

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS – CCSA  
BACHARELADO EM DIREITO**

**MATHEUS SILVA DE MACEDO ARAUJO**

**UMA ANÁLISE AO ATIVISMO JUDICIAL  
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
EM FACE DO MANDADO DE INJUNÇÃO (LEI 13.300/16)**

**TERESINA, PIAUÍ**

**2017**

**MATHEUS SILVA DE MACEDO ARAUJO**

**UMA ANÁLISE AO ATIVISMO JUDICIAL  
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
EM FACE DO MANDADO DE INJUNÇÃO (LEI 13.300/16)**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para a obtenção do diploma de Bacharelado em Direito, apresentado para a Universidade Estadual do Piauí.

Orientadora: Profa. PhD. Adeilda Coelho de Resende.

**TERESINA, PIAUÍ**

**2017**

**MATHEUS SILVA DE MACEDO ARAUJO**

**UMA ANÁLISE AO ATIVISMO JUDICIAL  
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
EM FACE AO MANDADO DE INJUNÇÃO (LEI 13.300/16)**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Bacharelado em Direito, da Universidade Estadual do Piauí, como pré-requisito para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Data: \_\_\_\_ de agosto de 2017.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Profa. PhD. Adeilda Coelho de Resende

---

Profa. Lya Rachel Brandão e Mendes Pinheiro

---

Profa. Auricélia do Nascimento Melo

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiro, a Deus, por sempre guiar meus passos e iluminá-los. Também aos ilustríssimos professores com os quais tive a chance de aprender, em especial, à minha orientadora, Profa. Adeilda Coelho de Resende, por seus ensinamentos e paciência. Ainda, aos meus pais e irmão, por, das suas peculiares formas, me darem o apoio e estrutura familiar que acode em momentos de fraqueza.

## RESUMO

Por muito tempo, as decisões do Supremo Tribunal Federal ao julgarem o mandado de injunção ficaram adstritas à declaração da mora legislativa. No entanto, após ver-se frente ao direito de exercício de greve pelo servidor público, garantia constitucional, com previsão no art. 37, §7º, da Constituição da República Federativa do Brasil, a Corte Suprema, ao proferir a decisão do mandado de injunção de número 708, atribuiu prazo para que o Poder Legislativo cumprisse sua função, bem como aplicou analogicamente a lei que regula o direito à greve dos servidores privados. O objetivo deste trabalho é o estudo da síndrome de inefetividade das normas constitucionais, trazida pela Constituição por suas inúmeras leis dotadas de eficácia limitada, com um breve olhar às ações constitucionais em defesa dos direitos e garantias previstos, bem como a analisar quais os objetos tutelados pelo mandado de injunção e a evolução das decisões da Corte Suprema ao julgar esse remédio constitucional, observando, ainda, no que couber, a regulamentação do instituto com a publicação da Lei 13.300, de 2016, e as legitimações decorrentes disso.

Palavras-chave: Mandado de injunção. Remédio constitucional. Supremo Tribunal Federal.

## **ABSTRACT**

For a long time, the decisions of the Federal Court of Justice when judging the injunction warrant were attached to the declaration of the legislative delay. However, after being faced with the right to strike by the public servant, a constitutional guarantee provided for in art. 37, §7, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, the Supreme Court, in rendering the decision of the injunction warrant of number 708, assigned a period for the Legislative Power to fulfill its function, as well as applied analogously the law that regulates the right to the strike of private servers. The objective of this work is the study of the ineffectiveness syndrome of constitutional norms, brought by the Constitution for its innumerable laws with limited effectiveness, with a brief look at the constitutional actions in defense of the rights and guarantees foreseen, as well as to analyze which objects protected by the injunction warrant and the evolution of the decisions of the Supreme Court in judging this constitutional remedy, noting, also, where applicable, the regulation of the institute with the publication of Law 13.300, of 2016, and the legitimations resulting therefrom.

Keywords: Injunction warrant. Constitutional remedy. Federal Court of Justice.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADIN por omissão – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

MI – Mandado de Injunção

Min – Ministro

MS – Mandado de Segurança

Rel – Relator

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. SÍNDROME DE INEFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	10
1.1. Mandado de Segurança.....	11
1.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.....	14
1.3. Mandado de Injunção.....	18
2. TUTELAS ABRANGIDAS PELO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	21
2.1. Normas de eficácia limitada.....	22
2.2. Direitos e liberdades constitucionais.....	24
2.3. Prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.....	27
3. O ATIVISMO JUDICIAL.....	29
3.1. A separação dos poderes.....	33
3.2. Os efeitos da decisão no mandado de injunção.....	35
3.2.1. Posição não concretista.....	38
3.2.2. Posição concretista.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS.....	47

## INTRODUÇÃO

No ano de 1988, o Brasil viu-se diante da promulgação de sua mais democrática e inovadora Constituição, que trouxe consigo diversos institutos e programas a serem implementados no país para uma maior assistência social, bem como proteção à dignidade daqueles que nele vivem.

Assim, diversas normas exigiam a elaboração de uma lei que as completassem, para que adquirissem seu caráter de completude na Constituição, e para que fosse assegurado o pleito dos direitos nelas contidos. Dentre essas normas encontra-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, posteriormente regulamentada pela Lei 12.063, de 2009 e, ainda, ação constitucional, enquanto garantia fundamental, o mandado de injunção, esculpido pelo art. 5º, inciso LXXI, do texto constitucional, que tem por objetivo assegurar o cumprimento de direitos e garantias constitucionais, bem como prerrogativas relativas à nacionalidade, soberania e cidadania. Ambos, instrumentos constitucionais para proteção e eficácia das normas constitucionais.

Após análise doutrinária e normativa constitucional, tem-se que desde a promulgação da constituição em 1988 até esta data passaram-se 27 (vinte e sete) anos, sem que um dos fundamentais instrumentos constitucionais para a garantia dos direitos fundamentais, como o mandado de injunção, ficassem com a devida regulamentação, fato que levou ação direta de inconstitucionalidade por omissão se sobrepor sobre a excelência da ação do mandão de injunção. Nesse aspecto tem-se o objeto da pesquisa deste estudo da monográfica.

Nesse contexto, tem-se que, inicialmente, nos julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, ação de controle concentrado abstrato, bem como de mandados de injunção, remédio constitucional, o Supremo Tribunal Federal (STF) adotava uma posição conservadora, não concretista, que seria apenas a de declarar a omissão da lei ou ato normativo em questão.

A partir do julgamento do Mandado de Injunção 708 julgado em 27 (vinte e sete) de outubro de 2007 (dois mil e sete), o STF passa a uma interpretação mais ativista, para dar uma maior potencialidade à normatividade do art. 5º, inciso LXXI, ora determinando prazo para que o Legislador cumprisse a sua função de legislar, numa posição chamada de concretista intermediária; ora, o próprio STF, através de recursos

interpretativos como a analogia e a interpretação de modo a dar a máxima eficácia à Constituição Federal, adotando-se a chamada posição concretista, passando a suprir a função do Legislativo.

Tal ação por parte da Suprema Corte passou a compor o chamado “ativismo judicial”, pelo qual o STF vai além de sua prerrogativa funcional de julgar, pois, nesse contexto, passou a adotar posições normativas para promover o direito pleiteado pelo jurisdicionado, devido à morosidade do legislativo, situação que é motivo de diversas discussões doutrinárias, bem como de reiteradas retaliações críticas ao judiciário brasileiro.

Como princípio fundamental constitucional, no art. 2º da Constituição da República, definem-se como Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, os Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Os mesmos, então, têm suas funções típicas e atípicas, quais sejam, as de legislar e fiscalizar, para o Poder Legislativo, governar, para o Poder Executivo, e julgar, para o Poder Judiciário, como típicas, bem como as mesmas, dentro de seus órgãos internos, na modalidade atípica. Ao fazê-las fora de seu âmbito previsto no texto constitucional, portanto, tais poderes exorbitariam a sua atmosfera, passando a exercer funções que seriam dos outros.

Verifica-se, então, a suma importância do instituto do mandado de injunção, e, ainda, se encontra no art. 8º da lei 13.300, de 2016, de 23 de junho de 2016, a confirmação do que foi exposto acima, pois no citado artigo tem-se a posição concretista legitimada, que já é adotada pelo STF em sede de mandado de injunção, de forma a confirmar a ação ativista da Suprema Corte.

Portanto, no presente estudo monográfico tem-se a necessária análise da síndrome de inefetividade das normas constitucionais, na abordagem de autores constitucionais como Luís Roberto Barroso, e as formas de defesa da omissão inconstitucional em observância para o cumprimento do princípio da máxima efetividade constitucional; como dito por Alexandre de Moraes bem como da estruturação da ação constitucional do mandado de injunção tendo em vista os objetos por ele tutelados, e como procede a Corte Suprema ao conceder os efeitos no seu julgamento, ainda, a evolução do remédio constitucional dentro do mesmo Tribunal, com estudo à Lei 13.300, de 2016, através da análise jurisprudenciais, em específico da decisão do MI 708, e doutrinárias acerca dos temas expostos.

# 1. SÍNDROME DE INEFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A síndrome de inefetividade das normas constitucionais remete às hipóteses em que, havendo uma norma constitucional de eficácia limitada, qual seja, aquela que depende de Lei para a sua complementação, o Poder Público ou mesmo o órgão administrativo que deva regulamentá-la não o faz, ocorrendo, portanto, a omissão legal ou administrativa, a qual deve ser afastada através de duas ações constitucionalmente previstas: a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADI por omissão), ação do controle de constitucionalidade concentrado, ou o Mandado de Injunção, remédio constitucional previsto pelo art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, figurando como ação do controle difuso de constitucionalidade.<sup>1</sup>

Tal omissão pode ser caracterizada como total ou parcial. Na forma total é quando ocorre a ausência de norma regulamentadora ao caso, havendo ausência total de norma regulamentadora. Já a forma parcial ocorre quando, mesmo existente a norma e estando o Legislador adimplente, tal situação é insuficiente para a regulamentação. Conforme:

Em 1988, a Constituição instituiu instrumentos essenciais de afirmação democrática, como: a vedação à tortura, ao tratamento desumano e degradante, a igualdade entre homens e mulheres, a saúde como verdadeiro direito fundamental, o racismo como crime inalcançável e imprescritível, a preocupação responsável com o meio ambiente, o direito de expressão coletiva por meio das associações e do direito de reunião, o habeas data, e o mandado de segurança coletivo, dentre inúmeras outras inovações, representando um novo horizonte no constitucionalismo pátrio.<sup>2</sup>

A referida síndrome de inefetividade das normas constitucionais é relacionada, ainda, como sinônimo de omissão inconstitucional<sup>3</sup>, com relação direta ao princípio da

---

<sup>1</sup> LEITE, R. M. O. *Síndrome da Inefetividade das Normas Constitucionais*. Disponível em: <http://investidura.com.br/bibliotecajuridica/artigos/direitoconstitucional/3597sindromedeinefetivadedadassnormasconstitucionais>. Acesso em: 19/06/2017.

