade da pessoa humana foi inserido no texto pelo constituinte originário como sendo um dos fundamentos da nossa República.

4.3.1 O princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Fato é que o *princípio da dignidade da pessoa humana* vem sendo o objetivo de toda a normatividade de um Estado. A evolução dos direitos humanos, com a inegável preocupação com a dignidade da pessoa humana, é patente quando sua classificação é tratada. São as gerações⁹⁰ de direitos fundamentais que dão realce a tal princípio.

O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) constitui vetor para a interpretação dos direitos fundamentais em geral, e de modo particular, abrange a aplicação e a interpretação dos direitos políticos em geral; os princípios da liberdade, da igualdade e da segurança (art. 5º, *caput*, e incisos correspondentes) são fundamentos básicos para a proteção dos direitos políticos, para sua concretização no plano constitucional e infraconstitucional e direcionam a dinâmica do exercício da participação popular no poder.⁹¹

Todas as gerações suscitadas por Norberto Bobbio⁹² têm a precípua função de identificar o grau de preocupação com a dignidade humana, de acordo com a evolução dos direitos fundamentais em um Estado de Direito.

Desse modo, tendo em conta essa evolução dos direitos humanos fundamentais, destaca-se que o constituinte de 1988 foi feliz quando inseriu o princípio da dignidade da pessoa humana logo no primeiro artigo da Constituição Federal. Cuida-se, na verdade, como destaca José Francisco Cunha Ferraz Filho⁹³, de um *valor-fonte de todos os direitos fundamentais*.

E ao pensar nas gerações de direitos humanos fundamentais, parece não restarem dúvidas de que o princípio da dignidade da pessoa humana encaixa-se

⁹⁰ Já cuidamos das gerações dos direitos humanos fundamentais logo no início deste trabalho.

⁹¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Fundamentos constitucionais da participação popular no exercício do poder: garantia da cidadania e dos direitos políticos, cit., p. 29-50.

⁹² BOBBIO, Norberto. op. cit.

⁹³ FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. *Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Org. Antonio Cláudio da Costa Machado; Coord. Anna Candida da Cunha Ferraz. Barueri: Manole, 2010. p. 5.

em TODAS as gerações, porquanto é visto como um fundamento de toda a evolução desses direitos.

Destaca Alexandre de Moraes que, como fundamento da República Federativa do Brasil:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁹⁴

Portanto, o inciso III do art. 1º da CRFB/88 imprime um princípio fundamental à República Federativa do Brasil, que se deve irradiar por todo o ordenamento jurídico, de modo a preservar ao máximo o exercício dos direitos fundamentais, mesmo que em certos casos haja a limitação do próprio direito para a sua preservação⁹⁵.

Sem prejuízo desta análise, vale destacar a discussão acerca da falta de aplicação dos direitos fundamentais, notadamente aqueles que clamam por um complemento, como é o caso dos direitos de segunda geração - os direitos sociais, culturais e econômicos - o que acarreta, obviamente, no desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Via de regra, a concretização dos direitos dessa natureza dependem de um programa estatal, ou mesmo de uma norma.

Essa obrigação acentua-se quando se analisa o texto da Constituição Federal de 1988, principalmente com relação aos “deveres do Estado”, o qual deve⁹⁶ propiciar proteção à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215), ao lazer, pelo desporto (art. 217), pelo turismo (art. 180) etc.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o Estado Social de Direito deve ser guiado pelo valor da “justiça material”. Vejamos:

⁹⁴MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 24.

⁹⁵O Estado de Defesa e o Estado de Sítio (artigos 136 a 139 da CF/88) são medidas excepcionalíssimas adotadas em casos de instabilidade institucional para justamente preservar os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição.

⁹⁶FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, cit., p. 50.

No âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim guiado pelo valor da justiça material.⁹⁷

A respeito da atuação social do Estado com enfoque no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ensina Luiz Antonio Rizzatto Nunes:

Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.

O esforço é necessário porque sempre haverá aqueles que pretendem dizer ou supor que Dignidade é uma espécie de enfeite, um valor abstrato de difícil captação. Só que é bem ao contrário: não só esse princípio é vivo, real, pleno e está em vigor como deve ser levado em conta sempre em qualquer situação.⁹⁸

Percebe-se que os direitos sociais, assim como todos os outros, precisam ser efetivados para a preservação do mencionado *supraprincípio*. Parece razoável, ainda, afirmar que tal princípio irradia-se por todo o ordenamento jurídico, como medida de se estabelecer um parâmetro de justiça.

Com efeito, os direitos sociais são aqueles que mais clamam por ação do Estado. Luiz Antonio Rizzatto Nunes continua seu raciocínio:

Portanto, percebe-se que a própria Constituição está posta na direção da implementação da dignidade no meio social.

Com efeito, como é que se poderia imaginar que qualquer pessoa teria sua dignidade garantida, se não lhe fosse assegurada saúde e educação? Se não lhe fosse garantida sadia qualidade de vida, como é que se poderia afirmar sua dignidade? Ou se permite violar sua intimidade, sua liberdade, etc.?

Claro que é possível objetar que o direito à vida é mais importante que a garantia da dignidade. Por isso devemos, neste ponto,

⁹⁷In SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001. p. 65.

⁹⁸NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 65.

antes de prosseguir, fazer um comentário relativo à questão da garantia do direito à vida em sua necessária correlação com a dignidade. E o que interessa mesmo é que se possa garantir a vida, mas uma vida digna.⁹⁹

É perfeitamente aceitável que a preocupação com a dignidade humana esteja atrelada a questões de uma exigência maior com relação ao Poder Público.

Com o reconhecimento expresso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário; já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.¹⁰⁰

Evidentemente os direitos sociais, “como direitos fundamentais de segunda geração, são aqueles que reclamam do Estado um papel prestacional, de minoração das desigualdades sociais”¹⁰¹.

Márcia Cristina de Souza Alvim faz importante reflexão sobre a dignidade humana, notadamente sob um ponto de vista filosófico.

A questão da dignidade do homem tem também alcance ontológico, isto é, estuda o ser enquanto ser natural. O homem possui o poder de se autodeterminar, colocando-se acima do mundo físico e biológico. Cabe lembrar que dentro dessa possibilidade está embutida a responsabilidade moral. É importante ressaltar que, na atualidade, o materialismo exacerbado sobrepõe-se a todas as manifestações do espírito e da cultura, tornando-se seu objetivo alcançar única e exclusivamente o bem estar material. Reconhecemos imprescindível, não obstante essa limitação de objetivo, também é importante aprofundar os fundamentos espirituais da vida humana, seus valores e cultura, a fim de que possam ser defendidos os direitos inalienáveis e a dignidade humana.¹⁰²

⁹⁹Id. Ibid., p. 66.

¹⁰⁰SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 103.

¹⁰¹ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. op. cit., p. 218.

¹⁰²ALVIM, Márcia Cristina de Souza. A força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 7, n. 2, p. 20, jul./dez. 2007.

Diante disso, exposto o panorama geral da Constituição Federal de 1988, no que tange à sua estrutura, bem como acerca do princípio da dignidade humana, que funciona como fundamento principal da nossa Constituição, passemos à verificação da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

4.3.2 Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais: a pertinência das normas de eficácia limitada ao mandado de injunção

Tema pertinente ao Mandado de Injunção é o da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, isto porque não se mostra suficiente a criação da norma constitucional para que haja a proteção de um determinado direito fundamental. É necessário analisar se esta norma está pronta para ser aplicada no mundo dos fatos.

Os clássicos Thomas Cooley e Ruy Barbosa ensinam que as regras constitucionais são autoexecutáveis ou não autoexecutáveis¹⁰³.

As normas autoexecutáveis são aquelas prontas, acabadas, de modo que a sua simples entrada em vigor já produz os efeitos desejados pelo constituinte. Tais normas não necessitam de complemento, ou mesmo de um programa estatal.

As expressões auto-aplicável e auto-executável dão a entender que certas normas, às quais se atribui essa qualidade, possam desde logo produzir por si mesmas, em sua aplicação, todos os efeitos possíveis, exaurindo-se numa plenitude de execução imediata. Ora, isso nem sempre ocorre, pois normas existem aplicáveis, isto é, com plena eficácia jurídica, mas que, não obstante, serão sempre suscetíveis de novos desenvolvimentos, novas aplicações à realidade político-social, pelas leis ordinárias.¹⁰⁴

Por outro lado, as normas não autoexecutáveis são aquelas incompletas. Aquelas que necessitam de providências futuras, seja de cunho legislativo ou mesmo administrativo, isto é, aquelas que necessitam de uma ação estatal.

¹⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 12.

¹⁰⁴ TEIXEIRA, Meirelles J. H. *Curso de direito constitucional*. Texto organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 313.

Essa definição binária restou insuficiente, dada a complexidade das normas. Não é razoável dizer simplesmente que uma norma tem característica completa ou incompleta, há que se estabelecerem critérios mais bem definidos, a ponto de serem úteis para a concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Os estudos realizados por diversos autores no sentido de se aprofundar na eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais foram e ainda são de grande valia.

E para analisar a postura do próprio Estado, não se pode olvidar dos institutos aplicáveis à generalidade das normas jurídicas¹⁰⁵, notadamente as constitucionais, quais sejam, a existência, a vigência, a validade e a eficácia¹⁰⁶.

A questão da validade das normas jurídicas é tema de muitas facetas. Nele estão implicados problemas relativos ao fundamento da ordem jurídica, que revelam, por sua vez, discussões em torno dos conceitos de legalidade e legitimidade. Validade também se toma no sentido de afetividade, de cumprimento e de aplicação das normas. Não se pode esquecer ainda as discussões em torno da validade, como termo primitivo da lógica deôntica, ou as especulações sobre o sentido lógico-transcendental do valer como categoria básica do pensar normativo. A Dogmática Jurídica, por seu lado, costuma assumir o termo nas suas implicações práticas, girando suas discussões em torno da capacidade da norma em resolver tais e tais conflitos, criando-se, então, conceitos como direito vigente, direito eficaz, normas em vigor, suspensão da vigência, da eficácia, que procuram enquadrar questões como a do âmbito de aplicação, retroatividade e irretroatividade, nulidade e anulabilidade etc.¹⁰⁷

A *existência* da norma jurídica depende de sua promulgação e publicação. A promulgação determina o ingresso da norma no sistema jurídico. Promulgar significa divulgar a lei, tornando-a executória. Tem sentido de proclamar e obriga o Estado. A publicação, por sua vez, obriga a coletividade.

No caso de normas constitucionais, o termo promulgação tem significado importante, pois promulgada é a Constituição que conta com participação popular,

¹⁰⁵Por outro lado, não se tem a pretensão de esgotar o complexo assunto. O objetivo é dar um panorama geral de existência, vigência, validade e eficácia das normas jurídicas, para se seguir com o presente estudo.

¹⁰⁶SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 112.

¹⁰⁷FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro, Forense: 2000. p. 95.

ainda que indireta, no seu processo de elaboração. Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior¹⁰⁸ salientam que a Constituição promulgada ou votada é “aquela que é fruto de um processo democrático e elaborada por um Poder Constituinte exercido por uma Assembleia Constituinte. No Brasil, temos como exemplos as Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1988”.

Assim, conforme ressalta Paulo Hamilton Siqueira Junior:

A existência da norma é a sua entrada válida ou inválida no mundo jurídico. Existência é a pertinência da norma no sistema jurídico. A norma existe porque é um elemento do sistema jurídico, pertencendo ao encadeamento lógico dessa ordem. No sistema jurídico pátrio, a norma passa a ter existência jurídica após a promulgação e publicação no Diário Oficial.¹⁰⁹

É evidente que a existência das normas a que se refere o autor supracitado abarca tanto as normas constitucionais quanto as normas infraconstitucionais. Interessante notar, porém, que para o estudo do Mandado de Injunção devemos restringir nossa atenção para a promulgação das normas constitucionais, conforme veremos mais adiante.

No que se refere à *vigência* da norma constitucional, é necessário afirmar que essa equivale ao seu período de vida, que vai desde o início de sua obrigatoriedade e observância até a sua revogação, quando deixa de existir no mundo jurídico. No histórico do Brasil, temos esse fenômeno facilmente identificado desde a Constituição do Império, de 1824, até a atual Constituição, de 1988.

Vejamos o entendimento de José Afonso da Silva acerca da *vigência*.

Vigência (do verbo *viger*, do latim *vigere*) é, no sentido indicado, a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições. Vigência não se confunde com eficácia, mas para que a eficácia se verifique é necessário que a norma comece a vigorar. A vigência é condição de efetivação da eficácia, ainda que a plenitude desta, tratando-se de norma constitucional, não raro, dependa de outras normas integrativas. A Constituição – e assim as leis em geral – contém uma cláusula de vigência; cláusula que

¹⁰⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. op. cit., p. 3.

¹⁰⁹ In SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. op. cit., p. 114.

determina o momento em que ela começará a vigorar e, com isso, tornar-se apta a produzir os efeitos próprios de seu conteúdo.¹¹⁰

Vale destacar a importância da *vigência* das normas constitucionais para o estudo do Mandado de Injunção, pois a vigência, conforme ressaltou José Afonso da Silva, é condição da efetivação da eficácia, ainda que a plenitude desta dependa de outras normas integrativas, dada a limitação da própria norma constitucional.

Impende ressaltar que o fim da vigência das constituições passadas se deu por supressão total (ab-rogação), já que no Brasil não se admite o fenômeno da desconstitucionalização, ou mesmo da repristinação constitucional¹¹¹, não, ao menos, de forma tácita. Essa revogação total das constituições anteriores deu-se por um dado movimento revolucionário do Poder Constituinte Originário.

Quanto à validade da norma, importa observar três requisitos: i) a legitimidade do órgão emanador da regra; ii) competência *ratione materiae*; e iii) legitimidade do procedimento.¹¹²

Por essa linha de raciocínio, quanto ao primeiro requisito de validade da norma, é importante ressaltar que, embora a Assembleia Nacional Constituinte represente legitimamente o Poder Constituinte, uma Constituição imposta, isto é, outorgada, não deixa de ter validade.

Confrontando o segundo requisito de validade da norma, convém salientar a característica de ser o Poder Constituinte ilimitado, pois não precisa respeitar imposições jurídicas de constituições anteriores, ou mesmo do direito internacional. Materialmente, o Poder Constituinte não encontra limites, pois é um poder de fato e não jurídico¹¹³.

Por fim, quanto à legitimidade do procedimento normativo, as constituições não sofrem limitações formais quando de sua elaboração. Isto com relação ao

¹¹⁰SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 53.

¹¹¹ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. op. cit., p. 18.

¹¹²REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 97-106.

¹¹³Evidentemente que a evolução dos Direitos Humanos implica certa limitação material às constituições. No entanto, a relativização da soberania ocorre num aspecto de consciência dos direitos humanos e não propriamente numa imposição formal externa, em que pese constar, v.g., do Pacto de San José da Costa Rica a impossibilidade de retrocesso dos direitos humanos (art.4º, §§).

Poder Constituinte Originário, que não respeita forma preestabelecida, já que sua manifestação depende de circunstâncias fáticas. A Constituição de 1988 foi elaborada de forma *sui generis*, pois advém da Emenda nº 26/85, que tratou de convocar a Assembleia Nacional Constituinte composta pelos parlamentares que estavam exercendo mandato na oportunidade.

No entanto, com relação ao Poder Constituinte Derivado, há que se ater a um procedimento bem específico, previsto no artigo 60, da Constituição Federal de 1988. O procedimento, por sinal, é mais dificultoso do que os outros previstos para a elaboração das demais leis do ordenamento jurídico, o que torna a Constituição, no seu aspecto formal, como sendo rígida.

No que se refere à eficácia das normas, Paulo Hamilton Siqueira Junior sintetiza bem o instituto.

A eficácia jurídica diz respeito à produção dos efeitos jurídicos, ou, mais especificamente, à possibilidade de aplicação da norma. Nesse sentido, eficácia refere-se à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade, mas isso somente quanto à sua possibilidade de produção de efeitos jurídicos (eficácia jurídica) e não quanto à efetividade, que significa a efetivação da norma, ou seja, a norma está efetivamente regendo a conduta social para a qual foi criada (eficácia social).¹¹⁴

A verificação da exigibilidade ou executoriedade na norma, ou ainda os efeitos jurídicos que são produzidos, interessam-nos sobremaneira para o estudo do Mandado de Injunção.

Nesse passo, dentre os autores que se manifestaram acerca da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, destacamos a visão de José Afonso da Silva, que salienta que uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Salienta que a aplicabilidade das normas constitucionais está intimamente conectada à sua eficácia. A aplicabilidade está ligada à potencialidade, ao passo que a eficácia está ligada à praticidade.¹¹⁵

Reforça o autor que “se a norma não dispõe de todos os requisitos para a sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de

¹¹⁴SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. op. cit., p. 126.

¹¹⁵SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 60.

aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.”

Para tanto, analisaremos a seguir a trilogia proposta por José Afonso da Silva, consubstanciada em normas de eficácia plena, contida e limitada. Antes, porém, convém destacar o posicionamento contrário de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Como é fácil apreender, a trilogia, quando limitada à questão da aplicabilidade, se reduz ao dualismo clássico. Realmente, as normas de eficácia plena e as normas de eficácia “contida” são normas exequíveis por si mesmas, enquanto a última espécie – as normas de eficácia limitada – corresponde às normas não exequíveis por si mesmas. Ora, manda a lógica que duas espécies (a primeira e a segunda) não sejam separadas quanto à aplicabilidade, quando, no que toca a esta, são iguais. A diferença entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida não está na aplicabilidade, portanto, e sim na possibilidade ou não de ser restringido o seu alcance pelo legislador infraconstitucional, o que nada tem que ver com aplicabilidade das normas enquanto constitucionais.¹¹⁶

Normas de eficácia plena¹¹⁷ são normas prontas¹¹⁸. Não necessitam de atos normativos, ou de ações governamentais posteriores para serem aplicadas. Logo que postas no ordenamento jurídico já produzem seus devidos efeitos. Segundo José Afonso da Silva, alcançam, por completo, o objetivo do Poder Constituinte.

... incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma

¹¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 417.

¹¹⁷ TEIXEIRA, Meirelles J. H. op. cit., p. 319. Aduz o autor: “Para designar as normas de eficácia plena adotam os autores modernos variadíssima terminologia: normas “preceptivas”, “imediatamente preceptivas”, “diretamente preceptivas” ou ainda “direta e imediatamente preceptivas”; “normas operativas” (diretamente, imediatamente, direta e imediatamente operativas), normas “de eficácia imediata e atual”, “normas de eficácia jurídica direta”.”

¹¹⁸ Id. Ibid., p. 313. Segundo o autor: “A terminologia que hoje se encontra nos autores, para designar as normas que aqui denominamos de eficácia plena, é vastíssima, e verdadeiramente desorientadora para os neófitos do Direito Constitucional. Antes de a mencionarmos, esclareçamos desde logo que por normas de eficácia plena, como há pouco tivemos oportunidade de expor, entendemos aquelas normas que produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os seus efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto.”

normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto.¹¹⁹

Na verdade, são normas que não exigem a elaboração de novas normas que lhes completem o alcance e sentido, ou lhes fixem o conteúdo, posto que completas¹²⁰.

Salienta José Afonso da Silva que essas normas têm três características ligadas à sua aplicabilidade, embora admita o autor que não é fácil determinar um critério para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena daquelas de eficácia contida ou limitada. Aduz ainda que o tormentoso problema de interpretação reveste-se de grande importância prática:

- i) *direta*¹²¹, porquanto o próprio texto constitucional é aplicado ao caso concreto, isto é, a subsunção do fato à norma é feita sem que para tanto haja intermediações legislativas. Busca-se fundamento direto na Constituição.
- ii) *imediate*, porque a aplicação da norma constitucional ocorre logo que esta é posta no mundo jurídico por meio de sua promulgação e publicação, sem a necessidade de complementos normativos. A verdade é que esta característica muito se parece com a anterior, mas está mais ligada ao *critério temporal*.
- iii) *integral*, porquanto não há possibilidade de restrição da norma. Em tese, essa característica demonstra que a norma pode ser aplicada integralmente, sem o risco de uma lei restringir a sua aplicação. No entanto, a integralidade, a nosso ver, parece um tanto quanto falha, pois

¹¹⁹SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 82.

¹²⁰Isso não impede, porém, de que as normas constitucionais sejam regulamentadas por leis infraconstitucionais. O fato de uma norma constitucional ser regulamentada não significa que é desprovida de aplicabilidade. A título de exemplo, vale destacar que a Lei 12.016/09, regulamenta o Mandado de Segurança, mas nem por isso deixa o art. 5º., incisos LXIX e LXX de ser uma norma de eficácia plena.

¹²¹BASTOS, Celso Ribeiro. As normas programáticas na Constituição de 1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 14, p. 809, jan./mar. 1996. Salienta o autor que as normas por ele chamadas de “normas de aplicação” permanecem com sua primitiva dimensão, no momento em que são aplicadas. “Não há necessidade de nenhuma norma intercalar para que o seu beneficiário a invoque. O que não significa que elas não comportem regulamentação, fenômeno completamente diferente da integração. Ainda que sua matéria admita regulação paralela, os dois comandos não se mesclam nem se reduzem a uma unidade deontológica. São regulamentáveis, mas não integráveis.”

conforme destacamos nas características dos direitos humanos fundamentais, nenhum direito em tese se mostra absoluto, dada a limitabilidade, pois se até mesmo a vida pode sofrer restrições por parte do Estado, *v.g.*, em caso de guerra declarada, os demais direitos também podem ser, ainda que excepcionalmente, restringíveis.

Quanto ao aspecto da aplicação direta de normas de direitos, liberdade e garantias, destacamos importante lição de José Joaquim Gomes Canotilho, pautando-se na Constituição Portuguesa.

Aplicação directa não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa (cfr. arts. 17º e 18º/1). Significa também que eles valem directamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição (CRP, 18º/3). Em termos práticos, a aplicação directa dos direitos fundamentais implica ainda a inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais contrárias às normas da Constituição consagradoras e garantidoras de direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga (cfr. arts. 17º e 18º). Se se preferir, dir-se-á que a aplicação directa dos direitos, liberdades e garantias implica a inconstitucionalidade superveniente das normas pré-constitucionais em contradição com eles.

Assim, o autor ressalta pontos importantes sobre a aplicabilidade direta que extrapolam a mera aplicação independente de intervenção legislativa.

Dentro dessa perspectiva, vale lembrar da classificação inovadora das normas constitucionais trazida por Maria Helena Diniz, a qual sugere a existência de um grupo de normas “supereficazes” ou com “eficácia absoluta”.

As normas constitucionais com eficácia absoluta são as intangíveis; contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Daí conterem uma força paralisante total de qualquer legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las. Distinguem-se, portanto, das normas constitucionais de eficácia plena, que, apesar de incidirem imediatamente sem necessidade de legislação complementar posterior, são emendáveis. Por exemplo, os textos constitucionais que amparam a federação (art. 1º), o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 14), a separação dos poderes (art. 2º) e os direitos e garantias individuais (art. 5º, I

a LXXVII), por serem insuscetíveis de emenda, são intangíveis, por força dos arts. 60, §4º, e 34, VII, a e b.¹²²

Feita essa breve apresentação da norma de eficácia plena, a qual não apresenta, em tese, verdadeiramente um problema para a questão da omissão constitucional, passemos à verificação das normas de eficácia contida.

O grupo das normas de eficácia contida constitui-se de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos inseridos no dispositivo legal, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, tendo em conta determinadas circunstâncias¹²³.

A grande diferença¹²⁴ entre a norma de eficácia contida e a norma de eficácia plena reside na possibilidade de restrição da eficácia, mediante legislação futura, ou mesmo por outros meios, conforme veremos adiante.

Em suma, a norma de eficácia contida também tem aplicação direta e imediata, mas pode sofrer uma restrição futura, o que a caracteriza como “não integral”. Saliente-se que, até o surgimento da restrição da eficácia da norma, esta tem as mesmas características da norma de eficácia plena.

Nesse sentido, ao enumerar as características da norma de eficácia contida, José Afonso da Silva¹²⁵ ressalta que “enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena; nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relação a essas, tem o escopo de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva”.

Outro ponto ressaltado pelo autor diz respeito à legislação futura poder restringir a eficácia da norma, pois essas normas “solicitam a intervenção do

¹²²DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 109-110.

¹²³SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 82.

¹²⁴TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 98. Salienta o autor: “Inicialmente, numa perspectiva de estrito rigor técnico, Manoel Gonçalves Ferreira Filho detecta, na reconhecida tríade de José Afonso da Silva, a inconsistência no separar, em duas categorias diferentes, normas que apresentam a mesma aplicabilidade (sendo este o critério da classificação). Isso porque, realmente, tanto as normas de eficácia plena quanto as normas de eficácia contida são, como visto, de aplicação imediata. A diferença entre ambas existe, mas se encontra na possibilidade de serem restringidas por lei posterior, e não na aplicabilidade.”

¹²⁵SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 104.

legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura”. Continua explicando o autor que “o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos”.¹²⁶

Nesse aspecto, podemos citar o caso da norma constitucional que trata da liberdade profissional. O art. 5º, inciso XIII, da CRFB/88, dispõe que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Note-se que a *lei* pode estabelecer restrições a tal liberdade. É o que ocorre com a profissão de advogado, uma vez que o art. 8º, IV, da Lei Federal nº. 8.906, de 1994, impõe, dentre outros requisitos, a aprovação no Exame de Ordem a quem queira exercer a profissão de advogado.

Desse modo, é certo dizer que a norma de eficácia contida permite o exercício do direito sem que haja necessidade de complementação da norma, uma vez que esta já contém todos os elementos necessários para produzir efeitos. A norma posterior, infraconstitucional, poderia, isto sim, restringir o seu campo material de atuação, conforme verificado no exemplo acima.

Característica importante da norma de eficácia contida está no fato de sua restrição poder originar-se de conceitos *ético juridicizados*¹²⁷, como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia, como ocorre no emprego de expressões pelo constituinte como “necessidade” ou “utilidade pública”, ou ainda “interesse social ou econômico”. Assim, o inciso XXII do art. 5º garante o direito de propriedade, mas os incisos XXIV e XXV oferecem os elementos de suas limitações, permitindo sua desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, bem como pelo perigo público iminente.

Convém destacar o posicionamento de Maria Helena Diniz a respeito das normas de eficácia contida. A autora admite que essas normas correspondem às de eficácia contida de José Afonso da Silva, mas prefere denominá-la “norma de eficácia relativa restringível”, “por serem de aplicabilidade imediata ou plena,

¹²⁶Id., loc. cit.

¹²⁷SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 112.

embora sua eficácia possa ser reduzida, restringida nos casos e na forma que a lei estabelecer”¹²⁸.

Por fim, José Afonso da Silva esclarece que a contenção da norma pode surgir por outros dispositivos constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato, como é o caso do estado de sítio, do estado de defesa ou mesmo da intervenção federal.¹²⁹

É importante deixar consignado que a norma de eficácia contida não é, a princípio, objeto de proteção do Mandado de injunção, por exemplo, por conta da omissão do legislador infraconstitucional.

Analisaremos, neste ponto do trabalho, as normas de eficácia limitada, as quais se apresentam, de acordo com o seu conteúdo e com seus objetivos, em duas categorias: i) normas de legislação; ii) normas programáticas.¹³⁰

Nada obstante, interessante notar que o uso da terminologia “limitada” pode causar certa confusão, principalmente com relação às normas de eficácia contida.

Não raro, porém, acontece que o publicista rebusca os escaninhos da rica língua portuguesa e não depara uma expressão adequada para exprimir o objeto que tem em mente. Dança ele, então, na terminologia imprecisa, e acaba cunhando uma própria, tomado ainda da dúvida sobre se expressa com precisão o conceito pretendido. Foi assim que preferimos denominar normas constitucionais de princípio aquelas em que se subdividem as normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte.¹³¹

Maria Helena Diniz¹³² classifica essa espécie normativa como “normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa”. Ressalta a autora que tais normas podem ser: “normas de princípio institutivo,

¹²⁸DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*, cit., p. 109-113.

¹²⁹Interessante notar que o artigo 60, §1º, da CF, cuida das limitações circunstanciais ao Poder Constituinte Reformador.

¹³⁰TEIXEIRA, Meirelles J. H. op. cit., p. 323.

¹³¹SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 118.

¹³²DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*, cit., p. 109-115.

dependentes de lei para dar corpo a instituições, pessoas, órgãos, nela previstos”. Não descarta a autora as chamadas normas programáticas¹³³.

Essa classificação de norma alimenta o estudo sobre o Mandado de Injunção, pois ele pode ter efeito exatamente sobre essas normas, na medida em que a falta de regulamentação infraconstitucional provoca a chamada omissão inconstitucional¹³⁴, constituindo em mora aquele que ficou incumbido de elaborar a lei para a concretização do direito previsto constitucionalmente.

Vale dizer, as normas de eficácia limitada não têm aplicação imediata, ou seja, logo que promulgadas não têm condições de serem aplicadas a um caso concreto, não há falar-se em subsunção do fato à norma. Haverá necessidade de que um ato posterior seja praticado para fazer valer o conteúdo do dispositivo constitucional. Portanto, a norma de eficácia limitada tem aplicação mediata. Intrinsecamente ligada a essa característica está a aplicação indireta. Indireta porque a efetivação do direito ocorrerá por intermédio de outro dispositivo legal.¹³⁵

Segundo Crisafulli¹³⁶, essas normas são limitadas por “não bastarem elas, por si sós, para determinar uma operação atual, por não serem imediatamente operativas dessas situações e relações da vida real”

Assim, o Poder Constituinte Originário¹³⁷ cria normas sem uma aplicabilidade imediata ou direta, como é o caso das normas de eficácia plena e contida.

Nem se diga que a norma de eficácia limitada é aplicada total ou parcialmente. O efeito que esta produz é *reduzido*, diferente da acepção vista sobre integralidade ou não integralidade. Em verdade, nenhuma parte da norma

¹³³Id. Ibid., p. 116. Segundo a autora: “As normas constitucionais programáticas são as em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nelas consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais pelo Estado. Por exemplo, os arts. 21, IX, 23, 170, 205, 211, 215, 218, 226, §2º, da Constituição Federal.”

¹³⁴Evidentemente que para se caracterizar a omissão inconstitucional outros aspectos devem ser analisados, pautando-se, obviamente, nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, o aspecto temporal pode influenciar sobre a omissão inconstitucional, de modo que, se uma regulamentação não ocorreu, mas o tempo para isso ainda está dentro de limites razoáveis e proporcionais, não há que se falar em inconstitucionalidade.

¹³⁵Isso, quando a norma pugnar por uma regulamentação.

¹³⁶Apud TEIXEIRA, Meirelles J. H. op. cit., p. 321.

¹³⁷Nada impede que uma Emenda Constitucional (Poder Constituinte Derivado) crie uma norma de eficácia limitada.

constitucional é aplicada ao caso concreto. Não se faz a tal subsunção do fato à norma.

Essa característica *reduzida* advém dos efeitos secundários produzidos pela norma, a exemplo de vedar a produção de normas infraconstitucionais contrárias ao conteúdo da norma de eficácia limitada, ou ainda servir de parâmetro para o fenômeno da recepção, dentre outros. Independentemente de ser um *efeito reduzido*, fato é que produz efeitos jurídicos.

Reconhecemos a dificuldade de encontrar uma terminologia que exprima sinteticamente e com fidelidade o fenômeno que está nos preocupando. Todas as normas de eficácia reduzida, no entanto, limitam-se a positivizar princípios e esquemas sobre a matéria objeto da cogitação do constituinte, o qual deixa ao legislador ordinário ou a outros órgãos de governo sua concreção normativa, refiram-se, ou não, a uma legislação futura. A diferença é que umas declaram princípios regulativos ou institutivos, e outras, princípios programáticos. Por outro lado, o critério da legislação futura é falho, porque há normas constitucionais de eficácia direta e aplicabilidade imediata que também mencionam uma legislação futura, como ilustram algumas normas que outorgam direitos e garantias constitucionais.¹³⁸

Conquanto essa espécie normativa produza efeitos jurídicos, não o faz de forma satisfatória no que tange à efetivação dos direitos fundamentais, pois ainda é necessária a atuação legiferante do Estado para que os efeitos almejados pelo constituinte sejam de fato concretizados.

De outro lado, a intromissão do Judiciário na questão da efetivação desses direitos pendentes de julgamento pode gerar grande celeuma no que toca à separação dos poderes, tendo em conta o nosso ordenamento constitucional, na separação dos “poderes”, de acordo com o artigo 2º, da Constituição Federal de 1988.¹³⁹

¹³⁸SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 85.

¹³⁹BITTAR, Eduardo C. B. As fontes do direito e a concretização dos direitos humanos. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 5, n. 5, p. 30-31, 2005. Segundo o autor: “A pergunta que se faz neste passo da discussão é a que motiva a pensar: será que os métodos e modos de aplicação judiciária têm sido suficientes para a afirmação dos direitos humanos? A resposta é negativa na exata medida em que se ressentem os direitos humanos de ineficácia na maioria de seus dispositivos.

Neste sentido, é necessário romper com a camisa de força liberal que foi imposta aos juízes, não como mecanismo de fomento de qualquer tipo de anarquismo social ou de criação de uma administração caótica e radicalmente paralela da justiça.

Não se pode olvidar de uma espécie importante de norma de eficácia limitada, qual seja, a norma programática.

Essas normas, como temos dito, revelam um compromisso entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares de justiça social. Poder-se-ia dizer que as declarações dos direitos fundamentais do homem, do século XVII, postularam a realização dos valores jurídicos da segurança, da ordem e da certeza, enquanto as declarações constitucionais dos direitos econômicos e sociais pretendem a realização do valor-fim do Direito: a justiça social, que é uma aspiração do nosso tempo, em luta aberta contra as injustiças do individualismo capitalista.¹⁴⁰

Em vez de essa norma clamar por um ato normativo posterior, clama por uma ação governamental¹⁴¹. São programas preestabelecidos pelo constituinte para efetivação em momento oportuno¹⁴².

Meirelles Teixeira, ao fazer distinção entre as normas programáticas e as normas de legislação assinala:

As primeiras, versando sobre matéria eminentemente ético-social, constituem, verdadeiramente, programas de ação social (econômica, religiosa, cultural etc.), assinalados ao legislador ordinário. Já quanto às normas de “legislação”, seu conteúdo não apresenta essa natureza ético-social, mas inserem-se na parte de organização da Constituição, e, excepcionalmente, na relativa aos direitos e garantias (liberdades).¹⁴³

Mostra-se, portanto, de suma importância o estudo das características das normas constitucionais tendo em vista a utilização do mandado de injunção. Neste sentido, aponta Anna Candida da Cunha Ferraz¹⁴⁴:

Trata-se sim de vislumbrar que o papel do Poder Judiciário não consiste somente numa atividade conclusiva a partir da legalidade estreita, pois a tarefa do magistrado é a de servir à justiça e de render o Direito (um Direito que é mais que mera lei) aos casos práticos.”

¹⁴⁰SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 145.

¹⁴¹BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit., p. 809. Segundo o autor: “A programaticidade delas consiste no fato de que sua não aplicabilidade imediata não decorre de mera remissão à lei ou ao Estado. A sua programaticidade reside sim no reconhecimento pela Constituição de que esses fins não são alcançáveis de uma só feita. Não dependem de mera diligência legislativa, mas de um contexto de elementos de ordem social, econômica e, até mesmo, política.”

¹⁴²Não há que se falar em Mandado de Injunção para a proteção de direitos relacionados às normas de cunho programático. Caso os programas não sejam efetivados é possível valer-se do Mandado de Segurança.

¹⁴³TEIXEIRA, Meirelles J. H. op. cit., p. 323.

¹⁴⁴In FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 35.

Influi na atuação do intérprete constitucional, quer quanto à escolha dos meios de interpretação, quer quanto aos limites que as diferentes categorias de normas impõem ao intérprete, quer quanto à discricionariedade maior ou menor da ação interpretativa, quer, enfim, quanto aos resultados da interpretação. Constitui, pois, a categorização das normas constitucionais aspecto específico e peculiar na interpretação constitucional.

Uma vez analisadas as normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade, passemos a verificar a questão da prolixidade constitucional, como uma possível causa para a falta de regulamentação de normas constitucionais.

4.4 A prolixidade constitucional e o problema da falta de regulamentação da Constituição

Aspecto interessante ao desenvolvimento do presente trabalho é a constatação da prolixidade da Constituição brasileira de 1988. Apesar de ser antiga, a classificação dicotômica das constituições quanto a sua extensão - sintética e analítica - é capaz de trazer importantes reflexões no estudo dos direitos fundamentais, bem como, e especialmente, no estudo do Mandado de Injunção.

A principal diferença entre as constituições sintéticas e analíticas está no conteúdo. As constituições sintéticas cuidam tão somente de matéria constitucional, as quais tratam tradicionalmente da estrutura do Estado e da limitação do poder.

Regras materialmente constitucionais são, em suma, as que, por seu conteúdo, se referem diretamente à forma do Estado (p.ex., as que o definem como Estado federal), forma de governo (p.ex., democracia), ao modo de aquisição (p.ex., sistema eleitoral) e exercício do poder (p.ex., atribuições de seus órgãos), estruturação dos órgãos de poder (p.ex., do Legislativo ou Executivo), aos limites de sua ação (p.ex., os traçados pelos direitos fundamentais do homem).¹⁴⁵

¹⁴⁵FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 417.

Por sua vez, as constituições analíticas, ou prolixas, são aquelas que tratam de matérias que extravasam os limites dos assuntos constitucionais. Cuidam, além das matérias propriamente constitucionais, de assuntos que poderiam ser disciplinados pelo legislador infraconstitucional.

A prolixidade constitucional parece servir como forma de resguardar o maior número de direitos possível, a fim de que estes sejam respeitados no futuro, mantendo vivos os dogmas que inspiraram a atuação da Assembleia Nacional Constituinte. Por outro lado, a ideia de regulação constitucional tenha, talvez, como causa o receio de deixar ao legislador infraconstitucional a incumbência de tratar de importantes assuntos.

Alexandre de Moraes acrescenta a finalidade de uma Constituição quando analisa a sua extensão. Para o autor, as constituições podem ser analíticas, com finalidades dirigentes e sintéticas, com finalidade de garantia.

As constituições sintéticas preveem somente os princípios e as normas gerais de a regência do Estado, organizando-o e limitando seu poder, por meio da estipulação de direitos e garantias fundamentais (por exemplo: Constituição Norte-americana); diferentemente das constituições analíticas que examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do estado (por exemplo: Constituição brasileira de 1988).¹⁴⁶

Ainda assim, como já se disse, por mais que uma Constituição seja analítica, ela não terá força suficiente para suprir todas as necessidades do Estado de Direito. Algumas questões deverão ser implementadas pelo legislador infraconstitucional, tanto no que se refere à criação de um determinado direito fundamental, eis que este está em constante evolução, quanto para a complementação de uma norma de eficácia limitada.

A Constituição brasileira de 1988 contém interessante dispositivo que está voltado para a preocupação da efetividade dos direitos fundamentais. O §1º, do Artigo 5º, dispõe que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, no entanto, algumas normas necessitam de uma complementação por parte do legislador. Entendemos que esse dispositivo constitucional deve ser observado sempre que possível, ou seja, sempre que

¹⁴⁶MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 10.

todos os elementos estejam à disposição do aplicador do direito. Funciona o §1º, do art. 5º, como uma regra de interpretação.

O Título II da Constituição contém a declaração dos direitos e garantias fundamentais, incluindo aí os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. O art. 5º, §1º, por seu lado, estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isso abrange, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11. Isso, contudo, não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.¹⁴⁷

Imaginemos que uma norma seja, tendo em vista as características traçadas por José Afonso da Silva, de eficácia limitada, especificamente de cunho programático. O programa governamental a ser cumprido pelo Estado deve ser sempre observado. Exige-se do governante um gerenciamento das finanças públicas para que todos os direitos prometidos pelo constituinte sejam efetivados. Caso o programa não seja cumprido, é possível, por parte do cidadão, fazer uso das garantias constitucionais disponíveis, nesse caso, o prejudicado pode impetrar mandado de segurança. Apenas para se esclarecer, o papel no Mandado de Injunção é de fazer valer as promessas constituintes que dependam de regulamentação por lei infraconstitucional, e não por programas de gestão.

Ainda assim, entendemos que o parágrafo primeiro do artigo quinto tenha influência na efetivação do mandado de injunção, fazendo com que o Judiciário atue baseado na aplicação imediata dos direitos fundamentais, modificando o perfil jurisprudencial a esse respeito.¹⁴⁸

Mas, afinal de contas, qual o modelo de Constituição que preservaria a efetivação dos direitos fundamentais, a sintética, ou a analítica?

¹⁴⁷SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 165.

¹⁴⁸Trataremos da jurisprudência do STF sobre o Mandado de Injunção na segunda parte do presente trabalho.

Para responder a esse questionamento Anna Candida da Cunha Ferraz¹⁴⁹ arrolou as vantagens e desvantagens a esse respeito. Dentre os pontos positivos, com relação às constituições sintéticas, estão, em primeiro lugar, a desnecessidade de constantes reformas constitucionais, as quais desacreditam as instituições pela frequência com que ocorrem e que levam à chamada “Constituição Provisória”.

Além disso, a autora destaca que seriam evitados expedientes legislativos e normativos que alteram a Constituição de modo inconstitucional.

Evitar-se-iam os “expedientes” legislativos e normativos que alteram a Constituição de modo inconstitucional, provocando a ocorrência de verdadeiros “processos informais de mudança da Constituição” ou de “fraudes constitucionais”, conforme aponta a doutrina. Exemplificando: a edição de Emendas Constitucionais de Revisão, que nada tiveram de “revisão constitucional”, mas simplesmente visaram introduzir exceções provisórias a dispositivos permanentes da Constituição; a edição de reformas constitucionais relacionadas às necessidades momentâneas das políticas públicas e adotadas independentemente de sua integração a sistemas ou princípios constitucionais mais amplos, sediados na Constituição originária etc.¹⁵⁰

Por fim, destaca-se como aspecto positivo de uma Constituição sintética evitar a paralisação das normas constitucionais e sua constante não observância. Inculpir na Constituição normas que não são aplicadas acaba por desacreditar toda uma população sobre a efetividade constitucional. Além disso, uma Constituição sintética facilita as ações governamentais, ou a governabilidade, com menores riscos de conflitos entre os poderes, como ocorre com frequência no Brasil, pois, por vezes, o Judiciário manifesta-se de forma a causar dúvida acerca dos limites de seus poderes.

No rol das desvantagens, Anna Candida da Cunha Ferraz salienta que as constituições sintéticas permitiriam abertura para as inconstitucionalidades. O trabalho de hermenêutica também restaria avultado. Além disso, em razão da

¹⁴⁹FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Necessidade da regulamentação constitucional. 3. painel (apresentado no XVII Congresso Brasileiro de Dir. Constitucional). *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 46, jan./mar. 1997.

¹⁵⁰FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Necessidade da regulamentação constitucional, cit., p. 46.

redução da matéria constitucional, seria possível o influxo das injunções políticas¹⁵¹.

Entendemos que, apesar das vantagens e desvantagens verificadas, uma Constituição deve, sim, conter normas que necessitem de complementação posterior¹⁵², como é o caso das normas de eficácia limitada.

Os valores existentes em uma sociedade, no momento da promulgação de sua Constituição, podem depender de providências posteriores, levando-se em conta que a positivação de uma norma com características completas, autoaplicáveis, seria impossível por questões diversas, mas, a fim de garantir a existência de um determinado direito, o Poder Constituinte opta por inserir um determinado valor no texto maior para que seja, em um futuro razoável, efetivado no ordenamento jurídico.

Mas inevitável é o questionamento:

O que é melhor, então? Regular em sede constitucional certa matéria, ou mesmo um sem número de matérias às vezes de menor significância, conferindo-lhes maior estabilidade, mas não logrando ver sua efetiva aplicação por falta de lei reguladora, ou, ao contrário, deixa à lei ordinária que discipline a matéria, matéria que ficará ao critério do legislador (sob o influxo do princípio da legalidade) ao invés de banalizar a imposição constitucional, vez que inexistem meios jurídicos de cobrar a norma do legislador?¹⁵³

Como dissemos, ainda que isso nos traga problemas futuros, notadamente no sentido de não efetivação dos direitos fundamentais dependentes de regulamentação, acreditamos que essas normas devem fazer parte do nosso ordenamento, de acordo com os dogmas de uma determinada sociedade em um dado momento.

Caso a regulamentação não ocorra em tempo razoável, o Mandado de Injunção estará à disposição da sociedade para remediar tal situação de omissão inconstitucional, fazendo valer o direito “prometido” pelo Constituinte, seja originário, seja derivado conforme abordaremos na segunda parte deste trabalho.

¹⁵¹Id., loc. cit.

¹⁵²A nosso ver, nada impede que uma norma de eficácia limitada seja inserida em uma constituição sintética.

¹⁵³FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Necessidade da regulamentação constitucional, cit., p. 46.

Os direitos são, inevitavelmente, desrespeitados, seja por uma conduta positiva ou negativa do Poder Público. O importante é que esses direitos sejam devidamente protegidos pela correspondente garantia. Deixar exclusivamente nas mãos do legislador infraconstitucional o encargo de criar normas sem qualquer tipo de vinculação constitucional impossibilitaria, salvo melhor juízo, qualquer tipo de exigência por parte dos indivíduos.

Evidentemente que em nosso sistema existe a possibilidade de iniciativa popular de leis, conforme art. 61, §2º, da Constituição Federal de 1988, mas esse meio de participação no processo legislativo, além de limitado é bem dificultoso. Limitado porque permite a participação popular somente na fase de iniciativa, pois o projeto de lei é encaminhado à Câmara dos Deputados e a partir daí o trâmite é convencional. Dificultoso porque exige que a iniciativa seja subscrita por, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco estados-membros, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Portanto, ao se elevar uma norma ao plano constitucional, beneficia-se toda uma sociedade que poderá se insurgir contra eventuais omissões inconstitucionais através pelo Mandado de Injunção.

PARTE II. O MANDADO DE INJUNÇÃO E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

5 O mandado de injunção na Constituição de 1988: viés material

O Mandado de Injunção está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como remédio constitucional que tem como escopo curar a omissão inconstitucional, especificamente quando a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Anna Candida da Cunha Ferraz aduz que o mandado de injunção “se inscreve ao lado dos demais remédios constitucionais de proteção de direitos, integrando, portanto, a modalidade de controle difuso, da qual guarda as principais características, ainda que apresente particularidades próprias.”¹⁵⁴

O instituto busca evitar, pela via difusa de controle de constitucionalidade, que os preceitos constitucionais dependentes de regulamentação instituídos pelo Constituinte Originário, sejam simplesmente esquecidos pelo Poder Legislativo, de maneira que, para que haja a concretização ou efetivação dos direitos fundamentais, no que se refere às normas de eficácia limitada, há a necessidade do fenômeno da integração normativa, o qual se realiza, exclusivamente, por uma ação estatal¹⁵⁵.

O mandado de injunção é, a nosso ver, criação original do direito brasileiro. A originalidade, no entanto, é questionada quando se admite inspiração na *injunctio* inglesa, conforme assevera José Afonso da Silva.

O mandado de injunção é um instituto que se originou na Inglaterra, no séc. XIV, como essencial remédio da *Equity*. Nasceu, pois, do Juízo de Equidade. Ou seja, é um remédio

¹⁵⁴FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 5, n. 5, p. 157-210, 2005.

¹⁵⁵Na terceira parte deste trabalho estabeleceremos, pormenorizadamente, distinção entre as terminologias *efetivação* e *concretização*.

outorgado, mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (*statutes*) regulando a espécie, e quando a *Common Law* não oferece proteção suficiente. A equidade no sentido inglês do termo (sistema de estimativa social para a formulação da regra jurídica para o caso concreto), assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios de justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim emite a decisão fundada não no justo legal mas no justo natural. Na *injunction* inglesa como no mandado de injunção do art. 5º, LXXI, o juízo de equidade não é inteiramente desligado de pautas jurídicas. Não tem o juiz inglês da *Equity* o arbítrio de criar norma de agir *ex nihil*, pois se orienta por pauta de valores jurídicos existentes na sociedade (princípios gerais de direito, costumes, *conventions* etc.). E o juiz brasileiro também não terá o arbítrio de criar regras próprias, pois terá em princípios gerais de direito, os valores jurídicos que permeiam o sentir social, enfim, os vetores do justo natural que se aúfere no viver social, na índole do povo, no envolver histórico. Aí é que seu critério estimativo fundamenta sua decisão na falta de regulamentação do direito, liberdade ou prerrogativas objeto da proteção do mandado de injunção¹⁵⁶.

Com a devida vênua, entendemos que há diferença essencial entre o mandado de injunção previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição brasileira de 1988, e a *injunction* inglesa, pois o mandado de injunção somente poderá ser utilizado quando houver a falta de regulamentação de um dispositivo constitucional (norma de eficácia limitada) que inviabilize o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, ou seja, o mandado de injunção não poderá ser aplicado em caso de simples lacuna legislativa, que não tenha um laço efetivo com a Constituição. De outro lado, é de se constatar que a *injunction* inglesa tem como pressuposto o vácuo legislativo completo, diferentemente do que ocorre com o mandado de injunção. Evidentemente, concordamos que o juízo de equidade deva, de fato, ser aplicado aos dois institutos.

Além dessa possível fonte inspiradora para o mandado de injunção, José Afonso da Silva aponta o *writ of injunction* do Direito norte-americano. Vejamos:

Mas a fonte mais próxima deste é o *writ of injunction* do Direito norte-americano, onde cada vez mais tem aplicação na proteção dos direitos da pessoa humana, para impedir, p. ex., violações de liberdade de associação e de palavra, da liberdade religiosa e contra a denegação de igual oportunidade de educação por razões puramente raciais, tendo-se estabelecido mediante

¹⁵⁶SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 448.

juízo favorável de uma *injunction* (caso *Brown v. Education o Topeka*, 1954) o direito de estudantes negros à educação em escolas não segregadas; a Emenda 14 da Constituição norte-americana confere várias franquias inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, pois a proteção desses direitos e franquias tem sido frequentemente objeto de *injunction*, tal como agora se reconhece no Direito Constitucional pátrio.¹⁵⁷

De igual forma, não podemos dizer que a *injunction* norte-americana seja idêntica ao mandado de injunção do Direito brasileiro. O instituto norte-americano se enquadra mais especificamente em sentido negativo, estabelecendo-se uma obrigação de não fazer. A *injunction*, nesse caso, funciona como instrumento preventivo para impedir a realização de atos que possam agravar direitos fundamentais. Esse também é o entendimento de Elpídio Donizetti sobre o instituto.