<sup>2</sup> BAHIA, F. *Os 27 anos da Constituição e a Síndrome de Inefetividade das suas Normas*. Disponível em: <http://www.armador.com.br/wpposts/os27anosdaconstituicaoeeasindromedeinefetivadedassuasnormas>. Acesso em: 19/06/2017.

<sup>3</sup> SOUZA, Rogério Teixeira. *Comentários à Teoria da Máxima Efetividade*. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes, 2006. p.16.

máxima efetividade das normas constitucionais, o qual preceitua que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica, devendo ser interpretada e aplicada em observância ao princípio máxima efetividade. Este princípio deriva da Supremacia ou da força normativa da Constituição, por isso as já referidas ações são ditadas pela própria Carta Magna.

Passemos a analisar as características das principais ações utilizadas para o preenchimento das omissões inconstitucionais.

### 1.1 Mandado de segurança

O mandado de segurança é consagrado no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, previsto para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público.<sup>4</sup>

Em termos, temos a Lei nº 12.016, de 2009, que da mesma forma define o remédio constitucional, conferindo ao mesmo caráter residual, de utilização somente após esgotadas as hipóteses previstas para a impetração dos outros remédios previstos no rol do art. 5º, da Constituição Federal.

Assim é definido por Hely Lopes Meirelles:

[...] o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Editada em: 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 05/05/2017.

<sup>5</sup> MEIRELLES (2014) apud MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulos: Atlas, 2016. p. 274.

Portanto, vê-se que o mandado de segurança caberá contra atos discricionários ou vinculados, pois nos primeiros, apesar de não poder se examinar o mérito do ato, faz-se necessário verificar a ocorrência dos pressupostos que autorizam a sua edição, e nos segundos, as hipóteses vinculadoras da expedição do ato.

O mandado de segurança é uma ação constitucional, de natureza civil que não altera, nem mesmo impede de que seja ajuizado em matéria criminal, inclusive contra ato de juiz criminal, praticado no processo penal; e cabe contra qualquer ato comissivo ou omissivo no âmbito dos Poderes do Estado ou do Ministério Público, cabendo, ainda, contra particulares desde que decorrentes de delegação do Poder Público.<sup>6</sup>

Tendo em vista sua previsão de cabimento contra os atos omissivos da administração, por vezes ele é confundido na seara de objetos do mandado de injunção e, ainda, impetrado em seu lugar, por isso, faz-se importante uma definição e diferenciação daquilo que pelo mandado de segurança é defendido. Temos, portanto:

O agente público que se silencia indevidamente atua com negligência no exercício de suas funções, violando os seus deveres legais, por exemplo, o previsto no art. 116, inciso I, da Lei 8112/90 – Estatuto dos Servidores Públicos Federais. Ademais, a Lei 9784/99, que regula o processo administrativo federal, dispõe, no art. 48, que a Administração tem o dever de emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência [...]. Por sua vez, em relação ao administrado, a omissão da Administração pode se apresentar de duas maneiras: com a ausência de manifestação de vontade no prazo fixado em lei; ou com a demora excessiva na prática do ato, quando a lei não estabeleceu prazo, devendo o interessado comprovar que a inércia da Administração é desproporcional, calcado no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, que consagra a razoável duração dos processos administrativos.<sup>7</sup>

Depreende-se, disso, que a omissão praticada pela administração que dá ensejo à impetração do mandado de segurança seria aquela diante dos atos que deveriam ser praticados, não diante daquelas lacunas legislativas, de preenchimento necessário, para que as normas constitucionais surtam seus efeitos sobre as pessoas que ao Judiciário recorreram.

---

<sup>6</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 275.

<sup>7</sup> BRASIL, B. F. *Paralelo entre Mandado de Injunção, Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Segurança impetrado ante a omissão da Administração*. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5199](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5199). Acesso em: 26/06/2017.

Ficam os efeitos da decisão concessiva do mandado de segurança, nesses casos, limitados à fixação de prazo para que o administrador realize o ato omissivo que fora objeto do mesmo, sob pena de multa, tendo em vista que o Poder Judiciário, por definição constitucional, no art. 2º CF/88, que traz a premissa da separação dos poderes, não pode adentrar na esfera de incumbências dos outros poderes; define-se, ainda, para os atos omissivos vinculados, como sua prática depende de reles verificação do preenchimento dos pressupostos previstos em lei, o Poder Judiciário estaria, então, autorizado a emanar o ato diante da omissão da Administração. Cabendo, portanto, o referido remédio para a defesa de direitos líquidos e certos, assim definidos:

Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca. Note-se que o direito é sempre líquido e certo. A caracterização de imprecisão e incerteza recai sobre os fatos, que necessitam de comprovação. Importante notar que está englobado na conceituação de direito líquido e certo o fato que para tornar-se incontroverso necessite somente de adequada interpretação do direito, não havendo possibilidades de o juiz denegá-lo, sob o pretexto de tratar-se de questão de grande complexidade jurídica.<sup>8</sup>

Informando ainda o citado autor que o mandado de segurança não pode ser fundamentado em simples conjecturas, ou em alegações dependentes de dilação probatória, tendo em vista a natureza do procedimento do referido remédio.

Este remédio tem a competência para o seu julgamento definida em virtude da hierarquia da autoridade legitimada a praticar a conduta, seja comissiva ou omissiva, não sendo alterada mesmo que ocorra a posterior elevação funcional da mesma, considerando a Lei do Mandado de Segurança como federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato refletirem no patrimônio da União ou entidade pela mesma controlada.<sup>9</sup>

Por muito tempo, a Lei nº 12.016, de 2009, inclusive, figurou como a principal lei para a aplicação do mandado de injunção, tornando-se a mesma ineficaz a partir de 23 de junho de 2016, data em que foi editada a Lei nº 13.300, que disciplina o

---

<sup>8</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 289.

<sup>9</sup> BRASIL. *Lei 12.016*, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da União, de 10 de agosto de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm). Acesso em: 20/06/2017.

juízo dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências, de 23 de junho de 2016, a Lei do Mandado de Injunção, que veio para regulamentar o mesmo.

## 1.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)

É previsto constitucionalmente que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida que torne efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para que adote as providências necessárias, e, tratando-se de órgão administrativo, para que o faça em 30 (trinta) dias.<sup>10</sup>

Preceitua, sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ainda, Alexandre de Moraes:

O objetivo pretendido pelo legislador constituinte de 1988, com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional. Assim, tem cabimento a presente ação, quando o poder público se abstém de um *dever* que a Constituição lhe atribuiu.<sup>11</sup>

Segundo o autor, as hipóteses de ajuizamento desta ação relacionam-se às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a Constituição atribui a obrigação de expedir comandos normativos ao poder legiferante, e, determinando a Constituição Federal que o Poder Público tivesse uma conduta positiva, de forma que a sua negatividade faz surgir a inconstitucionalidade, portanto, omitindo-se o legislador, tem-se uma conduta negativa, sendo a mesma inconstitucional. Nesse sentido: “A incompatibilidade entre a *conduta positiva* exigida pela constituição e a *conduta negativa* do Poder Público omissor configura-se na chamada *inconstitucionalidade por omissão*. ”<sup>12</sup>

Diferem-se os termos “omissão legislativa” de “opção legislativa”, esta última tratando-se de discricionariedade do Congresso Nacional, não sendo hipótese de

---

<sup>10</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1201.

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 1202.

cabimento da ação, aplicando-se apenas à primeira, na qual ocorre uma omissão do Legislador diante de imposição constitucional.

Possuímos dois tipos de omissão inconstitucional, quais sejam, a total e a parcial, pois: “a total ausência de normas, como também a omissão parcial, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar”.<sup>13</sup> Pretendendo-se, então, que sejam preenchidas as lacunas inconstitucionais, conferindo eficácia plena a todas as normas.

O rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é previsto no art. 103, da Constituição Federal, que dispõe, taxativamente, assim: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.<sup>14</sup>

E, ainda, tem a ação seu procedimento sedimentado pela Lei 9.868, de 1999, modificada pela Lei 12.063, de 2009, que preceitua que a ela será aplicado, em que couber, os dispositivos aplicados à Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Sua petição inicial deverá apontar caso se trate de omissão total ou parcial, seja em relação ao cumprimento do dever constitucional, ou mesmo a adoção de providências de índole administrativa, bem como o pedido e suas especificações, devendo vir acompanhada do devido instrumento da procuração, e, sendo o caso, seja apresentada em 2 (duas) vias, sendo instruída com cópias dos documentos necessários para comprovar a omissão ora alegada. Tais requisitos vêm dispostos no art. 12-B da Lei 9.868, de 1996; sendo ainda trazido por ela, em seu art. 12-C, que sendo a petição inicial inepta, não fundamentada e manifestamente improcedente, a mesma será indeferida liminarmente, cabendo agravo para tal decisão.

A ação não se submete a prazo, e, após a mesma ter sido proposta, ela não admite desistência, e, não dispendo a lei sobre a participação do Advogado-Geral da

---

<sup>13</sup> MENDES (2014) apud MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1202.

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Editada em: 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 05/05/2017.

União, faz-se desnecessária a mesma, tendo em vista que não há ato a ser defendido, e essa seria a sua função. É possível, no prazo de 15 (quinze) dias, por previsão do art. 12-E, da Lei 9.868, de 1999, que o Procurador-Geral da República se manifeste acerca da mesma, iniciando-se o referido prazo após o decurso do prazo para as informações.

É legalmente possível a postulação de medida cautelar em sede a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que será decidida, por força do art. 12-F, por decisão da maioria absoluta de seus membros, após audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que possuem o prazo de 5 (cinco) dias para que se pronunciem. Assim é previsto:

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

§ 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

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

§ 3º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.<sup>15</sup>

A postulação de tal medida, ainda que prevista legalmente, é tida pela doutrina bem como pelo próprio Supremo Tribunal Federal como sendo incompatível com o objeto da demanda da ação, sendo a sua inserção, pela Lei 12.063, de 2009, importante novidade, que prevê a sua concessão em caso de excepcional urgência e relevância a matéria, nos dizeres da Lei, sendo possível, ainda, como acima exposto, caso o relator entenda indispensável, a oitiva do Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> BRASIL. *Lei 12.063*, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Diário Oficial da União, de 28 de outubro de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm). Acesso em: 20/06/2017.