Nesse sistema, a *injunction* tem sentido eminentemente negativo-proibitivo (obrigação de não fazer) e, por isso, também é denominada *prohibition*. Com esse remédio, busca-se, por intermédio do Judiciário, impedir ou suspender atos ilegais praticados por particulares ou autoridades, essencialmente em questões ligadas às liberdades de reunião, de expressão, de convicção religiosa e igualdade de direitos.¹⁵⁸

Ao lado do *writ of injunction*, os norte-americanos podem contar com o *writ of mandamus*, o qual equivale ao nosso mandado de segurança. Elpídio Donizetti ressalta que “nos Estados Unidos, as duas palavras, *injunction* e *mandamus*, conquanto atuem em situações equivalentes, porém inversas, não são usadas como sinônimas, porque têm sentido próprio, ligado ao seu caráter negativo ou positivo.”¹⁵⁹

Destaque-se ainda uma possível inspiração lusitana, tendo em vista o artigo 283 da Constituição de Portugal, que prevê uma ação de inconstitucionalidade por omissão:

Art. 283 – 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor da Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não

¹⁵⁷SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 448.

¹⁵⁸DONIZETTI, Elpídio. *Ações constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 99.

¹⁵⁹Id., loc. cit.

cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.¹⁶⁰

Apesar de o dispositivo constitucional português sugerir uma solução para o vício da inconstitucionalidade por omissão, esta ocorre no plano abstrato. Não podemos dizer que não houve inovação do Constituinte brasileiro de 1988, porquanto o mandado de injunção está no plano concreto, de modo que qualquer pessoa pode se valer desse remédio constitucional.

Nesse sentido, Sérgio Bermudes afirma, de forma clara, que o mandado de injunção foi criação brasileira.

Mandado de Injunção! Não há dúvida de que o *nomen juris* foi recolhido no sistema do *Common Law*, onde, no entanto, designa instituto completamente diverso do que se identifica na Constituição brasileira de 1988. De comum, só a origem romana e o étimo latino *injunctionem*, a significar a imposição de uma obrigação, uma ordem – o que tornaria a expressão “mandado de injunção” algo pleonástica, não a explicasse o louvável propósito do constituinte de ser explícito e até didático.¹⁶¹

Cabe esclarecer que o autor acima salientou que a expressão *writ of injunction* seria pleonástica, pois “o termo *writ* provém do verbo inglês *to write, wrote, written*, que significa escrever, e no sentido técnico-jurídico, ordenar. Logo, *writ* significa ordem, ordem escrita, mandado.”¹⁶² Por sua vez, o termo *injunction*, em português injunção, significa impor, injungir.

Carlos Augusto Alcântara Machado observa que não há no direito comparado instituto idêntico ao mandado de injunção previsto em nossa atual Constituição. O autor foi ainda mais a fundo, inserindo em sua comparação possíveis inspirações no Direito alemão, italiano e francês, além daquelas que trouxemos no presente trabalho. Ainda assim, a conclusão foi pela originalidade do nosso mandado de injunção.

¹⁶⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vidal. *Constituição portuguesa anotada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2007. v. 2, p. 723.

¹⁶¹BERMUDES, Sérgio. *Direito processual civil*: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 140.

¹⁶²SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. op. cit., p. 341.

Quer parecer, pela análise dos institutos colacionados, que, não obstante referências existirem no direito alienígena, não há registros perfeitamente identificados à natureza do remédio heroico *sub examine*, especificamente nos moldes consagrados no art. 5º, LXXI, da Constituição brasileira de 1988. Os *writs* do direito anglo-americano, as experiências italiana, francesa e alemã e mesmo portuguesa, forneceram subsídios valiosos, com fins ao aperfeiçoamento e à recriação de um instrumento processual novo, necessário a dar exequibilidade aos comandos constitucionais que, no passado, ficavam inertes (hibernando eternamente), aguardando a “boa (má) vontade” do legislador ordinário ou do responsável pela emissão da norma regulamentadora. Apesar da existência de um direito em potencial, ficavam dependentes, à espera de uma norma infraconstitucional que possibilitasse, com a complementação/regulamentação do comando estabelecido na Lei Mãe, a efetivação do direito.¹⁶³

Daí conclui-se que, apesar de alguns institutos do direito inglês, do direito norte-americano e até mesmo do direito português se aproximarem do Mandado de Injunção previsto na Constituição de 1988, acreditamos que o remédio constitucional que tem como escopo sanar a omissão inconstitucional seja criação genuína brasileira, sem instituto idêntico no direito comparado, tanto no plano internacional, quanto no plano interno, porquanto a atual Constituição brasileira foi a primeira a prever referido instituto.

5.1 Previsão constitucional: o instrumento que carece de regulamentação

O mandado de injunção, conforme argumentos acima articulados, foi inserido no sistema jurídico brasileiro pela Constituição de 1988. Conquanto se verifiquem possíveis inspirações no cenário internacional, o mandado de injunção é inovação brasileira que busca sanar a inconstitucionalidade por omissão. Destaque-se, por óbvio, que foi o Poder Constituinte de 1988, que criou o instituto do Mandado de Injunção, de modo que também não há precedentes em nenhuma das Constituições brasileiras anteriores.

¹⁶³MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 59.

O texto originário da Constituição de 1988 previu o Mandado de Injunção em seu artigo 5º, inciso LXXI. O texto constitucional prevê:

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.

Interessante notar, de acordo com o que foi visto na primeira parte deste trabalho, especialmente quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, que o dispositivo da Constituição que cuida do mandado de injunção, embora seja de eficácia plena, pode ou deve ser regulamentado, a fim de que o instrumento seja mais bem aproveitado, de modo que eventual legislação complementar para o Mandado de Injunção possa estabelecer, pormenorizadamente, os critérios processuais a serem seguidos, especialmente quanto ao procedimento, com todas as peculiaridades eventualmente exigidas pelo instituto. No aspecto material, essa legislação poderia constituir critérios hermenêuticos para a aplicação do instituto, de modo a estabelecer os limites de atuação do Mandado de Injunção.

Apesar dessa patente necessidade de uma legislação que regule o Mandado de Injunção, é bom ressaltar que a norma de integração não é imprescindível para que o instrumento seja utilizado. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou por meio do MI 107, em 23.11.1989.

STF – MI 107 QO, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 23.11.89, DJ 21.9.1990. **Ementa: Mandado de Injunção.** Questão de ordem sobre a sua autoaplicabilidade, ou não, em face dos textos da Constituição Federal relativos ao Mandado de Injunção, e ele não outorgada ao titular do direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa 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 dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, a semelhança do que ocorre com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (Artigo 103, par-2., da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional.- Assim fixada a natureza desse mandado, é ele,

no âmbito da competência desta Corte – que está devidamente definida pelo artigo 102, I, 'q' -, autoexecutável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do Mandado de Segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da autoaplicabilidade do Mandado de Injunção, nos termos do voto do Relator.

Nessa linha de raciocínio, Sergio Bermudes salienta que não faria sentido um remédio constitucional que tem como escopo sanar a falta de norma integradora também depender de uma¹⁶⁴. De outro lado, repita-se, isso não afasta a possibilidade ou a necessidade de que o Poder Legislativo crie uma norma regulamentadora, a fim de afastar as incertezas na aplicação do Mandado de Injunção.

Conforme salienta Paulo Hamilton Siqueira Júnior, o mandado de injunção “é ação constitucional, instituto de direito processual constitucional, portanto, tem eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral, não necessitando de norma que regulamente seus efeitos, nos termos do art. 5º, §1º, da Constituição Federal”.¹⁶⁵

Carlos Augusto Alcântara Machado salienta que não há mais que se falar em polêmica para a questão da autoaplicabilidade do instituto.

Hoje, a polêmica sobre a autoaplicabilidade do instituto perdeu o sentido pois, por força do que determina o art. 24, parágrafo único, da Lei no. 8.038, de 28-5-1990, enquanto não editada lei específica, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança. O desejo do Deputado Samir Achôa foi realizado, apesar de que, jurisprudencialmente, já se admitia tal postura. Registre-se, ainda, que no Superior Tribunal de Justiça, por determinação regimental, o mandado de injunção terá prioridade sobre os demais atos judiciais, à exceção do *habeas corpus* e do mandado de segurança (art. 173, II, e art. 215 interpretados conjuntamente).¹⁶⁶

Rodrigo Mazzei adverte que, embora possam ser identificadas algumas semelhanças entre o mandado de segurança e o mandado de injunção, existem situações em que a Lei do Mandado de Segurança não prevê solução, a exemplo

¹⁶⁴BERMUDES, Sergio. op. cit., p. 140.

¹⁶⁵SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. op. cit., p. 397.

¹⁶⁶MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. op. cit., p. 68.

da impossibilidade de concessão de tutela de urgência para o mandado de injunção, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.¹⁶⁷

Ainda que a o Mandado de Injunção clame por uma integração, é certo que a própria Constituição possibilita a sua aplicação direta, pois traça, de forma geral, os contornos deste remédio constitucional inovador.

Independente da norma integradora, é possível dizer que o Mandado de Injunção pode ser aplicado como um instrumento capaz de concretizar direitos fundamentais por um dos procedimentos já existentes. O mais comum é constatar a utilização do procedimento utilizado no mandado de segurança. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou na Questão de Ordem no Mandado de Injunção 107, em que o Ministro Moreira Alves foi o relator¹⁶⁸. Apesar disso, salienta Sergio Bermudes que o Mandado de Injunção pode ser processado pelos ritos processuais já existentes.

Mas não se afasta a possibilidade de pedir-se a injunção, mediante procedimento ordinário – ou através de procedimento sumaríssimo, se o valor da causa, ou a matéria envolvida determinar sua adoção -, quando o procedimento do mandado de segurança, extremamente comprimido e incompatível com a produção de prova que não esteja adrede constituída, se revelar insuficiente à efetivação da tutela jurisdicional. Nada obsta, nessa hipótese, à adoção do procedimento comum, com a solicitação de medidas cautelares em processos preparatórios ou incidentais.¹⁶⁹

O fato é que a previsão constitucional já se mostra suficiente para que o mandado de injunção seja impetrado para a obtenção da tutela jurisdicional que efetive o direito dependente de norma regulamentadora.

5.2. Pressupostos do mandado de injunção: análise crítica dos aspectos materiais

A previsão constitucional que expressa o Mandado de Injunção deixa margem, quanto ao seu objeto, a interpretações diversas. Mas antes de tratarmos

¹⁶⁷MI 342; 530.

¹⁶⁸STF – MI 107 QO, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 23.11.89, DJ 21.9.1990.

¹⁶⁹BERMUDES, Sergio. op. cit., p. 145.

propriamente dos *direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*, sentimos a necessidade de esclarecer, ainda que de forma perfunctória, o pressuposto do Mandado de Injunção que se revela pela omissão inconstitucional, bem como o tempo razoável para a elaboração da norma integradora.

5.3 As lacunas no ordenamento jurídico constitucional e as Omissões Inconstitucionais: a possível solução pelo mandado de injunção

Primeiramente, devemos diferenciar a omissão inconstitucional das lacunas do direito constitucional. Clèmerson Merlin Clève estabelece que as lacunas constitucionais podem ocorrer de três formas. As primeiras são aquelas realmente desejadas pelo constituinte, as quais se verificam pela existência de normas de eficácia limitada, e que clamam por uma conduta positiva e futura do Poder Público. A segunda forma revela-se por lacunas propositais, as quais não podem sofrer processo de integração nem mesmo por parte do legislador. Trata-se do silêncio eloquente do Constituinte. A título de exemplo podemos citar o artigo 102, I, “a”, da Constituição Federal, pelo qual se conclui que a ausência de previsão constitucional impede que o ato normativo municipal seja objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (por ação). Por fim, a terceira forma é representada por lacunas ofensivas ao plano de ordenação e que podem sofrer um processo de integração por meio dos mecanismos que estão à disposição em nosso sistema jurídico, notadamente no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.¹⁷⁰

Nesse sentido, verificamos que importam ao presente estudo as lacunas propositais, que são representadas por verdadeiras promessas legislativas feitas pelo Constituinte. Essas lacunas técnicas necessitam de uma integração normativa para que a Constituição torne-se efetiva.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, “omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente

¹⁷⁰CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 53.

obrigado.”¹⁷¹ Assim, essa omissão inconstitucional decorre de uma norma de eficácia limitada, a qual estabelece um comando ao Poder Público para que este crie uma norma integradora, a fim de que viabilize um determinado direito, ou mesmo para que o Poder Público adote postura ativa, implementando direitos sociais. Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève destaca o significado de omissão inconstitucional.

A omissão inconstitucional pode decorrer de inércia de qualquer dos Poderes do Estado. Assim, por exemplo, um ato de governo, não praticado, embora exigido pela Constituição, implica em inércia inconstitucional. O mesmo se dá quanto à não regulamentação das normas constitucionais operantes de eficácia limitada. Os preceitos constitucionais desprovidos de normatividade suficiente e demandantes de complementação reclamam a atuação do Legislador que não pode permanecer omissos, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.¹⁷²

Portanto, somente é possível a caracterização de uma omissão inconstitucional quando estivermos diante de uma norma de eficácia limitada não observada em tempo razoável. Não que essa norma de eficácia limitada não produza efeitos, pois, conforme já vimos, é válido consignar que toda norma constitucional produz efeitos, conforme disposto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988. Paulo Bonavides.

Há, portanto, nas Constituições normas que não se dirigem unicamente aos poderes do Estado, mas indistintamente, desde o primeiro momento, aos cidadãos e aos órgãos estatais, não tendo por conseguinte natureza programática, e somente desdobrando sua inteira eficácia através de meios instrumentais ou leis organizativas posteriores, capazes de permitir sua aplicabilidade às matérias de que diretamente se ocupam. São as normas de eficácia diferida.¹⁷³

Independentemente da nomenclatura que se adote, entendemos que essas normas produzem efeitos imediatos, na medida em que, de certa forma, impedem que o legislador infraconstitucional produza leis contrárias a tais normas, possibilitando, inclusive, o controle preventivo e repressivo de constitucionalidade.

¹⁷¹CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 1033.

¹⁷²CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit., p. 41.

¹⁷³BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 254.

Além disso, essas normas *diferidas* contribuem para o fenômeno da recepção¹⁷⁴, porque se uma lei editada em conformidade com constituições anteriores não se coadunar com essa atual norma constitucional, não será possível recepcioná-la, acolhê-la.

O problema inicial, objeto do mandado de injunção, consubstancia-se na existência de norma de eficácia limitada, a qual clama por um complemento posterior, que se revela em uma norma integradora do direito constitucionalmente previsto.

Além disso, intrinsecamente ligada às normas de eficácia limitada, está a omissão inconstitucional, cujo motivo recai sobre a inércia estatal. Essa, revela-se como objeto concreto a justificar o instrumento do mandado de injunção, que não age em tempo razoável para a criação da norma infraconstitucional integradora. Evidentemente, o legislador infraconstitucional não poderá ultrapassar o limite desejado pelo constituinte quando da integração da norma. André Puccinelli Junior adverte que a integração normativa “não tem o condão de alterar o conteúdo do mandamento constitucional, pois visa apenas conferir aplicabilidade à norma carecedora de eficácia.”

Oportuno salientar que essa omissão deve respeitar um prazo razoável para ser considerada efetivamente inconstitucional, como bem observado no MI 361/RJ¹⁷⁵. Dessa forma, nem toda omissão pode ser considerada inconstitucional, tendo em vista o prazo razoável a que se refere o julgado acima mencionado.

Não se pode aceitar, entretanto, que uma norma de eficácia limitada produzida pelo Poder Constituinte Originário ainda esteja sob o manto protetor do referido *prazo razoável*, na hipótese de esse prazo estar correndo há 25 anos, porquanto não há que se falar em razoável um prazo que se aproxima de 25 anos.

Anna Candida da Cunha Ferraz sugere que a inércia legislativa, nos casos de normas programáticas, pode ocorrer em uma legislatura:

Em se tratando de normas programáticas dirigidas, por exemplo, à ordem econômica e social em geral, e que nem sempre têm ou podem ter uma integração legislativa imediata, a caracterização de inércia legislativa, no tempo, não é de fácil solução. É claro que

¹⁷⁴Entendemos ser possível a aplicação do fenômeno da recepção quando ocorrer alguma reforma constitucional.

¹⁷⁵MI 361 RJ.

é necessário um lapso, por exemplo, o decurso de uma legislatura, para que tal possa ser verificado.¹⁷⁶

É possível, entretanto, que esse prazo razoável deva ser observado quando a norma de eficácia limitada seja produzida pelo Constituinte Derivado, isto é, imaginemos que neste ano de 2013 o Poder Constituinte Derivado insira, por meio de Emenda Constitucional, no texto da Lei Maior uma norma de eficácia limitada. Nesse caso, é possível que seja analisada a razoabilidade do prazo para a integração da norma pelo legislador infraconstitucional.

De qualquer maneira, não existem parâmetros rígidos para se determinar qual o prazo razoável para a integração da norma por parte do legislador infraconstitucional.

Assim, constata-se que, além da inviabilização dos direitos constitucionalmente assegurados, os quais serão trabalhados mais adiante, é pressuposto do mandado de injunção a falta de norma regulamentadora. Destaque-se que não se pode falar em mandado de injunção sempre que houver a simples lacuna legislativa. É imprescindível a *lacuna técnica*, a qual, segundo manifestação do Supremo Tribunal Federal pelo MI 81-6-DF, “se traduz na existência de um nexo causal entre *vacuum juris* e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”¹⁷⁷

Convém consignar que a omissão legislativa capaz de permitir o ajuizamento do mandado de injunção não se restringe à total, conforme ressalta José Joaquim Gomes Canotilho, as omissões podem ser absolutas ou relativas.

Independentemente dos vários problemas suscitados por estas distinções, o conceito jurídico-constitucional de omissão é compatível com omissões legislativas parciais ou omissões relativas, isto é, omissões derivadas de os actos legislativos concretizadores de normas constitucionais favorecerem certos grupos ou situações, esquecendo outros grupos e outras situações que preenchem os mesmo pressupostos de facto. Esta concretização incompleta tanto pode resultar de uma intenção deliberada do legislador em conceder vantagens só a certos grupos ou contemplar certas situações (exclusão expressa ou

¹⁷⁶FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, cit., p. 221.

¹⁷⁷MI 81-6-DF, publicado no DJU, de 25-5-90, Rel. Min. Celso de Mello.

explícita), violando o princípio da igualdade e cometendo uma <<inconstitucionalidade por acção>>, como derivar apenas de uma incompleta apreciação das situações de facto, mas sem que haja o propósito de arbitrária e unilateralmente se favorecerem só certos grupos ou situações (incompletude regulativa). Nesta última hipótese, haverá uma inconstitucionalidade por omissão e não por acção. Precisamente por isso, a omissão legislativa existe quando o legislador não cumpre ou cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar normas destinadas a actuar as imposições legiferantes estabelecidas na Constituição.¹⁷⁸

Diante da omissão parcial¹⁷⁹, na linha de raciocínio de José Joaquim Gomes Canotilho, entendemos ser perfeitamente possível a utilização do mandado de injunção, sob pena de cair este importante *writ* em completo desuso quando todas as normas regulamentadoras já tiverem sido editadas, porquanto não se afasta a possibilidade de uma Emenda Constitucional criar uma norma de eficácia limitada capaz, portanto, de, em caso de omissão inconstitucional, permitir o uso do Mandado de Injunção.

Nesse sentido, Anna Candida da Cunha Ferraz adverte que “pode ocorrer a impetração do mandado de injunção quando a omissão do poder competente for apenas parcial.”¹⁸⁰

5.3.1 Outras possibilidades para sanar as omissões inconstitucionais

Até aqui, percebemos que a norma integradora é a solução para a omissão inconstitucional, exceto nos casos em que a norma constitucional clama por um programa governamental¹⁸¹, conforme tratamos na primeira parte deste trabalho.

¹⁷⁸CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 1036.

¹⁷⁹Nesse sentido Flávia Piovesan: “Defende-se o cabimento do mandado de injunção na hipótese de omissão legislativa parcial que afronte o princípio da isonomia, o que ocorre ante a exclusão legal do benefício. Neste sentido, a omissão legislativa parcial seria equiparável à falta de norma regulamentadora, o que ensejaria o cabimento do mandado de injunção para estender a disciplina legal aos grupos impetrantes excluídos, de modo a tornar viável o exercício de direito constitucional. (PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 137).

¹⁸⁰FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais*, cit., p. 157-210.

¹⁸¹Id. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, cit., p. 229. Entende a autora: “Relativamente à inércia do Executivo, o modo

É importante saber que não existe somente o Mandado de Injunção para solucionar a omissão legislativa, outros instrumentos também são capazes de fazê-lo. Assim, dentre as possibilidades previstas no ordenamento constitucional, destacamos os quatro instrumentos a seguir:

- i) A iniciativa popular de leis
- ii) A arguição de descumprimento de preceito fundamental
- iii) A ação direta de inconstitucionalidade por omissão
- iv) O mandado de injunção

Conforme salienta Carlos Alberto Garbi, os mais importantes institutos de proteção das omissões inconstitucionais são, sem dúvida, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão¹⁸².

Nada obstante, quanto à iniciativa popular de leis, prevista no art. 61, §2º, da Constituição Federal de 1988, entendemos que, para esta finalidade, o instrumento é bastante limitado, pois a atuação do povo se restringiria à primeira fase do extenso e complexo processo legislativo brasileiro. Não bastasse isso, é inegável a imensa dificuldade de aprovação de um Projeto de Lei Popular, tendo em vista o preceituado no dispositivo que trata do assunto, uma vez que tal projeto deve contar com assinaturas de 1% do eleitorado nacional, distribuídos, pelo menos, em cinco estados da federação, com não menos do que 0,3 percentuais dos eleitores de cada um deles.

Ademais, conforme bem salienta Anna Candida da Cunha Ferraz, o povo não teria condições de legislar sobre todos os assuntos, de modo que a democracia direta para toda e qualquer função legislativa mostra-se inviável.

Aliás, percebe-se, com clareza, que a democracia direta para o exercício de toda a função legislativa é absolutamente inviável. Não teria o povo, ou os cidadãos, mesmo com a inegável

mais frequente utilizado para impedir o descumprimento de dever constitucional, nos sistemas presidencialistas, é a tipificação do ato ou omissão como *crime de responsabilidade*, vale dizer o *impeachment*, instituo de criação inglesa, em desuso na Inglaterra, ainda admitido no direito norte-americano e no Brasil. Nos sistemas parlamentaristas, a responsabilidade do governo apura-se mediante mecanismos tais como o voto de desconfiança, que acarreta a destituição do Primeiro-ministro ou do Gabinete de Ministros.”

¹⁸²GARBI, Carlos Alberto. O silêncio inconstitucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 97, p. 162, jan./mar. 1991.

revolução tecnológica em curso, condições de fazer leis ou de tomar decisões coletivas sobre todos os assuntos. Tal nem mesmo ocorria na versão clássica da democracia ateniense, onde o povo exercia seu direito de participação na Ágora. A função principal do Congresso Nacional, que é a de legislar, dificilmente poderia ser exercida diretamente pelo povo, particularmente num Estado das proporções do Estado Brasileiro.¹⁸³

No que toca à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no artigo 102, §1º, da Constituição Federal de 1988, dispositivo esse regulamentado pela Lei Federal nº. 9.882/1999, vale dizer que esta conta com objeto amplo, de modo que até poderia sanar eventual omissão do legislador, mas dado o seu caráter subsidiário, conforme preconiza o §1º, do art. 4º, da Lei nº. 9.882/1999, entendemos que o controle abstrato das omissões inconstitucionais pode ser sanado com mais objetividade pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Nesse sentido, pede-se vênia para se transcrever importante trecho da decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, relator da ADPF 126-MC, publicada no *DJE* de 1º-2-2008:

O diploma legislativo em questão - tal como tem sido reconhecido por esta Suprema Corte (RTJ 189/395-397, v.g.) - consagra o princípio da subsidiariedade, que rege a instauração do processo objetivo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, condicionando o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional à ausência de qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade indicada pelo autor.

Ainda neste sentido, afirma André Ramos Tavares:

De imediato, o argumento mais danoso ao cabimento da ADPF é a presença de uma ação própria, que é a ação direta de inconstitucionalidade (por ação, por omissão e mesmo interventiva). Nessa linha de argumentação, ter-se-ia uma (desnecessária) superposição de institutos, vale dizer, constituiria a arguição uma verdadeira demasia, o que acabaria por relegá-la ao esquecimento e desuso. O argumento, contudo, não oferece grande resistência.¹⁸⁴

¹⁸³FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Fundamentos constitucionais da participação popular no exercício do poder: garantia da cidadania e dos direitos políticos, cit., p. 29-50.

¹⁸⁴TAVARES, André Ramos. *Repensando a ADPF: o complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/andre_amos2.pdf> Acesso em: 20 out. 2012.

Assim, tendo em conta que a ADPF e a ADO integram o nosso controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, não há lugar para que a ADPF, ao menos no plano federal, controle as omissões inconstitucionais abstratas, por conta do princípio da subsidiariedade em questão. A ADPF até poderia ser utilizada na hipótese de a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão se mostrar insuficiente para sanar com eficiência a omissão legislativa.¹⁸⁵

Diante disso, no plano abstrato de controle de constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista na Constituição e regulamentada pela Lei Federal 9.868/99, mostra-se mais adequada para sanar possíveis omissões inconstitucionais.

Esse modelo abstrato de controle das omissões inconstitucionais foi extraído da Constituição de Portugal de 1976, especificamente em seu artigo 283.¹⁸⁶ Nesse sentido afirma Celso Ribeiro Bastos:

Somente temos que louvar no Direito português este recurso criado, posto à disposição da técnica jurídica e que vem colaborar de forma decisiva para que façamos descer essas normas programáticas daquele nimbo em que elas se encontram e que permite que elas permaneçam num remansoso olvido durante décadas, sendo que, muitas vezes, as próprias constituições são, na verdade, superadas antes que tenham tido qualquer tipo de vigência ou repercussão na ordem prática das coisas. Portanto, é evidente que tudo que venhamos a efetuar para tornar mais eficaz, mais aplicável as normas constitucionais, mesmo aquelas que tenham caráter normativo mais discutível, que são as programáticas, só poderá servir de incentivo ao primado da Constituição.¹⁸⁷

Pode-se dizer que, ao contrário do Mandado de Injunção, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão foi exatamente inspirada na Constituição de Portugal de 1976. Daí já se pode extrair a primeira diferença entre esses institutos, haja vista que o Mandado de Injunção é criação brasileira.

A incorporação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão no ordenamento jurídico brasileiro se encaixa no controle abstrato de constitucionalidade. Essa ação constitucional representa um instrumento capaz

¹⁸⁵Como não é o objeto de nosso trabalho, preferimos não nos aprofundar nessa questão, mas é evidente que algum estudo poderia ser feito a respeito dos limites da ADPF para uma possível atuação no campo das omissões constitucionais.

¹⁸⁶Esse dispositivo tem redação dada pela Emenda Constitucional de 25.4.86

¹⁸⁷GARBI, Carlos Alberto. op. cit., p. 162.

de sanar qualquer tipo de omissão inconstitucional, mesmo que não esteja diretamente ligada a um direito fundamental. No entanto, tendo em vista a atual situação jurisprudencial¹⁸⁸ o alcance do mandado de injunção é maior.

Interessante notar ainda que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não é simplesmente acessível por qualquer pessoa, uma vez que a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 103, estabelece um rol de legitimados ativos para o ajuizamento desta ação. No que toca o mandado de injunção, essa legitimação é consideravelmente ampliada, conforme veremos com pormenores ainda nesta segunda parte do trabalho.

Apesar de a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão também servir para solucionar as omissões inconstitucionais, cabe aqui ressaltar a utilidade Mandado de Injunção para este problema.

5.4 Abrangência do mandado de injunção quanto aos direitos tutelados

Vimos, acima, que a falta de norma regulamentadora é pressuposto para que se possa fazer uso do mandado de injunção. Resta saber quais os direitos protegidos por esse writ, já que o art. 5º, LXXI, da Constituição brasileira, refere-se a direitos e liberdades constitucionais e também às prerrogativas já mencionadas.

Daí extrai-se que a função do intérprete é crucial, pois não há parâmetros claros no enunciado da Constituição. No entanto, a doutrina e a jurisprudência já firmaram seus entendimentos.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho a abrangência dos direitos protegidos pelo mandado de injunção mostra-se bem mais restrita quando trata da interpretação da parte final do inciso LXXI, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

Não alcança outros direitos, por exemplo, os inscritos entre os direitos sociais. Realmente, a parte final – ‘inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania – restringe o alcance desse mandado. Ele serve para garantir direitos, liberdades e

¹⁸⁸STF MI 670, rel. Min. Gilmar Mendes; MI 708, rel. Min. Gilmar Mendes; e MI 712, rel. Min. Eros Grau.

prerrogativas diretamente vinculados ao status de nacional (os do art. 5º, cujo *caput* reconhece aos brasileiros determinados direitos fundamentais, ou que possam ser deduzidos do Cap. III do Tít. II, capítulo este relativo à nacionalidade), ao de cidadão, quer dizer, o nacional politicamente ativo que, como integrante do povo, o soberano na democracia, tem a participação no governo, como o direito de voto e a elegibilidade (são os direitos e liberdades e prerrogativas que podem ser deduzidos do Cap. IV do Tít. II – capítulo sobre os ‘Direitos Políticos’).¹⁸⁹

Celso Ribeiro Bastos não vai muito além, mas confere um campo maior de atuação ao mandado de injunção, afirmando que a expressão “direitos e liberdades constitucionais” verte para as declarações de direitos individuais clássicas. Salaria o autor que “no nosso texto constitucional, o tratamento desta matéria é feito de forma moderna, a consagrar não só os direitos e deveres individuais, mas para incluir debaixo do mesmo título ‘Dos direitos e garantias fundamentais’ os direitos coletivos e os sociais.”¹⁹⁰

Por fim, numa perspectiva mais abrangente, Lênio Luiz Streck entende que “nenhum direito constitucional pode ser excluído da tutela do mandado de injunção, desde que previsto no bojo da Carta, cujo exercício seja obstaculizado pela falta de norma regulamentadora.”¹⁹¹

Nesse sentido, Celso Agrícola Barbi salienta que o texto criador do instituto do mandado de injunção menciona três categorias de direitos: i) direitos constitucionais; ii) liberdades constitucionais; iii) prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Segundo o autor, essas três categorias constituem direitos pelo simples fato de estarem previstas na Constituição. Por fim, salienta que somente não são protegidos pelo mandado de injunção direitos expressos por normas autoaplicáveis.¹⁹²

Carlos Augusto Alcântara Machado também aponta para uma abrangência maior do mandado de injunção.

¹⁸⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit.

¹⁹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 242.

¹⁹¹ STRECK, Lênio Luiz. *O mandado de injunção no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991. p. 32.

¹⁹² BARBI, Celso Agrícola. *Mandado de injunção*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (Orgs.). *Doutrinas essenciais de direito constitucional* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

Analisando o dispositivo constitucional que consagrou o mandado de injunção, verifica-se, até por interpretação gramatical, que a conclusão relacionada ao objeto de incidência do remédio constitucional jamais poderá ser na linha de raciocínio daqueles que defendem seu reduzido campo de atuação. Estabelece o preceito em tela que será concedido 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. Ora, percebe-se que o legislador constituinte, ao utilizar as expressões nacionalidade, soberania e cidadania, assim o fez, ligando-as tão somente ao termo prerrogativas. A conjunção aditiva e separa de um lado “DIREITOS E LIBERDADES” e de outro “PRERROGATIVAS”. Foi um reforço de abrangência.¹⁹³

Ora, parece então que o Poder Constituinte Originário estabeleceu apenas um rol exemplificativo de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Mas é bom reforçar que, se essas prerrogativas não estiverem expressas por normas de eficácia limitada, não estarão no campo de proteção do direito tutelado pelo mandado de injunção, conforme já visto de forma exaustiva.

Vidal Serrano Nunes Junior e Marcelo Sciorilli salientam a abrangência do instituto do mandado de injunção.

Cuida-se, portanto, de remédio constitucional aparelhável para a reivindicação judicial de direito constitucional subjetivo, cuja eficácia esteja sobrestada pela ausência de necessária norma regulamentar. Sublinhe-se, nesse ponto, que o campo objetual do mandado de injunção é menor do que o da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Enquanto esta pode ser aforada diante de qualquer omissão constitucional, o mandado de injunção reclama a presença de direito subjetivo, de patamar constitucional, cujo exercício se veja obstaculizado pela ausência de norma regulamentar.^{194 195}

¹⁹³ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. op. cit., p. 73.

¹⁹⁴ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. Mandado de segurança: ação civil pública, ação popular, habeas data, mandado de injunção. 2. ed. São Paulo:Ed. Verbatim, 2010. p. 187.

¹⁹⁵ Eis mais uma importante diferença entre os institutos do mandado de injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, porquanto o campo de atuação do mandado de injunção é realmente menor, como vimos, deve estar ligado a um direito subjetivo não regulamentado. Além disso, não se concebe a ideia de que o mandado de injunção cuide de complementação legislativa não ligada a um direito, a exemplo da tipificação de crime de responsabilidade, conforme se extrai da Questão de Ordem no MI 624/MA, Pleno, rel. Min. Menezes Direito, j. 21.11.2007.

Concordamos com a corrente doutrinária que confere ao mandado de injunção uma abrangência maior. A nosso ver, ao tratarmos da evolução dos direitos humanos fundamentais na primeira parte do trabalho, acabamos por facilitar o entendimento dos direitos e liberdades constitucionais, pois as gerações de direitos são capazes de apresentar os direitos por suas características principais.

Quando um direito é positivado em uma Constituição, ele passa a ser fundamental àquele sistema jurídico. Isso pode ser notado com maior clareza no ordenamento jurídico brasileiro quando verificamos que tais direitos são protegidos pelas *cláusulas pétreas*¹⁹⁶. Assim, as disposições constitucionais que tratam dos direitos fundamentais se mostram intencionadas a preservar, acima de tudo, o *princípio da dignidade da pessoa humana*, mesmo que isto ocorra por uma norma de eficácia limitada, conforme já tratamos.

Direitos e liberdades constitucionais estão em todo o texto constitucional, ou mesmo fora dele, nos casos em que se pode vislumbrar a hipótese de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, conforme previsto no art. 5º., §3º., da Constituição brasileira de 1988. Dessa forma, são notadamente abrangentes, não se restringindo a uma determinada geração de direitos, pois a primeira geração de direitos fundamentais está ligada às chamadas *liberdades públicas*, ao passo que a segunda geração está intimamente ligada aos *direitos sociais e econômicos* e a terceira geração cuida dos *direitos metaindividuais*.

Admitir-se que os direitos protegidos pelo mandado de injunção fiquem restritos tão somente àqueles ligados às liberdades não nos parece uma interpretação acertada do ponto de vista dos direitos humanos fundamentais, porque as *liberdades* representam uma abstenção do Estado, um *não fazer*. Assim, não vislumbramos hipótese de proteção direta aos direitos ligados às liberdades pelo mandado de injunção, porque as liberdades são expressas por normas de eficácia plena, autoexecutáveis, já que são suficientes para imporem ao Estado uma *prestação negativa*. Assim, constitui pressuposto do mandado de

¹⁹⁶Entendemos que as cláusulas pétreas evidenciam a importância dos institutos previstos. Do Federalismo aos Direitos e Garantias Fundamentais percebemos valores assegurados pelo constituinte originário.

injunção a necessidade de omissão inconstitucional advinda, como vimos, de uma norma de *eficácia limitada*.

As prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, estão também inseridas no dispositivo constitucional que prevê o mandado de injunção e, como já salientado, estão no texto a título exemplificativo. Ainda assim, constata-se que esses valores constitucionais foram reforçados pelo Constituinte. Prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania estão intimamente ligadas à primeira geração de direitos fundamentais, os quais, como se disse, não dependem exatamente de uma prestação positiva do Estado para a sua efetivação.

Vale dizer que as prerrogativas ligadas à soberania merecem algumas considerações, que se estendem às demais previstas no inciso LXXI, do art. 5º, da Constituição. Dessa mencionada soberania extrai-se, obviamente, o princípio da soberania popular.

Esse princípio e o que será a seguir examinado constituem a mais significativa posituação constitucional dos direitos de cidadania e dos direitos políticos. Em outras palavras, do direito de o povo participar, direta ou indiretamente, do exercício do poder a que se submeterá.¹⁹⁷

Anna Candida da Cunha Ferraz também aponta alguns dispositivos constitucionais que estão ligados aos princípios fundamentais do Direito Constitucional Eleitoral, que está, a nosso ver, ligado à soberania popular.

Sem a pretensão de esgotar a matéria, que se reconhece ampla e complexa, cabe indicar como princípios gerais e específicos, fundantes do Direito Constitucional Eleitoral, os relacionados no Título I da Constituição e no Título II:

- O princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*);
- O princípio da separação de poderes (art. 2º);
- O princípio da soberania popular, que determina o modo pelo qual será o poder exercido no Brasil (art. 1º, parágrafo único – “Todo o poder emana do povo, que o exerce por representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”);
- O princípio da cidadania (art. 1º, II) e a posituação dos direitos políticos fundamentais (art. 14);

¹⁹⁷FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Fundamentos constitucionais da participação popular no exercício do poder: garantia da cidadania e dos direitos políticos, cit., p. 29-50.

- O princípio do pluralismo político (art. 1º, inciso IV);
- O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e os princípios da liberdade, da igualdade e da segurança (art. 5º, *caput*, e incisos correspondentes).¹⁹⁸

Assim, ainda que tais prerrogativas estejam ligadas a normas autoaplicáveis, constatamos que o Constituinte, a título exemplificativo, teve a intenção de proteger, acima de tudo, a participação do indivíduo na vida política do Estado, participação essa que se revela de fundamental importância para que os demais direitos e garantias sejam efetivos em um ordenamento juridicamente organizado.

Por outro lado, concordamos com o afastamento do mandado de injunção quando a omissão não advém da Constituição, mas sim de uma Lei Complementar¹⁹⁹. O Supremo Tribunal Federal se pronunciou a respeito deixando claro que o *writ* se presta a sanar as omissões oriundas da Constituição, e não de normas infraconstitucionais.

Em sentido contrário, Sérgio Bermudes assevera ser possível a utilização do mandado de injunção para o caso de omissões advindas de legislação infraconstitucional, desde que essas normas representem prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O mandado de injunção é admissível, sempre que na falta de norma regulamentadora, não apenas para assegurar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, como ainda, para dar efetividade a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mesmo quando essas prerrogativas não emanem diretamente da Constituição, mas sendo asseguradas em outras leis de menor hierarquia – regras infraconstitucionais para usar expressão clara, hodiernamente, aos ministros do Supremo Tribunal, como se lê nos despachos.²⁰⁰

¹⁹⁸FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Fundamentos constitucionais da participação popular no exercício do poder: garantia da cidadania e dos direitos políticos, cit., p. 29-50.

¹⁹⁹MI 296-7, rel. Min. Néri da Silveira.

²⁰⁰Em sentido contrário, Sérgio Bermudes assevera: “O mandado de injunção é admissível, sempre que na falta de norma regulamentadora, não apenas para assegurar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, como ainda, para dar efetividade a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mesmo quando essas prerrogativas não emanem diretamente da Constituição, mas sendo asseguradas em outras leis de menor hierarquia – regras infraconstitucionais para usar expressão clara, hodiernamente, aos ministros do Supremo Tribunal, como se lê nos despachos. (BERMUDES, Sérgio. O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, Sao Paulo, v. 78, n. 642, p. 22, abr. 1989).

Nesse caso, adotamos uma posição mais conservadora, de modo que as omissões, conforme já mencionamos, devem advir do texto constitucional, especificamente se tais omissões impedirem o exercício de direitos fundamentais. É certo, pois, que normas infraconstitucionais também podem prever direitos fundamentais, no entanto preferimos restringir o alcance do writ em questão somente às normas oriundas do Poder Constituinte Derivado Decorrente, ou seja, normas constitucionais estaduais. Concordamos perfeitamente com a possibilidade existencial do mandado de injunção no plano estadual, respeitando-se, por óbvio, os limites impostos pelo princípio da simetria constitucional. Anna Candida da Cunha Ferraz pondera ser possível o controle das omissões inconstitucionais também do plano estadual.

De um modo geral, seguindo as regras de observância obrigatória, as de simetria ou de mera reprodução de normas da Constituição Federal, ou mesmo usando o poder discricionário para disciplinar o conteúdo material da Constituição e conferir tratamento à disciplina do controle de constitucionalidade como sistema de defesa da Constituição Estadual, nota-se verdadeiro paralelismo de formas entre o sistema de proteção da Constituição Federal e o de proteção da Constituição Estadual, inclusive no controle da inconstitucionalidade por omissão.²⁰¹

Acresça-se que a Constituição Estadual poderia provocar omissões tanto no plano Estadual, quanto no plano Municipal, eis que os municípios não elaboram suas Constituições, mas sim Leis Orgânicas, que não têm natureza constitucional, isto é, não emanam do Poder Constituinte Derivado Decorrente. Admitir-se, portanto, o mandado de injunção na esfera infraconstitucional, somente se vislumbra na hipótese de controle estadual de constitucionalidade, pois, conforme ensina Anna Candida da Cunha Ferraz, o parâmetro do controle de inconstitucionalidade por omissão de leis e atos estaduais ou municipais é a Constituição do Estado.

De um modo geral, seguindo as regras de observância obrigatória, as de simetria ou de mera reprodução de normas da Constituição Federal, ou mesmo usando o poder discricionário para disciplinar o conteúdo material da Constituição e conferir tratamento à disciplina do controle de constitucionalidade como sistema de defesa da Constituição Estadual, nota-se verdadeiro paralelismo de formas entre o sistema de proteção da Constituição Federal e o

²⁰¹FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais, cit., p. 157-210.

de proteção da Constituição Estadual, inclusive no controle da inconstitucionalidade por omissão.²⁰²

Ainda quanto à abrangência do mandado de injunção, o Supremo Tribunal afastou a incidência do *writ* sobre as normas constantes do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pois tais normas, embora alcancem status constitucional, não representam a interação sujeito-estado com vistas às garantias de direitos e liberdades constitucionais. De forma um tanto quanto ríspida o Supremo diz que o ADCT representa “um punhado de determinações episódicas e transitórias, cujo escopo é rearrumar um país entre duas ordens constitucionais distintas”.²⁰³

Com a devida vênia, ousamos discordar do entendimento do Tribunal no que se refere à utilização do mandado de injunção para as omissões advindas do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Isto porque, como bem salientou o Supremo, o ADCT integra a Constituição Federal e por conta disso os preceitos ali insculpidos podem tratar perfeitamente, ainda que para o fim de rearrumar um país entre duas ordens constitucionais distintas, de direitos fundamentais. Conforme tratamos na primeira parte do trabalho, os direitos fundamentais apresentam características próprias, de modo que não há como o Constituinte organizá-los sistematicamente dentro do texto constitucional. Tanto é assim que o Título II da Constituição brasileira de 1988 não conseguiu agrupar ali todos os “Direitos e Garantias Fundamentais”. Entendemos que, se forem identificados, ao longo do texto constitucional, direitos carentes de regulamentação e que revistam-se das características de fundamentalidade, será possível a aplicação do remédio da injunção.

Conferir abrangência ao objeto do mandado de injunção parece revelar uma interpretação acertada, pois se cuida, na maior parte das vezes, de aplicar, em cada caso, o princípio da dignidade a dignidade da pessoa humana que não pode ser ignorado, eis que não só constitucionalmente protegido, mas que serve de fundamento para a interpretação de qualquer direito e de base para o Estado Democrático de Direito assegurado pela Constituição Brasileira.

²⁰²FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais, cit., p. 157-210.

²⁰³MI 296-7, rel. Min. Néri da Silveira.

Acreditamos que os motivos para tal abrangência estejam intrinsecamente ligados à efetividade constitucional, incluindo-se aí os direitos fundamentais, fazendo-se uma interpretação cuja intenção seja revelar uma Constituição que realmente reflita os valores de uma sociedade. A falta de cumprimento dos valores constitucionais deve ser remediada pelos instrumentos a disposição de todo o povo. Tolher essa prerrogativa significa tornar a Constituição uma mera *folha de papel*.²⁰⁴

6 Viés processual do Mandado de Injunção

6.1 Condições de processamento: incertezas quanto ao procedimento utilizado para o mandado de injunção.

Conforme já visto, o mandado de injunção, previsto na Constituição Federal, ainda não foi regulamentado. Apesar disso, tendo em vista a afirmação corrente da autoaplicabilidade da norma que o consagra, a legislação, a doutrina e a jurisprudência assinalam, para o processamento do Mandado de Injunção, a possibilidade de adoção das regras estabelecidas ao Mandado de Segurança.

A Lei 1.533/1951 que cuidava do Mandado de Segurança foi revogada pela Lei 12.016/2009, a qual passou a tratar desse instrumento processual. O legislador, ao que se percebe, perdeu a oportunidade de cuidar, ainda que conjuntamente, do Mandado de Injunção.

Não obstante, a nova lei do Mandado de Segurança deve ser aplicada ao Mandado de Injunção, porque a Lei nº. 8.038, de 28-5-1990, assim determina, de maneira que o artigo 24, parágrafo único, traz em seu texto a seguinte afirmação: “No mandado de injunção e no *habeas data*, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”. Isto, por si só, afasta qualquer celeuma sobre o assunto. No entanto, vale dizer que esta não é, a nosso ver, a melhor solução, eis que o Mandado de Injunção

²⁰⁴LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder. 2002. p. 37.

possui peculiaridades que não estão de acordo com a Lei do Mandado de Segurança .

Além da lei mencionada, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça trata da aplicação do Mandado de Injunção, especificamente em seu artigo 216 ao estabelecer que “no mandado de injunção e no *habeas data*, serão observadas as normas da legislação de regência. Enquanto essas não forem promulgadas, observar-se-ão, no que couber, o Código de Processo Civil e a Lei nº. 1.533/1951.”. André Ramos Tavares salienta que, de acordo com o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça o mandado de injunção tem prioridade de tramitação, assim como o *habeas data*.²⁰⁵

Reforce-se que, antes mesmo dos dispositivos legais acima expostos, o mandado de injunção já vinha sendo aplicado nesse sentido, de acordo com o entendimento jurisprudencial²⁰⁶, endossado pela doutrina²⁰⁷. A crítica que se faz relativa a essa aplicação genérica da Lei do Mandado de Segurança, convém reforçar, resume-se às peculiaridades no Mandado de Injunção, pois existem algumas incompatibilidades entre os institutos, não sendo possível aplicar exatamente as mesmas regras, seja por conta das diferenças existentes quanto à concessão de tutela de urgência, quanto à legitimidade, especialmente a passiva, e a coisa julgada propriamente dita.²⁰⁸

Resta evidente que a intenção de aproximar o rito do mandado de injunção com o do mandado de segurança foi a de proporcionar ao remédio da injunção maior celeridade. No entanto, cada situação de omissão pode demandar uma forma diferente de apuração e, conseqüentemente, de processamento.

Concordamos com a posição de Sérgio Bermudes ao vislumbrar certa elasticidade quanto ao rito a ser utilizado no processamento do mandado de injunção, isto por conta da peculiaridade que cada situação demanda, de modo que não afasta a possibilidade de se pedir a injunção pelo procedimento comum

²⁰⁵TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed., cit., p. 941.

²⁰⁶STF – MI 107 QO, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 23.11.89, DJ 21.9.1990.

²⁰⁷Nesse sentido, Carlos Augusto de Alcântara Machado, Vidal Serrano Nunes Júnior, Marcelo Sciorilli, dentre outros.

²⁰⁸MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 214.

ordinário, ou sumário, não se descartando, ainda, a possibilidade de fazer uso dos procedimentos cautelares existentes.²⁰⁹

A nosso ver, o pensamento do autor pode ser adaptado ao que prevê atualmente o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça²¹⁰, pois se admite, expressamente, a utilização do Código de Processo Civil subsidiariamente.

Assim, nota-se pelos próprios procedimentos à disposição do mandado de injunção, somado ao campo material que busca proteger, que este instrumento tem a natureza de ação civil²¹¹, e, conforme já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, de *caráter essencialmente mandamental*, com o propósito de combater a *síndrome de inefetividade das constituições*.²¹²

Obviamente, o *writ* está adequado ao que se denomina como *direito processual constitucional*,²¹³ visto ser uma ação que tem como escopo a garantia instrumental de direitos que não podem ser exercidos por falta de norma regulamentadora, conforme sobejamente demonstrado, que assegura a efetividade constitucional remediando as omissões advindas de normas constitucionais propositalmente incompletas.

Tendo em conta as possibilidades de processamento do mandado de injunção, passemos à verificação da competência para o processamento deste remédio constitucional.

6.2 Competência para o processamento do Mandado de Injunção

Inicialmente sentimos que a jurisdição constitucional deve ser tratada, pois é dela que vamos extrair a competência para o estudo do mandado de injunção.

Diante disso, cabe aqui esclarecer que jurisdição é, segundo Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos Araújo Cintra, uma função do Estado que tem como objetivo pacificar os conflitos.

²⁰⁹BERMUDES, Sergio. *Direito processual civil: estudos e pareceres*, cit., p. 145.

²¹⁰Artigo 216 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

²¹¹BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 559.

²¹²MI 284/DF, rel. Min. Celso de Mello.

²¹³SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. op. cit., p. 397.

A jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado²¹⁴

Nessa mesma esteira, Luiz Guilherme Marinoni nos traz um interessante conceito de jurisdição mais voltado para a dimensão dos direitos fundamentais.