<sup>16</sup> BULOS, U. L. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 345.

Caso seja declarada a inconstitucionalidade por omissão da referida lei ou ato normativo, a atribuição de efeitos de sua decisão pelo Supremo Tribunal Federal será feita de modo a dar ciência ao Poder ou órgão competente para:

1. **Órgão administrativo:** adoção de providências necessárias em 30 dias ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido. A fixação de prazo permite a futura responsabilização do Poder Público administrativo, caso a omissão permaneça.

2. **Poder Legislativo:** ciência para adoção das providências necessárias, sem prazo preestabelecido. Nessa hipótese, o Poder Legislativo tem a oportunidade e a conveniência de legislar, no exercício constitucional de sua função precípua, não podendo ser forçado pelo Poder Judiciário a exercer seu *munus*, sob pena de afronta a separação dos Poderes, fixada pelo art. 2º da Carta Constitucional. Como não há fixação de prazo para a adoção das providências cabíveis, igualmente, não haverá possibilidade de responsabilização dos órgãos legislativos. Declarada, porém, a inconstitucionalidade e dada ciência ao Poder Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos *ex tunc* e *erga omnes*, permitindo-se sua responsabilização por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal,<sup>17</sup> se da omissão ocorrer qualquer prejuízo.<sup>17</sup>

Ainda, de acordo com o mesmo autor:

Dessa forma, a natureza da decisão nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão tem caráter obrigatório ou mandamental, pois o que se pretende constitucionalmente é a obtenção de uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado.<sup>18</sup>

Assim, tem-se as diferenças latentes entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, sendo inerentes apenas a primeira o poderio da força vinculante de suas decisões, com efeitos *erga omnes*, além da previsão, na lei específica que o regulamenta, da possibilidade do deferimento de liminar, caso pleiteada, além de sua competência exclusiva de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal por definição constitucional (tendo em vista que a competência de julgamento do mandado de injunção é por definição infralegal, na lei 13.300, de 2016) e rol taxativo de legitimados à propositura disposto na própria Carta Magna.

---

<sup>17</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1204.

<sup>18</sup> Idem.

### 1.3 Mandado de Injunção

Previsto no art. 5º, inciso LXXI, a partir da Constituição Federal de 1988, que será concedido mandado de injunção sempre que a falta norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, decidindo, ainda, o Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, pela excoutoriedade autônoma do referido instituto, independente de lei para regulamentá-lo, em face do parágrafo 1º do mesmo artigo 5º, que preceitua que normas definidoras de direitos fundamentais, quais sejam, aquelas previstas por este artigo, têm aplicação imediata.<sup>19</sup>

O mesmo é conceituado pelo exímio doutrinador Alexandre de Moraes, em sua obra *Direito Constitucional*, da seguinte forma:

O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à *síndrome de inefetividade* das normas constitucionais.<sup>20</sup>

Ou seja, resta clara a definição doutrinária de que o remédio constitucional ora tratado veio como tentativa de sanar as omissões inconstitucionais, de responsabilidade do Poder Público, para que seja viabilizada a completa concretização dos direitos, liberdades e prerrogativas previstas constitucionalmente, refutando a síndrome de inefetividade das normas constitucionais já definida.

O mandado de injunção tem como objeto: “[...] normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo de caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade”<sup>21</sup>. Portanto, vê-se que sempre serão necessárias, para caracterizarem-se como objetos, as lacunas na estrutura normativa, que precisam de leis ou atos normativos para serem completadas.

---

<sup>19</sup> BULOS, U. L. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 782-783.

<sup>20</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 296.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 296-297.

Observa-se ainda que não caberá o mandado de injunção para que seja alterada lei ou ato normativo já existentes que supostamente seriam incompatíveis com a Constituição; nem para questionar a sua qualidade, em relação à sua interpretação ou aplicação mais equânime; tampouco o caberá contra norma constitucional de aplicação autônoma, pois o mesmo se refere à omissão de regulamentação de norma constitucional, sendo as formas aqui citadas questionadas por diferentes ações previstas no texto constitucional.<sup>22</sup>

Isso posto, observa-se que existem dois requisitos para o mandado de injunção, quais sejam: a) falta de norma regulamentadora de uma garantia constitucional, podendo ser total ou parcial, b) que seja inviabilizado o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, como visto no art. 5º, inciso LXXI, da Carta Magna. E, para a propositura do mandado de injunção, são legitimados ativos, de acordo com o art. 3º, da lei 13.300, de 2016, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no 2º da lei.

O rol de legitimados ativos para a propositura do remédio, em sua modalidade coletiva, é novidade legislativa prevista no art. 12, da lei 13.300 de 2016. Confira: (I) o Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais ou individuais indisponíveis, (II) partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; (III) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estudos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para isso, autorização especial; (IV) Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV, do art. 5º, da Carta Magna.

O mandado de injunção, então, dirige-se ao órgão ou autoridade com atribuição para editar norma regulamentadora, na forma da segunda parte do art. 3º da lei do

---

<sup>22</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 297.

Mandado de Injunção, qual seja, a de número 13.300, de 2016, observando-se, ainda, que somente pessoais estatais podem figurar no polo passivo de tal relação processual formada.<sup>23</sup>

Antes da edição da lei do Mandado de Injunção, eram aplicados os institutos dispostos na lei do Mandado de Segurança, lei 12.016 de 2009, de acordo com o art. 24, parágrafo único, da lei 8.038 de 1990, que fazia tal previsão, de aplicabilidade do procedimento do Mandado de Segurança ao Mandado de Injunção e Habeas Data, naquilo que coubesse, enquanto não fosse editada legislação específica para os remédios.

Infere-se, aqui, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já é pacificada para a impossibilidade de concessão da medida de caráter liminar. Ressalta-se que se encontra em total conformidade com a Lei 13.300, de 2016, que, em seu texto, não prevê tal instituto.<sup>24</sup>

Ainda, previsto no regimento do Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do referido remédio terá prioridade sobre os demais atos judiciais, salvo o *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de segurança.<sup>25</sup>

A competência para julgamento do mesmo é definida pelo texto constitucional, que, no art. 102, inciso I, alínea q, dispõe que ao Supremo Tribunal Federal compete 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, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Dentro do texto da Constituição Federal, em seu art. 105, inciso I, alínea h, tem-se que o Superior Tribunal de Justiça será competente para, originariamente, processar e julgar 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

---

<sup>23</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 298-299.

<sup>24</sup> BRASIL. *Lei 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da União, de 24 de junho de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm). Acesso em: 07/06/2017.

<sup>25</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 299.

Tribunal Federal, e órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

Observa-se, ainda, por força do art. 121, § 4º, inciso V, da Carta Constitucional, a competência do Tribunal Superior Eleitoral para julgar o mandado de injunção que tiver sido denegado pelo Tribunal Regional Eleitoral, em grau de recurso.

Por fim, por força do artigo 125, § 1º, cabe às Constituições Estaduais a definição da competência dos tribunais, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça, observando-se o disposto na Constituição Federal.

## **2. TUTELAS ABRANGIDAS PELO MANDADO DE INJUNÇÃO**

É definido pelo art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, em sua parte final, ao ditar sobre a concessão do mandado de injunção, que isso ocorrerá quando a falta de uma norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Tal definição legal é objeto de controvérsias doutrinárias, e, de acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o objeto do remédio se restringe tão somente à nacionalidade e os direitos fundamentais a ela inerentes; à soberania, na forma definida pelo art. 1º; bem como da cidadania, na forma do art. 14, ambos da Constituição Federal.<sup>26</sup>

Vê-se, então, a posição de Paulo Hamilton Siqueira Junior, que sustenta que o objeto do remédio reside na ausência de norma que verse sobre direitos e liberdades constitucionais, além das prerrogativas ligadas à nacionalidade, soberania e cidadania; afirmando, ainda, que: “Limita-se a esse objeto e não a qualquer Direito Constitucional. Assim, o mandado de injunção possui um campo restrito, pois é um remédio destinado a garantir os direitos e liberdades inerentes ao exercício da cidadania”.<sup>27</sup>

Dito isso, e observando-se que: “O seu caráter [do mandado de injunção] é suprir a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos,

---

<sup>26</sup> FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de Direito Constitucional*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1429-1430.

<sup>27</sup> SIQUEIRA JUNIOR (2006) apud BARROS, A. O. *Mandado de injunção: cura para a síndrome de inefetividade das normas constitucionais?* Cocal: UNIR, 2015. p. 42.

liberdades e prerrogativas citadas via procedimento jurisdicional”<sup>28</sup>; tem-se como de suma importância o estudo das normas de eficácia limitada, afinal, a incidência da referida ação constitucional se dá sobre elas. Então, aborda-se o tema conforme a classificação de José Afonso da Silva<sup>29</sup>:

## 2.1 Normas de eficácia limitada

Para José Afonso da Silva<sup>30</sup>, haveria três grupos de normas a serem classificadas tendo em vista a sua eficácia, quais sejam: (a) as normas de eficácia plena, (b) as normas de eficácia contida, e (c) as normas de eficácia limitada.

As normas de eficácia plena seriam aquelas que possuem incidência imediata, tendo recebido do constituinte “normatividade suficiente”, termo utilizado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>31</sup>, para tanto, portanto, possuem completude, tendo sua aplicação imediata.

Em segundo, as normas de eficácia contida são aquelas que, ainda que possuam a normatividade suficiente, preveem meios para que tenham sua eficácia limitada, contida, por normas infraconstitucionais, tendo sua aplicabilidade condicionada.

Por fim, as normas de eficácia limitada são tidas como incompletas, e não são exequíveis por si só, necessitando da edição de norma que regule e direcione sua aplicação para que a mesma seja efetivada, na forma da lei.

Sobre o tema, aduz Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

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 a aplicabilidade das normas enquanto constitucionais.<sup>32</sup>

Rachel Bruno Anastácio adiciona que as normas se subdividem em duas categorias, quais sejam: 1) normas de princípio institutivo, ou organizativo, pois

---

<sup>28</sup> ANASTÁCIO, R. B. *Mandado de Injunção* – Em busca da efetividade da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p.35.

<sup>29</sup> SILVA, J. A. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 85.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>31</sup> FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de Direito Constitucional*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1676-1677.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p.1678-1679.

dependem de lei para que se crie o que se encontra previsto na norma constitucional, e são classificadas como normas de eficácia limitada de aplicabilidade mediata ou indireta, tornando-a dependente da boa vontade do legislador, que ainda podem se desdobrar em impositivas (ex.: art. 98, I, da Constituição Federal) e permissivas (ex.: art. 125, §3º da Constituição Federal); e 2) normas de princípio programático, que estabelecem um programa constitucional a ser desenvolvido com o objetivo de realizar os fins sociais do Estado Democrático de Direito, por isso, manifestam-se na forma de princípios, esquemas e roteiros para o legislador ordinário e os órgãos os Poderes, além de serem dotadas de eficácia limitada e dependerem de outras providências normativas para surtirem efeitos.<sup>33</sup>

As normas constitucionais de eficácia limitada possuem a eficácia interpretativa, que aponta para os fins sociais e a existência do bem comum, sendo, então, “vetores de aplicação da lei”, de acordo com Regina Quaresma<sup>34</sup>.

Nesse ponto, é importante analisar, ainda, a eficácia da norma instituidora do mandado de segurança, que é classificada como norma de eficácia plena, imediata e integral, pois pode produzir todos os seus essenciais efeitos. Ainda, de acordo com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, a norma do mandado de injunção, além da aplicação direta, tem sua análise prioritária a outros remédios constitucionais, observando-se a seguinte ordem de preferência: *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança, *Habeas Data* e Mandado de Injunção.<sup>35</sup>

Assim, mesmo antes da edição da Lei 13.300, de 2016, lei específica que regulamenta o processamento do mandado de injunção, esse remédio constitucional já possuía, por definição contida no §1º, do art. 5º, da Constituição Federal, aplicação imediata, por ser norma definidora dos direitos e garantias fundamentais, ainda que Rachel Bruno Anastácio<sup>36</sup> não considere esse o melhor argumento, ao final, concluindo que se trata de norma dotada de executoriedade autônoma, sendo possível uma interpretação analógica com o procedimento do mandado de segurança, exposto na Lei 12.016, de 2009.

---

<sup>33</sup> ANASTÁCIO, R. B. *Mandado de Injunção* – Em busca da efetividade da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 37-39.

<sup>34</sup> QUARESMA (1995) apud ibidem, p. 39.

<sup>35</sup> ANASTÁCIO, R. B. *Mandado de Injunção* – Em busca da efetividade da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 39.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 40-41.

## 2.2 Direitos e liberdades constitucionais

Dentro dos direitos e liberdades constitucionais, vê-se clara a inserção dos direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição Federal, preceituando-se, sobre eles:

Em suma, os direitos fundamentais cumprem na nossa atual Constituição a função de direitos dos cidadãos, não só porque constituem – em um primeiro plano, denominado *jurídico objetivo* – normas de competência negativa para os poderes públicos, impedindo essencialmente as ingerências destes na esfera jurídico-individual, mas também porque – num segundo momento, em um plano *jurídico subjetivo* – implicam o poder de exercer positivamente certos direitos (liberdade positiva) bem como o de exigir omissões dos poderes públicos, evitando lesões agressivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).<sup>37</sup>

Infere-se, então, que as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” figurariam como sinônimas, pois os dois grupos buscam assegurar e promover a dignidade da pessoa humana, e são direitos ligados e valores ditos como caros para a sociedade, aqui se inserindo a liberdade e a igualdade, tendo finalidades semelhantes. No entanto, diferem-se quanto às suas positivações, pois o primeiro grupo é identificado apenas no plano abstrato, desprovidos de normatividade, quanto ao segundo grupo, este é dotado de positivação, detendo, portanto, exigências de cumprimento, como todas as normas inseridas dentro do ordenamento jurídico. Vê-se, então, que se diferenciam esses grupos apenas no que tange à sua positividade, encontrando áreas de interseção em seus outros aspectos, de acordo, ainda, com Nathália Masson.<sup>38</sup>

Expostas as diferenciações entre os direitos humanos e direitos fundamentais, então, é necessária uma análise à evolução histórica dos direitos fundamentais, através das gerações, com o intuito de diferenciá-los, quais sejam: a) a primeira geração (final do século XVIII e início do século XIX), que importam na consagração dos direitos políticos e civis clássicos, desdobrando-se em direitos como o direito à vida, à liberdade religiosa, dentre outros; b) a segunda geração (virada do século XIX para o século XX) é composta por aqueles direitos que consagram o princípio da igualdade (aqui, igualdade material) entre os homens, e pretendem ofertar os meios

---

<sup>37</sup> MASSON, N. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 177.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 178.

materiais imprescindíveis para a efetivação dos direitos individuais, dependendo, portanto, da implementação de políticas públicas estatais; e c) a terceira geração (final do século XX), que consagra direitos relacionados à fraternidade ou solidariedade, em síntese, se ocupando com a proteção a interesses individuais. Dito isso, ainda se vê por parte da doutrina a possibilidade de surgimento de uma quarta e quinta gerações de direitos fundamentais, essas vindas consagradas pela globalização e seus desenrolares.<sup>39</sup>

Tais direitos possuem como características: a universalidade, que se traduz na existência de núcleo mínimo de direitos que devem estar presentes para todos, em todo lugar; a historicidade, que indica que somente fazem sentido os direitos fundamentais se relacionados a seu período histórico de inserção; a indivisibilidade, pois eles formam um sistema harmônico, coerente e indissociável; a imprescritibilidade e inalienabilidade, pois os mesmos não prescrevem e nem deles se pode dispor; a relatividade, pois seu exercício geralmente atinge o de outro, sendo nenhum deles absoluto; a inviolabilidade, pois seu desrespeito implica em responsabilização civil, administrativa e criminal; a complementaridade, pois os mesmos são interpretados de maneira integralizada; a efetividade, pois sua efetivação pode contar inclusive com meios coercitivos; e, por fim, a interdependência, pois os mesmos possuem ligações intrínsecas, para que seja intensificada sua proteção.<sup>40</sup>

Por própria determinação do *caput* do art. 5º, da Constituição Federal, que inaugura a apresentação desses direitos, tem-se que se destinam, de maneira expressa, aos brasileiros, sejam natos ou naturalizados, ou estrangeiros residentes no país, dirigindo-se ao indivíduo enquanto cidadão, tendo, ainda, aplicação imediata, por força do disposto no § 1º, do mesmo artigo.

É disposto na Constituição, em seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), tem-se a divisão dos direitos e garantias fundamentais em cinco grupos, sendo: 1) direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I, art. 5º); 2) direitos sociais (Capítulo II, art. 6º a 11); 3) nacionalidade (Capítulo III, art. 12 e 13); 4) direitos políticos (Capítulo IV, art. 14 a 16); e 5) partidos políticos (Capítulo V, art. 17).<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> MASSON, N. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 179-181.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Editada em: 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 05/05/2017.

Corroborando com o exposto, temos julgado do Supremo Tribunal Federal, que trata do direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço:

STF – MANDADO DE INJUNÇÃO: MI 943 DF

Ementa: Mandado de injunção. 2. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Art. 7º, XXI, da Constituição Federal. 3. Ausência de regulamentação. 4. Ação julgada procedente. 5. Indicação de adiamento com vistas a consolidar proposta conciliatória de concretização do direito ao aviso prévio proporcional. 6. Retomado o julgamento. 7. Advento da Lei 12.506/2011, que regulamentou o direito ao aviso prévio proporcional. 8. Aplicação judicial de parâmetros idênticos aos da referida legislação. 9. Autorização para que os ministros apliquem monocraticamente esse entendimento aos mandados de injunção pendentes de julgamento, desde que impetrados antes do advento da lei regulamentadora. 10. Mandado de injunção julgado procedente.<sup>42</sup>

No julgado exposto, observa-se a incidência de um Mandado de Injunção para que fosse apreciado o direito contido no art. 7º da Constituição Federal, contido em seus incisos I e XXI, quais sejam, os direitos, para trabalhadores urbanos e rurais, da relação protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa e o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, ambos limitados pelos seus ditames que contêm a expressão “na forma da lei”, requerendo uma norma para o efetivo exercício desses direitos.

É consagrado na Constituição Federal o direito à liberdade no rol de direitos e garantias individuais de forma geral, definidas por Rayanna Silva Carvalho como: “[...] escolha de uma das possibilidades da forma de pensar e agir”<sup>43</sup>, inserindo-se dentro dos exercícios dos direitos constitucionalmente previstos, dentre elas podemos citar as contidas no próprio art. 5º da Constituição Federal, quais sejam: a contida no *caput*; a liberdade à manifestação de pensamento (inciso IV); a liberdade à consciência, à religião e à convicção (incisos VI e VIII); a liberdade de expressão (inciso IX); liberdade de informação (incisos XIV e XXXIII); a liberdade de locomoção; dentre outras previstas.

Para que não se vejam privadas de suas liberdades, as pessoas se fazem valor através de instrumentos de tutela das liberdades, que, de acordo com o doutrinador Uadi Lammego Bulos: “[...] são meios constitucionais postos ao dispor dos indivíduos

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI: 943 DF*. Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 06/02/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 02/05/2013.

<sup>43</sup> CARVALHO, Rayanna Silva. *Liberdades constitucionais: breves anotações*. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12809&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12809&revista_caderno=9). Acesso em: 28/06/2017.

e das coletividades para provocar a intervenção das autoridades competentes, com vistas à defesa de um direito lesado ou ameaçado de lesão por ilegalidade ou abuso de poder”.<sup>44</sup>

Ainda destaca o autor que a Constituição de 1988 consagra em seu texto os seguintes instrumentos de tutelas das liberdades públicas: a) direito de petição (art. 5º, XXXIV, a); b) direito de certidão (art. 5º, XXXIV, b); c) *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII); d) mandado de segurança (art. 5º, LXIX); e) mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX); f) mandado de injunção (art. 5º, LXXI); g) *habeas data* (art. 5º, LXXII); e h) ação popular (art. 5º, LXXIII).<sup>45</sup>

Dentre eles, vê-se presente o mandado de injunção, consagrado para proteger, entre seus objetos, as liberdades constitucionais.

### 2.3 Prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania

O mandado de injunção tem por objeto proteger as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, conforme se concluem da leitura da parte final do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal.

Começando-se pela nacionalidade, temos que ela parte da ideia de nação, conforme define Alexandre de Moraes:

Nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos.<sup>46</sup>

Por sua vez, a soberania, na sua forma prevista na Carta Magna como popular, se relaciona ao exercício dos Direitos Políticos, sendo, ainda, desdobramento do princípio democrático estampado no parágrafo único do art. 1º, artigo inaugural da Constituição Federal, além de seu inciso I, ao dizer que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Sobre isso, é sensato adicionar-se que a aquisição dos direitos políticos se faz mediante o alistamento eleitoral, que é o procedimento administrativo por meio do qual, através dos órgãos

---

<sup>44</sup> BULOS, U. L. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 732.