Atividade substitutiva do Estado que tem o dever de aplicar a lei na dimensão dos direitos fundamentais, fazendo sempre o resgate dos valores substanciais neles contidos. Tutela os direitos, em outros termos, é aplicar a lei, diante das situações concertas, a partir dos direitos fundamentais. É o atuar a lei na medida das normas constitucionais e dos valores nelas encerrados.²¹⁵

Dessas lições concluímos que a jurisdição presta-se a aplicar o direito. De acordo com a especificidade do direito, a doutrina nominalmente trata a jurisdição. Assim, “se o objetivo é a composição da lide por meio da norma civil, a jurisdição é civil. Se o objeto é constitucional, podemos falar em jurisdição constitucional.”²¹⁶

Assim, é válido afirmar que o mandado de injunção situa-se, sob o aspecto da especialidade da jurisdição, dentro da chamada jurisdição constitucional, eis que previsto pela própria Constituição como um *writ* capaz de sanar o problema da omissão inconstitucional, destacando-se como uma verdadeira ação constitucional, ao lado dos demais remédios constitucionais. Aliás, Lenio Luiz Streck assevera que o mandado de injunção integrante do controle difuso de constitucionalidade mostra-se como o instrumento mais pertinente pensado pelo constituinte para servir como meio de acesso à jurisdição constitucional.²¹⁷

²¹⁴CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p. 147.

²¹⁵MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 144.

²¹⁶SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. op. cit., p. 51.

²¹⁷STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2002. p. 421.

Por sua vez, *competência*, segundo Humberto Theodoro Júnior, “é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição.”²¹⁸

Assim, a competência para o processamento do mandado de injunção é estabelecida pela Constituição Federal, de acordo com o critério *ratione personae*, conforme se infere do MI 107/DF²¹⁹. Nesse julgado fica claro que a competência para o processamento do mandado de injunção é determinada de acordo com os Poderes, órgãos, entidades ou autoridades que se omitiram na integração da norma constitucional.

Nesse sentido, tanto a Constituição Federal, quanto as Constituições Estaduais, fixaram suas competências designando o Tribunal responsável pelo processamento do mandado de injunção no plano federal e nos planos estaduais.

A Constituição Federal de 1988 estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, “q”, da Constituição Federal, para processar e julgar, originariamente, 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. Resta, subsidiariamente, ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, 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, conforme estabelece o art. 105, I, “h”, da Constituição Federal.

Ressalte-se, ainda, que ao Supremo Tribunal Federal compete julgar, em recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se a decisão for denegatória, conforme determina o ar. 102, II, “a”, da Constituição Federal.

²¹⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1, p. 166.

²¹⁹Neste sentido também está o MI 176-6-PE, Rel. Min. Marco Aurélio.

Diante desse quadro estabelecido pela Constituição Federal, nota-se que a competência para o processamento do mandado de injunção somente foi expressamente conferida aos Tribunais.

Todavia, conforme aduz Carlos Augusto Alcântara Machado, a Constituição conferiu competência implícita para a justiça militar, eleitoral e do trabalho. Argumenta o autor que a própria Constituição Federal transfere ao legislador infraconstitucional a missão de dispor sobre as competências da justiça especializada, desde que já observados os campos já definidos ao Supremo Tribunal Federal. Por fim, o autor ressalta que não restou competência para a Justiça Federal, eis que o Constituinte fez menção nos artigos 108, I e II, e 109 da CF.²²⁰

Silencia a Constituição Federal quanto a uma possível competência para o processamento do mandado de injunção no âmbito estadual, no entanto, não podemos concluir que se trata de um “silêncio eloquente do Constituinte”, na medida em que o processamento do Mandado de Injunção não se restringiu aos Tribunais superiores, já que o art. 121, §4º, V, faz referência à competência para julgamento de recurso das decisões que denegarem mandado de injunção pelo Tribunal Regional Eleitoral.

Desse modo, interpretando-se a Constituição de forma sistemática, podemos concluir que os estados-membros podem instituir competência para o processamento do mandado de injunção pelas Constituições Estaduais (Poder Constituinte Derivado Decorrente), ou, ainda, pela Lei de Organização Judiciária Estadual.

Registre-se, todavia, que os municípios não contam com organização judiciária, de modo que compete à Justiça Estadual (aí se incluem os Tribunais Estaduais) cuidar do processamento do mandado de injunção nas situações em que a elaboração da norma regulamentadora incumba a Governador de Estado, Assembleia Legislativa, Tribunal de Justiça, Prefeito ou Câmara Municipal, ou autoridades estaduais e municipais em geral.

Anna Candida da Cunha Ferraz pondera o alcance do mandado de injunção estadual:

²²⁰MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. op. cit., p. 83.

Como visto, o parâmetro para a o controle de constitucionalidade por intermédio do mandado de injunção é a Constituição. Assim, apenas os direitos constitucionais estabelecidos na Constituição Estadual poderão ser objeto de mandado de injunção no âmbito estadual e municipal, quando ocorrer o pressuposto do remédio constitucional, qual seja a falta de norma reguladora do direito. Na hipótese, há que se verificar, ao longo do texto estadual, quais direitos constitucionais são assegurados e, que, ante a falta de norma regulamentar a ser expedida pelos poderes estadual ou municipal, podem ensejar a propositura do mandado de injunção.²²¹

Neste ponto do trabalho, faremos breve análise do mandado de injunção nas Constituições Estaduais.

Nota-se, a princípio, que todas as Constituições Estaduais trataram da competência do mandado de injunção para remediar possíveis omissões no âmbito federal e estadual, respeitando-se, em quase todos os casos, o princípio da simetria.

Como bem observado por Carlos Augusto Alcântara Machado, essas previsões ocorreram de maneiras diversas, de modo que alguns estados-membros²²² limitaram-se a tratar o mandado de injunção reportando-se à Constituição Federal, o que resolveu o problema da Competência. Em outros casos, definiram a competência do mandado de injunção, elucidando o seu alcance, de modo que algumas Constituições Estaduais²²³ determinaram ser possível sanar omissões advindas de órgãos, entidades ou autoridades somente estaduais, já outras Constituições Estaduais²²⁴ permitiram a utilização do *writ* tanto para as omissões estaduais, quanto para as municipais.²²⁵

Por fim, interessante observação deve ser feita a respeito sobre as Constituições do Mato Grosso e de São Paulo, porquanto estas não permitem a

²²¹FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais, cit., p. 157-210.

²²²Foram os casos das Constituições Estaduais do Acre, Mato Grosso e Paraná.

²²³Permitiram somente o mandado de injunção nos casos de omissões estaduais as Constituições dos estados-membros do Ceará, Amapá, Minas Gerais e Rio de Janeiro.

²²⁴Permitiram a utilização do mandado de injunção tanto nos casos de omissões estaduais, como nos casos de omissões municipais as Constituições dos estados-membros de São Paulo, Paraíba, Pernambuco e Rio Grande do Sul.

²²⁵MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. op. cit., p. 94.

utilização do mandado de injunção quando a omissão for parcial, contrariando tanto a doutrina²²⁶, quanto à jurisprudência²²⁷.

Ultrapassada a questão da competência do mandado de injunção, passemos a investigar os principais aspectos da legitimidade para acionar o instrumento, bem como para figurar no polo passivo desta ação constitucional.

6.3 Legitimidade para agir no mandado de injunção: quem são as partes do processo?

Não podemos deixar de tratar da legitimidade das partes no mandado de injunção, pois a legitimidade integra um importante aspecto do estudo processual, especificamente no que toca às *condições da ação*²²⁸.

Quando se fala em legitimidade para o mandado de injunção, devemos ter em mente que, em se tratando de legitimação ativa, há certa amplitude de acesso a este remédio constitucional, admitindo-se as mais variadas legitimações ativas, incluindo-se, de forma análoga ao mandado de segurança, os direitos metaindividuais.

Portanto, não há, quanto à legitimidade ativa, maiores problemas para definir quem são os legitimados neste *writ*, de modo que qualquer pessoa, desde que titular de direito, pode dele fazer uso, desde que se veja prejudicado pela falta de norma regulamentadora, nos termos do artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal.

A respeito da demonstração de ser parte legítima para impetrar o mandado de injunção, entendemos ser interessante trazer, ao menos alguns pormenores do MI 356-4/RJ, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o qual não conheceu do pedido deste mandado de injunção, pois a titularidade do direito não pertencia ao impetrante.

²²⁶Nesse sentido Anna Candida da Cunha Ferraz, (Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais, citp. 157-210) e Carlos Augusto Alcântara Machado (*Mandado de injunção: um instrumento de efetividade constitucional*, cit., p. 95).

²²⁷MI 83...

²²⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. op. cit., v. 1, p. 67.

Em suma, o impetrante, advogado da Assistência Judiciária da Justiça Federal de Primeira Instância, Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, alega a inexistência de lei complementar regulamentadora da Defensoria Pública da União, prevista no art. 134, parágrafo único, da Constituição, o que impediria de exercer o direito de opção previsto no art. 22, do ADCT, o qual assegura aos defensores públicos investidos na função até a data de instalação da Assembleia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, com a observância das garantias e vedações previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição. No entanto, o advogado impetrante não exercia, quando da instalação da Assembleia Nacional Constituinte, cargo ou função pública, de defensor público, mediante relação de emprego com o Estado, uma vez que prestava serviços à Justiça Federal de primeira instância como profissional autônomo, remunerado por honorários e não por salários ou vencimentos, sem vínculo de emprego. Diante disso, o mandado de injunção não foi conhecido.²²⁹

Nada obstante, convém reforçar que o texto constitucional não exige qualquer tipo de qualidade do impetrante, como faz em outras ocasiões, a exemplo da legitimidade ativa para o ajuizamento de ação popular²³⁰.

Segundo Carlos Augusto Alcântara Machado, a legitimidade ativa do mandado de injunção estende-se a qualquer pessoa portadora de direito fundamental, seja natural ou jurídica, pública ou privada, nacional, ou estrangeira, de forma individual ou coletiva. Sendo certo ainda que partidos políticos e o Ministério Público também são legitimados ativos, incluindo-se até mesmo, por analogia ao mandado de segurança, os órgãos públicos despersonalizados e as chamadas universalidades patrimoniais, como espólio, herança jacente e massa falida.²³¹

A respeito da impetração do mandado de injunção coletivo, temos entendimento doutrinário²³² pacífico sobre a sua possibilidade, pois se admite

²²⁹ Em julgado semelhante, MI 627/SP, rel. Min. Néri da Silveira, 22-4-2002, o STF não conheceu do *writ*, pois a titularidade do direito não pertencia aos impetrantes.

²³⁰ De acordo com o art. 5º, LXII, somente os cidadãos poderão fazer uso do instituto da ação popular, que tem por finalidade anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

²³¹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. op. cit., p. 98.

²³² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 187.

interpretação analógica feita com base no mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, LXX, da Constituição Federal. Ademais, a nossa Constituição prevê também como destinatário dos direitos fundamentais as associações ou mesmo os sindicatos, conforme artigos 5º, XXI e 8º, III.

O Supremo já se manifestou a respeito. Vejamos:

Entidades sindicais dispõem de legitimidade ativa para a impetração do mandado de injunção coletivo, que constitui instrumento de atuação processual destinado a viabilizar, em favor dos integrantes das categorias que essas instituições representam o exercício de liberdades, prerrogativas e direitos assegurados pelo ordenamento constitucional. Precedentes sobre a admissibilidade do mandado de injunção coletivo: MI 20, Rel. Min. CELSO DE MELLO; MI 342, Rel. Min. MOREIRA ALVES, e MI 361, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE.²³³

Uma vez ultrapassada a questão acerca da possibilidade de mandado de injunção coletivo, passemos à análise da Legitimidade Passiva do instituto, destacando de antemão três posicionamentos diferentes acerca do assunto.

- i) O primeiro deles, defendido por Luís Roberto Barroso, entende que deve figurar no polo passivo da ação mandamental a autoridade ou órgão público a que se imputa a omissão, bem como, e aí está o ponto divergente quanto ao posicionamento do STF, em litisconsórcio necessário, figura também a parte privada ou pública que viria suportar o ônus de eventual concessão da ordem de injunção.²³⁴
- ii) O segundo posicionamento, sustentado por Sergio Bermudes, vislumbra a possibilidade de figurar no polo passivo tão somente a parte à qual cabe prestar a obrigação decorrente da norma a integrar, ficando de fora o órgão que haja quedado inerte.²³⁵
- iii) No terceiro posicionamento, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que devem figurar no polo passivo do mandado de injunção somente

²³³ MI 472/DF, rel. Min. Celso de Mello.

²³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2012.

²³⁵ BERMUDES, Sergio. *Direito processual civil: estudos e pareceres*, cit., p. 140.

pessoas estatais, eis que apenas a elas é imputável o dever jurídico da emanção de provimentos normativos.²³⁶

Conforme assevera Carlos Augusto Alcântara Machado, o polo passivo do mandado de injunção guarda importante relação com o alcance deste *writ*,²³⁷ isto porque, se o Supremo Tribunal Federal admitisse o litisconsórcio passivo entre o ente público omissor e aquele que pode sofrer as consequências de uma decisão concretista, fatalmente haveria um melhor aproveitamento do instituto.

Em que pese o acima ponderado, acreditamos que assiste razão ao Supremo Tribunal Federal, principalmente levando-se em consideração o alcance da decisão do mandado de injunção, conforme trataremos pormenorizadamente na terceira parte deste trabalho.

Em recente julgado, a Ministra Cármen Lúcia, relatora dos Embargos de Declaração no Mandado de Injunção nº 1.286-DF, destacou que devem figurar no polo passivo deste *writ* somente as pessoas estatais omissas, afastando-se a necessidade de inclusão daquele que ficaria obrigado a prestar a obrigação caso existisse a Lei Integradora. A análise do referido julgado tratava da aposentadoria especial prevista do art. 40, §4º da Constituição, que depende ainda de norma regulamentadora.

Verificada a omissão normativa, que estaria a inviabilizar o exercício de um direito constitucionalmente previsto, integra-se o direito titularizado, em tese, pela Impetrante. Tanto não se confunde com a análise dos requisitos exigidos para a aposentação especial, tampouco pode o Poder Judiciário definir, de forma exaustiva e que somente pode ser cumprido, administrativamente, pela autoridade competente, quais os critérios legais a serem observados no exame do pedido de aposentadoria submetido ao seu exame e à sua decisão.²³⁸

Nota-se que o alcance do remédio da injunção fica limitado à integração da norma constitucional. A análise dos requisitos para a concretização do direito não é alcançada por este instrumento, ou seja, o Mandado de Injunção somente se presta a integrar a norma constitucional carente de regulamentação, a análise fática extrapola os limites do *writ*. Em outras palavras, podemos concluir que, para

²³⁶MI-ED 1286. Rel.Min. Carmem Lúcia.

²³⁷MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. op. cit., p. 101.

²³⁸MI-ED 1286. Rel.Min. Carmem Lúcia.

fins de legitimidade passiva, basta que esse polo esteja preenchido pelas pessoas públicas omissas, no que se refere à integração da norma constitucional, e não a pessoa (pública ou privada) que pode sofrer os reflexos da norma integradora.

O Judiciário tem o dever, por esse instrumento de injunção, de tornar a Constituição efetiva, viável, tendo em vista a omissão legislativa. Ultrapassado esse limite, o particular deverá fazer uso de outro instrumento, a exemplo do mandado de segurança, notadamente quando a concretização do direito dependa de uma ação governamental, que não a edição de uma lei que integre o preceito constitucional (a norma de eficácia limitada).

Se, como no caso da aposentadoria especial prevista no art. 40, §4º da Constituição, a pessoa deixar de exercer o seu direito por falta de norma regulamentadora, caberá o mandado de injunção. Se os motivos forem outros, que não a integração da norma constitucional, é possível que a concretização do direito se dê por outro instrumento.

Ainda a respeito da legitimidade passiva do mandado de injunção, a jurisprudência do Supremo²³⁹ esclarece qual ente público deve figurar no polo passivo quando a competência estipulada na Constituição for concorrente, expressa no art. 24.

Conforme se extrai do próprio texto constitucional, quando a competência para legislar for concorrente, a União fixará normas gerais a respeito do assunto, enquanto os Estados e o Distrito Federal cuidam da matéria num aspecto especial, peculiar. Tudo conforme art. 24, §§ 1º a 4º da Constituição.

Assim, entendeu-se caracterizada a necessidade da edição de norma regulamentadora de caráter nacional, cuja competência é da União. Por essa razão, firmou-se o entendimento acerca da legitimidade do Presidente da República para figurar no polo passivo de mandado de injunção sobre o tema da aposentadoria especial de servidores públicos.²⁴⁰

Assim, caso a omissão advenha de matéria atrelada à competência concorrente, devem figurar no polo passivo do mandado de injunção a União

²³⁹MI 1898 AgR / DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa.

²⁴⁰MI 1898 AgR / DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa.

(dada a competência para legislar no aspecto geral), bem como o estado membro omissor (pela sua competência específica para legislar sobre o assunto).

PARTE III. NOVAS PERSPECTIVAS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: O ATIVISMO JUDICIAL E O MANDADO DE INJUNÇÃO

De acordo com o que vimos até o momento no presente trabalho, o Mandado de Injunção apresenta-se como um importante instrumento no cenário das garantias inerentes aos Direitos Humanos Fundamentais, ao passo que se presta a colmatar as lacunas oriundas de normas constitucionais de eficácia limitada, desde que se verifique a omissão inconstitucional.

Conforme colocamos na segunda parte deste trabalho, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência solucionaram eventuais obstáculos de instrumentalização do mandado de injunção, ou seja, ainda que caiba regulamentação do próprio remédio da injunção por eventual norma infraconstitucional, isso não afasta a sua aplicação imediata, de modo que o aplicador do direito pode valer-se, principalmente, da analogia, tomando por referência o procedimento já previsto na atual lei do mandado de segurança, bem como das regras gerais do Código de Processo Civil.

Nesta parte do trabalho enfrentaremos a jurisprudência do mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal, analisando, ao menos no que guarda relação com este *writ*, complexos temas do direito, consubstanciados na tripartição dos Poderes, na hermenêutica constitucional e no ativismo judicial.

7 A separação dos poderes: o expansionismo do Poder Judiciário

Para tratarmos da jurisprudência do mandado de injunção, sob este enfoque, é necessário, antes, fazermos um esboço sobre a teoria da Separação dos Poderes (ou tripartição de Poderes), idealizada por Montesquieu.

De início, convém salientar que não podemos olvidar que a identificação de diversas funções do Poder foram percebidas desde a Antiguidade, conforme assevera Paulo Bonavides.²⁴¹

O princípio da separação de poderes, de tanta influência sobre o moderno Estado de direito, embora tenha tido sua sistematização na obra de Montesquieu, que o empregou claramente como técnica de salvaguarda da liberdade, conheceu todavia precursores, já na Antiguidade, já na Idade Média e tempos modernos.

Paulo Bonavides relaciona a soberania com a monarquia, apontando que esta que se concentra nas mãos do monarca, notadamente por conta da unificação da antiga dispersão medieval.

A soberania de início é a monarquia e a monarquia o Estado, a saber, uma certa massa de poderes concentrados, que não lograram todavia inaugurar ainda a fase de impessoalidade, caracterizadora do moderno poder político em suas bases institucionais. Tal fase só se vem a alcançar, na parte continental da Europa, com as doutrinas e as revoluções donde surge subsequentemente o chamado Estado de direito. A soberania se faz dogma. A autoridade do monarca esplende. O Estado moderno se converte em realidade. Mas a sociedade se acha longe de todo o repouso. O poder absoluto unificara em termos políticos a nova sociedade, dando fulminante réplica à antiga dispersão medieval.²⁴²

Ressalte-se que, após essa concentração do poder do soberano, houve, de fato, o implemento da tripartição de poderes, nos moldes propostos por Montesquieu. Isso foi realmente observado na Constituição dos Estados Unidos de 1787.

Outros documentos da mesma época trataram de explicitar a ideia de Montesquieu, conforme se extrai do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação de poderes estabelecida, não tem Constituição”.

²⁴¹BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007. p. 154.

²⁴²Id. *Ibid.*, p. 145.

No Brasil, em todas as Constituições, a teoria de Montesquieu foi adotada, exceto pela Constituição do Império, de 1824, que trazia em seu bojo a ideia do poder moderador, que se concentrava nas mãos do Imperador.²⁴³

Entendemos que o *poder moderador* teria como objetivo maior evitar abusos dentro dos poderes, isoladamente. No entanto, o sistema de *checks and balances*, desenvolvido na Inglaterra em meados do século XVIII, teve a verdadeira intenção de aperfeiçoar a teoria de Montesquieu, de modo a estabelecer uma ponderação caracterizada por um sistema de freios e contrapesos, ou *pesos e contrapesos*, conforme Paulo Bonavides.

Como a natureza das coisas não permite a imobilidade dos poderes, mas o seu constante movimento – lembra o profundo pensador – são eles compelidos a atuar *de concerto*, harmônicos, e as faculdades enunciadas de estatuir e de impedir antecipam já a chamada técnica dos *checks and balances*, dos pesos e contrapesos, desenvolvida posteriormente por Bolingbroke, na Inglaterra, durante o século XVIII.²⁴⁴

Anna Candida da Cunha Ferraz traz interessante aspecto desta independência e harmonia dos Poderes:

(...) no desdobramento constitucional do esquema de poderes, haverá um mínimo e um máximo de independência de cada órgão de poder, sob pena de se desfigurar a separação, e haverá, também, um número mínimo e um máximo de instrumentos que favoreçam o exercício harmônico dos poderes, sob pena de, inexistindo limites, um poder se sobrepor ao outro poder, ao invés de, entre eles, se formar uma atuação de *concerto*.²⁴⁵

De fato, se limites de controle mútuo não forem impostos entre os poderes, não se pode vislumbrar um *concerto* harmônico.

A nossa atual Constituição brasileira confere destaque à separação dos poderes, seja porque a insere logo no seu artigo 2º, incluindo o instituto da separação no rol dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, seja porque o artigo 60, §4º, III, da Constituição registra que a separação de poderes é protegida pelas chamadas cláusulas pétreas.

²⁴³SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 76.

²⁴⁴BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, cit., p. 150.

²⁴⁵FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Conflito entre Poderes: o poder congressional de sustar os atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

Podemos encontrar na Constituição brasileira de 1988 diversos aspectos do chamado sistema *checks and balances*. O veto presidencial, o *impeachment*, as medidas provisórias, as leis delegadas, o controle de constitucionalidade, dentre outros. Evidentemente, caberiam inúmeras discussões acerca dos limites do sistema de freios e contrapesos²⁴⁶. O atual panorama das medidas provisórias, por exemplo, nos faz refletir acerca de uma revisão deste instituto, tendo em vista os abusos constatados nos dias hodiernos, que sufocam a atividade típica do Legislativo.

Conforme destaca Konrad Hesse, a Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral, se se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político social.

Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticolosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se ia de constatar, inevitavelmente – no mais tardar em momento de acentuada crise – que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derrogados.²⁴⁷

Nesse ponto, tendo em conta a convivência independente e harmônica dos poderes, sentimos a necessidade de destacar o *papel político* do Poder Judiciário, nos últimos tempos.

Mônica Herman Salem Caggiano pondera que, no início, apesar da tentativa harmônica de divisão das funções do Poder, o papel do Judiciário tinha pouco espaço político, uma vez que seu campo de atuação restou limitado ao ponto de apoio parlamentar no sentido de conter o arbítrio do soberano.²⁴⁸

²⁴⁶ Não convém, neste trabalho, um aprofundamento nesse aspecto da separação dos poderes.

²⁴⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 21.

²⁴⁸ CAGGIANO, Monica Herman Salem. A emergência do Poder Judiciário como contraponto ao bloco monocolor Legislativo/Executivo. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Os 20 anos de Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 102.

Conforme salienta Christiany Pegorari Conte²⁴⁹, o Legislativo teve seu destaque inicial²⁵⁰ que termina com a concepção do estado social de direito²⁵¹, já que ao Executivo restou o encargo de lidar com a problemática dessa segunda geração de direitos humanos, que exigia não somente a criação de leis, mas também a implementação de políticas públicas.

Paulo Bonavides destaca o chamado bloco legislativo-executivo.

Ao contrair tantos e tão graves encargos, o Estado social fez inclinar para o Executivo o pêndulo da ordem política. Aqui vemos um marco que separa com toda a nitidez dois séculos: o século XIX, século dos Paramentos, e o século XX, século dos Executivos (...). O poder parlamentar fica, pois, em manifesta desvantagem.

Não se ignora o fato de o Poder Executivo ter o seu papel fundamental nos dias hodiernos, assim como o Poder Legislativo, mas esses poderes tiveram o seu auge no passado, seja por conta do Estado Liberal (Legislativo), seja por conta do Estado Social (Executivo). Já o Poder Judiciário ganhou expressão maior após a segunda guerra mundial, conforme pondera Luis Roberto Barroso:

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na

²⁴⁹CONTE, Christiany Pegorari. Ativismo judicial e sua conformização ao regime democrático brasileiro. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; LEISTER, Margareth Anne (Orgs.). *Colóquio da Pesquisa Jurídica, 2. Panorama da Pesquisa em Direito*. Osasco: EDIFIEO, 2001. v. 2, p. 112-136.

²⁵⁰Concluimos que o destaque do Poder Legislativo ocorreu durante a primeira geração de direitos humanos.

²⁵¹Segunda geração de direitos humanos.

Coréia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*.²⁵²

No Brasil não foi diferente, e nesses últimos anos o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado sobre questões que se inserem na seara política, conforme demonstra Luís Roberto Barroso.