<sup>45</sup> Idem.

<sup>46</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 367.

competentes da Justiça Eleitoral, é verificado o cumprimento das condições constitucionais e legais exigidas para a qualificação de alguém como eleitor, o que passa a garantir-lhe o direito de votar.<sup>47</sup>

Nos dizeres do art. 14, *caput*, da Constituição, a mesma será exercida por meio do sufrágio universal, e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, “nos termos da lei”. Atente-se para o destaque, que torna como essencial para a presente norma a existência de Lei que complemente seu conteúdo.

A cidadania aparece estampada no art. 1º, inciso II, da Carta Magna, o qual ainda a dispõe como princípio fundamental da República Federativa do Brasil e ganha, através da mesma, uma conotação ampla, que a caracteriza como universal e indivisível.<sup>48</sup>

Sobre isso, é possível inferir-se o seguinte posicionamento acerca da mesma, ainda de Getúlio Costa Melo:

O conceito de cidadania passou a ser vinculado não apenas à participação política, representando um direito do indivíduo, mas também o dever do Estado em ofertar condições mínimas para o exercício desse direito, incluindo, portanto, a proteção ao direito à vida, à educação, à informação, à participação nas decisões públicas [...]. Cidadania no conceito moderno deixa de ser apenas o direito destinado ao indivíduo de participar ativa e passivamente do processo político. É mais que isto, é também o dever do Estado para com cidadão, dever de ofertar o mínimo existencial para garantir-lhe a dignidade.<sup>49</sup>

Ante o exposto, vê-se clara a relação dos institutos e direitos políticos, formando um grupo de normas que, quando necessário, merecem a devida atenção do Judiciário por via do mandado de injunção, e, ainda, torna-se difícil a separação dos direitos aqui expostos dos direitos fundamentais, tratados, entre outros, no capítulo anterior, formando um dinamismo e integração entre os objetos de apreço do remédio judicial em questão, realidade que exige a atenção do que se denomina “ativismo judicial”, melhor expressão da denúncia desses direitos no contexto da ação do mandado de injunção.

---

<sup>47</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 396-397.

<sup>48</sup> MELO, G. C. *Evolução histórica do conceito de cidadania e a Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13959](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13959). Acesso em: 04/07/2017.

<sup>49</sup> Idem.

### 3. O ATIVISMO JUDICIAL

A expressão “ativismo judicial” surgiu nos Estados Unidos, sendo empregada, na maioria das vezes, para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que correu a presidência de Earl Warren, entre os anos de 1954 e 1969, período em que ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas no próprio país, movida por uma jurisprudência progressista em relação aos direitos fundamentais.<sup>50</sup>

No Brasil, há uma gama de precedentes em relação ao ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, servindo-se como exemplo<sup>51</sup>: a) a aplicação direta da constituição naquilo que ela não prevê, sem prévia anuência do legislador; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos emanados do Poder Legislativo, baseando-se em critérios mais brandos que os de expressiva violação constitucional; e c) a vinculação da Administração Pública a praticar, ou não determinadas condutas, a exemplo do caso de políticas públicas insuficientes. Vê-se, então:

No Brasil, a partir do fortalecimento do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional pela Constituição de 1988, principalmente pelos complexos mecanismos de controle de constitucionalidade e pelo vigor dos efeitos de suas decisões, em especial os efeitos *erga omnes* e vinculantes, somados à inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais, vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação jurisdicional em assuntos tradicionalmente de alçadas dos Poderes Legislativo e Executivo.<sup>52</sup>

Ainda de acordo com Alexandre de Moraes, o “ativismo judicial” se tornou tema de extrema relevância, não apenas quanto à sua possibilidade, pois há fortes polêmicas quanto à sua prática, inclusive, ainda, no que diz respeito a sua conceituação.

Ele ainda observa que a primeira decisão, considerada como ativista, foi a proferida no caso “*Dred Scott*”, de 1857, quando, ao julgar uma lei que libertava automaticamente os escravos que ingressassem em um território no qual a escravidão tivesse sido anteriormente abolida, a Suprema Corte estadunidense a declarou como

---

<sup>50</sup> BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 440-441.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 442.

<sup>52</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1193.

inconstitucional, por ferir o direito à propriedade, protegido pela cláusula do “*due process of law*”.<sup>53</sup>

No entanto, o mesmo instituto fora de suma importância ainda na questão racial durante a Corte Warren, com maior ênfase a partir da decisão “*Brown v. Board of Education*”, ocorrida em 1954, na qual a Corte Suprema, indo no sentido oposto a seus próprios precedentes, decidiu pela inconstitucionalidade da lei que adotava a doutrina de equiparação entre negros e brancos, mas apoiava sua segregação, a qual permitia a separação entre negros e brancos através de instalações públicas separadas, desde que de igual qualidade, e, com tal atitude, deu início ao declínio da segregação racial nos Estados Unidos. Sobre o exposto, temos:

Em poucas palavras, a noção de ativismo judicial se propõe a identificar momentos nos quais tribunais vão além de suas atribuições. Apesar da palavra *momento* indicar clara preocupação *temporal*, as noções de ativismo em geral estão mais preocupadas com fixações pontuais [...]. Por outro lado, *histórico* indica não só pertinência com o futuro, mas também com o passado. Ações no presente, ou no passado, podem também serem analisadas pelo ponto de vista dos fatores e demais ações que lhe influenciaram. O Direito, como me parece intuitivo, também não está alheio ao fluxo histórico. Nas suas diversas manifestações o Direito também aparece como uma ação histórica, seja no momento da instituição de uma Constituição pelo poder constituinte originário seja na produção de uma decisão judicial.<sup>54</sup>

Sabe-se que o instituto é alvo de diversas controvérsias doutrinárias, entre críticas e elogios, em que se infere, como exposto por Ronald Dworkin que o ativismo judicial é uma forma infectuosa de pragmatismo jurídico, já que um juiz ativista ignora o texto da Constituição, sua história de promulgação, decisões anteriores da Corte Suprema que as deu interpretações, além das tradições enraizadas da cultura política brasileira, impondo seu próprio ponto de vista sobre aquilo que é demandado aos outros poderes do Estado<sup>55</sup>, sendo a contraposição:

[...], não se pode ignorar a advertência feita pelo Ministro Celso de Mello, ao recordar que as “práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos

---

<sup>53</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1195.

<sup>54</sup> MIRANDA, Danilo Nunes Cronemberger. *Constitucionalismo e diálogo constitucional: uma análise dos limites pragmáticos e normativos da noção de ativismo judicial*. *Initia Via Editora*. Disponível em: <http://www.initiavia.com/entre-a-critica-e-a-defesa-da-legitimidade-da-jurisdicao-constitucional/>. Acesso em: 10/05/2017.

<sup>55</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1196.

por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.”<sup>56</sup>

Vê-se que, contrapondo-se à sua crítica, o ativismo judicial é uma necessidade institucional, que incide quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam sem moderação suas prestações, o que vai de encontro à posição constitucional, em que não pode o Poder Judiciário manter-se em posição passiva.

A doutrina brasileira foca seu debate, em maior expressão, à utilização do instituto no certame do Supremo Tribunal Federal, durante as últimas duas décadas, conforme exposto por Danilo Nunes Cronemberger Miranda:

Pensar o ativismo significa diagnosticar um fenômeno e até certo ponto entendê-lo como problema ou solução, sem perder de vista seus eventuais vícios, como faz o Ministro Barroso (2011, 45). Por esse motivo, entendo que o diagnóstico ativista, em sua inclinação pelo pessimismo ou pelo otimismo, é um diagnóstico voltado para a compreensão das complicações concernentes ao problema da legitimidade de determinado arranjo constitucional, com foco no judiciário. E por pensá-lo como mecanismo autocentrado na atuação de um ou outro espaço decisório, em geral no da corte, entendo que o ativismo encerra um modelo de constitucionalismo *estático*.<sup>57</sup>

Dentro da atuação do instituto no âmbito do STF, tem-se as Seguintes categorias: 1) o ativismo material, que ocorre quando o Judiciário discute o mérito de matérias que não lhe dizem respeito, quando acionado para a resolução de um conflito; e 2) o ativismo processual, quando, ao julgar uma demanda, o Judiciário vai além dos poderes que lhe são conferidos pelo texto constitucional. Nos dois casos, a consequência jurídica é a mesma, ou seja, os limites impostos constitucionalmente ao Poder Judiciário são ultrapassados, com a diferença de que, no primeiro, o Judiciário invade a competência atribuída aos outros poderes, e, no segundo, alarga a sua própria, independentemente da existência da mesma perante os outros órgãos.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1196.

<sup>57</sup> MIRANDA, Danilo Nunes Cronemberger. *Constitucionalismo e diálogo constitucional: uma análise dos limites pragmáticos e normativos da noção de ativismo judicial*. *Initia Via Editora*. Disponível em: <http://www.initiavia.com/entre-a-critica-e-a-defesa-da-legitimidade-da-jurisdicao-constitucional/>. Acesso em: 10/05/2017.

<sup>58</sup> KACELNIK, C. *O Ativismo Judicial do STF perante as Ações Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2012/trabalhos\\_22012/CarlaKacelnik.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/CarlaKacelnik.pdf). Acesso em: 11/05/2017.

Verifica-se, então, o seguinte raciocínio no âmbito das decisões judiciais:

O Judiciário interfere em políticas públicas através do ativismo, quando determinar o fornecimento de medicamentos, internações médicas e cirurgias, não voltando seus olhos para a reserva do possível da administração pública, mas sim primando por valores constitucionais assegurados, como a vida e a saúde.<sup>59</sup>

Observada essa realidade, tem-se na Corte Constitucional, as seguintes formas de interação do ativismo judicial: a primeira, para a extensão do alcance dos princípios constitucionais; a segunda, de declaração de inconstitucionalidade dos atos de outros Poderes por critérios mais flexíveis e não se atendo de forma estrita ao que está dito; e a terceira, de imposição, pelo Poder Judiciário, de condutas ou abstenções ao Poder Executivo, em que pese à inconstitucionalidade por omissão, de acordo com Carla Kacelnik.<sup>60</sup>

Adiciona-se ao entendimento expressado da visão do STF, a concepção de Marcia Freixo, que aduz:

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal tem procurado, através das audiências públicas e da admissão de *amici curie*, ouvir os diversos segmentos da sociedade, inclusive para obter subsídios técnicos e científicos, para a melhor decisão acerca das matérias submetidas a sua análise. Não me parece que o ativismo judicial, a não ser o verdadeiramente abusivo, fira o princípio da separação dos poderes, pois, atualmente, embora esse princípio seja parte integrante do conceito de Estado de Direito, o foco não é mais a limitação do poder, como nos tempos de combate ao Absolutismo, mas a eficiência do Estado como um todo na consecução de seus objetivos, no cumprimento dos preceitos constitucionais e na preservação dos direitos e garantias do indivíduo e do cidadão.<sup>61</sup>

Portanto, faz-se necessário analisar a separação dos poderes, como trazida pela Constituição, pois, conforme abordado nesse estudo, é o principal alvo das

---

<sup>59</sup> OLIVEIRA, Leonardo Alves de. Ativismo Judicial: qual é o limite do poder judiciário? *Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário*. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=373>. Acesso em: 09/05/2017.

<sup>60</sup> KACELNIK, C. *O Ativismo Judicial do STF perante as Ações Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2012/trabalhos\\_22012/CarlaKacelnik.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/CarlaKacelnik.pdf). Acesso em: 11/05/2017.

<sup>61</sup> FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. O Ativismo Judicial e o Princípio da Separação dos Poderes. *Revista Intervenção, Estado e Sociedade*. Disponível em: <http://www.revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/download/8/5>. Acesso em: 04/07/2017.

críticas apontadas ao ativismo judicial no contexto do julgamento dos mandados de injunção.

### 3.1 A separação dos poderes

Prevê-se no art. 2º, da Carta Magna, o seguinte: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”<sup>62</sup>. Portanto, disso se depreende a existência de três funções típicas estatais, a função de legislar, atribuída ao primeiro; de administrar, atribuída ao segundo; e de julgar, atribuída ao último.

A noção inicial de separação de poderes foi concebida por Aristóteles, na obra “Política”, que trazia a distinção das funções de editar as normas de caráter geral, a de aplicação das mesmas a todos e a de apaziguar os conflitos originados pelas mesmas. Tal teoria, entretanto, só veio consagrada por Montesquieu, na obra “O espírito das leis”, que trazia a cada Poder o exercício de uma função típica, típica de sua natureza, atuando de maneira inerente e automática, cabendo a cada órgão uma função que a ele fosse típica, não sendo mais de competência única as três funções (legislar, aplicar a lei e julgar), surgindo a chamada teoria dos freios e contrapesos.<sup>63</sup>

Temos, como concepção clássica da separação de poderes, embora os textos constitucionais posicionem o Poder Legislativo em igualdade aos demais, o posicionamento superior do mesmo, a ele cabendo a ilustre tarefa de elaboração das normas jurídicas que serão aplicadas pelo Executivo e Judiciário, sendo de competência deste a aplicação através de sua provocação por intermédio de um litígio judicial, e daquele, de plano.<sup>64</sup>

Define-se, entretanto, o atual momento de constitucionalismo pela superação da supremacia do Parlamento, marcada pela supremacia constitucional, a quem se subordinam todos os poderes e de onde emanam suas prerrogativas, cabendo ao

---

<sup>62</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Editada em: 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 05/05/2017.

<sup>63</sup> FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. O Ativismo Judicial e o Princípio da Separação dos Poderes. *Revista Intervenção, Estado e Sociedade*. Disponível em: <http://www.revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/download/8/5>. Acesso em: 04/07/2017.

<sup>64</sup> BULOS, U. L. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1074.

Supremo Tribunal Federal o posto de guardião da mesma, sendo sua a última palavra no que concerne a interpretação da Constituição.<sup>65</sup>

Nesta visão, separação de poderes propicia às instituições interagirem sobre as suas respectivas visões acerca da Constituição e, paralelamente, a definirem as barreiras que separam as competências de cada ente, chegando, assim, a uma situação de controle mútuo. A Constituição representa o guia mais elevado de possibilidades de atuação do poder político, e como guia que é, não pode oferecer mais do que “respostas incompletas”, as quais demandam a devida leitura, interpretação e desenvolvimento.<sup>66</sup>

Adiciona-se, então, que, a partir da Emenda Constitucional 45, de 2004, ocorreu a criação das Súmulas Vinculantes, que possuem caráter normativo, vinculando toda a administração pública direta e indireta, que também trouxe as ações de controle abstrato (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental) também com efeitos vinculantes e de eficácia “erga omnes”.<sup>67</sup>

Tem-se, então, várias justificativas ao fenômeno do ativismo judicial e sua sobreposição ao princípio da separação dos poderes. Veja:

Depreende-se, assim, que, em ponderação acerca do princípio da separação dos Poderes e dos direitos fundamentais, ambos postos como cláusulas pétreas, a eficácia destes últimos acaba por sobrepor-se àquele, que se flexibiliza para uma efetiva concretização dos novos vetores sociais e contextuais. Sendo assim, os três Poderes em cooperação almejam também a eficácia destes direitos e garantias essenciais para uma sobrevivência com dignidade [...]. Contrapõe-se, aqui, a insuficiência do Legislativo e Executivo para sanar as necessidades sociais básicas para a sobrevivência com dignidade [...].<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. O Ativismo Judicial e o Princípio da Separação dos Poderes. *Revista Intervenção, Estado e Sociedade*. Disponível em: <http://www.revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/download/8/5>. Acesso em: 04/07/2017.

<sup>66</sup> MIRANDA, Danilo Nunes Cronemberger. Constitucionalismo e diálogo constitucional: uma análise dos limites pragmáticos e normativos da noção de ativismo judicial. *Initia Via Editora*. Disponível em: <http://www.initiavia.com/entre-a-critica-e-a-defesa-da-legitimidade-da-jurisdicao-constitucional/>. Acesso em: 10/05/2017.

<sup>67</sup> FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. O Ativismo Judicial e o Princípio da Separação dos Poderes. *Revista Intervenção, Estado e Sociedade*. Disponível em: <http://www.revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/download/8/5>. Acesso em: 04/07/2017.

<sup>68</sup> BALLIELO, A. C. B.; RIBEIRO, R. O. Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais. *Revista Intervenção, Estado e Sociedade*. Disponível em: <http://www.revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/download/135/40>. Acesso em: 05/07/2017.

Para tanto, justificam os autores do trecho exposto que em observância à própria efetividade máxima das normas constitucionais é que se encontra a justificativa do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que ele somente exige o que já fora previsto pelo texto constitucional, tendo como objetivo apenas a efetivação dos direitos fundamentais ali expostos, buscando-se a concretização ideal do Estado Democrático de Direito. A exemplo disso traz-se a constante atuação do Poder Judiciário no fornecimento de medicamentos à população, de forma a conceder eficácia máxima ao direito à saúde, conforme previsto na Carta Magna, portanto, como direito social.<sup>69</sup>

Aqui, tem-se clara a necessidade do estudo dos efeitos das decisões proferidas no julgamento do mandado de injunção, tendo em vista que elas são o suporte para a efetivação de direitos, garantias e prerrogativas constitucionais tuteladas pelo remédio constitucional tratado, e que as decisões proferidas acabam por concretizá-los, dando prevalência à máxima efetividade constitucional.

### 3.2 Os efeitos da decisão no mandado de injunção

Para que se esclareçam as noções das posições adotadas pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir nas ações de mandado de injunção, faz-se necessária a observância do pronunciamento do Ministro Néri da Silveira,<sup>70</sup> que afirma que se sabe que na Corte Suprema, ao serem realizados os julgamentos dos mandados de injunção, há três correntes: a majoritária, que entende que o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a existência da mora do Congresso Nacional, deve realizar a comunicação da existência de tal omissão, para que, então, o Poder Legislativo edite a lei competente; e uma segunda corrente, de expressão minoritária, afirma que sendo reconhecida, também, a mora do Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal, então, decide de plano o pedido do requerente formulado no mandado de injunção e supre a lacuna constitucional existente, moldando como será exercido o direito em questão. Adicionando, ainda:

---

<sup>69</sup> BALLIELO, A. C. B.; RIBEIRO, R. O. Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais. *Revista Intervenção, Estado e Sociedade*. Disponível em: <http://www.revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/download/135/40>. Acesso em: 05/07/2017.

<sup>70</sup> MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (1995) apud MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1196.

“[...] Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. Adoto posição que considero *intermediária*. Entendo que se deva, também, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Compreendo, entretanto, que, se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in *concreto*.<sup>71</sup>

Em seguida, o autor acrescenta que, para ele, é uma posição que parece conciliar a função típica de que o Poder Legislativo elabore a lei, como o órgão competente para tanto, e a possibilidade de que o Poder Judiciário garanta aos cidadãos, assim como leciona a Constituição, o efetivo exercício de direito nela previsto, mesmo que não haja a elaboração da lei competente. Adiciona que, ao se tratar de voto, no julgamento de processo judicial do mandado de injunção, a prática é o exercício, precisamente, da competência e independência que cada membro do Supremo Tribunal Federal possui, decorrente da Constituição, de interpretar o sistema dela, decidindo aquilo que lhe seja submetido nos limites impostos ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição.<sup>72</sup>

Dito isso, temos duas classificações para os efeitos das decisões do mandado de injunção, quais sejam: a posição concretista, e a posição não concretista.

Para a primeira, quando presentes os requisitos constitucionais exigidos para o remédio, o Poder Judiciário, então, através de uma decisão judicial constitutiva, declara a existência da omissão ou mora legislativa, e põe em prática o exercício da norma, até que a mesma seja regulamentada, dividindo-se tal posição em: concretista geral e concretista individual, a primeira atribuindo efeitos “*erga omnes*” à decisão e a segunda “*inter partes*”. Já para a segunda, a posição não concretista, ocorria a limitação ao reconhecimento da inércia do Poder Público.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1196.

<sup>72</sup> *Idem*.

<sup>73</sup> MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (1995) apud MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 301-302.

A posição adotada no julgamento do mandado de injunção tinha efeito não concretista, limitando-se à declaração da mora legislativa pelo Poder Público, porém, no julgamento do MI 708, o posicionamento do STJ sofreu séria alteração, passando a adotar vias mais concretistas, como se pode ver:

STF - MANDADO DE INJUNÇÃO: MI 708 DF

Ementa

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989.<sup>74</sup>

Conforme o exposto, vê-se um direcionamento do Supremo Tribunal Federal à posição concretista, evidenciado, em suma, pela fixação do prazo de até 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisse sobre a matéria, deferindo, na ocasião, a aplicação das Leis de números 7.701/1988 e 7.783/1989 à matéria em apreço, qual seja, o direito de greve dos servidores públicos, que é previsto pelo art. 37, inciso VII, que atribui ao mesmo uma eficácia dependente de regulamentação por lei específica.<sup>75</sup>

Com a edição da Lei 13.300, de 2016, lei que regulamenta o mandado de injunção, e observando sua cerimônia de sanção, ocorreu apenas a legitimação do efeito concretista, em seu art. 8º, acima exposto, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, inferindo-se o seguinte:

O ministro [Teori Zavascki] destacou que a lei manteve a aplicação, ao mandado de injunção, de rito sumário semelhante ao do mandado de segurança. Teori explicou ainda que a este rito sumário foi incorporada, pela

---

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI: 708 DF*. Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 31/10/2008.