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. O ano de 2008 não foi diferente. A centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário como um todo – na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa.²⁵³

A nosso ver, as decisões tiveram de ser tomadas em razão de uma série de omissões dos outros dois poderes (Legislativo e Executivo), já que esses não exerceram à risca o papel que lhes competia, a fim de salvaguardar todos os valores constitucionalmente protegidos. Neste ponto, o Judiciário teve de se manifestar a fim de garantir os valores insculpidos no texto constitucional.

Destarte, o Poder Judiciário tem adentrado ao campo da decisão política, anteriormente reservada ao legislativo ou ao executivo, transmutando a sua natureza, funcionamento e papel no cenário político, pronunciando-se sobre a norma e, até mesmo, elaborando normas jurídicas, por meio de sua capacidade transformadora.²⁵⁴

O destaque do Poder Judiciário é apontado por Luis Roberto Barroso como *a judicialização da vida*.

De fato, somente no ano de 2008, foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de ações diretas – que compreendem a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – questões como: a) o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.150); (ii) o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); (iii) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa

²⁵²BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, cit.

²⁵³Id. *Ibid.*

²⁵⁴CONTE, Christiany Pegorari. op. cit., v. 2, p. 112-136.

incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130). No âmbito das ações individuais, a Corte se manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa/Serra do Sol e uso de algemas, dentre milhares de outros.²⁵⁵

Podemos notar que as questões citadas pelo autor, que são de conhecimento geral, não guardam estrita relação com o Mandado de Injunção, mas ajudam no entendimento daquilo que se revelaria em uma interpretação constitucional capaz de traçar os contornos de uma Constituição voltada para a efetividade.

Não obstante, Luis Roberto Barroso destaca as principais causas da *judicialização da vida (ou da política)*. A primeira delas é a *redemocratização* do Brasil, eis que com a Constituição de 1988 o Poder Judiciário deixou de ser apenas um setor técnico para se mostrar como um verdadeiro poder político.

No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.²⁵⁶

Em segundo lugar, o autor aponta o *constitucionalismo abrangente* como um fator que levou à *judicialização da política*, porque, conforme tratamos na primeira parte deste trabalho, nossa Constituição é analítica, de modo que trata dos mais diversos assuntos que são protegidos pela supremacia constitucional. Por fim, ainda contribui para essa judicialização o nosso abrangente sistema de controle de constitucionalidade, seja pela via abstrata ou concreta.²⁵⁷

Essa *judicialização da política*, segundo o autor, não pode ser confundida com o que se conhece como *ativismo judicial*. Admite que ambos “fenômenos”

²⁵⁵BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, cit.

²⁵⁶Id. *Ibid.*

²⁵⁷Id. *Ibid.*

vêm da mesma *família*, mas não têm a mesma origem. Ressalta que, no Brasil, a *judicialização* decorre do modelo constitucional adotado, e não de um exercício deliberado de vontade política. As importantes decisões tomadas pelo Judiciário apontadas acima, decorreram, portanto, de uma obrigação do magistrado, pois “se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria”.²⁵⁸ No que se refere ao Ativismo Judicial, trataremos a opinião do autor no próximo tópico.

Diante desse quadro, constata-se o *expansionismo* do Judiciário, que é questionado frente ao Constitucionalismo e à Democracia. A democracia constatada a partir do século XVIII, com o Estado Liberal, sugere algumas ideias para a sua manutenção, consistentes na alternância do Poder, na participação política (soberania popular), no pluralismo político e na existência de mecanismos de controle de Poder. Por sua vez, o constitucionalismo tem como pontos elementares a Constituição, a Separação de Poderes e os Direitos fundamentais.²⁵⁹

O denominado *neoconstitucionalismo*²⁶⁰, ou novo constitucionalismo, mostra-se como uma etapa do Constitucionalismo. Tem, na verdade, o objetivo de efetivação do Estado Democrático e Social de Direito. O que se faz é uma releitura da Constituição, com enfoque pós-positivista, que tem por escopo efetivar direitos constitucionais, sem um apego à estrita legalidade.

Miguel Carbonell ainda adverte quanto ao termo neoconstitucionalismo:

Conviene tener presente, con todo, que cuando se habla de neoconstitucionalismo, ya sea en singular o en plural, se está haciendo referencia a dos cuestiones que deben estudiarse por separado. Por una parte, como ya se ha mencionado, a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional. Por otro lado, con el término <<neoconstitucionalismo>> se hace referencia también a una determinada teoría del Derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios no que da

²⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, cit.

²⁵⁹ Ao longo do século XX outros elementos também foram incorporados ao constitucionalismo: O Estado de Direito e a segurança jurídica.

²⁶⁰ O termo neoconstitucionalismo pode ser utilizado como fazendo referência a uma teoria, a uma ideologia ou a um método de análise do direito; ou como designando alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político, um modelo de Estado de Direito. Sobre as diversas acepções do termo neoconstitucionalismo, vide: COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003. p. 75.

cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos o incluso elogiosos.²⁶¹

Nesse sentido, temos que o neoconstitucionalismo surge para fazer valer esse Estado Social e Democrático de Direito, que se preocupa, notadamente, mais com a efetivação dos direitos, do que com a positivação destes.

Assim, este novo olhar sobre a Constituição, nos apresenta um constitucionalismo que tem em consideração, quanto ao seu conteúdo, a importância de valores e princípios gerais, bem como dos direitos sociais e da interpretação legal pela jurisdição constitucional.²⁶²

Assim, diante dessa realidade que destaca o Poder Judiciário no cenário da efetivação dos preceitos constitucionalmente protegidos, passemos à análise do ativismo judicial e seus parâmetros hermenêuticos.

8 Ativismo Judicial e seus parâmetros hermenêuticos

O prestígio normativo das decisões judiciais não se revela somente nos dias hodiernos. Desde Roma antiga, as decisões judiciais já gozavam de tal prestígio, como de fato ocorria com a força dos éditos do direito pretoriano.

Aristóteles já tratava do assunto com maestria. Salientava o Estagirita que “no caso de não ser possível descobrir na lei qualquer norma, o juiz deve decidir segundo o Direito consuetudinário e, se também este faltar, segundo a regra que ele, como legislador, estabeleceria, seguindo a doutrina e a jurisprudência consagradas”.²⁶³

Com o advento do Estado Liberal, a subjetividade das decisões judiciais restou prejudicada, dada a preocupação em conter, pela lei, o arbítrio que até então era instituído pelo governo absolutista.

²⁶¹CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003. p. 10.

²⁶²CONTE, Christiany Pegorari. op. cit., v. 2, p. 112-136.

²⁶³ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2007. 240 p. (Coleção a obra-prima de cada autor; 53).

Nos Estados Unidos nasce o instituto da *Judicial Review*, em um sistema difuso, em que as decisões se restringiriam às partes do processo. Assim, em 1803, a Suprema Corte norte-americana, sob a presidência do *Chief Justice* John Marshall, relativiza a separação dos poderes.

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Poder Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham.²⁶⁴

O controle abstrato da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, idealizado por Hans Kelsen, ganha força com a instituição da jurisdição constitucional no continente europeu, com decisões dotadas de eficácia *erga omnes*. A primeira Constituição que adotou este modelo de controle de constitucionalidade foi a Constituição austríaca, de 1920, com aperfeiçoamento em sua reforma de 1929.

Conforme já salientado por Luis Roberto Barroso, embora tenha havido significativa evolução dos direitos e da proteção judiciária a eles conferida, foi após a segunda guerra mundial que as constituições resolveram cercar seus textos de todos os meios para a defesa dos direitos humanos fundamentais, tomando por pilar axiológico a dignidade da pessoa humana.²⁶⁵

O mundo jurídico respondeu trazendo ideias pós-positivistas e neoconstitucionalistas, rejeitando a aplicação cética e ortodoxa das normas constitucionais, introduzindo princípios e valores na interpretação do Direito, conferindo aos juízes e às Cortes Constitucionais, não apenas o poder, mas o dever de atuar ativamente na defesa dos direitos.

Feito esse esforço histórico das raízes do ativismo, percebemos que o tema não é tão novo assim. No entanto, o termo *ativismo judicial* é empregado pela primeira vez pelo norte-americano Arthur Schlesinger, jornalista, crítico social e historiador (especialmente da Suprema Corte dos EUA), em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado no jornal *Fortune*, no qual o autor tentava

²⁶⁴BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

²⁶⁵Id., loc. cit.

desmistificar a imparcialidade dos juízes daquela corte, falando mais de suas características pessoais do que propriamente em conflitos jurisprudenciais²⁶⁶.

Arthur Schesinger, no entanto, não nos dá uma ideia plena do que seja o ativismo judicial. Ao contrário, Craig Green nos traz o que hoje é considerado ativismo judicial:

- i) Qualquer sério erro judicial
- ii) Algum resultado indesejável (em virtude de uma decisão judicial)
- iii) Qualquer decisão que nulifique um ato normativo
- iv) Uma conjugação desses e outros fatores (sociais, políticos, econômicos).²⁶⁷

Para Elival da Silva Ramos, ativismo judicial usurpa a jurisdição, de modo que as decisões são tomadas “para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário”.²⁶⁸

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, da função administrativa, e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.²⁶⁹

Entendemos que, no caso brasileiro, esse aspecto pejorativo não se encaixa. O modelo constitucional adotado pela atual Constituição preserva, em primeiro lugar, a supremacia constitucional, de modo que todos os atos normativos devem se coadunar com o Texto Maior. Além disso, estão

²⁶⁶GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journal*, Philadelphia, USA, v. 58, n. 5, p. 1195, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1410728>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

²⁶⁷Id. *Ibid.*, p. 1203.

²⁶⁸RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 308.

²⁶⁹Id. *Ibid.*, p. 116-117.

expressamente previstos na Constituição de 1988 as modalidades de controle da constitucionalidade das leis, seja pela via difusa, seja pela via concentrada.

A partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal atua como guardião da Constituição, tem o dever de fazer cumprir as normas que contêm os direitos nela expressos. A alegada ilegitimidade democrática para decidir contra a vontade legislativa, ou na ausência de manifestação desta, é contrária à razão mesma de existir constitucionalmente prevista esta possibilidade, a qual, frise-se, sempre ocorrerá mediante provocação, uma vez que a inércia da jurisdição é a mesma que a dos juízos ordinários no alto cume da jurisdição constitucional. Ressalte-se que a possibilidade deste controle existe exatamente pela mesma vontade legislativa, ou seja, vontade do povo, de quem todo poder emana.

Luís Roberto Barroso traz sua contribuição para a conceituação do ativismo judicial.

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.²⁷⁰

Veja-se que o autor trata o ativismo como a participação ampla e intensa do Judiciário na busca pela concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Salieta que o oposto de ativismo judicial revela-se na *autocontenção judicial*. Enquanto o ativismo procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, a *auto contenção* restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

Conclusivamente, Luís Roberto Barroso destaca o aspecto positivo do ativismo judicial:

²⁷⁰BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, cit.

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. Um exemplo de como a agenda do país deslocou-se do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei.²⁷¹

Entendemos que ativismo judicial no Brasil é a atuação democraticamente legítima do Supremo Tribunal Federal que, no exercício da jurisdição constitucional, mediante provocação e cumprindo sua incumbência de guardião da Constituição Federal, protege a supremacia de seu conteúdo e garante a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais, agindo, pelos meios constitucionalmente previstos de que dispõe, num espaço legislativo aparentemente vazio, colmatando as lacunas contrárias à máxima efetividade das normas constitucionais, por uma interpretação integrativa, construtivista e evolutiva dos princípios e valores nelas contidos.

A partir destas constatações, passemos a verificar quais são efetivamente os parâmetros hermenêuticos do ativismo judicial.

De início, convém estabelecer que a hermenêutica jurídica é o ramo da ciência dedicado ao estudo e determinação das regras que devem presidir o processo interpretativo de busca do significado da lei. Assim, portanto, a hermenêutica existe antes da interpretação, já que essa existirá a partir de enunciados hermenêuticos. Luis Roberto Barroso traça, com propriedade, distinções entre hermenêutica jurídica, interpretação e aplicação da norma.

A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito. A interpretação é atividade

²⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, cit.

prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato.²⁷²

Anota o autor, portanto, que a hermenêutica sistematiza a atividade interpretativa do direito, a qual, por sua vez, consiste na prática de revelar o significado e o alcance na norma, com o objetivo de aplicá-la ao caso concreto. Parece que o ápice da concretização, no entanto, está na aplicação da norma.

Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo ininteligíveis. De tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores de ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição.²⁷³

No mesmo sentido material da Constituição, Celso Ribeiro Bastos, manifesta-se sobre a hermenêutica constitucional, destacando as consequências de uma interpretação constitucional tradicional.

As interpretações constitucionais tradicionais, cumpre dizer, limitam-se a levantar todas as possíveis interpretações que a norma sub examine comporta e a confrontá-la com a Constituição, através da utilização dos métodos histórico, científico, literal, sistemático e teleológico. Na interpretação constitucional tradicional não é permitido ao intérprete fazer qualquer alargamento ou restrição no sentido da norma de modo a deixá-la compatível com a Carta Maior. No segundo pós-guerra o que se assiste é uma inclinação da jurisprudência no sentido de maximizar as formas de interpretação que permitam um alargamento ou restrição do sentido da norma de modo a torná-la constitucional. Procura-se buscar até mesmo naquelas normas que à primeira vista só parecem comportar interpretações inconstitucionais – através da ingerência da Corte Suprema

²⁷²BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 103.

²⁷³BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 581.

alargando ou restringindo o seu sentido – uma interpretação que a coadune com a Carta Magna. Vale dizer que nas tradicionais formas de interpretação constitucional é o de buscar no limiar da constitucionalidade da norma algumas interpretações que possam ser aproveitadas desde que fixadas algumas condições.²⁷⁴

Conforme já dissemos, a 2ª Guerra Mundial é um marco na atuação do Poder Judiciário, o que sugere a aplicação da norma de acordo com os propósitos materiais de uma Constituição. Não temos dúvidas que a aplicação fria da lei (ou mesmo da Constituição), pode culminar em consequências desastrosas. Diante disso, Anna Candida da Cunha Ferraz apresenta o aspecto que deve permear a interpretação constitucional.

Com efeito, a Constituição é obra que nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial, e o essencial, por vezes, é incompleto, exigindo atuação ulterior, capaz de defini-la, precisá-la, resolver-lhe as obscuridades, dar-lhe continuidade e aplicação, sem vulnerar a obra constitucional escrita: trata-se, portanto, de buscar meios efetivos de fazer valer a “vontade” e o “espírito” do constituinte originário.

A interpretação constitucional revela-se processo de mutação constitucional sempre que, pela via interpretativa, ao significado da norma constitucional se atribui novo conteúdo, ou se amplia a abrangência da norma para alcançar situações e relações dantes não consideradas como nela incluídos.²⁷⁵

Anna Candida da Cunha Ferraz, admitindo incompletudes ou mesmo obscuridades no sistema constitucional, traça interessante aspecto acerca da essencialidade da Constituição, exigindo-se uma atuação do intérprete para o fim de fazer valer o espírito do constituinte originário. É admissível, pela via da interpretação, até mesmo a ampliação do alcance da norma.²⁷⁶

Nesse sentido, Lênio Luiz Streck tem entendimento que aponta para o *ativismo*, pois salienta “que o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura

²⁷⁴BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de interpretação constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 45-50, jul./set. 1998.

²⁷⁵FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 5, p. 5, out./dez. 1993.

²⁷⁶Veja-se a modificação da jurisprudência sobre o mandado de injunção.

absenteísta, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira.”²⁷⁷

Elival da Silva Ramos faz importantes ponderações acerca da interpretação.

Os equívocos e insuficiências do positivismo jurídico no que tange à Teoria da Interpretação restaram evidenciados com maior clareza no âmbito do Direito Constitucional, em face das características peculiares de sua normatividade (...). A presença constante de normas-princípio nos textos constitucionais, normas essas dotadas de maior abrangência, porém de menor precisão, associada ao fato de que a sua atuação é feita, comumente, por tribunais dotados de independência institucional ou posicionados no topo do aparato judiciário, de um lado, tornaram inviável a interpretação declarativa, porém, de outro, fizeram premente uma elaboração mais consistente em torno dos limites da função jurisdicional, cujo potencial criativo experimentou notável expansão.²⁷⁸

Para fazer valer o conteúdo constitucional, contamos, pela hermenêutica, com inúmeras técnicas, métodos, formas de interpretação.

A ideia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o *subsuntivo*, fundado na aplicação de *regras* – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos.²⁷⁹

A evolução dos métodos é assunto que se estreita com a realidade política e social da sociedade.

A interpretação é antes de mais nada uma atividade criadora. Em toda a interpretação existe portanto uma criação de direito. Trata-se de um processo no qual entra a vontade humana, onde o intérprete procura determinar o conteúdo exato de palavras e imputar um significado à norma. Nesse sentido, a interpretação é uma escolha entre múltiplas opções, fazendo-se sempre necessária por mais bem formuladas que sejam as prescrições legais. A atividade interpretativa busca sobretudo reconstituir o conteúdo normativo, explicitando a norma em concreto em face de

²⁷⁷ STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica na construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 48.

²⁷⁸ RAMOS, Elival da Silva. op. cit., p. 308.

²⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed., cit., p. 103.

determinado caso. Pode-se afirmar, ainda, que a interpretação é uma atividade destinada a expor o significado de uma expressão, mas pode ser também o resultado de tal atividade.²⁸⁰

Portanto, sem deixar para trás os critérios hermenêuticos tradicionais, não podemos fechar os olhos para as novas tendências que se prestam a interpretar a Constituição. Christiany Pegorari Conte ressalta a influência do *neoconstitucionalismo* no campo da interpretação.

Assim, o neoconstitucionalismo apresenta-nos uma outra percepção sobre a Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral, cujo marco filosófico é o pós-positivismo, cuja característica é transcender à legalidade estrita, sem desprezar o direito posto, mas propiciando a reaproximação entre o direito e a filosofia e o surgimento, por consequência, de nova hermenêutica constitucional (nova dogmática da interpretação constitucional) e da proposição de uma Constituição dirigente²⁸¹, como núcleo jurídico do Estado Democrático de Direito.²⁸²

Segundo a autora, o intérprete passa a fazer parte do processo de criação do Direito, completando os trabalhos do legislador, de modo que faz “valorações de sentido para as cláusulas abertas”, fazendo escolhas entre soluções possíveis, substituindo o dogmatismo aliado, no entanto, à ética e ao direito, estabelecendo-se, portanto, uma nova hermenêutica.²⁸³

Aliás, Anna Candida da Cunha Ferraz faz importantes considerações sobre o método evolutivo de interpretação constitucional.

Se contrariar o texto literal da Constituição, admitem-se novos conteúdos ao mesmo, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais, que não estavam presentes na mente dos constituintes quando elaboraram a Constituição. (...)

²⁸⁰BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de interpretação constitucional, cit., p. 45.

²⁸¹TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 74. Segundo o autor: “As Constituições sociais correspondem a um momento posterior na evolução do constitucionalismo. Passa-se a consagrar a necessidade de que o Estado atue positivamente, corrigindo as desigualdades sociais e proporcionando, assim, efetivamente, a igualdade de todos. É o chamado Estado do Bem Comum. (...) É bastante comum, neste tipo de constituição, traçar expressamente os grandes objetivos que hão de nortear a atuação governamental, impondo-os (ao menos a longo prazo).”

²⁸²CONTE, Christiany Pegorari. op. cit., v. 2, p. 112-136. FERRAZ, Anna Candida da Cunha; LEISTER, Margareth Anne (Orgs.). *Colóquio da Pesquisa Jurídica, 2. Panorama da Pesquisa em Direito* cit., 2 v. Disponível em: <http://www.unifiefp.br/para+a+comunidade/publicacoes/ii+coloquio+de+pesquisa++2011++volume+2.html>.

²⁸³CONTE, Christiany Pegorari. op. cit., v. 2, p. 112-136. FERRAZ, Anna Candida da Cunha; LEISTER, Margareth Anne (Orgs.). op. cit.

Consente-se, por intermédio dessa interpretação, que o intérprete, a fim de adaptar o conteúdo do texto normativo a exigências práticas surgidas depois da emanção da própria norma, tenha uma atuação mais livre.²⁸⁴

Em seguida, Anna Candida da Cunha Ferraz enfatiza ainda o método da *construção constitucional* o qual emprega todos os critérios convencionais de interpretação, mas inclui “um critérios extrajurídico, ou metajurídico, de natureza política”.²⁸⁵

Por fim, diante de toda a complexidade da hermenêutica constitucional, ponderamos que o objetivo do intérprete não deve ser trilhar caminhos rígidos para se chegar a uma solução indesejada efetivamente pelo Constituinte. Os bons critérios de razoabilidade e proporcionalidade devem sempre circundar a atividade interpretativa, seja porque a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, seja porque a sociedade também tem influência nesse processo de interpretação.

Admitir-se inefetividade constitucional por conta de preceitos hermenêuticos engessados, não condiz com a dinâmica do sistema jurídico constitucional contemporâneo, que exige cada vez mais do intérprete uma postura que busca efetivar a Constituição. No entanto, é inegável a árdua tarefa de efetivação constitucional, evitando-se, ao mesmo tempo, a arbitrariedade dos Tribunais, especialmente da Suprema Corte constitucional brasileira.

9 Manifestações ativistas do Supremo Tribunal Federal via Mandado de Injunção: a efetivação das normas constitucionais de eficácia limitada

Após uma breve análise sobre o ativismo judicial, passemos a verificar sua influência nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Antes, porém, de analisarmos a atual jurisprudência²⁸⁶, convém salientar que, no passado, o Supremo Tribunal Federal viu-se engessado, por conta do receio de afrontar, principalmente, a teoria da separação dos Poderes. Uadi

²⁸⁴FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, cit., p. 45.

²⁸⁵Id. Ibid., p. 47.

²⁸⁶MORAES, Alexandre de. op. cit. O autor estabelece uma classificação, tendo por base o MI 107, de modo que aponta para duas correntes principais: a corrente concretista e a corrente não concretista.

Lammêgo Bulos, analisando a evolução jurisprudencial deste *writ*, lança uma sistematização em *teses* capazes de revelar o alcance do mandado de injunção. As *teses* são: *não-concretista*, *concretista*²⁸⁷ *individual direta e geral*²⁸⁸, *concretista individual intermediária*.

Apesar dessas *teses*, identificamos no estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal três fases: a primeira, que se coaduna com a tese não-concretista; a segunda, que se coaduna com a concretista intermediária e a terceira, que adota uma posição interpretativa bem ousada, com o intuito de aplicar os valores constitucionalmente protegidos.

Dessa forma, na primeira fase jurisprudencial, de acordo com a *tese não-concretista*, o Supremo Tribunal Federal, diante do mandado de injunção, restringiu-se a declarar a inconstitucionalidade por omissão, de modo que não se atreveu a “invadir” o campo político reservado ao Poder Legislativo.

Uadi Lammêgo Bulos esclarece a tese.

O mandado de injunção permite que o Supremo Tribunal Federal apenas exorte o Poder competente a elaborar a norma. O judiciário não pode compelir o Legislativo a legislar, mas apenas apontar a mora, recomendando o seu suprimento. Não lhe é dado legislar criando preceito para reger casos concretos, do contrário, a separação de Poderes estaria liquidada (CF, art. 2º).²⁸⁹

²⁸⁷A corrente concretista defende que o Poder Judiciário, uma vez verificando em sede de mandado de Injunção a ausência de norma regulamentadora, pode declarar a omissão do poder competente para elaborar a norma e fixar condições para o exercício do direito assegurado constitucionalmente. Essas condições vigorariam até que a norma regulamentadora fosse elaborada pelo órgão competente para tanto. (MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. O mandado de injunção e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (Coords.). *Lições de direito constitucional: em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 352).

²⁸⁸BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed., cit., p. 605-608. Segundo o autor “(...) o instituto teria um caráter constitutivo e instrumental, suprimindo lacunas. Em vez de ficar esperando a regulamentação de uma norma constitucional, o impetrante obteria, de imediato, a resposta sobre a efetividade de seu direito, liberdade ou prerrogativa. O Judiciário, mediante sentença, substituiria o Legislativo ou o Executivo, regulando o caso concreto. Segundo os adeptos da tese concretista individual direta, logo que o Supremo julga procedente o mandado de injunção, ele implementa a eficácia da norma constitucional ao autor. Os efeitos de seu veredito limitam-se às partes e ao processo, e, após o preenchimento do vazio normativo, não há solução de continuidade, haja vista a eficácia *inter partes* da decisão. Mas, para os seguidores da tese concretista geral, a sentença proferida na injunção, é erga omnes. Tem eficácia ampla, abrangendo a todos, pois o Judiciário implementa o exercício do direito, mediante uma deliberação irrestrita.”

²⁸⁹Id. *Ibid.*, p. 605.

Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho adverte que o mandado de injunção “não importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito”. Esclarece o autor que ao Judiciário compete apenas comunicar a mora legislativa ao Poder competente, de modo que os efeitos do mandado de injunção são análogos ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.²⁹⁰

O Mandado de Injunção 107-3, de relatoria do Ministro Moreira Alves, limitou-se a declarar a mora legislativa, dando ciência ao órgão omissor da necessidade de edição da norma. Segundo o Ministro Moreira Alves, o mandado de injunção visa obter do Judiciário simplesmente a declaração da omissão inconstitucional, assim como ocorre com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Portanto, em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, é a ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora regulamentar do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º., da Carta Magna), com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos.²⁹¹

Sem dúvida, a utilização do mandado de injunção nestes moldes acarreta completa falta de praticidade e aplicação do instituto, na medida em que torna esse remédio da injunção em um instrumento inócuo. O argumento para a timidez das decisões, fundamentadas numa *autocontenção judicial*, respaldava-se na separação dos poderes, porquanto qualquer decisão concretizadora poderia extrapolar o campo de atuação reservado ao Poder Judiciário.

Regina Quaresma atribui a este posicionamento jurisprudencial o nome de *Teoria da Subsidiariedade*, fazendo-se uma alusão à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, uma vez que o mandado de injunção equivale a uma via subsidiária, com características bem semelhantes à ação de

²⁹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 325.

²⁹¹ MI 107-3/DF. Rel. Min. Moreira Alves.

inconstitucionalidade por omissão, diferindo apenas no que diz respeito à legitimidade.²⁹²

Esta posição de *autocontenção judicial* persistiu em outros julgamentos do Supremo Tribunal Federal²⁹³, como se verifica pelo MI 501/SP²⁹⁴, que tratava dos juros, de acordo com o que previa o art. 192, §3º, da Constituição Federal²⁹⁵.

Conforme destaca Rodrigo Mazzei, a sentença do mandado de injunção possuía, tendo em vista esta teoria, um caráter meramente declaratório, pois o julgador limitava-se a declarar a inércia e cientificar o órgão responsável pela integração normativa:

Em nosso sentir, a presente teoria não absorve o espírito de garantia constitucional do *writ*, porquanto a declaração do estado de inércia – assim como a mera cientificação desse estado – não é apta a satisfazer a pretensão do autor prejudicado pela omissão legislativa. É por isso que afirmamos: segundo a teoria da subsidiariedade, o mandado de injunção pouco tem de mandado – já que apenas científica – e menos ainda tem de injunção – pois, a declaração que deveria ser injuntiva (concedendo a integração normativa), se limita a certificar o estado de inércia do órgão responsável.²⁹⁶

Duras críticas foram exaradas à época por Luis Roberto Barroso, o qual taxou o instituto de “complexidade desnecessária”, de modo que, segundo o autor, “mais simples, célere e prática se afigura a atribuição, ao juiz natural do caso, da competência para a integração da ordem jurídica, quando necessária

²⁹²QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense 1995. p. 60.

²⁹³MI 535-4/DF, MI 586-5/RJ.

²⁹⁴EMENTA: - Mandado de injunção. Juros reais. Parágrafo 3º. do artigo 192 da Constituição Federal.

Esta Corte, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4, entendeu, por maioria de votos, que o disposto no parágrafo 3º. do artigo 192 da Constituição Federal não era auto-aplicável, razão por que necessitava de regulamentação.

Passados mais de cinco anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja regulamentado o referido dispositivo constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não é capaz de elidir a mora legislativa, não há dúvida de que esta, no caso, ocorre.

Mandado de injunção deferido em parte, para que se comunique ao Poder Legislativo a mora em que se encontra, a fim de que adote as providências necessárias para suprir a omissão, deixando-se de fixar prazo para o suprimento dessa omissão constitucional em face da orientação firmada por esta Corte (MI 361). SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de injunção n. 501 – São Paulo*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81845>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

²⁹⁵Revogado pela Emenda Constitucional nº. 40/2003.

²⁹⁶MAZZEI, Rodrigo. op. cit., p. 224.

para a efetivação de um direito subjetivo constitucional submetido à sua apreciação.”²⁹⁷

Ademais, sugere o autor uma proposta de Emenda Constitucional que materializaria a ideia de celeridade e praticidade. Vejamos:

Art. 1º. O §1º. Do art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

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

Art. 2º. Fica revogado o inc. LXXI do art. 5º. da Constituição Federal, bem como suprimida a referência a mandado de injunção nos seguintes dispositivos: Art. 102, I, q, e II, a; art. 105, I, h; art. 121, § 4º., V.²⁹⁸

Interessante o posicionamento do autor quanto a uma proposta de emenda constitucional, tendo em vista, evidentemente, a posição jurisprudencial até então constatada.

A segunda fase jurisprudencial, revelada pela *tese concretista intermediária*²⁹⁹, propõe uma postura ativa do Supremo Tribunal Federal, conforme assevera Uadi Lammêgo Bulos:

Julgado procedente o mandado de injunção, o Poder Judiciário estabelece prazo para o Congresso Nacional elaborar a norma regulamentadora. Se, após o término desse prazo, o Legislativo não tomar nenhuma providência, permanecendo a inércia inconstitucional, o impetrante do *writ* passa a ter assegurado o seu direito. Esse é o melhor entendimento da matéria. Ao mesmo tempo que mantém intacto o princípio da separação de Poderes (CF, art. 2º.), confere utilidade ao mandado de injunção (CF, art. 5º., LXXI), assegurando, ainda, a inafastabilidade do controle judicial na resolução de conflitos (CF, art. 5º. XXXV). Ademais, permite que os cidadãos exerçam a plenitude dos seus direitos

²⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido: uma proposta de reformulação. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (Org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 429-436.

²⁹⁸ Id. *Ibid.*

²⁹⁹ MORAES, Alexandre de. op. cit. Segundo o autor a teoria concretista se subdivide em direta e intermediária. A teoria concretista direta ocorre na hipótese de o judiciário resolver o caso concreto diretamente, sem que haja comunicação ao Legislativo competente. A teoria concretista intermediária se fundamenta na ideia de se estabelecer um prazo razoável para que o órgão omisso resolva a lacuna, sob pena de o judiciário agir para fazê-lo.

constitucionais, obstaculizados pela inércia inconstitucional do Poder Público.³⁰⁰

Portanto, diante dessa corrente jurisprudencial, o STF estabeleceria um prazo para que a lacuna normativa fosse colmatada. Caso não fossem tomadas providências legislativas ao término do prazo, o próprio Tribunal asseguraria o direito em questão, tratado no caso concreto. Esta seria uma hipótese de concretização do direito exposto na norma constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, em 20/03/1991, adotou essa tese quando do julgamento do MI 283, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Entretanto, assinou a Suprema Corte o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultimasse o processo legislativo do dispositivo constitucional reclamado (ADCT, art. 8º, §3º.). Ultrapassado esse prazo, sem a devida providência legislativa, caberia ao impetrante do Mandado de Injunção uma indenização³⁰¹ pela via processual adequada. Assim também foi o Mandado de Injunção nº 562. Vejamos.

MANDADO DE INJUNÇÃO. ARTIGO 8º, § 3º DO ADCT. DIREITO À REPARAÇÃO ECONÔMICA AOS CIDADÃOS ALCANÇADOS PELAS PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. MORA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL.

1 - Na marcha do delineamento pretoriano do instituto do Mandado de Injunção, assentou este Supremo Tribunal que "a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, *hic et nunc*, de uma situação de inatividade inconstitucional." (MI 543, voto do Ministro Celso de Mello, in DJ 24.05.2002). Logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão do dever de legislar, passados quase quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção.

³⁰⁰BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed., cit., p. 605.

³⁰¹Art. 8º, §3º do ADCT: Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

2 - Neste mesmo precedente, acolheu esta Corte proposição do eminente Ministro Nelson Jobim, e assegurou "aos impetrantes o imediato exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo § 3º do art. 8º do ADCT, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização."

3 - Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão judicial. O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do "quantum" devido.

4 - Mandado de injunção deferido em parte.

Analisando essa fase jurisprudencial, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug analisa a eficácia da decisão concretista intermediária.

A jurisprudência do STF evoluiu no sentido de na decisão do Mandado de Injunção fixar um prazo para que o Poder competente elaborasse a norma regulamentadora, sob pena de após o decurso do prazo poder o autor usufruir do direito ou ingressar com uma ação de indenização. É dizer, a decisão proferida aqui é de natureza meramente declaratória. No entanto, reconhece ao autor a possibilidade de ingressar com uma ação contra a União visando à reparação constitucional devida. É uma sentença líquida de condenação.³⁰²

Não obstante, foi julgado, em 02/08/1991, o MI 232³⁰³, o qual estabeleceu prazo de 6 meses para a providência legislativa que dizia respeito ao artigo 195, §7º, da Constituição Federal de 1988, que trata da isenção de contribuição para a

³⁰²MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. op. cit.

³⁰³EMENTA: Mandado de injunção.

Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no §7º 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, §7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Injunção* - Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

seguridade social de entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei. Caso não fosse atendido o prazo estabelecido, a consequência seria o pleno exercício do direito.

Nesse julgado a decisão do Supremo Tribunal Federal conferiu maior efetividade ao Mandado de Injunção, pois, sem ferir efetivamente a separação dos poderes, trouxe efetividade ao texto constitucional, na medida em que permitiu ao impetrante gozar plenamente do direito previsto em norma de eficácia limitada.

Vale dizer que sob um determinado ângulo essa interpretação conferida pelo STF ao Mandado de Injunção é mais ampla do que a da corrente que defende que caberia ao STF no caso concreto fixar os requisitos para que essas entidades beneficentes pudessem usufruir dessa imunidade. No caso no MI nº 232/RJ essas entidades usufruíram da imunidade independentemente do preenchimento de quaisquer requisitos, pois esses deverão constar da futura lei regulamentadora e, enquanto ela não for elaborada, todas essas entidades gozarão de imunidade.³⁰⁴

Por fim, a terceira fase jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal parece ser a mais ousada de todas, e também aquela que propugna pela efetividade constitucional.

Em 25.10.2007, o Ministro Relator Gilmar Mendes proferiu seu voto Mandado de Injunção nº. 708, que tinha como finalidade garantir o direito de greve dos servidores públicos, diante da impossibilidade de fazê-lo por falta da norma integradora do artigo 37, VII, da Constituição Federal.

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

³⁰⁴MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. op. cit.

708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, 25.10.2007).³⁰⁵

A referida decisão revolucionou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao Mandado de Injunção, especificamente quanto ao direito de greve do servidor público.

Sem efetivamente legislar, a Suprema Corte resolveu questão que há muito tempo restava sem solução concreta e suscitava críticas, tendo em vista os diversos mandados de injunção distribuídos sobre o mesmo assunto. No entanto, nas decisões anteriores, os Ministros do STF se limitavam a reconhecer a mora legislativa, de acordo com a jurisprudência não concretista, então dominante.³⁰⁶

A decisão que tratou de estabelecer um marco na jurisprudência, encabeçada pelo Ministro Gilmar Mendes, não era assunto novo no Supremo Tribunal Federal, uma vez que o Ministro Carlos Velloso já havia exarado opinião concretista no MI 631/MS, especificamente no sentido de aplicação da Lei 7.783/89.

O Ministro Gilmar Mendes, seguindo a opinião do Ministro Velloso, proferiu voto no sentido de viabilizar o direito de greve dos servidores públicos, já que o Legislativo não logrou êxito em resolver essa lacuna, considerando o tempo razoável que teve para tanto. O Ministro Gilmar Mendes ainda ressaltou que, por conta da Emenda Constitucional nº 19/1998, a aprovação da lei ficou facilitada, porquanto antes da referida Emenda, a Constituição exigia que o assunto fosse integrado por Lei Complementar, o que, atualmente, não é mais preciso, pois a alteração constitucional permitiu que a greve dos servidores públicos fosse regulamentada até mesmo por Lei Ordinária.

A particularidade do direito de greve dos servidores públicos provoca reflexão sobre a complexidade ou mesmo inadequação da postura adotada pelo Supremo, eis que, devido à abrangência da decisão sobre a greve, o parâmetro

³⁰⁵SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Omissão Inconstitucional*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

³⁰⁶A título de exemplo da teoria não concretista que já cuidou do direito de greve dos servidores públicos, temos: MI 20/DF, Rel. Min. Mauricio Corrêa, Pleno, maioria, DJ 22.11.1996; MI 485/MT, Rel. Min. Mauricio Corrêa, Pleno, maioria, DJ 23.8.2002; e MI 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, maioria, DJ 2.8.2002.

para sanar a omissão no serviço público foi aquele estabelecido para a esfera privada, conforme a Lei 7.783/89. Ressalte-se, por necessário, que o STF não silenciou sobre o assunto, ponderando alguns pontos de aplicação, no sentido de se preservar o interesse público, notadamente para assegurar a regular continuidade do serviço público, conforme se destaca do voto do Ministro Eros Grau:

A norma supletiva, na amplitude que ela deve ser conferida no âmbito do presente mandado de injunção, compreende o conjunto dos artigos 1º ao 9º, 14, 15 e 17 da Lei nº 7.783/89, com as seguintes alterações necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve dos servidores públicos: apenas a paralisação parcial do trabalho é facultada; durante a greve serão necessariamente mantidas em atividades equipes de servidores com o propósito de assegurar a regular continuidade da prestação do serviço público; o comprometimento da regular prestação do serviço público é inadmissível, consubstanciando abuso no direito de greve.³⁰⁷

Note-se que o ministro cria direito novo, embora tome por base uma lei já existente, altera o seu conteúdo para se fazer aplicá-la abstratamente.

Em sentido contrário, o Ministro Ricardo Lewandowski não entendeu razoável que o Judiciário, a pretexto de viabilizar um direito fundamental, expeça “regulamentos para disciplinar em tese, tal ou qual situação, ou adotar diploma normativo vigente aplicável a situação diversa.” E continua:

Por isso, entendo, com o devido respeito, que não se mostra factível o emprego da Lei nº 7.783/89 para autorizar-se o exercício do direito de greve por parte dos servidores do Poder Judiciário do Estado do Pará, inclusive fazendo tabula rasa de disposição legal nela contida que expressamente veda tal hipótese.³⁰⁸

Interessante ainda é a posição do Ministro acerca de fazer uso da analogia, pela qual pressupõe que haja, entre duas hipóteses, uma semelhança relevante. Vejamos.

Concessa venia, não vejo, no presente caso, semelhança relevante entre a greve na esfera pública e a greve no âmbito privado que autorize o recurso à analogia. Embora ambas situações refiram-se ao fenômeno social “greve”, consistente na

³⁰⁷MI 712/PA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de injunção 712-8 – Pará*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

³⁰⁸MI 712/PA. Id. Ibid.

paralisação das atividades de determinado setor laboral em face de reivindicações não atendidas, as distinções que as separam são maiores do que os pontos comuns que as aproximam, a começar pelo regime jurídico diferenciado ao qual estão submetidos os seus protagonistas.³⁰⁹

Com efeito, a Lei nº 7.783/89, criada após a atual Constituição, silenciou a respeito do direito de greve do servidor público, de modo que se pode concluir que tal silêncio foi proposital, já que o Legislativo deveria empenhar-se para elaborar, especificamente, uma lei própria aos funcionários públicos, atendendo às peculiaridades de cada função pública.

Apesar disso, conforme destaca o Ministro Gilmar Mendes, fator preponderante para o encorajamento do Tribunal a tomar uma posição concretista foi o de que, existindo ou não a Lei, os servidores comumente faziam greve, e citou exemplos claros, como a greve do Judiciário de São Paulo, ou do INSS.

(...) Os representantes governamentais entendem que a regulamentação acabaria por *criar* o direito de greve dos servidores públicos. Essas visões parcialmente coincidentes têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem sem qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometam a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal.³¹⁰

O art. 37, VII, estabelece que o direito de greve será exercido *nos termos e nos limites* estabelecidos em lei. Assim, a preocupação do Ministro Gilmar Mendes está no fato de que a greve do servidor público já era uma realidade ilegal, ou até mesmo inconstitucional, dada a ausência de parâmetros para o seu exercício. O prejuízo pela falta da lei recaía sobre toda a sociedade, que lidava faticamente com o exercício irregular de greve dos funcionários públicos.

A nosso ver, agiu acertadamente o Supremo Tribunal Federal quando modificou a sua linha jurisprudencial, ainda que se critique o alcance de tais decisões. Não se pode vislumbrar greve individual, de modo que a abrangência da decisão deve afetar certa coletividade diretamente interessada.

³⁰⁹MI 712/PA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de injunção 712-8 – Pará*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

³¹⁰Excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 708/DF.

Registre-se, obviamente, que, com o advento de lei a respeito da greve dos servidores públicos, a decisão da Suprema Corte não produzirá mais efeitos.

Frise-se que, quando da decisão prolatada, em 2007, havia também um projeto de lei em andamento, conforme destacou o Ministro Gilmar Mendes.

Segundo informações obtidas na página oficial da Câmara dos Deputados (www.camara.gov.br), o Projeto de Lei nº. 4.497/2001 encontra-se na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, na pendência de pedido de desarquivamento da proposição formulado pelo Presidente da Comissão Legislativa Participativa, o Deputado Federal Eduardo Amorim, em 13 de março de 2007.

Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetida absoluta e exclusivamente a juízo de conveniência e oportunidade do Poder Legislativo.³¹¹

Aliás, ainda estão em trâmite projetos de lei a respeito do assunto, conforme se depreende da notícia, de 25.09.2012, veiculada na página oficial do Senado Federal, em que a manchete diz: “Direito de greve do servidor público pode voltar a discussão após as eleições”³¹². Isso somente nos faz acreditar que a decisão do Supremo Tribunal Federal não foi, de modo algum, precipitada.

Assim, mais uma vez, reforçamos o entendimento acertado da Suprema Corte, que praticou o chamado “ativismo judicial”, mas dentro dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, adotando critérios de interpretação que não afrontaram o sistema constitucional brasileiro. Pelo contrário. A decisão aqui trazida proporcionou efetividade ao texto constitucional.

Nessa mesma linha jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal sanou a omissão inconstitucional advinda das chamadas aposentadorias especiais, previstas no artigo 40, § 4º, incisos de I a III, da Constituição Federal de 1988.

Assim, em mandado de injunção³¹³ impetrado contra o Presidente da República por servidora do Ministério da Saúde a fim de se assentar o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço, em decorrência de atividade em

³¹¹Excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 708/DF.

³¹²FRANCO, Simone; KOSHIMIZU, Ricardo Koiti. *Direito de greve no serviço público pode voltar a discussão após as eleições*. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/09/25/direito-de-greve-no-servico-publico-pode-voltar-a-discussao-apos-as-eleicoes>. Acesso em: 25 nov. 2012.

³¹³MI 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 30.08.2007.

trabalho insalubre prevista no § 4º, do art. 40, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal sanou a omissão inconstitucional, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada.

Note-se que o parâmetro para a solução da omissão inconstitucional foi bem parecido com aquele analisado anteriormente, a respeito do direito de greve dos servidores públicos, entretanto, esse caso ficou adstrito ao pedido de uma só impetrante, sem ampliação dos efeitos. Contudo, em sessão realizada no dia 15.04.2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao conceder as ordens nos mandados de injunção que estavam em pauta³¹⁴, resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa para autorizar que os Ministros decidam monocraticamente e definitivamente os casos idênticos.

Convém destacar interessante ponto sobre decisões que envolvam aposentadoria especial, pois o alcance do mandado de injunção se restringe a suprir a lacuna normativa, tão somente. A análise fática da situação do impetrante deve ainda ser analisada pelo órgão administrativo responsável, que, no caso em tela, deverá aplicar o art. 57 da Lei 8.213/1991.

A possibilidade se ter a aplicação da regra do art. 58 da Lei nº. 8.213/1991 no caso concreto, após exame e conclusão sobre o cumprimento, pela Impetrante, das condições de fato e de direito autorizadoras da incidência da norma, são da exclusiva competência da autoridade administrativa competente, a quem incumbirá aferir o preenchimento de todos os requisitos para a aposentação previstos no ordenamento jurídico vigente.³¹⁵

Portanto, quando se fala em mandado de injunção, devemos consignar que a interpretação para a lacuna, ou omissão inconstitucional, deve se pautar na ideia de integração constitucional. Busca-se a efetividade constitucional e não necessariamente a concretização de um direito, uma vez que o mandado de injunção funciona, de acordo com a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como um *instrumento de efetividade*. A *concretização* vai depender do

³¹⁴MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF.

³¹⁵MI-ED 1286. Rel. Min. Cármen Lúcia.

preenchimento de requisitos fáticos, a serem analisados pelo órgão que não dispunha da lei para fazê-lo.

A concretização dos direitos fundamentais pode dar-se, basicamente, de duas formas: com a participação do Estado ou sem a participação do Estado. Na primeira hipótese, teremos as sentenças judiciais e os atos do Poder Executivo e Legislativos como atos intermediários (efetivação) que visam à concretização; na segunda, temos os cidadãos, verdadeiros titulares do poder, concretizando a Constituição, como por exemplo: matriculando-se em uma escola (art. 205, caput, da CF), vacinando-se ou levando seu filho ao posto de saúde para vacinação (art. 196, caput, da C.F.), respeitando o direito à vida alheia (art. 5º, caput, da CF). Nota-se que a concretização ocorre quando o cidadão desfruta do direito, de forma que não basta existir a escola, a vacina no posto de saúde, a expectativa de vida, se elas não forem alcançadas concretamente pelo povo.³¹⁶

Assim, o remédio Constitucional aqui tratado busca a efetivação constitucional, e não necessariamente a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Feita essa constatação, continuemos a analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal referente ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição Federal, que preconiza aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.³¹⁷

Ao contrário da efetividade que vinha proporcionando às suas decisões, o Supremo Tribunal Federal limitou-se a declarar a mora legislativa do Congresso Nacional na regulamentação do direito em questão. Cabe registrar que o Ministro Relator Sepúlveda Pertence teve de ficar adstrito ao pedido da parte impetrante, que se restringiu a exigir do Judiciário que notificasse o Congresso sobre a mora legislativa:

(...) o Congresso Nacional parece obstinado na inércia legislativa a respeito. Seria talvez a oportunidade de reexaminar a posição do Supremo quanto à natureza e eficácia do mandado de injunção, nos moldes do que desenha o MI 670 (INF/STF 430), se não fora o pedido da inicial.

³¹⁶MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Processo de realização dos direitos fundamentais. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 5, n. 5, p. 123-156, 2005.

³¹⁷Conforme julgados: MI 369/DF, rel. org. Min. Sydney Sanches, rel. p/ o acórdão Min. Francisco Rezek; MI 95/RR, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, 7.10.1992; MI 124/SP, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, 7.10.1992; MI 278/MG, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Ellen Gracie, 3.10.2001; MI 695/MA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1º.3.2007.

REQUER, assim, dessa Augusta Corte, que seja comunicado o Órgão competente para a imediata regulamentação da Norma Constitucional, garantindo-se dessa forma o direito do Impetrante, que pela evidente omissão do Poder responsável, pela elaboração da lei, o autor se encontra totalmente prejudicado. (sic)³¹⁸

É importante ressaltar, quando se fala em ativismo judicial, que o Poder Judiciário não se manifesta politicamente sobre todos os assuntos, muito menos sobre todas as omissões inconstitucionais. O princípio da inércia é prova disso, eis que a jurisdição constitucional necessita de provocação pela parte interessada (art. 5º, XXXV, CF). Não bastasse esse princípio, a Suprema Corte também demonstrou que, embora exerça atualmente um importante papel na efetividade constitucional, restringe-se ao pedido formulado pela parte impetrante. Além disso, convém destacar que as limitações impostas ao ativismo judicial também estão na ideia de ampliação dos direitos humanos fundamentais, e não de restrição destes.

Nada obstante, nos Mandados de Injunção 943, 1010 e 1090, o Ministro Relator Gilmar Mendes julgou procedente o pedido formulado no que se referia à efetivação do direito a que se referia o artigo 7º, XXI, da Constituição Federal (aviso prévio proporcional), conforme se verifica pelo informativo nº 632 do STF:

PLENÁRIO

Mandado de injunção e aviso prévio

O Plenário iniciou julgamento conjunto de mandados de injunção em que se alega omissão legislativa dos Presidentes da República e do Congresso Nacional, ante a ausência de regulamentação do art. 7º, XXI, da CF, relativamente ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;”). Na espécie, os impetrantes, trabalhadores demitidos sem justa causa após mais de uma década de serviço, receberam de seu empregador apenas um salário mínimo a título de aviso prévio. O Min. Gilmar Mendes, relator, ao reconhecer a mora legislativa, julgou procedente o pedido. Inicialmente, fez um retrospecto sobre a evolução do Supremo quanto às decisões proferidas em sede de mandado de injunção: da simples comunicação da mora à solução normativa e concretizadora. Destacou que, no tocante ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, o Min. Carlos Velloso,

³¹⁸Excerto do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no MI 695/MA.

em voto vencido, construíra solução provisória fixando-o em “10 dias por ano de serviço ou fração superior a 6 meses, observado o mínimo de 30 dias”. Aduziu, entretanto, que essa equação também poderia ser objeto de questionamento, porquanto careceria de amparo fático ou técnico, uma vez que a Constituição conferira ao Poder Legislativo a legitimidade democrática para resolver a lacuna. O Min. Luiz Fux acrescentou que o art. 8º da CLT admitiria como método de hetero-integração o direito comparado e citou como exemplos legislações da Alemanha, Dinamarca, Itália, Suíça, Bélgica, Argentina e outras. Apontou, ainda, uma recomendação da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre a extinção da relação trabalhista. Por sua vez, o Min. Marco Aurélio enfatizou que o critério a ser adotado deveria observar a proporcionalidade exigida pelo texto constitucional e propôs que também se cogitasse de um aviso prévio de 10 dias — respeitado o piso de 30 dias — por ano de serviço transcorrido. O Min. Cezar Peluso sugeriu como regra para a situação em comento que o benefício fosse estipulado em um salário mínimo a cada 5 anos de serviço. O Min. Ricardo Lewandowski, por seu turno, mencionou alguns projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional. Diante desse panorama, o relator acentuou a existência de consenso da Corte quanto ao provimento do writ e à necessidade de uma decisão para o caso concreto, cujos efeitos, inevitavelmente, se projetariam para além da hipótese sob apreciação. Após salientar que a mudança jurisprudencial referente ao mandado de injunção não poderia retroceder e, tendo em conta a diversidade de parâmetros que poderiam ser adotados para o deslinde da controvérsia, indicou a suspensão do julgamento, o qual deverá prosseguir para a explicitação do dispositivo final.³¹⁹

Assim, tendo em vista que os mandados de injunção referidos no informativo clamavam por efetividade foi necessária à suspensão das ações, a fim de encontrarem uma forma mais adequada de concretização do direito ao aviso prévio proporcional.