<sup>75</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Editada em: 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 05/05/2017.

nova norma, a jurisprudência mais recente do STF no sentido de que o mandado de injunção não se limita a recomendar ou a provocar a ação do legislador. “Quando necessário, pode e deve ir mais além, para também garantir o exercício e, às vezes, até a própria satisfação dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados”, ressaltou.<sup>76</sup>

Dito isso, faz-se necessário o estudo das posições adotadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos mandados de injunção de sua competência, para a demonstração de uma clara evolução jurisprudencial ocorrida dentro da Corte Suprema.

### 3.2.1 Posição não concretista

Essa posição consiste apenas no reconhecimento formal da mora legislativa. Primeiramente, o Supremo Tribunal Federal, em antiga composição, entendia que a sentença poderia apenas determinar que o Poder Legislativo cumpra sua função de legislar, não podendo o mesmo suprir tal função, tendo em vista o princípio da separação de poderes.<sup>77</sup>

Comenta-se que, nos primeiros 20 anos do remédio judicial, o mesmo cumpriu seu papel de modo inglório, pois não conseguiu limitar o poder discricionário dos órgãos normativos, nem diminuiu a quantidade de lacunas e pressões político-jurídicas que se focam, principalmente, em direitos fundamentais.<sup>78</sup>

Então, faz-se referência ao posicionamento do autor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, confira:

Isto decorre, sem dúvida, da redação defeituosa do art. 5º, LXXI, da Constituição, que enuncia a hipótese de seu cabimento — “a falta de norma regulamentadora (que) torne inviável o exercício dos direitos fundamentais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” — mas não esclarece o que resulta de seu deferimento. Ou seja, a redação contém a hipótese, contudo não enuncia o mandamento.<sup>79</sup>

Posiciona o referido autor, ainda, que no início, o STF tratou o remédio assim como era tratada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no sentido de

---

<sup>76</sup> *MINISTROS...* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319627>. Acesso em: 05/07/2017.

<sup>77</sup> BULOS, U. L. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 791.

<sup>78</sup> Idem.

<sup>79</sup> FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de Direito Constitucional*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1429.

que seu deferimento levar apenas à cientificação da omissão inconstitucional existente para o Poder competente, devendo, em caso de omissão administrativa, fixar prazo de 30 (trinta) dias para que a mesma fosse sanada, conforme o art. 103, da Constituição Federal.<sup>80</sup>

Já que esse era o conteúdo possível da decisão no mandado de injunção, não se falava em medidas que poderiam estabelecer condições que viabilizassem o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa prevista na Constituição, limitando-se a informar ao Poder competente que edite a norma faltante. Tal posição era a majoritária até o julgamento do MI 708, que versou sobre o exercício do direito à greve no serviço público, quando se passou a adotar diferentes posições na corte do Supremo Tribunal Federal.<sup>81</sup>

Dentre as diversas críticas feitas ao ser adotada a posição não concretista no julgamento dos mandados de injunção, expõe-se o seguinte:

Essa posição é bastante criticada pela doutrina, na medida em que não conduz a nenhum efeito prático, ademais encontra-se uma flagrante confusão entre os efeitos do instituto em exame e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.<sup>82</sup>

Nesse sentido, demonstra-se julgado do Supremo Tribunal Federal que adotou a posição não concretista, tendo-se, assim:

STF - MANDADO DE INJUNÇÃO: MI 584 SP

Mandado de injunção. Juros reais. Parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição Federal. - Esta Corte, ao julgar a ADIN nº 4, entendeu, por maioria de votos, que o disposto no § 3º do artigo 192 da Constituição Federal não era auto-aplicável, razão por que necessita de regulamentação. - Passados mais de doze 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).<sup>83</sup>

<sup>80</sup> FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de Direito Constitucional*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1431-1432.

<sup>81</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 308.

<sup>82</sup> MELO NETO, O. L. *Mandado de Injunção e a evolução da Teoria Concretista*. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,mandado-de-injuncao-e-a-evolucao-da-teoria-concretista,47255.html>. Acesso em: 31/07/2017.

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI: 584 SP*. Relator: Moreira Alves, Data de Julgamento: 29/11/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22/02/2002.

Diante do julgado acima exposto, vê-se que, ao serem julgados mandados de injunção, a Corte Suprema tinha como posição padrão apenas a declaração da mora legislativa, deixando, de forma clara, de aplicar prazo para que fosse editada a norma regulamentadora pelo órgão competente, tampouco fixando as maneiras pelas quais poderia o sujeito impetrante do remédio constitucional pudesse ver seu direito exercido.

A principal crítica é de que haveria, então, duas ações constitucionais para que seja dada a ciência ao órgão do Poder Público responsável pela omissão, e nenhum para que se constituísse o meio de exercício do direito constitucional pleiteado, pela via judicial.<sup>84</sup>

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, após grande rejeição ao potencial que o remédio constitucional trazido pela Constituição Federal de 1988 aqui tratado, sem acolher todas as ideias e críticas dadas pelos doutrinadores e Tribunais inferiores e suas jurisprudências, evoluiu, e saiu de sua equiparação à ação direta de controle de constitucionalidade por omissão (no sentido de apenas declarar a omissão inconstitucional) para que, em decisão no MI 283-5, persistindo a mora legislativa, o autor poderia pleitear a reparação em perdas e danos.<sup>85</sup>

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>86</sup>, ainda foi fixado pelo acórdão do referido MI que o Poder Público teria o prazo de 60 dias para sanar a omissão e, se passado o prazo e isso não fosse feito, ao autor seria dado o direito de buscar o benefício revertido em perdas e danos, fixando, ainda, que a superveniência de Lei não prejudicaria a coisa julgada formada, em moderna concepção do que antes era adotado pela Corte Suprema, passando-se, então, à concretização do direito que fora pleiteado pelo mandado de injunção.

Essa posição, então, fatalmente criticada pela doutrina, foi sendo abandonada pela Corte Suprema, adotando-se moldes mais modernos à abordagem do mandado de injunção dentro do Supremo Tribunal Federal, em vias de concretização das omissões inconstitucionais enfrentadas, inclinando-se à posição concretista. Assim, tem-se:

---

<sup>84</sup> BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 262.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 262-263.

<sup>86</sup> *Idem*.

Hodiernamente, contudo, a corrente não concretista não condiz mais com o posicionamento da Corte Suprema, posto a renovação do seu quadro de ministros. A partir de meados de 2007, migrou para uma postura mais ativista, no ponto de vista da interpretação e alcance dos efeitos do mandado de injunção, passando o Pretório Excelso a adotar a teoria concretista.<sup>87</sup>

### 3.2.2. Posição concretista

Ao adotar a posição concretista, quando se fizerem presentes os requisitos para o mandado de injunção, o Judiciário declara a omissão inconstitucional, seja ela legislativa ou administrativa, e determina a forma pela qual será exercido o direito, liberdade ou prerrogativa constitucional até que seja editada a norma pelo poder competente. Dividindo-se, ainda, a posição concretista em duas espécies, quais sejam: a concretista geral e a concretista individual.<sup>88</sup>

Ocorre, porém, que em virtude da inércia do legislador em colmatar as lacunas constitucionais, após 20 anos do texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal alterou seu posicionamento e adotando claro *ativismo judicial* passou a adotar a *posição concretista*, tanto *geral*, quanto *individual*.<sup>89</sup>

Essa posição é assim inicialmente abordada pelo autor Manoel Gonçalves Ferreira Filho em sua obra Curso de Direito Constitucional:

Mais recentemente (2007), o Supremo Tribunal Federal veio a admitir que, por meio de mandado de injunção, se apliquem por extensão as normas estabelecidas para regular uma determinada matéria a outra, análoga, até que o legislador supra a sua omissão. Foi o que fez ao mandar aplicar à greve dos servidores públicos, na medida do possível, as normas aplicáveis à greve no setor privado. O art. 37, VII, da Constituição prevê “lei específica” para regular a greve do setor público, mas, ainda hoje, depois de vinte anos da vigência da Lei Magna, ela não foi editada.<sup>90</sup>

Pela corrente da posição concretista individual, a decisão judicial somente produziria efeitos para aquele que impetrou o mandado de injunção, que consiste no

---

<sup>87</sup> MELO NETO, O. L. *Mandado de Injunção e a evolução da Teoria Concretista*. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,mandado-de-injuncao-e-a-evolucao-da-teoria-concretista,47255.html>. Acesso em: 31/07/2017.

<sup>88</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 302.

<sup>89</sup> Idem.

<sup>90</sup> FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de Direito Constitucional*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1432-1433.

reconhecimento da mora legislativa e adoção de institutos que viabilizem o exercício daquilo que fora pleiteado pelo autor, sendo inferido pelo Ministro Néri da Silveira:

[...]. É, por isso mesmo, uma posição que concilia a posição do Poder Legislativo de fazer a lei, como órgão competente para a criação da norma, e a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a constituição, o efetivo exercício de direito.<sup>91</sup>

A posição concretista individual ainda se ramifica em mais duas, quais sejam: a posição concretista individual direta e intermediária.

Para a posição concretista individual direta, aplica-se, de plano, a implementação da norma constitucional ao autor ao julgarem o mandado injuntivo, entendendo os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio que o mandado de injunção foi um dos mecanismos trazidos pela Constituição Federal para controlar a omissão inconstitucional.<sup>92</sup>

Aqui, é possível a inserção do julgamento do mandado de injunção de número 758, do Distrito Federal, pelo Supremo Tribunal Federal, conforme exposto:

STF - MANDADO DE INJUNÇÃO: MI 758 DF

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.<sup>93</sup>

Vê-se a aplicação, por inexistência de lei regulamentando a aposentadoria especial do servidor público, daquilo que é disciplinado aos trabalhadores em geral, tendo em vista a adoção da posição de decisão mandamental, e não simplesmente

<sup>91</sup> BULOS, U. L. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 792.

<sup>92</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 305-306.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI 758 DF*. Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 01/07/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 26/09/2008.

declaratória de omissão, pela bancada, antes conservadora, da Corte Suprema, indo à concretização dos direitos postulados pelo mandado de injunção.