Nesse ínterim, a questão foi, enfim, regulamentada pelo Legislativo Federal, de modo que a Lei nº. 12.506/2011, tratou de colmatar a lacuna oriunda do art. 7º, XXI, da Constituição Federal. Segundo a nova lei, a proporcionalidade do aviso prévio ocorre da seguinte forma:

Art. 1º O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção

³¹⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de injunção e aviso prévio. **Informativo nº 632**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI+943%29&base=b aselInformativo>>. Acesso em: 29 nov. 2012.

de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

Parágrafo único. Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

Com a edição da lei, surgem outros questionamentos: Como ficaria a situação das pessoas que ajuizaram o Mandado de Injunção antes da referida regra infraconstitucional? Teriam esses impetrantes os seus direitos assegurados?

Pois bem, recentemente, a Suprema Corte manifestou-se a respeito, garantindo os benefícios da nova lei trabalhista àqueles que tinham processos pendentes de julgamento sobre o assunto. O noticiário consta da página oficial do Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

Quarta-feira, 06 de fevereiro de 2013

Regras da Lei de Aviso Prévio são aplicadas a Mandados de Injunção em tramitação no STF

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por unanimidade de votos, que a regra sobre o pagamento de aviso prévio estabelecida pela Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011, deve ser aplicada a outros casos em andamento na Corte nos quais o tema é abordado. Previsto no artigo 7º, inciso XXI da Constituição Federal, o valor do aviso prévio estava pendente de regulamentação até a edição da Lei 12.506/11. Ao longo desse período, o tema foi questionado no STF por meio de vários mandados de injunção, nos quais trabalhadores exigiam uma solução para a omissão legislativa.

A Constituição Federal prevê que os trabalhadores têm direito a aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias “nos termos da lei”. Vinte e três anos após a promulgação da Constituição de 1988, a Lei nº 12.506/11 estabeleceu que ao mínimo de 30 dias pagos ao trabalhador com até um ano de serviço na mesma empresa serão acrescidos três dias por ano de trabalho, até o máximo de 60 dias.

Mandado de Injunção 943

O caso foi debatido pelo STF no julgamento do Mandado de Injunção (MI) 943, de relatoria do ministro Gilmar Mendes. Segundo o ministro, no caso em exame, o STF havia decidido e deferido o mandado de injunção, suspendendo o julgamento em 22 de junho de 2011 para a apresentação de uma solução conciliatória pelo Tribunal a fim de suprir a lacuna legislativa.

A proposta apresentada hoje (6) pelo ministro Gilmar Mendes, e aprovada pelo Plenário, prevê a aplicação dos parâmetros da Lei 12.506/11 aos mandados de injunção ajuizados antes de sua edição. “Tratam-se de mandados de injunção ajuizados anteriormente à edição da lei, e cujos julgamentos, muito embora iniciados, foram suspensos”, afirmou o ministro. Juntamente com o MI 943, foram decididos em Plenário também os MIs 1010, 1074 e 1090.

Ao proclamar o resultado, o presidente da Corte, ministro Joaquim Barbosa, salientou que o entendimento será aplicado a processos semelhantes em trâmite no STF. “Em todos os processos apregoados foi determinada a aplicação da solução preconizada pela Lei 12.506/2011, e autorizada a resolução monocrática dos processos sobre o mesmo tema, por delegação do Plenário”, afirmou.

Segurança jurídica

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes salientou que o entendimento proposto em seu voto aplica-se tão somente àqueles Mandados de Injunção em trâmite no STF, não devendo se estender indiscriminadamente a disputas estabelecidas anteriormente à edição da Lei nº 12.506/11. “Registre-se que por segurança jurídica não é possível exigir-se a aplicação dos parâmetros trazidos pela Lei 12.506/11 para todas as situações jurídicas que se consolidaram entre a promulgação da Constituição e a edição da referida lei. Em primeiro lugar, a mora legislativa pressupõe certo lapso temporal de inação, que não estaria configurado tão logo promulgada a Constituição. Além disso, muitas situações se consolidaram de tal modo que a Constituição lhes atribui proteção a título de ‘ato jurídico perfeito’ ou de ‘coisa julgada’”, afirmou o ministro.³²⁰

Diante disso, temos que o Judiciário agiu com o intuito de preservar a força do instrumento do mandado de injunção. Aqueles que estavam em situação de exigir o direito ao aviso prévio proporcional antes da edição da lei, encontraram amparo por força deste *writ*, que, apesar de não ter proporcionado o imediato exercício do direito, foi capaz de assegurar o seu exercício no futuro, efetivamente com a edição do ato normativo pelo Congresso Nacional.

É correto salientar, entretanto, que em respeito à segurança jurídica, os mandados de injunção que já tiveram o seu trâmite terminado antes da edição da nova lei, com o devido trânsito em julgado, não alcançarão os benefícios da Lei 12.506/2011.

³²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Regras da Lei de Aviso Prévio são aplicadas a Mandados de Injunção em tramitação no STF. *Notícias STF*, 06 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=230144&caixaBusca=N>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

Portanto, resumidamente, temos que a Suprema Corte brasileira tem se manifestado no sentido de proporcionar utilidade ao instrumento do mandado de injunção, conferindo ao instituto aplicação que passa a despertar o interesse da sociedade.

A postura ativista do STF, ao menos por enquanto, não fere os preceitos constitucionais, tendo em vista a correta utilização da hermenêutica constitucional, quando enfrenta os casos concretos.

Com efeito, destacamos da hermenêutica constitucional o método tópico, o qual já comentamos anteriormente. Nesse mesmo sentido a Teoria Estruturante do Direito, idealizada por Friedrich Müller³²¹, também tem se destacado, no sentido de que a norma jurídica deve ter como parâmetro o caso concreto. Assim, entendemos que a jurisprudência respeita cada vez mais as particularidades do caso, buscando sempre efetivar a Constituição, em especial, os Direitos Humanos Fundamentais.

Acreditar que o direito seja dissociado da política é admitir o fracasso do atual regime democrático de direito, que tem como importante pilastra o Poder Judiciário, o qual, atualmente, ganha prestígio seja pela sua democratização, seja pela transparência de seus julgamentos, tendo em vista que estes são filmados e apresentados para toda a sociedade pela TV Justiça, seja pelo diversos meios de participação do povo nas decisões judiciais, a exemplo das audiências públicas e do *amicus curiae*³²². Aliás, destaca Peter Häberle³²³ que “como não são apenas

³²¹ Apud, CONTE, Christiany Pegorari. op. cit., v. 2, p. 112-136. FERRAZ, Anna Candida da Cunha; LEISTER, Margareth Anne (Orgs.). op. cit.

³²² FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação jurisdição constitucional concentrada. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 8, n. 1, p. 53-72, jan./jun. 2008. Segundo a autora: “Para além de servir como “amigo da corte”, no sentido de, por requisição do juiz constitucional aportar ao processo constitucional valiosos elementos, particularmente de natureza jurídica, para colaborar na solução de controvérsias constitucionais, e de se tornar figura imprescindível para maior proteção dos direitos fundamentais submetidos à jurisdição constitucional, o *amicus curiae* configura valioso instrumento para a pluralização do processo perante a Corte Suprema. Por seu intermédio, a sociedade em geral encontra novos caminhos para participar de decisões constitucionais sobre matérias relevantes e de enorme ressonância social, política e econômica. Torna-se o *amicus curiae* verdadeiro intermediário entre o Tribunal Constitucional e a jurisdição constitucional e, tal como a ampliação do acesso à justiça, é vocacionado para a democratização e a legitimação dessa modalidade de controle de constitucionalidade no Brasil.”

³²³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 15.

os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.”

CONCLUSÃO

A análise do mandado de injunção e a efetivação dos direitos fundamentais, bem como de uma possível interpretação ativista por parte do Poder Judiciário, está diretamente ligada a alguns pressupostos. A evolução dos direitos humanos fundamentais, tendo em vista a constatação de suas dimensões, revela as suas características principais, de modo a possibilitar o entendimento de seu conteúdo, principalmente no que se refere à identificação da postura do Estado frente a tais direitos.

A evolução ocorre, com maior ênfase, a partir das revoluções burguesas, liberais, que tinham como objetivo limitar a atuação do governante, proporcionando direitos ligados às liberdades públicas: primeira dimensão de direitos humanos fundamentais. Em seguida, conforme constatamos, a preocupação fundamental dos direitos volta-se para os direitos sociais, exigindo-se, entretanto, uma postura positiva por parte do Estado: segunda dimensão. Por fim, surgem preocupações significativas a partir do Pós-segunda guerra mundial, ligadas aos direitos metaindividuais.

Ademais, as fontes dos direitos fundamentais, no direito brasileiro, são abordadas, o que se revela de suma importância para o estudo do mandado de injunção, já que essa abrangência traça o alcance deste remédio constitucional, que se mostra como uma importante garantia neste panorama dos direitos fundamentais, tendo em vista, principalmente, a complexidade estrutural da Constituição brasileira de 1988.

Essa complexidade revela os traços programáticos em sentido social da Constituição brasileira, já que nela estão previstos, além de regras constitucionais, os princípios que norteiam o caminho a ser observado pelo governante, especialmente quanto à efetivação dos direitos sociais.

Assim, a Constituição mostra-se como um sistema aberto de regras e princípios, dentre os quais figura o princípio da dignidade da pessoa humana, que

serve também de fundamento para a República Federativa do Brasil, irradiando-se tal princípio sobre todo o ordenamento jurídico.

Não obstante, a necessidade de observância do princípio da dignidade da pessoa humana encontra obstáculos na normatividade constitucional, já que esta apresenta também normas com eficácia e aplicabilidade diferidas, isto é, normas que, por vezes, clamam por uma ação governamental, ou mesmo por uma providência de natureza legislativa posterior. Apesar de o §1º, do artigo 5º, conferir aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de acordo com a teoria estudada, algumas normas não trazem em si tal aplicabilidade, exigindo do legislador infraconstitucional providências para a sua efetividade, como é o caso das normas de eficácia limitada.

Essa espécie normativa é resultado da prolixidade constitucional, já que o Constituinte, ao elaborar o texto constitucional, cuidou de muitos assuntos, de muitos direitos, sem fazê-lo por completo, o que pode dar margem a uma ineficácia constitucional, já que não basta simplesmente inserir no texto constitucional uma norma que estabeleça um encargo normativo futuro. Por outro lado, uma constituição concisa deixa margem para uma interpretação ainda maior do Judiciário, que se depara com normas essencialmente principiológicas. Na verdade, dentre as vantagens e desvantagens apontadas, a nosso ver a sociedade se beneficia. Ao se elevar uma norma ao plano constitucional, ainda que se depare com omissões por parte do Estado, é possível a utilização de remédios constitucionais capazes de curar a doença da inefetividade.

Diante dos remédios disponíveis na Constituição de 1988, o mandado de injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, é o que se mostra mais apto a curar o mal da omissão inconstitucional, especificamente quando a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania. Aliás, esse remédio constitucional é criação genuinamente brasileira.

No entanto, apesar de o mandado de injunção mostrar-se apto para tal finalidade, nem todas as lacunas constitucionais são alcançadas pelo instituto, já que existem aquelas que não decorrem especificamente das normas de eficácia limitada. Esclareça-se que a utilização desse remédio constitucional somente ocorre em sede de controle difuso de constitucionalidade. Existem outras formas

de se tentar solucionar omissões constitucionais, ou até mesmo lacunas em sentido amplo, no entanto, estas formas ocorrem, em grande parte, pelo controle concentrado de constitucionalidade.

Dada a complexidade e extensão dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, bem como as incertezas do alcance material do mandado de injunção, levando-se em conta a falta de regulamentação do próprio mandado de injunção, o presente estudo mostrou-se válido para refletir sobre o referido alcance.

Conferir abrangência ao objeto do mandado de injunção parece revelar uma interpretação acertada, pois se cuida, na maior parte das vezes, de aplicar, em cada caso, o princípio da dignidade da pessoa humana, que serve de fundamento para a interpretação de qualquer direito e de base para o Estado Democrático de Direito assegurado pela Constituição Brasileira.

Acreditamos que os motivos para tal abrangência estejam intrinsecamente ligados à efetividade constitucional, incluindo-se aí os direitos fundamentais, fazendo-se uma interpretação cuja intenção seja revelar uma Constituição que realmente reflita os valores de uma sociedade. A falta de cumprimento dos valores constitucionais deve ser remediada pelos instrumentos à disposição de todo o povo.

No aspecto processual, o mandado de injunção apresenta algumas incertezas, principalmente porque esse remédio até o momento não foi devidamente regulamentado. Apesar disso, concluímos pela possibilidade de utilização de procedimento do Mandado de Segurança, previsto na Lei 12.016/2009, no que couber, sendo razoável ainda a utilização de outros ritos processuais para fazer valer o instituto.

No que toca à legitimidade de agir, concluímos ser possível manejar ativamente o remédio constitucional da injunção àquele que esteja sendo prejudicado no exercício de seu direito, por conta da falta de norma regulamentadora. Deve ser o impetrante titular do direito reclamado, o qual não é concretizado pela inércia do Legislativo.

Ultrapassados esses obstáculos, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi necessária, diante de uma nova perspectiva de interpretação

constitucional quanto ao mandado de injunção, especialmente com relação ao ativismo judicial. Para tanto, a tripartição de poderes foi o ponto de partida para tal análise, já que este é o aspecto mais delicado para a ampla atuação do Poder Judiciário.

Identificamos, com a pesquisa, que houve um expansionismo do Poder Judiciário a partir da Segunda Guerra Mundial, justamente por conta de uma possível evolução do positivismo jurídico. A partir desse marco, o Judiciário passa a ter destaque no cenário político, tendo em vista as decisões que proferiu, nos últimos anos, revelando uma *judicialização da política*, ou mesmo um *ativismo judicial*.

Os principais motivos para esse expansionismo se deram por conta da ineficiência tanto do Executivo quanto do Legislativo, que não cumpriram, e por vezes ainda não cumprem, o ideal do Estado Social e Democrático de Direito. Por sua vez, o Judiciário não pode se pautar num positivismo absoluto, incorrendo em igual erro.

Nesse sentido, temos que o neoconstitucionalismo surge para fazer valer o Estado Social e Democrático de Direito, que se preocupa, notadamente, mais com a efetivação dos direitos, do que com a positivação desses.

Assim, a atuação do Poder Judiciário vê-se entre o *ativismo judicial* e a *auto contenção*. Enquanto o ativismo procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, a *autocontenção* restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

Todavia, admitir-se inefetividade constitucional por conta de preceitos hermenêuticos engessados, não condiz com a dinâmica do sistema jurídico constitucional contemporâneo, que exige cada vez mais do intérprete uma postura que busca efetivar a Constituição. No entanto, é inegável a árdua tarefa de efetivação constitucional, evitando-se, ao mesmo tempo, a arbitrariedade dos Tribunais, especialmente da Suprema Corte constitucional brasileira.

Assim, concluímos que ativismo judicial, no Brasil, é a atuação democraticamente legítima do Supremo Tribunal Federal que, no exercício da jurisdição constitucional, mediante provocação e cumprindo sua incumbência de guardião da Constituição Federal, protege a supremacia de seu conteúdo e

garante a efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais, agindo, pelos meios constitucionalmente previstos de que dispõe, num espaço legislativo aparentemente vazio, colmatando as lacunas contrárias à máxima efetividade das normas constitucionais, por uma interpretação integrativa, construtivista e evolutiva dos princípios e valores nelas contidos.

É correto dizer que quando se fala em ativismo judicial, o Poder Judiciário não se manifesta politicamente sobre todos os assuntos, muito menos sobre todas as omissões inconstitucionais. O princípio da inércia é prova disso, eis que a jurisdição constitucional necessita de provocação pela parte interessada (art. 5º, XXXV, CF). Não bastasse esse princípio, a Suprema Corte também demonstrou que, embora exerça atualmente um importante papel na efetividade constitucional, restringe-se ao pedido formulado pela parte impetrante e também aos princípios fundamentais previstos na Constituição, o que sugere sempre uma interpretação que busque ampliar tais direitos, e não restringi-los.

Diante dessa perspectiva de interpretação, analisamos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal desde o início, com destaque especial para o MI 107, em que a *autocontenção* foi o traço marcante da jurisprudência, até a emblemática decisão proferida no Mandado de Injunção 712, que tratou do direito de greve dos servidores públicos, previsto no artigo 37, VII, da Constituição brasileira de 1988.

Sobre o direito de greve do servidor público, o Supremo Tribunal Federal efetivou a Constituição, neste ponto, integrando o direito com a aplicação da lei que se refere ao direito de greve dos particulares, adaptando-se, pontualmente, a lei às peculiaridades da prestação do serviço público. Registre-se, obviamente, que, com o advento de lei a respeito da greve dos servidores públicos, a decisão da Suprema Corte não produzirá mais efeitos.

Neste sentido, houve relevante modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao mandado de injunção. Assim, reforçamos que foi acertado o entendimento da Suprema Corte, que praticou o chamado “ativismo judicial” dentro dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, adotando critérios de interpretação que não afrontaram o sistema constitucional brasileiro. Pelo contrário. A decisão aqui trazida proporcionou efetividade ao texto constitucional.

Nessa mesma linha jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal sanou a omissão inconstitucional advinda das chamadas aposentadorias especiais, previstas no artigo 40, § 4º, incisos de I a III, da Constituição Federal de 1988, de modo que o Supremo Tribunal Federal sanou a omissão inconstitucional, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. Convém destacar, neste caso, que o alcance do mandado de injunção se restringiu a suprir a lacuna normativa. A análise fática da situação do impetrante deveria ainda ser analisada pelo órgão administrativo responsável, de acordo com o art. 57 da Lei 8.213/1991.

Portanto, o Mandado de Injunção serviu como um instrumento de efetivação da Constituição, já que a concretização do direito deveria ser buscada posteriormente, com a comprovação, perante órgão competente, dos requisitos essenciais da aposentação.

Ademais, vimos que o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão referente ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição Federal, julgando o pedido procedente, no entanto, os processos que tratavam do assunto foram suspensos para que o Tribunal refletisse sobre uma postura efetiva adequada.

Nesse ínterim, a questão foi devidamente regulamentada pelo Legislativo Federal, de maneira que, pelo Supremo Tribunal Federal, foram garantidos os benefícios da nova lei trabalhista àqueles que tinham processos pendentes de julgamento sobre o assunto, o que, a nosso ver, deu ainda mais relevo ao *writ* da injunção.

Por fim, constatamos que a Corte Constitucional brasileira passou a proporcionar ao impetrante do *writ* da injunção não só a declaração da mora legislativa, com a notificação inócua ao órgão responsável pela elaboração da norma, como ocorreu em quase vinte anos desde a sua criação, mas a efetividade do texto constitucional, permitindo ao impetrante a obtenção de uma tutela jurisdicional que realmente sane o mal da omissão inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

ALVIM, Márcia Cristina de Souza. A força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 7, n. 2, p. 15-25, jul./dez. 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2007. (Coleção a obra-prima de cada autor; 53).

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

BARBI, Celso Agrícola. *Mandado de injunção*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (Orgs.). *Doutrinas essenciais de direito constitucional* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

_____. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido: uma proposta de reformulação. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (Org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 429-436.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de interpretação constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 45-50, jul./set. 1998.

_____. As normas programáticas na Constituição de 1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 14, jan./mar. 1996.

BERMUDES, Sergio. *Direito processual civil: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. O mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 642, p. 21-25, abr. 1989.

BILL OF RIGHTS. Disponível em: <www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights.html>. Acesso em: 25 nov. 2012.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Constituição e direitos fundamentais: reflexões jusfilosóficas a partir de Habermas e Häberle. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 6, n. 2, p. 37-53, jul./dez. 2006.

_____. As fontes do direito e a concretização dos direitos humanos. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 5, n. 5, p. 23-38, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. 9. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

_____. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. A emergência do Poder Judiciário como contraponto ao bloco monocolor Legislativo/Executivo. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Os 20 anos de Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____; MOREIRA, Vidal. *Constituição portuguesa anotada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2007. v. 2.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.

CASTILHO, Ricardo dos Santos. *Direitos humanos: processo histórico: evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSTITUTION Society. Habeas Corpus Act. Disponível em: <<http://www.constitution.org/eng/habcorpa.htm>>. Acesso em: 29 nov. 2012.

CONTE, Christiany Pegorari. Ativismo judicial e sua conformização ao regime democrático brasileiro. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; LEISTER, Margareth Anne (Orgs.). *Colóquio da Pesquisa Jurídica, 2. Panorama da Pesquisa em Direito*, 2. Osasco: EDIFIEO, 2001. v. 2, p. 112-136.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. **Acesso em: 29 nov. 2012.**

DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DONIZETTI, Elpídio. *Ações constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação jurisdição constitucional concentrada. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 8, n. 1, p. 53-72, jan./jun. 2008.

_____. *Conflito entre Poderes: o poder congressual de sustar os atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Fundamentos constitucionais da participação popular no exercício do poder: garantia da cidadania e dos direitos políticos. *Revista de Mestrado em Direito*, Osasco, ano 8, n. 2, p. 29-50, 2008.

_____. Mutações, reforma e revisão das normas constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 5, p. 5-24, out./dez. 1993.

_____. Necessidade da regulamentação constitucional. 3. painel (apresentado no XVII Congresso Brasileiro de Dir. Constitucional). *Cadernos de Direito Constitucional e Ciencia Política*, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 46-50, jan./mar. 1997.

_____. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986.

_____. Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 5, n. 5, p. 157-210, 2005.

_____. Os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n. 45. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 7, n. 1, p. 117-132, jan./jun. 2007.

_____; LEISTER, Margareth Anne (Orgs.). *Colóquio da Pesquisa Jurídica, 2. Panorama da Pesquisa em Direito*. Osasco: EDIFIEO, 2001. 2 v. Disponível em: <<http://www.unifieo.br/para+a+comunidade/publicacoes/ii+coloquio+de+pesquisa+-+2011+--+volume+2.html>>.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. *Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Org. Antonio Cláudio da Costa Machado; Coord. Anna Candida da Cunha Ferraz. Barueri: Manole, 2010.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro, Forense: 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANCO, Simone; KOSHIMIZU, Ricardo Koiti. *Direito de greve no serviço público pode voltar a discussão após as eleições*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/09/25/direito-de-greve-no-servico-publico-pode-voltar-a-discussao-apos-as-eleicoes>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

GARBI, Carlos Alberto. O silêncio inconstitucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 97, p. 162-165, jan./mar. 1991.

GARCIA, Maria. Sistemas constitucionais comparados: o sistema inglês (“*common law*”) e norte-americano: alguns aspectos do direito constitucional brasileiro. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 53-72, 1994.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journal*, Philadelphia, USA, v. 58, n. 5, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1410728>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LAMY, Marcelo. As funções jurisdicionais e a criação de direitos. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 15, jan./jul. 2010.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder. 2002.

LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Processo de realização dos direitos fundamentais. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 5, n. 5, p. 123-156, 2005.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. *Revista CEJ*, Brasília, v. 5, n. 14, p. 112-20, maio/ago. 2001.

MELO, Adriana Zawada. Funções dos princípios constitucionais. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 8, n. 2, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. O mandado de injunção e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (Coords.). *Lições de direito constitucional: em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. Mandado de segurança: ação civil pública, ação popular, habeas data, mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Ed. Verbatim, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciencia Política*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 26-34, out./dez. 1994.

QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense 1995.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz. *Princípios constitucionais do processo: visão crítica*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. . In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2001. v. 1, p. 51-78.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Tratados de direitos humanos e a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier (Org.). *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2012.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica na construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2002.

_____. *O mandado de injunção no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de injunção e aviso prévio. **Informativo nº 632**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI+943%29&base=baseInformativo>>. **Acesso em: 29 nov. 2012.**

_____. *Mandado de Injunção* - Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

_____. *Mandado de injunção 712-8 – Pará*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

_____. *Mandado de injunção n. 501 – São Paulo*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81845>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Omissão Inconstitucional*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

_____. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>. Acesso em: 29 nov. 2012.

_____. Regras da Lei de Aviso Prévio são aplicadas a Mandados de Injunção em tramitação no STF. *Notícias STF*, 06 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=230144&caixaBusca=N>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Repensando a ADPF: o complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/andre_amos2.pdf> Acesso em: 20 out. 2012.

TEIXEIRA, Meirelles J. H. *Curso de direito constitucional*. Texto organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.