Na posição concretista individual intermediária, após o julgamento do mandado de injunção, o Congresso Nacional, analisando a matéria, deverá fixar o prazo de até 120 dias para que seja elaborada a norma regulamentadora, e, ao término desse prazo, se continuar o Poder Legislativo inerte, cabe ao Judiciário fixar as condições necessárias para que seja exercido o direito por parte do autor, parecendo inexistente incompatibilidade entre a adoção de tal posição e a teoria de separação de poderes, estampada pelo art. 2º, da Constituição Federal.<sup>94</sup>

Corroborando com a posição concretista individual intermediária, tem-se o art. 8º, da Lei 13.300, de 2016, que confere a determinação de um prazo para que o polo passivo da ação promova a edição da norma regulamentadora e, caso ele não seja cumprido, que sejam estabelecidas as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais em apreço, ou, ainda, as condições em que o interessado, por ação própria, poderá exercê-lo. Assim é previsto:

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do **caput** quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.<sup>95</sup>

Tem-se, ainda, a posição concretista geral, que tem sido aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, que acaba fazendo o trabalho que é imputado ao Poder Legislativo, qual seja, o de legislar, tendo como exemplos dela os mandados de injunção 164/SP (Min. Celso de Mello), 670/ES (Min. Gilmar Mendes), 708/DF (Min. Celso de Mello) e 712/PA (Min. Eros Grau) nos quais os Ministros Relatores, ao julgarem o mandado de injunção em apreço, atribuíram efeitos concretos à decisão

<sup>94</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 305-306.

<sup>95</sup> BRASIL. *Lei 13.300, de 23 de junho de 2016*. Disciplina o processo e julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da União, de 24 de junho de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm). Acesso em: 07/06/2017.

dos mesmos.<sup>96</sup> Dito isso, traz-se a ementa do mandado de injunção 670, do Espírito Santo, julgado pelo Supremo Tribunal Federal:

STF – MANDADO DE INJUNÇÃO: MI 670 ES

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. [...]. 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.<sup>97</sup>

Nele, vê-se, ao final, que foi determinado um prazo para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria em apreço, qual fosse, o direito de greve dos servidores públicos civis, determinando, em ato contínuo, que a eles fossem aplicadas as leis 7.701, de 1988, e 7.783, de 1989, que são as leis, já existentes, que regulam o julgamento de dissídios individuais e coletivos e o exercício de greve pelos trabalhadores de iniciativa privada, respectivamente, em uma clara inclinação à posição concretista individual intermediária.

---

<sup>96</sup> BULOS, U. L. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 792-793.

<sup>97</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI: 670 ES*. Relator: Maurício Corrêa, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 31/10/2008.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da exposição do caráter geral da síndrome a inefetividade das normas constitucionais, vê-se a extrema necessidade da existência de ações com o objetivo de garantir às normas constitucionalmente previstas seus efeitos concretos, pois, conforme exposto, deve-se atender ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, de modo a um completo exercício dos direitos expostos na Constituição Federal.

Infere-se, então, que, em caso de omissão inconstitucional que tenha como objeto direitos ou garantias fundamentais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania ou cidadania, se tem uma clara situação de cabimento do mandado de injunção, que, conforme exposto, é o meio mais indicado para que seja sanada, em parte, a já citada síndrome de inefetividade dessas normas constitucionais, pois a ele foi atribuída, constitucionalmente, a tarefa de agir em caso da ausência de lei que regulamente aquilo que é pleiteado, dentro da seara de seus objetos expostos.

Observa-se que a mora legislativa não é uma problemática de simples abordagem, afinal, na Constituição Federal há a previsão de direitos ímpares dados ao cidadão, tendo, portanto, um caráter mais urgente, podendo ser ligado à concepção de necessidade vital, trazendo-se como exemplos o direito às garantias trabalhistas (como greve e aposentadoria especial), à saúde (como a regulamentação do Sistema Único de Saúde) e até o exercício do próprio mandado de injunção, que tem sua atuação limitada à complementação por outra lei, conforme se depreende da leitura do art. 5º, inciso LXXI, do texto constitucional.

Com a inicial posição de atribuição de efeito não concretista adotada pelo Supremo Tribunal Federal, os efeitos que a esse remédio deviam ser atribuídos eram atrofiados, pois a simples declaração da mora legislativa não constitui nenhuma vinculação ordenatória ao Poder Legislativo, em obediência ao princípio da tripartição dos Poderes, pois, conforme determinação constitucional, os três poderes em que se divide o Estado brasileiro não podem interferir nos outros, tendo em vista sua harmonia e interdependência, estando o legislador escusado caso não ocorra o cumprimento da obrigação imposta pelo Judiciário.

Foi então possível notar, adicionando-se ao exposto, que, em negativa à principal crítica à evolução dos efeitos dados pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar

as ações do mandado de injunção, não passou a ocorrer uma interferência do Poder Judiciário na seara dos outros poderes, mas uma legítima atuação do mesmo, afinal, por meio do “ativismo judicial” dedicado ao remédio constitucional aqui tratado, o Judiciário não ia além de sua prerrogativa de julgar, entrando na órbita do Poder Legislativo de legislar, pois ocorre a simples determinação de prazo razoável para que o legislador cumpra seu trabalho, e, caso isso não ocorra, são dadas ao impetrante as condições de exercício daquilo que fora pleiteado com o remédio constitucional, com o escopo de dar a máxima efetividade às normas constitucionais, como vem exposto no próprio texto da Carta Magna, que infere serem de aplicação autônoma os direitos e garantias fundamentais nela expostos, com exceção, é claro, dos casos de atribuição de efeitos concretistas gerais, ultimamente adotados.

Complementa-se, aqui, com a clara e razoável progressão do legislador à aceitação da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que agora, por força legítima da Lei 13.300, de 2016, lei específica para a regulamentação do mandado de injunção, e previsão em seu art. 8º, cabe ao Poder Judiciário ir além da concepção inicial adotada de simples declaração e notificação da omissão inconstitucional, pois ele deve determinar prazo razoável para que seja sanada a mora legislativa, e, caso não seja feito, as formas pelas quais o autor verá seu pleito atendido, dando ao remédio o caráter mandamental em observância à posição concretista individual intermediária.

Diante o exposto, por fim, é possível que seja notada a ímpar função do mandado de injunção, bem como que seja dado louvor ao surgimento da lei que o regulamenta, pois o que antes era dotado de críticas doutrinárias e jurisprudenciais agora possui sua pacificação dotada de efeitos vinculantes, pois veio exposto em uma lei de caráter infraconstitucional, trazendo os efeitos da posição concretista individual intermediária como legítimos, em posição razoável, tendo em vista que a adoção da posição concretista geral, caminho que aos poucos estava ganhando força na Corte Suprema, vai além das atribuições constitucionalmente estabelecidas ao Judiciário, e, da forma como veio disposto, limita-se à concretização do que fora pleiteado.

## REFERÊNCIAS

ANASTÁCIO, Rachel Bruno. *Mandado de Injunção – Em busca da efetividade da Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. 122p.

BAHIA, Flavia. *Os 27 anos da Constituição e a Síndrome de Inefetividade das suas Normas*. Disponível em: <http://www.armador.com.br/wpposts/os27anosdaconstituicaoeeasindromedeinefetividadedassuasnormas>. Acesso em: 19/06/2017.

BALLIELO, Ana Carolina Brandin; RIBEIRO, Renan Oliveira. *Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais*. Revista Intervenção, Estado e Sociedade. Disponível em: <http://www.revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-juris/article/download/135/40>. Acesso em: 05/07/2017.

BARROS, Ananda Oliveira. *Mandado de injunção: cura para a síndrome da inefetividade das normas constitucionais?* Cacoal: UNIR, 2015. 75p.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 576p.

\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 369p.

BRASIL, Bárbara França. *Paralelo entre Mandado de Injunção, Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Segurança impetrado ante a omissão da Administração*. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5199](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5199). Acesso em: 26/06/2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Editada em: 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05/05/2017.

\_\_\_\_\_. *Lei 12.016*, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da União, de 10 de agosto de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm). Acesso em: 20/06/2017.

\_\_\_\_\_. *Lei 12.063*, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Diário Oficial da União, de 28 de outubro de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm). Acesso em: 20/06/2017.

\_\_\_\_\_. *Lei 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da

União, de 24 de junho de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm). Acesso em: 07/06/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MI: 584 SP*. Relator: Moreira Alves, Data de Julgamento: 29/11/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22/02/2002.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MI: 708 DF*. Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 31/10/2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MI: 758 DF*. Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 01/07/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 26/09/2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MI: 943 DF*. Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 06/02/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 02/05/2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1703p.

CARVALHO, Rayanna Silva. *Liberdades constitucionais: breves anotações*. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12809&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12809&revista_caderno=9). Acesso em: 28/06/2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1707p.

FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. O Ativismo Judicial e o Princípio da Separação dos Poderes. *Revista Intervenção, Estado e Sociedade*. Disponível em: <http://www.revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/download/8/5>. Acesso em: 04/07/2017.

KACELNIK, Carla. O Ativismo Judicial do STF perante as Ações Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. *Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2012/trabalhos\\_2012/CarlaKacelnik.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_2012/CarlaKacelnik.pdf). Acesso em: 11/05/2017.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. *Síndrome da Inefetividade das Normas Constitucionais*. Disponível em: <http://investidura.com.br/bibliotecajuridica/artigos/direitoconstitucional/3597sindrome-deinefetividadedasnormasconstitucionais>. Acesso em: 19/06/2017.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM. 2016. 1384p.

MELO, Getúlio Costa. *Evolução histórica do conceito de cidadania e a Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13959](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13959). Acesso em:

04/07/2017.

MELO NETO, Orlando Luiz de. *Mandado de Injunção e a evolução da Teoria Concretista*. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,mandado-de-injuncao-e-a-evolucao-da-teoria-concretista,47255.html>. Acesso em: 31/07/2017.

*MINISTROS participam de cerimônia de sanção da lei que disciplina o mandado de injunção.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319627>. Acesso em: 05/07/2017.

MIRANDA, Danilo Nunes Cronemberger. Constitucionalismo e diálogo constitucional: uma análise dos limites pragmáticos e normativos da noção de ativismo judicial. *Inítia Via Editora*. Disponível em: <http://www.initiavia.com/entre-a-critica-e-a-defesa-da-legitimidade-da-jurisdicao-constitucional/>. Acesso em: 10/05/2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. 1433p.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. Ativismo Judicial: qual é o limite do poder judiciário? *Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário*. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=373>. Acesso em: 09/05/2017.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6º ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 277p.

SOUZA, Rogério Teixeira. *Comentários à Teoria da Máxima Efetividade*. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes, 2006. 45p.